

AGUA Y LIBRE COMERCIO

Impacto e implicaciones de los Acuerdos de Libre Comercio sobre el Agua y sus Servicios

INDICE

Prólogo

Introducción

Agua y sus Servicios en el Marco de los Acuerdos Internacionales de Comercio e Inversión,
Miguel Solanes

Implications of International Trade and Investment Agreements for Water and Water Services: Some Responses from Other Sources of International Law,
Howard Mann, Ph.D.

Common Legal Principles of Advanced Regulatory Systems,
Michael Hantke-Domas

El Agua en los Países Andinos y los Acuerdos de Libre Comercio,
Pablo Sólón y Denisse Rodríguez (con el apoyo en investigación de Carlos Crespo, Oscar Campanini, Hildebrando Vélez Galeano en Colombia, Juan Fernando Terán en Ecuador y Guillermo Rebosio en Perú)

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AGCS - Acuerdo General sobre Comercio de Servicios

ADPIC - Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionada con el Comercio

AISA – Aguas del Illimani S.A.

AMI - Acuerdo Multilateral de Inversiones

ASEAN- Association of South East Asian Nations

AT - Aguas del Tunari

BIT- Bilateral Investment Treaties

CAFTA- Central America Free Trade Agreement

CAN – Comunidad Andina de Naciones

CEO- Chief Executive Officer

CCP - Clasificación Central Provisional de Productos

CIADI - Centro Internacional de arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CIL- Customary International Law

CONAM - Consejo Nacional de Modernización del Estado

CPE – Constitución Política del Estado

CNUDMI - Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo Mercantil internacional

Dec. 291 - Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

Dec. 292 - Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas

Dec. 510 - Adopción del Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios

Dec. 634 - Modificación de plazos previstos en la Decisión 629

ECJ- European Court of Justice

EU- European Union

FTA- Free Trade Agreements

GATT- General Agreement of Tariffs and Trade

GATS- General Agreement of Tariffs and Services

HTS - Harmonized Tariff Schedule de Estados Unidos

ICSID- Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes

IIA- International Investment Agreements

IED – Inversión Extranjera Directa

IWL - International Water Ltd.

IBE- Investment-Baked Expectation

Ley PGI - Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones

Ley CEI - Ley de Comercio Exterior e Inversiones

MFN- Most Favoured Nation

NANDINA - Nomenclatura Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena

NAFTA- North American Free Trade Agreement

OMC – Organización Mundial de Comercio

OECD-Organization for Economic Cooperation and Development

PMA – Países Menos Adelantados

PRs- Property Rights

SA – Sistema Arancelario

SGEI- Services of General Economic Interest

TBI – Tratado Bilateral de Inversión

TLC – Tratado de Libre Comercio

TLCAN - Tratado de Libre Comercio de América del Norte

UK- United Kingdom

US- United States

UNCITRAL - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
–United Nation Comisión on International Trade Law

UNCTAD- United Nations Conference on Trade and Development

WIA- Water Industry Act

W/120 - Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios

WTO- World Trade Organization

PROLOGO

Muy poca atención se ha prestado a la relación agua y acuerdos de libre comercio particularmente en los escenarios nacionales de diseño de políticas públicas y en los escenarios académicos e intelectuales. Cuando se ha puesto en debate la necesidad de pensar esta relación a la hora de analizar los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los Tratados de Libre Comercio (TLC) o los Acuerdos de Libre Comercio (ALC), la sugerencia parecía sonar a un intento forzado de vincular el agua con un marco normativo internacional en el que aparentemente el agua no aparecía como un bien o una mercancía susceptible de someterse a normativas internacionales. Sin embargo, como lo demuestran las investigaciones que figuran en el presente libro, la vinculación del agua y los servicios de agua potable con el Libre Comercio y los acuerdos y tratados vigentes y en negociación es notable y preocupante.

En este documento, los lectores podrán encontrar un análisis minucioso de las varias dimensiones en las que el agua se ve implicada. Los autores nos señalan que el agua y sus servicios se involucran en la dimensión comercial y en la dimensión de inversiones y que si los estados no toman previsiones legislativas y regulatorias, pero sobre todo si no se trazan estrategias inteligentes y previsoras a la hora de ingresar a los escenarios de negociación de ALC, TBI, TLC, etc., se pueden cometer graves errores impactando gravemente en la soberanía jurídica de los países y sometiendo las normas legales y la instituciones regulatorias a un examen permanente por parte de las entidades competentes creadas por los acuerdos comerciales internacionales, en la perspectiva de verificar si dichas normas e instituciones comulgan o son compatibles con los acuerdos suscritos, concluyendo, si la respuesta fuera negativa, que dichas normas introducen distorsiones en la libre competencia y que por tanto deben ser modificadas.

El concepto de inversión, por ejemplo, que aparece en los textos de los acuerdos de libre comercio en negociación y que es analizado en el trabajo de Solon et al, incluye actos jurídicos otorgados o contemplados en la legislación que otorgan derecho de uso de recursos hídricos y prestación de servicios relacionados con agua. Aquí se cobijan con gran facilidad las figuras de Licencias, Concesiones, Autorizaciones, Permisos de Uso de aguas que aparecen en la legislación de muchos países aplicados a los recursos hídricos. Es común, por ejemplo que operadores mineros, hidroeléctricos, industriales, petroleros, prestadores de servicios de agua potable, entre otros, requieran el uso de fuentes de agua y para ello obtengan en el marco de nuestras legislaciones, actos jurídicos como los que hemos mencionado, los mismos que implican una serie de derechos y obligaciones para sus titulares. Es común también que estos actos jurídicos estén respaldados no solo en legislaciones sectoriales sino también con contratos que hacen ley entre partes y que en el marco de nutridos y numerosos articulados establecen incluso procedimientos de resolución de conflictos con la famosa cláusula de arbitraje internacional amparándose en TBI, por ejemplo. Esta es una forma común en que se incluyen los recursos hídricos y los servicios derivados de éstos en los tratados relacionados con inversiones.

La implicación de incluir en los acuerdos internacionales de comercio este concepto de inversión es que no permite la flexibilidad suficiente en los procesos soberanos de transformación legislativa de los países que puedan implicar introducir cambios en las

normas que los sustentan, modificando el régimen de derechos de aguas o estableciendo discriminación positiva a favor de algunos sujetos sociales comunitarios, por ejemplo.

Los intentos de construir normativa que apunten a privilegiar derechos de ciertos actores o establecer la prelación de uso de aguas, pudiendo esto implicar la reversión de derechos ya otorgados a manos del Estado por existir afectación a la prelación de uso para consumo humano, por ejemplo, podrían implicar afectación a “inversiones” de empresas correspondientes a otras partes (países) firmantes de los acuerdos, dando lugar a procesos internacionales aludiendo incumplimiento de los acuerdos que los respaldan, demandas por lucro cesante (ganancia expectable no obtenida por la interrupción del derecho sustentado en los contratos), etc.

La posibilidad de construir normativa queda entonces limitada por esta lógica internacional de colocar candados portentosos que impiden el ejercicio soberano de protección de fuentes de agua y de ciertos usos y usuarios.

En lo relativo a servicios, por ejemplo, uno de los temas sensibles son los servicios de agua potable, los cuales han sido objeto de ejercicios de políticas públicas los últimos años orientados al acceso de operadores privados, con las implicaciones de procesos internacionales a la hora en que los Estados que se sintieron afectados por malos servicios prestados por operadores internacionales, tomaron la decisión romper contratos. Argentina es un ejemplo patente y crítico que expresa con claridad que las decisiones de los gobiernos y de sus reguladores sustentadas incluso en los contratos pueden conllevar precisamente la afectación a preceptos acuñados por los tratados de libre comercio y conducir a nuestros países al laberinto de procesos de arbitraje donde las reglas de juego suelen subestimar la normativa nacional y regirse por preceptos legales internacionales vinculados precisamente con los acuerdos de libre comercio. El trabajo de Howard Mann, el de Michael Hantke así como la síntesis introductoria elaborada por Miguel Solanes puede darnos cuenta de las implicaciones que tienen los arbitrajes internacionales en el tratamiento del tema agua.

El espíritu de este libro que sintetiza investigaciones desarrolladas en los últimos tres años es justamente abrir una reflexión sobre las vinculaciones entre agua y libre comercio, en la perspectiva de plantear posibilidades y capacidades para lidiar con estos escenarios, en un contexto de corrientes normativas internacionales tendientes a acorazar el libre comercio respecto de la soberanía jurídica y regulatoria nacional y a extrapolar los procesos de resolución de disputas llevándolos a escenarios internacionales en los que las bases normativas doctrinales de manejo de conflictos se alejan de las prioridades y realidades nacionales, extirpando el contexto específico que hace al conflicto con las inversiones e insertándolos en el marco específico de los tratados o acuerdos que los sustentan. Se sugiere en consecuencia no huir de la controversia en la mesa de negociación de los acuerdos sino de construir en ella corrientes de opinión y estrategias hábiles de negociación.

Solon et al, por ejemplo, sugiere con el fin de lidiar con las negociaciones de libre comercio, una estrategia que puede combinar diferentes medidas entre las cuales se

cuenta: i) establecer medidas protectivas de la jurisdicción nacional para la resolución de disputas con inversores transnacionales; ii) proponer negociaciones bajo listas positivas (es decir que los países incluyan en los acuerdos de manera voluntaria solamente los sectores económicos que les parezca conveniente con las restricciones y limitaciones que les parezca adecuados) como en el caso del Acuerdo General de Comercio y Servicios (GATS por su sigla en inglés) de la Organización Mundial de Comercio (OMC), aunque sin la obligación de incrementar paulatinamente la apertura comercial; iii) cuando se trate de listas negativas, establecer reservas a futuro o limitaciones, amparando decisiones estatales o intervenciones estatales en función de operadores nacionales; iv) introducir la figura de trato especial y diferenciado a sectores y países bajo consideraciones socio-económicas; v) establecer la preeminencia de legislación aplicable a derechos económicos sociales y culturales, derechos de pueblos indígenas e incluso derechos humanos, etc.

Es decir, promover el uso de estrategias que más que juegos de cintura generen corrientes internacionales que promuevan cambios en la visión y el contenido normativo que impera en las negociaciones de acuerdos comerciales, particularmente en los tratados regionales y bilaterales de libre comercio impulsados en América del sur.

Los lectores encontrarán en este libro valiosos análisis y propuestas de acción u orientación de acciones. Precisamente ese fue el enfoque impreso por el Proyecto VISION SOCIAL DEL AGUA el mismo que con apoyo del IDRC Canadá impulsó durante tres años de trabajo, investigaciones y acciones de incidencia, a la luz de las primeras, que fueron inspiradas en este complejo y apasionante tema que hemos denominado agua y libre comercio.

AGUA SUSTENTABLE

INTRODUCCION

AGUA Y SUS SERVICIOS EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE COMERCIO E INVERSIÓN

Miguel Solanes

Los acuerdos de comercio e inversión han generado un sistema jurídico que, en la resolución de contiendas inversor-estados, ignora la naturaleza de los hechos en discusión, el contexto y circunstancia de los conflictos, y las decisiones y regulaciones de sistemas nacionales relevantes en situaciones semejantes, al tener como objetivo único y fundamental la protección de los intereses de inversores, sin considerar problemas de gobernabilidad internos, ni las imprudencias, negligencias, e ignorancia de circunstancias de contexto, de inversores.

La institucionalidad internacional ha avanzado sobre la institucionalidad de los países (también llamada institucionalidad doméstica), sin actualizar sus procedimientos y contenidos a los nuevos desafíos, generando problemas de gobernabilidad, igualdad, e incidiendo sobre la democracia.

En lo procedimental el orden jurídico internacional de comercio constituye hoy un sistema parcializado, tanto por el objetivo principal que tiene-protector los intereses de inversores, según los árbitros internacionales-como por el hecho de que sus procedimientos son secretos, sin apelación, y sin unificación de jurisprudencia.

El problema de la parcialidad se agrava por el hecho de que el mercado del arbitraje (donde encontramos árbitros y abogados ofertando servicios y siendo solicitados por los inversores y os estados) esta creado exclusivamente por inversores, y por que los árbitros son remunerados en función de los casos en que entienden. Con esto tienden a favorecer decisiones orientadas a proteger inversores, y a efectuar interpretaciones expansivas de jurisdicción internacional ignorando y limitando la jurisdicción nacional, aún si ha sido pactada.

En lo substantivo, al no ser especialistas en las materias relevantes a los pleitos (ie. regulación, medio ambiente, impuestos), los árbitros suelen hacer interpretaciones estrechas, basadas en la Convención de Viena sobre Tratados, que está orientada a tratados entre naciones y no a la multiplicidad de intereses y necesidades sociales, ambientales y económicos, asociados a una inversión externa que afecta todos los rubros de la vida ciudadana, la comunidad, y la gobernabilidad de los países. Esto se agrava por la aplicación privilegiada de principios de protección de inversión,

desconociendo la amplia gama de intereses y mecanismos jurídicos creados por los gobiernos nacionales para hacer frente a los desafíos de la gobernabilidad sustentable.

El agua, tanto recurso como servicio, es particularmente vulnerable a una visión simplista, y sectorial. Los conflictos normales de su regulación nacional se agravan cuando median intereses de inversores con protección diferencial por sobre la población, que puedan argumentar que medidas de control de uso, protección ambiental, o pago por sus beneficios particulares, afectan sus expectativas legítimas y son por lo tanto confiscatorias. Esto aun si en las legislaciones nacionales comparadas tales medidas son ejercicio legítimo del poder de regulación de los estados.

En materia regulatoria de servicios, específicamente, no hay antecedentes de que los tribunales arbitrales hayan en caso alguno considerado y aplicado las obligaciones de eficiencia-y sus consecuencias- de las empresas inversoras en servicios públicos. Con esto ignoran los antecedentes relevantes en la materia, en legislación nacional comparada, particularmente Inglaterra y Estados Unidos. Al así hacerlo no ponderan el impacto de comportamientos ineficientes en los beneficios de los prestadores de servicios, y en los costos de los servicios. Concretamente no tienen en cuenta problemas de propiedad útil, transferencias de precios (a las tarifas, p.e.) y endeudamientos irrazonables.

Este documento de síntesis de las investigaciones que aparecen en el presente libro, explora la problemática planteada, para terminar proponiendo que por un lado se modifiquen los procedimientos de los tribunales arbitrales, y por el otro los mismos comiencen a decidir las materias de derecho común, civil, administrativo y regulatorio sometidas a su jurisdicción conforme los principios relevantes de legislaciones y decisiones nacionales significativas para lidiar con hechos y contextos semejantes.

De otro modo los países afectados por el sistema, muchos de ellos sin experiencia y preparación en la problemática que enfrentan, cuyas expectativas en la inversión foránea no han resultado ni en la eficiencia, ni la sustentabilidad, ni en la transparencia que sugerían las declaraciones de empresas y organismos de financiación, podrían verse obligados a limitar la aplicación de los mecanismos de decisión de conflictos resultantes de tratados de inversión, en función de su gobernabilidad interna.

Esto sería lamentable, pues la inversión internacional es una necesidad imperiosa, y un beneficio para toda la economía global, que se vería frustrada por los desbalances y excesos del sistema presente de resolución internacional de conflictos.

Un número importante de instituciones y profesionales observan con preocupación los cambios que los métodos y procedimientos aplicados por los Tribunales Arbitrales resultantes de acuerdos de protección de inversión traen a la equidad social y a la distribución de ingresos, así como a los problemas ambientales tanto en países desarrollados como en desarrollo. Estas preocupaciones incluyen tanto temas de gobernabilidad como de regulación.¹

¹ Lydia Lazar, Chicago Kent College of Law, Peter Riggs, Forum on Democracy & Trade; William Ware, Policy Director, Forum on Democracy & Trade; : Professors Robert Stumberg, and Matthew Potterfield, Harrison Institute, Georgetown University Law Center; William Ware, Forum on Democracy & Trade.

Como estos cambios afectan el agua, tanto como recurso natural como servicio, el Centro Internacional para Investigación y Desarrollo del Canadá, con su Programa Visión Social del Agua, ha iniciado un análisis de impactos y posibles instrumentos de protección de intereses públicos vinculados al agua. A este efecto ha establecido relaciones con una serie de organizaciones, como el Foro para Trade and Democracy, el Programa sobre Derechos de Agua Indígenas de la Universidad de Wageningen y el Gobierno de Holanda, y otras organizaciones.

Para preparar el presente documento se han contado

Con los servicios de expertos altamente especializados de Canadá (Dr. Howard Mann); Chile (Dr. Michael Hantke-Domas); Argentina (Dr. Jorge Barraguirre) y Bolivia (Pabo Solon y otros)

Los reportes de los Expertos:

1. Common Legal Principles of Advanced Regulatory Systems, Michael Hantke-Domas
2. Implications of International Trade and Investment Agreements for Water and Water Services, Howard Mann;
3. El Estándar de Protección Internacional del Trato Justo y Equitativo, Jorge Barraguirre².
4. El Agua en los Países Andinos y los Acuerdos de Libre Comercio,

En la preparación del documento fueron hitos fundamentales una serie de reuniones y seminarios, como la que se llevo a cabo en Buenos Aires, en 2005, y la Reunión de Chicago, 2005, del Foro for Trade and Democracy.

El presente documento condensa los informes de los expertos mencionados y las principales conclusiones y discusiones de las reuniones mencionadas, además de otros materiales.

El documento pretende abrir debate sobre los siguientes temas: agua y acuerdos de comercio e inversión; comercio de aguas; interacción derecho internacional y aguas; principios aplicados en la protección de inversiones; impacto del sistema en la

Roundtable participants: Professor Sungjoon Cho, Chicago-Kent School of Law, Howard Mann, International Institute for Sustainable Development, Miguel Solanes, United Nations Commission for Latin America and the Caribbean; Luke Peterson, International Investment News; Kate Gordon, Apollo Center, University of Wisconsin; Tara Mueller, California Department of Justice; Karen Cochrane-Brown, North Carolina General Assembly; James Blackburn, North Carolina Association of County Commissioners; Jeremy Meadows, National Conference of State Legislatures., International Development and Research Center, Canada; Visión Social del Agua, Bolivia.

² El documento de Barraguirre junto a otros, incluyendo ños que figuran en el presente libro, se encuentran disponibles en el sitio web de Visión Social del Agua, www.aguavisionsocial.org

gobernabilidad interna de los países; fuentes de derecho internacional relevantes para el agua y sus servicios: principios de acuerdos internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho aplicados por sistemas nacionales relevantes en materia regulatoria (con énfasis en la obligación de eficiencia de los contratistas), en materia de recursos hídricos, y en materia de vicios de los contratos y cambio de circunstancias; derecho internacional ambiental y de sustentabilidad, derechos humanos, acuerdos sobre aguas internacionales. Las conclusiones enfatizan la imperiosa necesidad de ajustar las decisiones de los tribunales arbitrales a antecedentes nacionales relevantes según hechos y contexto, con particular énfasis en regulación basada en experiencia y no en teoría, y de cambiar el modo de designación, operación, y procedimientos del arbitraje internacional.

1. Agua y Acuerdos de Comercio e Inversión ³

1.1 Agua y Comercio

Los acuerdos de comercio, lo mismo que los de inversión, afectan el agua de distintas maneras. Una de las discusiones más importantes es si, firmado un acuerdo de comercio, el agua se encuentra sujeto al mismo, es decir si los países están obligados a permitir el libre comercio del agua.

El agua embotellada está sujeta a intercambio y protección por acuerdos internacionales. En lo que hace a otro tipo de mercadeo de aguas a nivel internacional en general se piensa que no esta sujeta a los acuerdos, aun cuando hasta la fecha no ha habido ningún tipo de decisión formal al respecto. Para Nafta el agua en estado natural no esta sujeta al acuerdo, según un pronunciamiento de los tres gobiernos signatarios. Sin embargo, si se permitiera una exportación inicial de aguas en estado natural, sin controles ambientales estrictos para asegurar abastecimientos locales, usos locales, y ecosistemas, se podría abrir la puerta para que en base a la no discriminación, se forzaran otras exportaciones. Consecuentemente la política debería, en la duda, ser estricta en el sentido de no permitir las exportaciones, y en caso de permitirse, condicionarla de manera de proteger la situación hídrica futura del exportador.

1.2 Inversiones en Agua y Comercio Internacional

Los acuerdos globales de comercio de 1994 incluyen intercambio de servicios, lo que es definido en términos amplios, incluyendo la modalidad tres de intercambio de servicios, “servicios por un proveedor de un miembro, a través de presencia comercial en el territorio de otro miembro”.⁴ Esto abriría la puerta para la inclusión de los servicios vinculados al agua en el proceso de apertura y privatización.

³ Los puntos sobre acuerdos y agua provienen del paper de Howard Mann,. Implications of International Trade and Investment Agreements for Water and Water Services: Some Responses from Other Sources of International Law.

⁴ Service by a supplier of one Member, through commercial presence in the territory of another member GATS, Article 1.2(c).

Sin embargo no parece que hasta el presente existan muchos países que hayan incluido el agua en las listas de inclusión de servicios creadas por Gats, aunque un número limitado han incluido los servicios de alcantarillado. No obstante, la presión por incluir el agua en los servicios abiertos a la inversión externa continúa. Por un lado en Doha 2004 los negociadores manifestaron que ningún sector estaba excluido de pedidos y ofertas en esta negociación. Por otro lado los países desarrollados reclaman que el enfoque de listas de inclusión debe ser revertido para los servicios ambientales, debiendo estos ser liberalizados, incluyendo servicios de agua.

Cuanto sea el éxito de las presiones para liberalizar los servicios de agua es una cuestión abierta.

Para los países interesados en atraer capital extranjero al sector, es conveniente tener presente que para esto no es necesario una liberalización general, sino que es posible manejar el tema a través de medidas específicas para necesidades concretas. Consagrar derechos generales de los inversores en instrumentos internacionales puede prevenir que se hagan cambios más adelante, afectando la soberanía jurídica de los estados.

Por otro lado los países que decidan abrir el sector de aguas a inversión internacional, en general o para casos específicos, deberían asegurarse de contar con la normativa regulatoria, y la infraestructura adecuada para su monitoreo, como así también con la capacidad económica para sustentar sus costos en forma continuada. Los fracasos de las privatizaciones en Argentina y Bolivia demuestran la gravedad de no tomar estas precauciones mínimas. En este sentido las privatizaciones fracasadas han exhibido fallas de concepción, flexibilidad (muchas veces ilegal) del regulador, primacía de la oportunidad de ganancia por sobre los compromisos contractuales, entre otros.

1.3 Comercio de Agua y Servicios en Otros Acuerdos de Intercambio

Aunque la Organización Mundial de Comercio, Gatt, y Gats proveen los vínculos más conocidos entre intercambio comercial y agua, otros acuerdos con previsiones similares a Gatt y Gats tendrán impactos parecidos. Un ejemplo adecuado es Cafta, donde el agua no ha sido específicamente excluida de las reglas de intercambio. Además los acuerdos con Estados Unidos de Norteamérica, en el sector servicios, solo excluyen servicios cuando han sido expresamente excluidos, esto a diferencia del Gats, donde solo los servicios listados son incluidos (a través de las llamadas “listas positivas”, es decir, las listas en las que los estados incluyen los servicios cuya inclusión es aceptada e incluso ofertada). Sólo Costa Rica ha excluido los servicios de agua, lo que significa que si alguno de los otros países permite alguna privatización, todo el sector estaría disponible para inversión privada. Estados Unidos por su parte no está sujeto a la misma regla, puesto que excluyó las áreas de jurisdicción de cada uno de los estados de la Unión, del tratado, y el agua es de regulación de cada estado miembro de la Unión; en consecuencia, sujeta la decisión a la “soberanía” de cada estado federal.

Si ya hubieran servicios privados, en el área del Tratado de Libre Comercio de Centro América, también conocido como Cafta, entonces todo el sector estaría abierto a inversión estadounidense. Urge contar en consecuencia con regulaciones adecuadas y

verificar capacidad de pago, y sustentabilidad real económica antes de proceder con otras asignaciones de servicios, dado la incógnita que los cambios regulatorios pueden acarrear. Esto porque los tribunales arbitrales no están obligados a tomar en cuenta precedentes nacionales para situaciones similares, lo cual debería resultar preocupante para los estados. No existen garantías de que los tribunales arbitrales apliquen la normas comunes desarrolladas en materia regulatoria por países maduros en materia regulatoria, como USA o Reino Unido, aún si las mismas fueran lógicas, adecuadas, y coherentes con la naturaleza de actividades, problemas, y objetos sometidos a arbitraje.

1.4 Interacción entre Derecho de Inversión Internacional y Agua

La interacción entre inversión y aguas se puede dar en tres planos: inversión en el sector agua, inversión en otros sectores, e impacto de las provisiones para protección de inversiones, después de que la misma se ha hecho.

Los acuerdos de inversión abren sectores como agricultura, energía, industrias a la inversión internacional, en todos los cuales el agua, de una forma o de otra, es un insumo importante. Si la legislación, la asignación y la administración de aguas se encuentran en un estado rudimentario, o elemental, apropiado al estadio industrial del país pre inversión foránea, su cambio posterior puede resultar en acciones de protección de los derechos de los inversores amparados en los acuerdos internacionales. Más aun, el sistema puede resultar en un congelamiento a favor de estos inversores, de sistemas inapropiados, si no hay señales suficientes que el sistema esta sujeto a regulación en función de manejo y protección del recurso. Esto ya ha sucedido en materia de royalties e impuestos. De allí la necesidad de contar con legislación adecuada. Dado que los tribunales arbitrales no están obligados a respetar principios nacionales desarrollados por sistemas relevantes para el agua y temas conexos -ni en términos substantivos ni procedimentales-, el futuro post inversión, para los países sin legislación adecuada o señales suficientes al respecto, puede ser incierto. A este respecto el inversor extranjero resulta con privilegios que los habitantes o los operadores (“inversores”) nacionales no tienen.

Después de que se hace una inversión, el inversor extranjero adquiere ciertos derechos. La inversión implica una situación de permanencia que resulta en relaciones con las autoridades y áreas de regulación del país, en todos sus niveles. Y el inversor se ve beneficiado por los siguientes principios:

- Trato nacional: no puede ser tratado en forma menos favorable que los nacionales, salvo exclusión expresa en el tratado;
- Nación más favorecida: puede recurrir a acuerdos firmados por otros países, si lo benefician más, salvo exclusión expresa en el tratado.
- Estándar de trato mínimo internacional, trato justo y equitativo: es un principio de derecho internacional absoluto, no vinculado a una comparación como los dos anteriores. Su contenido está en formación; incluyendo “transparencia”, “debido proceso”, “derecho de defensa” y “día en justicia”, además de “equidad y justicia en el trato”. Se relaciona con un estándar subjetivo como son las expectativas

- legítimas de los inversores.⁵ En aguas, cualquier modificación de las condiciones de los derechos, incluidos tarifas no previstas al tiempo de la inversión, podrían ser consideradas una violación del standard. Este es otro motivo para mejorar y poner al día las legislaciones.
- Protección respecto de expropiación no compensada: Esta noción es un estándar absoluto como la de trato justo. El problema que plantea no es su aplicación tradicional, sino su expansión para bloquear actividades regulatorias, bajo el rubro expropiación indirecta o regulatoria. Aun es notable, que esta institución sea propugnada como derivada del sistema americano, cuando en los hechos en Estados Unidos nunca se ha pagado, aparentemente, una compensación por medidas resultantes de legislación ambiental. La doctrina sobre el tema tiene aspectos ideológicos, considerando que las medidas de gobierno son interferencias indebidas con la actividad privada. De nuevo se hace clara la necesidad de contar con regulaciones adecuadas de manera previa a la suscripción de los acuerdos y al ingreso de las inversiones amparadas en éstos. El agua estará sujeta a regulaciones cada vez más severas, en función de calidad, equilibrio ambiental y escasez. Una concepción amplia de la expropiación se traduciría en graves problemas sociales, ambientales, y de sustentabilidad
 - Prohibición de Requerimientos de Performance: Los acuerdos de inversión prohíben requerimientos de performance a los inversores. Sin embargo el agua es justamente un área donde los requerimientos de performance seguirán en aumento, por la naturaleza del problema hídrico.

Los derechos de los inversores son amplios y expansivamente interpretados, debido a que no tienen un correlativo de deberes con respecto de los estados donde operan.

2. Gobernabilidad y Remedios Disponibles para los Inversores ⁶

Uno de los elementos más relevantes de los acuerdos de inversión post- 1980 es que establecen mecanismos especiales para resolver conflictos. Se basa en arbitrajes privados entre firmas privadas, pero en esta modalidad son privados (“inversores”) demandando a estados. La modalidad de acuerdos de inversión no se usa demandando entre privados; ni entre estados, ni los estados ni los privados pueden utilizarlos para demandar organismos internacionales, de financiación o de otro tipo. Es un mercado con clientes y sujetos pasivos muy específicos.

La mayoría de los casos referidos a arbitraje internacional en las Américas tienen que ver con importantes cuestiones de interés público, incluyendo: el ambiente en el caso de los pantanos la Villa, en Lima, Perú, empresas de servicios públicos en Argentina y

⁵ Algunos autores, como Barraguirre, consideran que es una noción elástica, dando gran flexibilidad a los tribunales en defensa de los inversores. Dada las características del proceso arbitral esto puede grandemente afectar los intereses de los países. Si bien la opinión es no unánime no cabe duda que el principio es elástico y está sujeto a un proceso de adiciones permanentes, algunas de tipo subjetivo, que pueden perjudicar a los países. De nuevo en este caso, si los tribunales tomaran en cuenta principios del derecho regulatorio desarrollados por países relevantes en el tema podrían de alguna manera limitar las incertidumbres de los países. Pero los tribunales arbitrales no están obligados a considerar principios nacionales apropiados al caso, naturaleza, y materia de los hechos.

⁶ Esta sección también puede ser ampliada en el trabajo de Mann que figura en el presente libro.

Bolivia, planificación territorial y pesquerías en Chile y Perú, uso del suelo y protección del suelo e importantes cuestiones ambientales en otros casos. Sus impactos son significativos en términos cuantitativos y también cualitativos.

Pese a la relevancia de sus decisiones, los tribunales arbitrales no son independientes. Sus miembros son elegidos por las partes, sus procedimientos son secretos, y no hay apelaciones.

Más aún sólo los inversores pueden iniciar procedimientos en contra de los gobiernos, significando que sólo aquellos crean el mercado arbitral.

Este elemento es de fundamental importancia, a tal punto que en su discurso en la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD) el Secretario General del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI) expuso que los árbitros se están exponiendo en forma creciente al actuar como árbitros en algunos casos, y como abogados en otros. También menciona que el número de árbitros es relativamente pequeño.⁷

En el mismo discurso el Secretario menciona que el problema debería ser resuelto a través de autorregulación y también por las partes designantes. La autorregulación como medio para resolver conflictos entre los intereses de grupos profesionales y cuestiones públicas ha sido considerada por la literatura regulatoria, y descalificada.⁸

Los tribunales aplican el tratado en que se basa la disputa, otras normas de derecho internacional, y derecho domestico, en la toma de decisiones. Y la tendencia es a presentar las diferencias como violaciones del acuerdo de inversión y no solo del contrato, usurpando la jurisdicción de las cortes, de las autoridades y de la jurisdicción administrativa nacionales. Además, el sistema resulta en decisiones inconsistentes, exacerbadas por falta de mecanismos de apelaciones y unificación de jurisprudencia. Los conflictos son usualmente resueltos en función de los derechos del inversor, no de un balance entre distintos intereses. Esto agrava el riesgo moral del inversor pues la protección puede resultar en aventuras imprudentes y falta de diligencia debida en la evaluación de viabilidad.

La falta de árbitros especializados en los temas substantivos de las contiendas hace aun mas riesgosos los efectos del sistema, dado que se resuelven cuestiones de interés público vinculado al agua y sus servicios con visiones estrictamente limitadas.

Así, el presente modus operandi crea serias brechas entre la potenciación del nivel local y las políticas nacionales e internacionales. Estas brechas se agravan por efecto de las visiones contemporáneas de que los gobiernos nacionales deben descentralizar autoridad al nivel local. En la práctica esto es una falacia. Con pocas excepciones, como es el caso de EEUU en el Cafta, los gobiernos nacionales toman decisiones y transfieren autoridad y prerrogativas publicas sin preservar la autoridad, poderes,

⁷ Roberto Dañino, Secretario General Ciadi, discurso en el Simposio OECD/ICSID/UNTAD: Making the Most of International Investment Agreements, A Common Agenda, December 12, 2005, Paris, France.

⁸ Ogus, Anthony, "Regulation, Legal Form and Economic Theory", Clarendon Law Series, Clarendon Press, Oxford, 1994 p. 107-111.

doctrinas o reglas regulatorias requeridas por los gobiernos y niveles locales (provincias, estados, municipios) para proteger los intereses públicos. Con el sistema la devolución de autoridad es ficticia. El estado nacional la resigna, pero no a favor de los niveles locales, sino de los inversores, dado que los gobiernos locales se encuentran obligados por los tratados nacionales.

A esto hay que sumar el tema de creación de mercado, que es de los inversores, los costos de litigación, la falta de abogados públicos entrenados en el tema, y la adhocracia de las decisiones, para ver que en temas de aguas y sus servicios, las ventajas de control de mercado arbitral de los inversores pueden tener una influencia significativa en decisiones finales, contrarias a los gobiernos, afectando el manejo, la asignación y la protección de los elementos ambientales del agua.

Así, el arbitraje internacional llevado a cabo en casos inversor-estado ha sido una importación frustrante de derecho comercial a cuestiones de interés público, como se demuestra con: 1) la naturaleza de las cuestiones sujetas a arbitraje: servicios públicos, ambiente, cuestiones sociales; 2) la magnitud económica de los casos considerados: veinte mil millones de dólares solamente en Argentina; y 3) La tendencia de los tribunales arbitrales a minar los sistemas judiciales locales.

Esto es lo mismo que si los casos resultantes de la crisis económica mundial de los años 30 hubieran sido dejados librados a árbitros empleados privadamente, o si casos fundamentales de poder de policía y ambiente, como Penn Station, Mono Lake, and Lake Michigan en Estados Unidos, o Saladeros Podestá en Argentina, hubieran sido dejados al arbitraje comercial.

El público en su generalidad, y un número creciente de movimientos políticos en la región han relacionado las privatizaciones promovidas por organismos financieros internacionales en la región, con los tribunales arbitrales, dado el número de privatizaciones que han resultado en conflictos y, en algunos casos, fracasos. Esto ha generado reacciones negativas que desafortunadamente se están generalizando a intercambio, inversión, y comercio, sin discriminar entre actividades y falencias o limitaciones de la institucionalidad, que pudieren ser mejorables.

Estas reacciones, hasta cierto punto justificadas, afectan las inversiones y el comercio internacional. Sus efectos pueden durar décadas, con muchas oportunidades de desarrollo económico eventualmente perdidas.

3. Derecho del Intercambio y la Inversión en el contexto de otras fuentes de derecho Internacional, con especial énfasis en agua y sus servicios⁹

Hasta los años 1990 las decisiones de los tribunales comerciales trabajando bajo el Gatt aplicaban normas estrictamente vinculadas al mismo, sin tomar en cuenta otras fuentes de derecho internacional. Sin embargo un tiempo después el Tribunal de Apelaciones de la Organización Mundial de Comercio revirtió completamente esta jurisprudencia al decidir que la Organización existía como parte de un cuerpo más amplio de derecho

⁹ Para ampliar ver Howard Mann, op cit.

internacional, que debería ser considerado, cuando parece ser relevante a los temas considerados por un panel o una apelación.¹⁰

Los tribunales arbitrales de los acuerdos de inversión han seguido fundamentalmente la tendencia restrictiva original de Gatts, tanto en materia de derecho aplicable como en la consideración de los intereses a proteger, concentrando en la protección de inversores, conforme los propósitos de los acuerdos. De este modo, los tribunales arbitrales han creado una nueva constitucionalidad, con principios, procedimientos, y propósitos únicos.

Como consecuencia, el cuerpo de derecho sustantivo considerado, es un universo encogido, respecto de lo que hubiera aplicado una corte doméstica al considerar un caso y evaluar el contexto, las condiciones, los intereses, y los impactos, a fin de producir decisiones balanceadas y sustentables.

Esto no es casual, dado que en muchos casos el propósito de los acuerdos y el proceso arbitral es justamente dejar de lado un derecho nacional balanceado y en contexto, para proteger el solo interés de los inversores minimizando o aún ignorando-a veces con criterio selectivo según el país- contexto local e impactos.

Sin embargo, hay principios tanto de derecho común, como de derecho regulatorio que son importantes para soluciones balanceadas y para la sustentabilidad del sistema institucional global.

Existe una amplia gama de nociones y conceptos que pueden ser extremadamente relevantes para soluciones equitativas y sustentables, en el sentido de dar una dimensión de balance y neutralidad al sistema, en el derecho internacional

3.1 El derecho consuetudinario internacional, fuente del derecho internacional resultante de la conducta-comportamiento-de los estados

La costumbre se puede aplicar como herramienta de interpretación de obligaciones contractuales, o como fuente de derechos y obligaciones por si misma.

3.1.1 Costumbre Interpretativa

Como fuente de interpretación, en función de la Convención de Viena, la costumbre tiene elementos negativos y positivos.

El negativo es que condiciona interpretación de tratados a su objeto y propósito.¹¹ Esto ha resultado en una lectura expansiva de los derechos de inversores y el rol de los tribunales arbitrales, y la minimización de los impactos negativos del sistema, tanto en lo que hace a los gobiernos como al interés público.

A este respecto se ha propuesto que existen otros propósitos en los acuerdos de inversión, que no son tratados, pero que subyacen a los mismos, como el derecho al

¹⁰ Ver en Mann, op. cit, Reformulated Gas and Shrimp Turtle.

¹¹ Convención de Viena sobre Tratados, art, 31.1 según lo cita Mann., op.cit.

desarrollo y a su regulación, cuya consideración ampliaría el rango de criterios interpretativos y el balance de las decisiones.¹²

Otra posible área de aplicación es en relación a previsiones e instituciones específicas. Por ejemplo el principio de trato justo y equitativo esta evolucionando, conforme al derecho consuetudinario, en una suerte de derecho administrativo internacional, el cual, según algunos arbitrajes, podría ajustar su aplicación conforme al grado de desarrollo del país en cuestión. Se argumenta que esta diferenciación sería parte del derecho consuetudinario internacional, pues no es realista suponer que el mismo estándar se puede aplicar a todos los países del mundo, independientemente de sus condiciones.

Otra institución que puede ser objeto de costumbre internacional es la expropiación bajo acuerdos de inversión. Esto incluye la determinación de cuando hay expropiación y cuanto se debe pagar. Los reclamos por expropiación pueden basarse en la toma de una propiedad, medidas equivalentes que eliminan todos o casi todo valor de la propiedad, expropiación indirecta a través de medidas varias, y medidas regulatorias. Las tres primeras son aceptadas por la definición consuetudinaria de expropiación. Sin embargo, las medidas regulatorias normales de un gobierno, no son expropiación bajo el derecho internacional, si son no discriminatorias, conforme a debido proceso, y para un propósito publico. Esto es lo que resulta del caso Methanex, y pese a que no coincide con otras decisiones contra países como México, coincide con la noción consuetudinaria del poder de policía, que no precluye el poder regulatorio.

La importancia del derecho consuetudinario interpretativo puede comprobarse en el hecho que los países, como Estados Unidos, hacen esfuerzos por asegurar que su interpretación domestica del tema expropiatorio, sea vinculante.¹³ Sin embargo esto solo es valido si ambas o todas las partes entendieron aceptar un particular régimen al firmar un tratado.

3.1.2 Costumbre como Fuente

El derecho consuetudinario puede ser fuente autónoma del derecho; muchos acuerdos internacionales tienen cláusulas amplias sobre derecho internacional que permiten una referencia a la costumbre como fuente. Esto abre la puerta a su invocación, en la medida que tenga una vinculación razonable con el tema en disputa, y que se identifiquen los otros principios de derecho internacional aplicable,

Los contenidos expresos del derecho a aplicar varían con cada caso, pero ayudaran a variar los impactos de una evaluación de falta o responsabilidad estatal fundados en solo el texto de los acuerdos.

¹² Garcia Bolivar, Omar E. "The Teleology of International Investment Law: The Role and Purpose of the Interpretation of International Investment Agreements", Journal of World Investment and Trade, Vol 5, 2005, pages 751-772; Luke Perterson, Bilateral Investment Treaties and Development, IISD 2004, Howard Mann, Unctad, November 2003, as quoted by Mann op. cit.

¹³ US 2002 Trade Promotion Authority Act, s.xxx, Mann op. cit.

El punto crucial es determinar si otras fuentes del derecho internacional son aplicables, desde el momento mismo en que se inicia el proceso, y cual es su contenido operativo relevante.

Aun en casos en que faltara la referencia a otras fuentes de derecho internacional, en los acuerdos, la costumbre seguiría siendo útil para determinar el alcance de obligaciones específicas de los estados. Por ejemplo, en el caso de trato justo y equitativo, las expectativas legítimas de los inversores son parte central del análisis, y ningún inversor podría invocar un derecho internacional a contaminar las aguas de un río internacional frente a la existencia de normas consuetudinarias claras de no contaminar aguas en perjuicio de otros ribereños.¹⁴

Otras áreas relevantes de la costumbre como fuente de derecho internacional incluyen los temas vinculados a problemas de asignación, prioridades, manejo y obligaciones de los estados en relación a cursos internacionales resultantes del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, derechos indígenas, y agua como derecho humano.

3.2 Principios Generales del Derecho

Los principios generales del derecho son una fuente legítima de derecho internacional. Los mismos pueden ser utilizados para suplir lagunas en tratados y costumbre internacional, pero también para avanzar principios de derecho internacional como resultado de su aceptación amplia en derecho domestico.

Los Principios Generales de derecho, pueden ser fuente de interpretación, o también de contextualización y balance en los derechos y obligaciones de estados e inversores en materia de acuerdos de inversión.

Cuando estos principios se encuentran suficientemente difundidos en sistemas relevantes, para tratar con situaciones u objetos similares, pueden ser considerados principios generales del derecho y aplicados en materia internacional.

Existen principios específicos que van desde la formación y celebración de contratos de inversión, a su ejecución, hasta las medidas de gobierno que los alteran. Su aplicación dependerá de contexto y hechos, y de la capacidad de demostrar que se esta frente a un principio general del derecho relevante al caso concreto.

En lo que hace a regulación de servicios públicos, el examen del derecho de la Unión Europea, de Estados Unidos, de Inglaterra y de Chile, sugiere que existe un principio general regulatorio en los países con sistemas privatizados sustentables que determina una obligación de eficiencia en los prestadores de servicio, a favor de los usuarios, que justifica la acción regulatoria del estado destinada a prevenir rentas indebidas, externalidades y otros efectos contrarios a la eficiencia.¹⁵

3.2.1 Principios posibles relevantes a la formación y celebración de contratos

¹⁴ Ver Mann, op. cit y referencia a Edith Brown Weiss, 2004.

¹⁵ Ver Abstract y reporte de Michael Hantke Domas: Common Legal Principles of Advanced Regulatory Systems.

Los actos contrarios al orden público, una noción doméstica, de corte civil, no pueden ser bases de acción legal. Esto se ha reconocido en doctrina sobre arbitrajes, vinculada al orden público internacional.¹⁶

Entre los actos contrarios al orden público prescriptos está la corrupción. Existen procesos de firma de acuerdos al respecto en Naciones Unidas y en OECD. Los contratos viciados por corrupción no pueden fundar acciones arbitrales.¹⁷ Pero mientras en algunos casos se ha sugerido que el estado que la invoca debe haber iniciado procedimientos a su respecto, en otros¹⁸ se ha admitido evidencia circunstancial consistente.¹⁹ En otros casos, cuando es invocada por el país, la corrupción ha servido para que los inversores desistan de sus demandas, pagando costas.²⁰ Cuando hay corrupción los inversores no pueden argumentar expectativas legítimas.

3.2.2 Otros Principios aplicables a la formación de contratos

Otros principios a considerar, receptados en casi todos los sistemas del mundo, son la violencia física o moral, la intimidación, la influencia indebida, la falsedad y el ocultamiento de información material, el abuso del derecho, el error, y la violación de la moral, las buenas costumbre y la decencia básica, la falta de conciencia moral.

Por supuesto que en todos los casos la base factual debe ser clara, y probada. Se ha argumentado que en casos vinculados al agua podría investigarse si organismos de financiación, compañías, y otros posibles beneficiarios de los procesos privatizadores activamente promovieron privatizaciones, esto resultando en que los bancos no financiaran emprendimientos públicos, condicionando la financiación a la privatización.

Otro argumento que se ha sugerido es que las compañías privatizadas debieron haber estado concientes, por su experiencia mundial, que las condiciones de las privatizaciones no eran sustentables, habiendo entrado en los contratos con vistas a renegociar.²¹ En los hechos la mayoría de las concesiones han sido renegociadas, particularmente en agua y transporte, impactando en la credibilidad del país y del sector que se trate,²² lo que indica mal diseño y comportamiento oportunista excesivo.²³ Esto indica que la regulación particularmente en países pobres, debe considerar asimetrías de información y dificultades en hacer regir la ley.²⁴

Los diseños limitativos de competencia, resultando en captura de mercados, también podrían dar lugar a la invocación de los principios arriba señalados.

¹⁶ Mann op. cit.

¹⁷ Wena Vs. Egypt y argumentos y doctrina en Mann, op. cit.

¹⁸ Methanex según lo examina Mann, op. cit.

¹⁹ A este respecto es importante hacer notar que en la mayoría de los casos la corrupción no se certifica ante notario. Lo mejor que se puede esperar es evidencia circunstancial, normalmente

²⁰ CPS Vs. Pakistan, según reporte de Luke Peterson, en Mann, op. cit.

²¹ Guash. J Luis, Laffont, Straub, "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America" p. 4.

²² Idem 5.

²³ Idem p. 5.

²⁴ Idem p. 6.

Se debe tener presente, que en todos los casos será fundamental la certeza y prueba, por lo menos circunstancial, pero convincente, y la determinación de la aplicabilidad y procedencia de los principios invocados bajo el derecho internacional. El otro tema relevante es determinar el tipo de remedio procedente, probados hechos y derecho, por ejemplo nulidad de lo actuado, pago de daños, o ajustes y compensaciones por culpas compartidas.

3.2.3 Posibles principios generales a aplicar en ejecución de contratos

Al igual que en el caso anterior la prueba de principio aplicable y hechos es fundamental.

En el contexto de servicios monopólicos como los de agua, con sensibles asimetrías de información, y con los problemas y costos para el gobierno asociados a la disrupción del contrato, el potencial de abuso del derecho es importante, lo mismo que los abusos de poder de mercado, comportamiento estratégico y de ocultamiento de información.

También se podrían argumentar faltas en cumplimiento de obligaciones, y violaciones a la buena fe, por ejemplo en vinculación a la obligación de eficiencia en beneficio de los usuarios. Estas faltas se pueden invocar, con prueba, si el sistema arbitral lo posibilita, aunque no todos lo hacen, como contra demanda o solo como defensa.

Otra posible defensa es el cambio de circunstancias, aunque esta plantea sus propios problemas, vinculados a la imprevisibilidad de los hechos determinantes de la situación. No obstante si los hechos eran previsibles y estos eran graves, y muy factibles de suceder entran en juego otros elementos, como la torpeza, la mala fe, la falta de diligencia debida, y la ignorancia, culposa o intencional, de hechos o informaciones, formales o informales, que una persona prudente y normal hubiera tomado en cuenta para determinar si una operación comercial era viable o no, en el contexto.

En este caso la estrictez de obligación de diligencia puede variar en más o en menos conforme al grado de conocimiento de una actividad, sus condiciones de performance, sus riesgos o limitaciones. En derecho regulatorio americano se ha construido el termino “constructive notice” para referirse genéricamente a las situaciones en que se considera que una persona tiene información suficiente para ser prudente.

3.2.4 Posibles principios regulatorios generales ²⁵

El principio general más importante es que los estados tienen derecho a regular en su territorio. Este principio sólo se limita en función de normas contractuales expresas. Mas aún: “No es parte del pacto social de ningún país el que el estado no pueda actuaren orden a dar mayor peso al bien social....Un inversor que compró sin que existieran impuestos a las ganancias puede encontrar que existe al tiempo de vender.... si las reglas de inversión se cambian conforme a un proceso legítimo, bajo normas de

²⁵ Expander en Mann, op. cit.

aplicación general conocidas para todos....los cambios resultantes no son ilegítimos per se".²⁶

Hemos visto en el caso Methanex que las prácticas regulatorias no discriminatorias, que no expropian están excluidas de la noción de expropiación compensable.

Pero además se puede considerar específicamente como aceptar prácticas regulatorias adecuadas como un elemento positivo de dentro de los derechos y obligaciones de los acuerdos de inversión. En el caso Maffezzini Vs. Reino de España se hizo notar que las prácticas regulatorias adecuadas son parte de las buenas prácticas que los inversores están supuestos respetar durante el curso de una inversión en Europa. Lo mismo se dijo en el caso Methanex, donde se afirmó que las regulaciones ambientales son parte del ambiente de la inversión, cambiables con información disponible, condicionando las expectativas del inversor en el campo en el que eligió entrar.²⁷

En el campo del agua y sus servicios la cuestión puede ser mejor entendida si se piensa en una combinación del derecho básico a regular y el entendimiento de buenas practicas en el sector específicamente referido. En este campo seria irrazonable que un inversor asumiera un universo regulatorio congelado si las practicas locales no estaban desarrolladas al nivel necesario, o al estándar comparado, o a lo requerido por la evolución del conocimiento al momento en que se hace la inversión. Este argumento se puede fortalecer si se puede demostrar que ciertas prácticas se han elevado al nivel de principios generales, cuando se compara legislación de países relevantes.

En este sentido hay algunos principios que en el agua-recurso y en el agua-servicio se pueden considerar generales, encontrándose en legislaciones relevantes. A este respecto se sugiere que legislación relevante es aquella que considera el problema porque existe en su realidad. No se podría encontrar legislación relevante en un país donde no existen hechos de base. Si los hechos de base existen en un número limitado de países y estos lo regulan en forma similar ésta es la legislación que configura el principio general. Por supuesto que parece razonable afirmar que si los países con más experiencia en ciertos temas coinciden en ciertas regulaciones que los más modernos no tienen, esto es sólo una consecuencia del desfase temporal y las coincidencias con más tradición deberían ser las relevantes en la materia. Los principios que se enumeran a continuación son enunciativos, no limitativos.

. Agua Recurso

Entre los principios mas relevantes al agua recurso esta su dominialidad publica, su asignación y control por el estado, el control de monopolización, uso efectivo, la prohibición de contaminación y creación de riesgo, el manejo de su aprovechamiento sustentable, la prioridad asignada al agua potable o agua para el consumo humano, la preservación de flujos ambientales, respeto de derechos establecidos, y consuetudinarios, y en ciertas condiciones el cobro por el agua.

²⁶ Cita provista por el Dr. Matthew Potterfield, Georgetown Law School, de Franck, Thomas "Fairness in International Law and Institutions"(1995) (from ch. 14, "Fairness in International Investment Law").

²⁷ Ver los textos correspondientes en Maffezzini y Methanex segun los cita Mann, op. Cit.

. Agua Servicios

En lo que hace a prácticas y regulaciones en el campo de los servicios existen normas y prácticas relevantes en relación a eficiencia del emprendimiento, como hemos visto ya, al abastecimiento de los pobres, niveles tarifarios razonables, sustentabilidad, razonabilidad, calidad de servicios, información, precios de transferencia, niveles de deuda empresarial, estructuras de capital, propiedad útil y utilizable, organización regulatoria, niveles de reinversión, y tarifas en tiempos de crisis.

En todos los temas arriba sería inadecuado asumir que los niveles regulatorios bajos, resultantes de ignorancia, o falta de información, de un país deban mantenerse para siempre, simplemente por que este era su estado al tiempo de la inversión. Y de hecho la experiencia en países como Inglaterra, Estados Unidos, Chile, por mencionar algunos, es que las normas se han ido ajustando dentro de ciertos límites, en función de necesidad. En este sentido la mayor experiencia con los temas prácticos de la regulación y la práctica del arte de los prestatarios de servicio no podría ser utilizada para bloquear regulación necesaria vía influencia indebida, abuso de posición dominante, tergiversación de hechos u ocultamiento de infamación por parte de los prestatarios.

Por supuesto el argumento alrededor de prácticas regulatorias comúnmente aceptadas, lo mismo que el estado del arte, se fortalece con ejemplos de legislación comparada.

4. Aplicaciones potenciales del derecho internacional no vinculado al derecho internacional de la inversión

Los principios del derecho internacional de la inversión no pueden o no debieran considerarse en un contexto que no incluya otras normas del derecho internacional, sea resultante de tratados o del derecho consuetudinario internacional, pues operan dentro de un complejo normativo que determinan su ambiente legal total. Esto determina los parámetros de las expectativas legítimas del inversor, en el contexto del principio *pacta sunt servanda* y de la buena fe.²⁸

Esto responde a la Decisión del Cuerpo de Apelaciones de la Organización Mundial de Comercio, de que su sistema convive dentro del cuerpo general del derecho internacional y no aisladamente del mismo.

Sin embargo, para cada caso, la contextualización es fundamental para demostrar por qué un principio de derecho internacional, no de inversión, es importante para la determinación de los derechos y obligaciones resultantes de un acuerdo de inversión. Por otro lado es fundamental destacar que si las corporaciones internacionales beneficiarias del derecho a la inversión no estuvieran dentro del contexto más amplio de otras obligaciones y fuentes del derecho internacional más valdría eliminarlas, a las fuentes, en razón de que los sujetos económicamente más relevantes del globo estarían exentos de las mismas.

²⁸ Para una ampliación del tema ver Howard Mann en el presente libro-

Los principios de derecho internacional pueden referirse a:

4.1 Desarrollo sustentable

El desarrollo sustentable incluye no solo el ambiente, sino también el desarrollo equitativo en términos económicos y sociales.

El componente ambiental del desarrollo sustentable es bien conocido y aceptado. Se ha mencionado que en los casos de Maffezzini y de Methanex se lo identificó como un elemento relevante en la determinación de las expectativas legítimas y razonables del inversor, dentro de la noción de trato justo y equitativo. Dentro de esto el principio precautorio debe ser invocado en juicios arbitrales de inversión.

En la misma línea, el cumplimiento de obligaciones ambientales internacionales debe ser plena justificación para el dictado de normas ambientales, conforme se acepta en la práctica en la Organización Mundial de Comercio (OMC), lo mismo que el cumplimiento de la obligación de no causar daño transfronterizo. Estos dos ejemplos demuestran límites a las expectativas de los inversores.

El componente de desarrollo del desarrollo sustentable se entiende normalmente en términos de equidad social y económica, determinando la necesidad de respetar políticas de equidad distributiva, con particular referencia a minorías históricamente maltratadas. Aunque de hecho no hay casos, que se pueda citar al respecto, es importante considerar si de hecho los acuerdos de inversión prohíben estas medidas o no, y complementariamente como se balancean derechos y obligaciones, considerando incluso cargos de cambios fundamentales de circunstancias.

No esta claro si medidas destinadas a lidiar con situaciones de emergencia son defendibles en contra de los términos de acuerdos de inversión, si han habido promesas expresas del país demandado. Pero también en este campo es posible recurrir a nociones que afectan la formación de los contratos, y el comportamiento del inversor en términos de diligencia debida, tanto al entrar en la actividad, información o noticia constructiva, o cumplimiento de sus deberes de eficiencia y buena fe en la articulación de una defensa. Estos temas han sido tratados anteriormente.

4.2 Derechos Humanos

El sector agua es particularmente relevante a los derechos humanos.²⁹ Existe un derecho humano a agua potable segura. Y el reconocimiento creciente de que las corporaciones internacionales están obligadas a cumplir con estándares básicos de derechos humanos, abona el argumento.³⁰ Por otro lado la obligación de respeto es erga homines, parte del ius cogens. Y otra área de los derechos humanos es la protección de derechos indígenas.

4.3 Acuerdos sobre Aguas Internacionales

²⁹ Ver en general, Salman M.A. Salman et al, "The Human Right to Water", The World Bank",

³⁰. Global Compact OECD Guideliness on Multinational Enterprise, según lo cita Mann., op cit.

Las normas internacionales sobre recursos hídricos compartidos incluyen el no causar daño, su asignación razonable y equitativa, y la prioridad de las necesidades humanas básicas. La existencia de tratados a este respecto condiciona las expectativas legítimas del inversor. Como se condicionan si se demuestra que los principios arriba son parte de la costumbre internacional.

5. Cuestiones Regulatorias Específicas³¹

La regulación tiene un conjunto de principios muy bien establecidos, aplicados por los países en cuestiones de crisis económica, manejo de servicios públicos, o policía de actividades en interés público.

Así, como se ha visto en el caso Methanex, el ejercicio de la función regulatoria consistente en medidas universales, no discriminatorias, razonables, en función de un interés público no es compensable.

Además de este sentido general la regulación tiene objetos muy específicos, y de gran complejidad, que se refieren a las medidas bajo las cuales operan los prestadores de servicios públicos concesionados por el estado, sea en condiciones de monopolio o de competencia. Las concesiones de servicios de agua potable son un claro ejemplo de monopolio natural, entregado y controlado por el estado. Esta entrega y este control están sujetos a algunas condiciones a favor, pero también, obligando al concesionario.

Este tiene un derecho a un retorno razonable, a cubrir sus costos de operación, inversión, y mantenimiento, a que se respete el periodo de la concesión, y el área de la misma, y a que el estado facilite sus actividades, proveyendo asistencia en materia que son resortes del estado, como expropiaciones.³² Estos derechos son prácticamente universales en la legislación comparada, y tienen por objeto posibilitar que los prestadores de servicios cubran sus costos y puedan subsistir en el negocio.

Los derechos tienen contrapartidas, desarrolladas por el derecho común para las ocupaciones con impactos para el común, o de interés público. Tanto el derecho continental, como el inglés y el norteamericano las aceptan. Son obligaciones debidas a todos los que están dispuestos a pagar por los servicios (en forma genérica-hoy hay países como Chile, donde la tarifa de agua para sectores de menos de un cierto ingreso es financiada por el Estado, siguiendo con la noción de que el agua es un derecho humano), el servicio debe ser adecuado, no discriminatorio, y el precio justo y razonable.³³

³¹ Además de las citas específicas en el texto, los contenidos de este capítulo se pueden ampliar con el trabajo de Michael Hantke Domas, "Common Legal Principles of Advanced Regulatory Systems", que el Proyecto Agua Sustentable de IDRC contrató como insumo para la sesión y el programa.

³² Phillips, Charles F. "The Regulation of Public Utilities, Theory and Practice", PUR Inc, Va. USA. 1993, p. 1118-1119.

³³ Phillips, op. cit. p. 119.

5.1 La eficiencia del Prestador Privado

La regulación de los servicios públicos tiene una fundamental dimensión económica, en la medida en que trata de duplicar las condiciones de eficiencia de una empresa en condiciones competitivas³⁴. La Ley de Agua del Reino Unido, de 2003, sección 3, ordena al regulador la promoción de economía y eficiencia.³⁵ La legislación de la Unión Europea tiene un enfoque similar, en el sentido que el Tratado Europeo, artículo 86 (2) compele a que la legislación nacional maximice la eficiencia económica. De los servicios de interés general. Esto se corroboró en el caso *Bodson Vs. Pompes Funébres Des Regions Liberees SA* (1989), donde se resolvió que un concesionario no puede abusar sus derechos exclusivos en contra del tratado. Esta eficiencia es en beneficio de los usuarios.

Los procesos de privatización tenían como componente básico una expectativa legítima de eficiencia y buena fe, por parte de los estados que privatizaron, respecto de las empresas. Toda la literatura de la época de las privatizaciones, particularmente la de los bancos de inversión, las empresas, y las publicaciones de los bancos de desarrollo, enfatizó la ventaja de eficiencia de la empresa privada con la expectativa de rebajas de costos implícita en ella. Esto es un hecho de conocimiento publico, que nutrió la opinión y las decisiones de los privatizadores. Este es el conocimiento constructivo, la noticia constructiva, la información explícita e implícita, que basó la política de la privatización. De los gobiernos. Por ende, los comportamientos contrarios o violatorios de la eficiencia tienen una importante dimensión legal. Esta es que viola las expectativas legítimas de los gobiernos.

Las consecuencias operativas del principio de eficiencia, son importantes.

5.2 Inversiones no útiles o sobredimensionadas, falta de inversión

Los reguladores no aceptarán inversiones que no sean útiles o utilizables, ni que el concesionario “sobrecapitalice” la concesión para justificar tarifas y retornos más altos. Las inversiones imprudentes, como sería construir un dique que no hace falta para proveer agua a un ciudad se descalifican de la base tarifaria.³⁶ En Chile el regulador rechazó lo que el consideraba sobre inversión en el caso la Farfana, con el soporte de la comisión revisora.

El concepto se relaciona con el de expectativas legítimas de los inversores. Este concepto no podría servir para justificar un reclamo sobre la base de una inversión no eficiente ni prudente, o desproporcionada a la situación o necesidad a satisfacer. La inversión, y también los gastos, deben ser “prudentes” (Missouri, 262 U.S. 276, 1923; Central Power and Light, 810 F.2d1168,1190 n1, D.C. Cir. 1987.). “una inversión prudente es el capital razonablemente gastado para hacer frente a las obligaciones

³⁴ Hantke, op. cit. abstract, y Jouravlev, Andrei, Morin y Todd Hillman, allí citados. Phillips, Charles F. "The Regulation of Public Utilities, Theory and Practice", PUR Inc, Va. USA. 1993, p. 267 y 301.

³⁵ Hantke, en el presente libro.

³⁶ Phillips, casos en p. 364-8.

legales de la compañía para asegurar servicio adecuado”.³⁷ En lo que hace a los gastos operativos los mismos no pueden ser gastos extravagantes. A este respecto el ejemplo clásico son los salarios y premiums exagerados. Estos son formas impropias de transferir ganancias.³⁸

La gerencia se puede asignar altos salarios y pensiones. Los pagos a compañías afiliadas pueden ser excesivos. Los gastos de litigios, propaganda, investigación, y relaciones públicas deben ser analizados cuidadosamente para ver si son extravagantes o un abuso de discreción. Más aun, en todos los casos las Comisiones deben requerir prueba de razonabilidad de los gastos por expensas operativas.³⁹

Las compañías de servicios no pueden gastar libremente y esperar que todos sus gastos sean aceptados como gastos operativos. Los reguladores están permitidos cuestionar ambos: el juicio y la probidad de los gerentes. Y si las tarifas deben ser altas como para cubrir todos los gastos operativos, el público tiene derecho a esperar que estos gastos sean necesarios y razonables.⁴⁰

Si bien se presume la buena fe de la gerencia, y además las compañías pueden probar la razonabilidad de sus gastos, el procedimiento es estricto: i) las compañías deben probar que hicieron el gasto, ii) que el mismo era necesario para cumplir los fines de la compañía o que el mismo era de directo beneficio para los usuarios que pagan tarifas, iii) y que el monto del gasto era razonable.

Si bien las compañías pueden gastar como quieran las comisiones regulatorias siempre tienen el deber de determinar que porción del gasto pasa a los usuarios.

Los gastos de las compañías son controlados de dos maneras: una es desconocer gastos ya hechos, por extravagantes o innecesarios. Pero esto crea un serio problema, dado que afecta el crédito.

La otra es someter presupuestos a priori, para ser aprobados o no, y además con un registro especial de contratos con compañías relacionadas.

En lo que hace a gastos específicos, como propaganda o contratación de expertos para justificar aumentos de tarifas, los mismos están sujetos a regulación muy cuidadosa, en función de razonabilidad de costos, pero también de propósitos. Por ejemplo, los salarios de ejecutivos y expertos son cuidadosamente controlados, cuando son salarios que se acumulan en razón de existir estructuras en holding, o las mismas personas son a la vez funcionarios, expertos y stockholders.⁴¹ Un criterio similar se aplica a beneficios adicionales y pensiones. Los gastos en relaciones públicas son severamente escudriñados, excepto información fáctica al público.⁴² Los costos de reemplazos y

³⁷ Scalia quoted en Popowsky, Irwin A. Legal Framework for the Regulation of Public Utilities, Michigan State University, Naruc, July 29, 1996. p. 24.

³⁸ Chicago and Grand, 143 US 339, 345-6 (1892).

³⁹ Phillips, p. 257.

⁴⁰ Phillips p. 258.

⁴¹ Phillips p. 262.

⁴² Ibid. p. 264.

limpiezas, y reparaciones sólo se admiten cuando los mismos no resultan de negligencias o mal manejo o errores profesionales.⁴³

Un criterio similar aplicó la Corte Europea de Justicia en el caso Altmark, donde estableció entre las obligaciones de una compañía de servicios públicos, el “ser bien llevada”.⁴⁴

En el mismo caso se indica que la compañía debía contar con medios suficientes para el transporte asumido, es decir que la obligación de eficiencia se viola con la subinversión, dado que se imposibilita el servicio.

5.3 Precios de Transferencia

La obligación de eficiencia tampoco se contradice con la utilización de precios de transferencia, es decir con la utilización de contratos entre firmas relacionadas para adquirir insumos a precios mas altos que los de mercado, o lo que es lo mismo, la subcontratación.

Podemos ver casos, en el marco de la privatización de servicios, por ejemplo de empresas que pagan a sí mismas a través de subsidiarias suyas, incurriendo algunas veces en vulneración de normas legales o de cláusulas contractuales cuando se trata de concesiones.

Un documento reciente del Banco Mundial manifiesta al respecto lo siguiente:⁴⁵ “Cuando los concesionarios invierten en maquinaria y equipamiento...tienden a usar partes relacionadas para ejecutar el trabajo... De hecho, en muchos países se incluye en las auditorías, precios auditados de transferencia requeridos a las concesiones...asumiendo que cerca del 30% de las inversiones fueron hechas por grupos de compañías con un precio inflado en un promedio de 33%.... Lo mismo se aplica a reparaciones, mantenimiento, consultorías, etc. (p.13)”. Un argumento similar se aplica a los “cobros por administración” o “management fees”.⁴⁶

La auditoria hecha por Halcrow al consorcio Aguas Argentinas (en el cual un accionista principal era al empresa Suez Lyonnaise des Eaux), en 1997 descubrió que varios trabajos fueron directamente asignados a grupos de la compañía”. (Halcrow Final Report, 15-8-97)

Es importante destacar que en el sistema americano solo se aceptan precios como de mercado cuando existe prueba de suficiente competencia. Texaco, 417 US 380 (1974) y Elizabethtown, (10 F.3d 866 (D.C. Cir. 1993). En el sistema americano el principio es que las Comisiones tienen siempre la posibilidad al fijar tarifas de cuestionar pagos a afiliadas⁴⁷. En el caso de pagos de honorarios por servicios a afiliadas o holdings en el

⁴³ Ibid. p. 266.

⁴⁴ Véase en Hantke, “well run” Caso C-280/00 Corte Europea de Justicia.

⁴⁵ “How Profitable are Infrastructure Concessions in Latin America? Empirical Evidence and Regulatory Implications” Sirtaine, Pinglo, Guash, Foster, World Bank Group, page 12.

⁴⁶ World Bank Policy Research Paper 3373, Aug2004, Estache, Pinglo p.20

⁴⁷ Phillips, p. 267.

área de gas y agua y saneamiento sólo se consideran procedentes si se verifican adecuadamente los servicios, y si estos no hubieran podido ser llevados a cabo por la empresa operadora por sí misma.⁴⁸ Para ello la Securities and Exchange Commission controla celosamente los contratos de servicios de compañías holding, y solo puede aprobarlos si los mismos “representan ahorros razonables respecto de los costos de servicios o construcción llevados a cabo o mercaderías vendidas por personas independientes del holding” (Public Utilities Holding Act, 1935). Si bien esto aplica a gas y agua y saneamiento, la analogía con cualquier situación de holding es evidente. Los cargos deben limitarse estrictamente a costos de servicios, considerando además el tema de su distribución equitativa entre componentes.⁴⁹

En lo que hace a costos de equipos comprados a afiliadas se han aplicado dos criterios: a) si los precios son menores que los que cobrarían empresas no afiliadas vendiendo equipos y materiales similares y b) si las ganancias resultantes de estas ventas son menores a los que tendrían compañías independientes. Por otra parte se establece que las afiliadas no pueden ganar más que la utilidad que se permite a la entidad regulada.⁵⁰

El Reino Unido, la Unión Europea y Chile (ver Hantke en el presente libro) también tienen serios principios que aplican a los precios de transferencia en servicios públicos.

Es claro que las expectativas legítimas de los inversores tampoco se compadecen con la práctica de precios de transferencia, si con ello se hubieren violado la obligación de eficiencia respecto de los usuarios.

5.4 Endeudamiento del Concesionario

Otro tema relevante a la noción de eficiencia es el endeudamiento de las empresas. Los costos de capital de una empresa altamente endeudada aumentan, y con ello el costo general de los usuarios.⁵¹ Por ello existen regulaciones sobre el nivel de endeudamiento aceptable y prudente. Ofwat, el regulador inglés, tiene una pauta general de no aceptar más de un 50% en relación al capital propio.⁵² No obstante la flexibilización de esta regla en función de la capacidad de pago y las expectativas económicas del área de prestación esta no se va más allá del cien por ciento. En este contexto, endeudamientos más allá de esta tasa, van más allá de la práctica internacional y de las reglas del arte en la materia. También en este caso se habría violado la obligación de eficiencia, afectando las expectativas legítimas de los inversores. Hay casos relevantes, como los endeudamientos de las empresas prestatarias de servicio en Argentina, que llegaron en el caso del Buenos Aires al 2.4 en relación al capital.⁵³

⁴⁸ SEC, 1943, en Phillips, p. 267.

⁴⁹ Phillips op cit p 267.

⁵⁰ *Houston Co*, 259 US 318,323 (1922), *Smith* 282 US, 133, 152-3 (1930), *In Re, Pacific Tel*, 53 PUR3d, 513, (Cal. 1964), and list of cases cited in Phillips, p. 301 notes 80 to 84.

⁵¹ Phillips, p. 233.

⁵² Final Report, Ofwat, *The Capital Structure of Water Companies*, October 11, 2002, Confidential.

⁵³ Hantke, op. cit. “The US Supreme Court has stated in this matter that, “Past losses cannot be used to enhance the value of the property or to support a claim that rates for the future are confiscatory” in *Galveston Electric Co. v. Galveston*, 42 S. Ct. 351 (See, *Board of Public Utility Com'rs v. New York*

5.5 Crisis Económica

Existen casos atípicos, en los cuales los ingresos de caja se ven afectados por crisis económica. Estos casos presentan problemas complejos, pues existen varios factores que se deben considerar en su resolución, incluyendo, en forma enunciativa:

- El hecho de que una compañía no puede ser forzada a trabajar a pérdida
- El factor de riesgo moral y falta de incentivo a la diligencia debida, que implica una protección absoluta, lo que probablemente llevo a que la jurisprudencia norteamericana de los 1930 emita fallos que limitaron las tarifas: "El concepto de retorno razonable de la Suprema Corte es en realidad una noción de zona de razón habilidad. La confiscación es el límite inferior. La explotación de los usuarios es el límite superior. Si el retorno es razonable éste debe caer entre estos límites. Claramente, las ganancias requeridas no pueden estar representadas por una suma específica, ni determinadas por una fórmula precisa. Mas bien variarán conforme a las condiciones económicas de ambas, la compañía y la economía." Mas aun, "bajo condiciones económicas adversas puede suceder que ninguna tasa cubra el costo del servicio."⁵⁴
- En el derecho estadounidense un número abundante de casos atestiguan de la vinculación tarifas-economía, por ejemplo: Wilcox Vs. Consolidated Gas, 212 US 19, 48-49 (1909); Lincoln Gas and Electric Light Vs. Lincoln, 250 US 256 (1919); Missouri ex-real Southern Bell Tel Co V. Missouri Pub. Services Commission, 262 US 276 (1923; McCardle Vs. Indianapolis Water, 272 US 400, 419 (1926). Aparte estos casos en los cuales hay una clara relación con la situación económica general, otros enfatizaron situaciones especiales vinculadas a la Depresión del 29, notando que en el clima de Depresión del país, compañías que tenían un retorno neto de 4.98 eran afortunadas.
- La existencia de antecedentes similares, que debieron haber servido de noticia o información constructiva, informando la obligación de diligencia debida.
- El cumplimiento por parte de la empresa con sus obligaciones de eficiencia, conforme a las expectativas de los países, la legislación comparada relevante y las reglas del arte.y la ponderación de la misma y sus elementos en la ecuación final

CONCLUSIONES

Con la expansión del comercio y la inversión internacional y sus sistemas de protección el derecho internacional y sobre todos los mecanismos procesales de protección de la inversión han entrado profundamente en los ámbitos domésticos de los estados. Sin embargo, el avance, tanto substantivo como procesal, de la institucionalidad internacional, no se ha visto correspondido con una actualización de sus contenidos y enfoques a tono con su nuevo rol. Por el contrario tanto contenido como procedimiento aseguran un desbalance en las decisiones.

Telephone Co., 271 U.S. 23 (1926)). One candidate for further analysis is Buenos Aires, where the local company Aguas Argentinas, has a ratio of leverage at 2,4."

⁵⁴ Phillips, Charles, "The Regulation of Public Utilities"Public Utilities Report, Inc. 1993, USA, p.119, y p. 181. También, Troxel "Economics of Public Utilities"New York, 1947, p. 224.

El agua esta profundamente afectada, como recurso y como servicio, por los mecanismos de protección de comercio e inversión en los siguientes términos:

- Existen presiones para incorporar el agua en estado natural al comercio internacional. Si bien al presente este recurso y sus servicios no están legalmente incluidos en las obligaciones de comercio, bajo ciertas circunstancias esto puede pasar.
- Una gran cantidad de sectores de inversión incluyen o afectan el agua. En países con sistemas legales tradicionales, con pocas regulaciones, esto se puede traducir en acaparamientos, afectación de derechos tradicionales indígenas, y deterioro ambiental. Las mejoras regulatorias ex post podrían ser cuestionadas como expropiaciones.
- En materia de servicios públicos vinculados varios procesos de privatización han fallado. Muchos países no contaban con las instituciones regulatorias mínimas de países con experiencia en el tema, y su inexperiencia se tradujo en falta de regulación y control adecuado en materia de inversión útil, endeudamiento empresario y control de transferencias de precios, entre otros.
- En estas circunstancias la situación de los países se complica, pues los tribunales arbitrales, en su performance actual, tienen limitaciones substantivas, institucionales, y procesales, expresadas de la siguiente manera:
 - Tienen interpretaciones substantivas expansivas que favorecen a los inversores, por principio, puesto que se asume, con excepciones contadas, que el propósito del sistema es proteger inversores, y nada más. Estas interpretaciones se basan en los principios de protección de inversores, y en la Convención de Viena sobre tratados. Para los primeros la gobernabilidad interna no es un tema. Para la segunda, que fundamentalmente tiene en cuenta el sistema tradicional de relaciones internacionales entre estados, y no los impactos de la protección de la inversión sobre la gobernabilidad, ni tampoco previó la expansión de lo internacional a la esfera doméstica, la gobernabilidad interna tampoco es un tema con la relevancia que esta reviste para las judicaturas nacionales.
 - El sistema no es transparente, ni público, ni esta sujeto a apelaciones, ni a unificación de jurisprudencia. Cada caso es ad-hoc
 - El sistema es procesalmente defectuoso, sujeto a captura y riesgo moral, en la toma de decisiones arbitrales. El mercado del arbitraje es creado por los inversores. Los estados no pueden activarlo. Cabe esperar que los árbitros respondan al mercado. Por otro lado las remuneraciones de los mismos dependen de los casos que tengan. De ahí que predominan interpretaciones expansivas donde la jurisdicción local se deja de lado, aún si ha sido pactada contractualmente.
 - Los tribunales arbitrales han tendido a ignorar los principios de derecho doméstico aplicados en forma coincidente por países relevantes en materia de los hechos llevados a su conocimiento. Esto es

particularmente claro en relación con regulación de servicios públicos y crisis económica.

- Creación de un nuevo derecho, para protección de inversiones, que se aleja de los principios generados por los países para lidiar con situaciones, objetos, y relaciones jurídicas en una forma balanceada. Es un derecho de privilegio, que recuerda un sistema de castas, o de ciudadanos privilegiados, o de fueros por estado personal o actividades, como los que antiguamente se aplicaban a la nobleza, en relación al ciudadano común.
- En lo procesos arbitrales es clara la minimización del interés público, minimización que se hace más flagrante cuando se comparan las decisiones arbitrales con las consideraciones de los jueces de Nueva York en casos vinculados a la deuda externa argentina donde el interés público fue ponderado. O cuando se comparan decisiones nacionales vinculadas a servicios públicos en tiempos de crisis, o a ambiente, con las de los tribunales arbitrales.
- En lo substantivo es claro que existen principios generales compartidos por países relevantes en materia de interés público, aguas y regulación, que los tribunales arbitrales deberían aplicar:
 - En materia de interés público la interpretación del alcance y límites del poder de policía y control del estado, resultante de prácticas nacionales coincidentes, deben ser el criterio determinante para determinar si el estado actuó con exceso o no.
 - Los principios fundamentales de la legislación comparada, que los tribunales deben tener en cuenta, incluyen, para agua-recurso: dominialidad pública, asignación y control por el estado, control de monopolización, uso efectivo y beneficioso, prohibición de contaminación y creación de riesgo, manejo de su aprovechamiento sustentable, prioridad asignada al agua potable, preservación de flujos ambientales, respeto a derechos establecidos, y consuetudinarios
 - Para el agua servicio es fundamental que los tribunales tengan presente los principios aceptados en la regulación comparada, incluyendo: eficiencia de la actividad, en términos de razonabilidad de diseños; abastecimiento de los pobres; niveles tarifarios razonables; sustentabilidad; razonabilidad; calidad de servicios; información; precios de transferencia; niveles de deuda empresarial; estructuras de capital; propiedad útil y utilizable; organización regulatoria; niveles de reinversión, y tarifas en tiempos de crisis.
- Por otro lado, los casos relacionados con aguas y sus servicios tienen vinculación con los vicios de los contratos, siendo especialmente relevantes la consideración de situaciones de conflictos de intereses, coerción, abuso del derecho, influencia indebida, violación de reglas morales y de buenas costumbres, según resulta de prácticas nacionales y legislaciones coincidentes y de la costumbre.

- En lo procesal el sistema de arbitraje debe ser complementado con incompatibilidades, apelaciones, apertura y transparencia, y expansión de los criterios a considerar. A este respecto es importante tener presente que hoy el mercado de arbitraje es monopolio de inversores, lo que incentiva su desbalance. Se debe terminar con el monopolio y regular, y reemplazar el sistema con algo más similar a las judicaturas nacionales.
- En lo sustantivo el arbitraje debería aplicar a principios comunes de regulaciones y legislaciones nacionales relevantes, según el tema de que se trate. Solo así se asegurará un balance sustentable entre inversión e intereses públicos. Estos son los principios que aseguran continuidad, y no una aplicación de principios de privilegio. Han sido generados por la naturaleza de hechos y problemas, y no por un interés de protección unilateral de un sector. También en el plano sustantivo deberían aplicar convenciones internacionales sobre derechos humanos, ambiente, y grupos indígenas. De otro modo estos se desconocen y convierten en letra muerta, no obstante que los estados los firmaron y apoyaron.
- Es necesario continuar con tareas de capacitación, análisis legal que debe hacerse disponible a los países necesitados, bajo la forma de asesoramiento, y presión sobre las autoridades responsables para cambiar las bases del sistema, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. De otro modo el desbalance y el potencial de abuso se potencian por la ignorancia.

Implications of International Trade and Investment Agreements for Water and Water Services: Some Responses From Other Sources of International Law

Howard Mann, Ph.D.⁵⁵

EXECUTIVE SUMMARY

This paper is divided into two parts. Part 1 describes the numerous interfaces between international trade law and international investment law on the one hand, and water management and resource allocation on the other hand. Part 2 describes how sources of international law outside trade and investment agreements can be used to rebalance the impacts of trade and investment law on water management decision-making.

Part 1 begins with the question of whether trade law can compel countries to trade freshwater resources. While the general conclusion is that it likely cannot, it is noted that the matter is not free of doubt. Indeed, some states, like Canada, have not banned freshwater exports because of advice from trade lawyers that to do so could breach WTO and NAFTA requirements.

Part 1 also considers the role of trade law in promoting privatization and access by foreign investors to water services delivery, in particular in developing countries. It notes how international investment agreements are also increasingly being used to promote liberalization and privatization in the water services sector. The reach of regional and bilateral agreements has, to date, been more penetrating in this regard, as compared to the WTO General Agreement on Trade in Services (GATS). However, ongoing WTO negotiations may expand national requirements to liberalize and privatize in the water services sector, both under the services negotiations and under separate negotiations on environmental services.

Part 1 also considers the impact of international investment agreements in non-water sectors, primarily for water-intensive sectors. Here, broader levels of investment liberalization are noted, especially through regional free trade and investment agreements. This may lead to additional pressures on pollution controls, future water allocation between foreign and domestic investors and other stakeholders, and water rights in indigenous and traditional communities. This is because international investment agreements create additional rights for foreign investors over those enjoyed by other domestic users. Moreover, these agreements today provide special remedies for foreign investors through what is known as investor-state arbitration under the international law rules of the agreements. This allows other domestic law issues to be avoided by foreign investors in certain circumstances.

Part 2 looks in particular at the use of these remedies and how the special rights of investors may be balanced by other sources of international law. This Part seeks to

⁵⁵ Howard Mann is a practicing international lawyer in Ottawa, Canada, and the Senior International Law Advisor, International Institute for Sustainable Development. See www.howardmann.ca for more information.

provide a way of thinking for reversing the singular touchstone of investor protection as the basis for interpreting and applying the rules under international investment agreements. In brief, Part 2 argues that the rights of the investor must be seen not in a vacuum, but in the context of a range of international law, general principles of law, international standards and domestic laws that relate to the establishment and operation of an investment. Focusing on the issue of investor-state arbitrations relating to water privatization, but setting out principles equally applicable in a range of other water-related contexts, it sets out some initial perspectives on how such additional sources can be brought to bear on investor-state cases in order to establish a more balanced legal approach to the interpretation and application of investor rights.

Part 2 concludes that there are significant opportunities within the structure of international investment agreements and investor-state arbitrations for sources of international law outside of the treaties themselves to be raised in an arbitration. These sources include other treaties, customary international law and general principles of law. These in turn allow a range of other legal principles relating to the formation and execution of contracts, and governmental regulation of such works, to be raised. These other principles include, for example, anti-corruption principles, duress or undue influence, abuse of position, unconscionability, constructive knowledge and constructive notice. The applicability of such principles as regards the formation of investment agreements, their implementation, and the subsequent application of new regulatory measures are considered.

Finally, the role of related areas of international treaty law and customary international law on sustainable development, human rights and transboundary water agreements is briefly explored.

The paper concludes that all of these areas of international law and general principles of law may, in appropriate circumstances, be brought to bear in an investor-state arbitration. This can be done to assist in the interpretation of the rules contained in international investment agreements, and to assist in balancing the application of these rules with other sources of law heretofore neglected or downplayed in the arbitration process. These options should be further considered in water-related arbitrations.

INTRODUCTION

There are two primary goals to this paper. The first is to give a broad overview of how water management and water services issues are impacted by international trade and investment agreements. In fact, not many international economic agreements, be they trade or investment, expressly address water management and water services issues. But almost all of them can (and many now do) have direct or indirect impacts on trade in water, management of water resources and water services, and allocation of water use rights.

On a previous occasion,⁵⁶ the present author has undertaken an in depth review of the full range of potential and actual legal linkages between international trade and investment agreements and water issues. Part 1 of this paper will summarize the previous findings, and sets the context for some of the new thinking these relationships now require. With over 2300 international trade and investment agreements in existence, understanding their relationship to water management and services is becoming critical today.

Part 2 of this paper will consider various ways in which the same and other sources of international law might reduce or eliminate some of the negative impacts and concerns described in the first part of the paper. It will, in particular, begin an exploration of how other sources of international law and international standards can have an impact on the application of trade and investment agreements to water-related issues. This is an important, but often neglected question in the field of international trade and investment agreements. It is particularly germane to water-related issues, given the growing concerns globally over diminishing water quality and water quantity as medium and long term challenges. To what extent, for example, can the human right to water impact the interpretation of international investment agreements when disputes arise over water-related issues? This type of question is especially important in Latin America, where it appears that all of the water privatizations involving foreign investors undertaken in the 1990's in Argentina are now subject to arbitrations under various investment agreements, and others in Bolivia and elsewhere have been subject to actual, and are still subject to potential, challenges.

The introduction to these various issues below cannot be understood as directly relating to any one of these arbitrations. There is insufficient information in the public domain for someone not personally involved in the proceedings to be able to comment on how any issue raised here might play out in the concrete circumstances of a specific case. However, it is hoped that an introduction to these issues may highlight which are more relevant and which less relevant for future consideration in general research terms, or for application in any specific circumstances.

PART 1: TRADE AND INVESTMENT AGREEMENTS AND WATER

Trade dates back thousands of years. The ancient Silk Roads from China, the empires of the Greeks and Romans, the cross-Mediterranean reach of the Moorish empire (which included trade in services: a Spaniard was personal physician to the ruling king of Egypt for some time in the Moorish period), the colonialist empires of the European powers, and the restructuring of nation states with the Treaty of Westphalia all had major trade and economic aspects. The protection of the means of trade also has a long history. The freedom of the seas, possibly the first of many international rules relating directly or indirectly to water, had a distinct origin in the promotion of trade, as did the outlawing of

⁵⁶ "International Economic Law: Water for Money's Sake?" I Seminario Latino-Americano de Políticas Públicas em Recursos Hídricos, Brasília, Brazil, 22 September 2004, available at <http://www.howardmann.ca/pdfs/WaterandInternationaleconomiclaw.pdf>

piracy on the high seas.⁵⁷ The promotion of trade under international law is not new to this era of globalization, nor is the linkage between trade and water in one way or another.

What might be termed the modern age of trade law began in 1947, with the drafting of the Havana Charter that sought to establish an International Trade Organization as part of the Breton Woods financial institutions. This effort failed to get the necessary ratifications, but its substantive instrument on trade, as an annex to the Havana Charter, did enter into force. This was the General Agreement on Tariffs and Trade, 1947, the GATT. As the organizational component of the International Trade Organization never came fully into being, the institutional apparatus took on the name of the substantive instrument, and the Secretariat thus became known as the GATT as well.

On January 1, 1995, the GATT became the World Trade Organization, following the conclusion of the Uruguay Round of trade negotiations. The WTO now incorporates a range of trade and trade-related agreements, covering issues from tariffs to non-tariff measures impacting trade, to intellectual property rights and investment in service sectors.

Over the last two decades, international trade has also evolved through a series of bilateral and regional free trade agreements (FTA), many of which follow the WTO model of a range of agreements or chapters on a range of trade and trade-related issues. The European Union is of course one such example, though it has moved from its origins as a trade union to a much more fully integrated economic and political union. The North American Free Trade Agreement (NAFTA) was a pioneering FTA, being the first to link a developed and developing country into one regional FTA. The US-Central America Free Trade Agreement has since followed, and a multitude of other agreements are being negotiated in most regions of the world, though with varying depths of commitments.

At the same time that trade law has expanded in recent decades, so has international investment law. In many cases, investment has been addressed as part of trade agreements. NAFTA, for example, includes its Chapter Eleven on Investment. Other US and Canadian agreements, like the US-CAFTA or Canada-Chile FTA, include chapters on investment. But the major source of international investment law is found in the Bilateral Investment Treaties (BITs) and, increasingly, similar regional investment treaties. There are now some 2400 BITs that have been signed, and there are several regional investment agreements as well. Unlike trade law, this diverse universe of agreements has no institutional home such as the WTO, and lacks a comprehensive, consistent, standing dispute settlement process.⁵⁸

1.1 Areas of interface between trade law and water

As trade law has moved over the last two decades from purely tariff and other border issues to incorporate things like trade in services and technical barriers to trade, its interface with water has grown. In the immediately following sections, this interface is

⁵⁷ For proper reviews of the development of international trade law see, e.g., Michael Trebilcock and Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, 2nd ed., 1999, Chapter 1; John H. Jackson, *The World Trading System* (MIT Press, 2d ed. 1997);

⁵⁸ For some history on these see M. Sornorajah, *The International Law on Foreign Investment*, Second edition, 2004, pages 209-211.

summarized. The interface between international investment law and water is then considered in section 1.2. The implications for governmental decision-making are considered in relation to each specific issue.

1.1.1 Trade in Water

One of the most concerning issues in trade law today is whether trade law compels the trade in freshwater, through diversions, bulk shipment in tankers or similar bulk exports. It is well understood that bottled water, for example, is covered by trade law, and that restrictions on exports of bottled water are, therefore significantly limited.⁵⁹ In addition, rules on non-discrimination in non-tariff barriers to imports and exports also apply, precluding special limitations on the export of bottled water by a government.

What is less clear is whether trade law today can be used to compel the trade in freshwater, or water flowing in its natural state in lakes and rivers. While it is generally believed that a state cannot be compelled to export its water through canals, large tanker exports or other bulk transfers of water to neighboring or more distant states, the issue has not been formally tested and remains open to some doubt. This became a major issue in Canada prior to NAFTA's ratification in 1993. As a result, the three governments (Mexico, Canada, United States of America) issued a statement that water in its natural forms was not covered by NAFTA. However, when the Canadian government initially sought to re-enforce this view by banning the export of freshwater, government lawyers indicated this could not be done because it would be contrary to NAFTA. Thus, trade lawyers have sought to argue both sides of the coin, leaving legislators and others confused as to the proper state of the law.⁶⁰

A second issue of relevance here is what might happen if some exports are allowed by a state. Would crossing the tripwire of allowing an export then compel a state to allow other exports? This is a very difficult question. What is clear is that an initial export unaccompanied by strict environmental controls that ensure it is not damaging to water supplies, local uses and ecosystems could lead to requests for non-discriminatory treatment of future water exports, i.e. that similarly lax standards be applied to other exports. Whether the initial application of high control standards would preclude claims to lower standards for future exports is not a settled issue either, though the weight of evidence today suggests that the continued application of non-discriminatory standards (applying equally to domestic water withdrawals as for export) would be sustainable.

In short, while common sense and some history indicates trade law cannot compel the trade in freshwater resources, the matter is not without doubt, doubt created at least in part by the trade lawyers themselves. This doubt can be compounded if a first export is

⁵⁹ Art. XI of the GATT, 1947, as renewed in 1994, for example, prevents quotas and other restriction on exports. Bottled water is covered by Art. XI. See General Agreement on Tariffs and Trade, in *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, The Legal Texts*, World Trade Organization, 1995.

⁶⁰ 1993 Statement by the Governments of Canada, Mexico and the United States. This statement does not appear to have a formal name or number, but is referred to on many occasions by Canada and the United States. The author has a copy of the statement. In 2001, however, Canada adopted a licencing approach to trade in water as opposed to a ban. Government lawyers cited trade law as a reason for this. Bill C-6, An Act to Amend the International Boundary Waters Treaty Act, Legislative Summary, Library of Parliament, Parliamentary Research Branch, 12 February 2001, at p. 10-11, available at <http://www.parl.gc.ca/37/1/paribus/chambus/house/bills/summaries/c6-e.pdf>

allowed to occur, as additional limitations or conditions on exports subsequent to a first export may become more difficult to apply due to non-discrimination requirements under trade law.

As a result, governments must be conscious of the need to protect against initial exports of freshwater on a commercial basis. Where water withdrawals are allowed for export or for domestic diversion purposes, special controls to ensure water withdrawals are in keeping with the ability to regenerate supplies should be considered. Domestic priority uses, including agriculture and water supply services, should be understood as underlying water allocation decisions, and the ability of governments through the appropriate decision-making bodies to review, adjust and terminate water withdrawals must be protected to ensure long term management capabilities are certain. A complete ban on freshwater commercial exports can and should be considered where there is any doubt as to the medium and longer term viability of water supplies. This is one area where stopping a problem before it arises is essential.

It should also be noted here that the above issues do not have any bearing on the wide range of transboundary water agreements between states all around the world. These agreements, which establish water allocations in rivers and lakes that form or cross borders, maintain the capacity of states to regulate the allocation within their territories subject to the rights of downstream and co-riparian parties. The normal flow of water is not considered to be trade in water or to create assumptions relating to trade in water. On the other hand, the allocation rights and priorities established in these agreements can lend significant legal weight to arguments that support the banning or severe restrictions on trade in water. This is returned to below.

1.1.2 Investment rights in the water sector under trade law

A second area where trade law today impacts on water is through the liberalization of water services sectors (water supply and sewage treatment). The WTO Agreements of 1994 included the General Agreement on Trade in Services, or GATS. Trade in services is very broadly defined by the GATS, and includes what is known as mode three of trade in services, “service by a supplier of one Member, through commercial presence in the territory of another member.”⁶¹ The language of commercial presence is a euphemism for “investment”, which negotiators of the GATS were precluded from using in the text for political reasons. Politics notwithstanding, this now provides the opening for investment in the water service sectors to be included in the process of progressive liberalization that the GATS encourages, as well as limitations on the scope of regulation for covered service sectors.⁶²

These opening positions indicate the potential for GATS to cover water services and, indeed, to compel water services privatization and access for foreign investors.

⁶¹ General Agreement on Trade in Services, hereinafter GATS, Article 1.2(c), in *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, The Legal Texts*, World Trade Organization, 1995.

⁶² This last aspect arises under Article VI of the GATS, whose scope remains unclear in several respects. Elizabeth Tuerk, Aaron Ostrovsky, Robert Speed, “GATS and Water: Retaining Policy Space to Serve the Poor”, Chapter 6 in Edith Brown Weiss, Laurence Boisson DeChazournes and Nathalie Bernasconi-Osterwalder, eds., *Water and International Economic Law*, Oxford University Press, 2005. Negotiations to add specific content to Article VI are ongoing as part of the Doha Round of WTO negotiations.

However, the GATS does not do so at present. This is because of the structure of the GATS. It works on a “list in” basis, meaning all sectors that a state agrees to have covered by the GATS requirements must be listed in a schedule by that state for the GATS to create actual obligations for it (with possible limitations on its coverage as well). To date, it appears that no state has included water supply services in its schedule, though a limited number have included water sewage services.

But while the GATS at present does not compel any water services privatizations or access for foreign investments, the current Doha Round of negotiations includes two components that could reverse this. The first is ongoing negotiations to expand the scope and rate of investment liberalization under mode three. A formal declaration of negotiators in July, 2004, stated that no sector was to be excluded from the scope of requests and offers in this negotiation.⁶³ The second negotiation is on environmental services. Here, several developed states have now called for a reversal of the normal list-in approach to services negotiations. The EU and others have argued that all environmental services should be liberalized. The definition of environmental services that has been proposed in this regard is broad and includes water services. Thus, many states who are concerned with calls for privatization and liberalization of the water sector must now be concerned with the two tracks of negotiations opened up in this area.

The push for water services liberalization through the WTO mechanisms carries on unabated. How far it will succeed is not yet clear. Ensuring that the national policy of individual states on water services is maintained will be an important factor in the Doha Round of negotiations. Pressure in this area will become intense in the next year or so. For those states who believe that foreign investment in the water sector is in their interests, and there may be several reasons for this, one may consider several issues prior to establishing legal rights of establishment for foreign investors. First, there is no legal need to enshrine foreign investor rights in an international trade agreement in order to allow foreign investment in the sector. This can easily be done solely through unilateral domestic measures tailored for specific needs. Signing on to international commitments, however, may prevent any changes being made later, or require significant economic penalties to be paid to other treaty partners to make those changes.

Second, states thinking of opening the sector to foreign investors should consider whether they have both the regulatory infrastructure needed to support such foreign private investment and the economic capacity to afford their costs in a sustainable manner.⁶⁴ Indeed, the experience in water supply management over the past decade indicates clearly that the successful inclusion of private enterprise requires more, not

⁶³ World Trade Organization, Doha Work Programme, decision Adopted by the General Council on August 1, 2004, WT/L/579, 2 August 2004, Annex C, para d.

⁶⁴ There is significant evidence, for example, that the failures of water privatizations in Argentina and Bolivia, and likely elsewhere, are due, as leading factors, to a combination of lack of proper legal and administrative structures, and improper calculations on the ability of rate payers to afford the rates necessary to maintain a privatized water system. (We turn to some other probable factors below as well.) See, e.g. Miguel Solanes, *Efficiency, equity and liberalization of water services in Buenos Aires, Argentina*, Presented at Service Expert Meeting-Joint OECD and World Bank, Paris, 3-4 February 2005. See also Andrei S. Jouravlev, *Water Utility Regulation: Issues and Options for Latin America and the Caribbean*, Economic Commission for Latin America and the Caribbean, LC/R.2032 11 October 2000.

less, regulation. Water regulatory mechanisms must be able to foresee the needs of all users, provide mechanisms for adjustments over time, establish transparent decision-making processes, ensure the economic viability of the service and so on.

Although there is a scarcity of literature on why privatizations and foreign investments in the water sector have failed, it is clear that in many cases the sequencing has been wrong: regulatory systems must be built before any privatization or foreign investment, not afterwards. Only then will the pre-conditions for a possible success, based on a proper assessment of the socio-economic factors as well, exist. A failure to sequence things in this way increases the opportunities for investors who have rights under bilateral or regional investment agreements, as described below, to exercise their rights and remedies under those agreements.

1.1.3 Water Trade and Water Services in Other Trade Agreements

While the WTO, through the GATT and the GATS, creates the best known trade linkages to water, they are not the only trade agreements that do so. Indeed, any bilateral or regional trade agreements with provisions similar to those found in the GATS and GATT will have similar impacts. This includes the most recently signed one between the United States and Latin American countries, the US-CAFTA. It is a useful example here, as there is no specific exclusion anywhere for freshwater from potential coverage of the trade-related rules. In the services sector, many regional agreements, especially those with the USA, reverse the GATS list-in approach and require full liberalization except for those sectors listed out. Of the CAFTA countries, only Costa Rica has listed out water services, meaning that all other Central American countries are now committed to allow for foreign investment in the water services sector if any privatization of ownership or service provision is allowed (i.e. as soon as it is not a fully public sector utility). The United States, however, has undertaken no such liberalization commitment, as it has excluded those areas subject to state jurisdiction from mandatory coverage, and water is a state-regulated service sector.⁶⁵

The implications of this situation are exactly the same as described above, except of course that the Rubicon of services liberalization commitments has been crossed for most of the Central American countries. A failure to allow US based investors in the water sector to enter the markets where rights have been given can be the basis for complaints under the investment provisions of CAFTA. However, changes in water services regulatory regimes that have a significant impact on the investors may also be actionable and are likely to yield higher levels of awards due to the sunken time and costs of the investor in actually making and operating a facility or service. On balance, therefore, it remains preferable to ensure a proper regulatory and administrative infrastructure is in place before any new investments from foreign investors are permitted or contracted. An important component of these structures must ensure that the putative rate payers, who will carry the costs of the system, will have the means to do so.

⁶⁵ United States-Central America Free Trade Agreement, available at http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/CAFTA/CAFTA-DR_Final_Texts/Section_Index.html. The list of exclusions is found in Annexes to the US-CAFTA FTA. The Central American states include Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, and the Dominican Republic as an additional partner.

1.2 Areas of Interface of International Investment Law and Water

International investment law can have several direct and indirect impacts on water management issues for governments at all levels. Three categories of issues are described here:

- those pertaining to investment in the water sector,
- those concerning investment in non-water sectors, and
- the impact of investor-protection provisions after an investment is made.

1.2.1 Investment rights in the water sector

Like the GATS, investment agreements often have investment liberalization provisions. In investment agreements, these may also be called pre-establishment rights or rights of establishment. Where such pre-establishment rights are provided for, the agreement will stipulate whether this includes all sectors unless they are listed out (US-CAFTA) or only those sectors that are expressly listed in (GATS model).

To date, most BITs do not include investment liberalization provisions. However, the demand for them to do so is growing. In addition, many regional and bilateral free trade agreements do include investment chapters, and several have services chapters as well. Either of these can be avenues for including investment liberalization in the water sector, as we have already seen as regards the services chapter of the US-CAFTA FTA. Where an agreement has a services chapter, this will usually be the location for such commitments. Where it does not, the investment provisions must be carefully read to see if service sectors are included or not in the investment liberalization provisions.

1.2.2 Investment rights in non-water sectors

An increasing number of international investment agreements include pre-establishment rights in non-services areas. The most common context for such rights is bilateral or regional FTA's that include investment chapters. However, other bilateral or regional investment negotiations now also may include investment liberalization provisions in a range of sectors.

The scope of investment liberalization today in the non-service sectors is rapidly increasing. These sectors can include agriculture, heavy industry, forestry, energy sectors, chemicals and many others where water is an important factor in production processes. Again, the NAFTA and US-CAFTA provide good examples of this in the Americas, and long term commitments in ASEAN reflect a similar trend, though it is only prospective in nature in Asia so far.⁶⁶ When this liberalization occurs, foreign investors that come from a country that has secured such pre-establishment rights for its investors may enter that market under the same terms and conditions as its domestic investors "in like circumstances". "In like circumstances", or a similar phrase in almost all IIA's, sets the parameters for which foreign and domestic investors to compare. However, the meaning of this phrase is itself unclear, with some arbitration tribunals interpreting it very widely, and some very narrowly.⁶⁷ Thus, while social programs in the water sector that

⁶⁶ See, e.g. *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area*, 1998, available at <http://www.aseansec.org/6466.htm>.

⁶⁷ See, eg. *MDT Equity v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Final Award 25 May 2004 for a very broad interpretation comparing exporters in the oil sector to exporters in the flower sector, and *Methanex v. United*

distinguish small producers and consumers from large ones, and poor consumers from wealthier ones, should normally be safe from concern, one cannot guarantee this will be so under all IIA's.

To some extent, this raises almost the same potential concerns as foreign investment in the water services sector. In many developing countries, for example, the host states or local communities do not have sufficiently developed water allocation or pollution prevention legislation. While lower standards may have been acceptable for smaller scale domestic investments, they often are not adequate for larger scale foreign investments, or to balance the rights and interests of foreign and domestic investors and water users. Yet, the absence of a properly structured set of rules for them does not act as a barrier to such investments being made. Indeed, this may even be a factor that supports an investment being made in some cases.

Once a host government agrees to accept an investment in a sector that is heavily water dependent, this will either expressly or by implication create the right of that investor to access the water needed for its investment to function properly. Unless the legal environment is clear that such rights must be balanced against the rights of others, and are subject to pollution controls and other related regulatory requirements, foreign investors can obtain significantly enhanced water allocation and use rights compared to domestic users. This is because the international investment rules for protection of an investment after it is made (discussed below) have a potential capacity to solidify the rights of the foreign investor over a longer period where no adequate indication of possible change in access rights and use rights is made clear. For example, a water use permit that does not clearly specify any time limits can be understood under the investment agreement as a guarantee of perpetual access, even if local custom operates in a different manner. While domestic users have no international law claims of this sort, those of foreign investors can be heard in international arbitration tribunals. No international arbitrations on water allocations in this context have arisen as yet. However, in other sectors where, for example, royalties have been increased in a significant way or tax regimes have been changed, large awards against these measures have been obtained by foreign investors.⁶⁸

The legal grounds behind this situation, and the remedies included in the agreements, are described in more depth below. What is critical to understand here is that the rights of access and use of foreign investors can take precedence over domestic rights of access and over later measures to control water pollution. This becomes especially serious where the rights of other users, such as subsistence farmers and indigenous peoples, are often found in unwritten or customary practices rather than what international arbitrators would, in many cases, consider to be hard legal rights. As a result, the right to make an investment in sectors that have a significant relationship with water rights and with water quality concerns has important implications for the management of both water quality and water allocation where the investment takes

States, Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of the Tribunal, August 7, 2005, where the most direct comparison available was called for.

⁶⁸ E.g., *Occidental Petroleum v. Ecuador*, Final Award, UNCITRAL, July 2004.

place.⁶⁹ This puts a very high premium on the original investment permits, contracts or other forms of investor-government agreement that supports the initial investment. Ensuring sensitivity to all water users is critical in this regard.

1.2.3 Investor rights after an investment is made: a summary

Trade law applies to protect and promote trade in products and services. These can be understood as specific acts: the trade is consummated when the good or service (or service supplier) crosses the border and enters into the commercial realm of the importing country. Investment, by contrast, is an ongoing activity. Once an investment is made, there is usually an intention for it to operate for a significant period of time. As an operating business (using this term in a generic sense), an investment has multiple interfaces with national, local and potential state or provincial levels of government, as well as with the local communities in which they are based. Legal relationships can include areas of labour, health and safety, environmental, human rights, consumer rights, commercial activities within the state, and many more. Investment agreements apply not just to the making of an investment, but to this full panoply of governmental relationships during the life of the investment. Thus, where trade law applies to the entry into commerce of a foreign good or service, investment law applies to a much wider and ongoing set of relationships.⁷⁰

The preceding section has discussed the implications of investment liberalization commitments in the water services sector and in non-water sectors with an important relationship to water use. Below, the rights available to an investor after the investment is made are described, along with their implications for government decision-making.

There are five key protections for investors that are relevant to the impacts of investment agreements to water services and water management, in particular in developing countries. In summary form, these key protections are:

- **National treatment:** This requires the host government to treat the foreign investor no less favourably than it treats its own domestic investors. Thus, higher labour, environmental, health or other standards, or taxes, cannot be imposed on a foreign investor unless the government has specifically excluded any specific standard or tax from the scope of the agreement. In water-related terms, a foreign investor could not, for example, have higher rates of water charges

⁶⁹ The relationship between investments in water intensive sectors and trade law also manifests itself through the notion of trade in virtual water. This occurs when products that either contain large amounts of water (bottled water, soft drinks, beer) or products that take lots of water to produce (maize and other crops, livestock, chemicals, farmed wood, minerals) are traded. When they are traded to countries with water scarcity, it is assumed that the trade levels reflect, in part, the relative abundance or scarcity of water in the trading countries. The full dynamics and impacts of trade in virtual water are not known. However, there are both potential benefits for countries with abundant resources, and potential costs where foreign investors move in to harness water resources where it is less abundant or where rights of access are not well defined. A full discussion of this issue is beyond the scope of this paper, but its relationship to the issue of investment in water intensive sectors is worth noting.

⁷⁰ In fact, the primary role of investment agreements has always been to provide post-establishment protections for investors. The inclusion of investment liberalization provisions in such agreements began only in the 1990s and is still far from a universal component of new investment agreements.

imposed upon it, or tougher environmental standards applied when compared to other investors in similar circumstances.

- **Most favoured nation treatment (MFN):** This requires a foreign investor to be treated no less favourably than the better of a domestic investor or any investor from a third country. It therefore extends the comparative net of the national treatment requirement to cover all other foreign investors as well.

Both the national treatment and MFN provisions of agreements can be expressly excluded from application to certain sectors or certain laws and regulations through annexes that usually accompany investment agreements. However, this must be expressly done, usually when the treaty is developed.

- **Minimum international standards of treatment, fair and equitable treatment:** Unlike the national treatment and MFN provisions, this is an absolute standard defined by international law, not on a comparative basis with the treatment of domestic or other foreign investors. However, while it is not a comparative standard, it is intended to be a contextualized standard requiring fair and equitable treatment to be determined in the light of all the facts and circumstances. What this paper argues, in effect, is that the fair and equitable standard must also be seen in a relational manner, requiring treatment that is fair and equitable as between the different rights, obligations and interests of all the stakeholders, not just the foreign investor.⁷¹

The precise nature of this standard is far from clear. Increasingly, it is emerging as a form of administrative law standard, invoking elements of transparency in decision-making, due process and the right to be heard, access to administrative or judicial review of decisions, plus liberal doses of fairness and equity in treatment. Patent abuses of administrative decision-making functions will fail this test, but lesser types of abuses, such as a failure to allow an appeal of a decision to be heard, may also fail the test. There is some evidence today that the test will be “scaled” by arbitrators to the level of development of the government in question, but there is no conclusive legal view on this question.

The minimum international standards/fair and equitable treatment tests may also be applied to decisions taken without any abuse of process. In particular, decisions that run counter to explicit or even implicit assurances given by a government official may also fail to meet the standard. An increasingly applied test in this regard is whether the government action or decision is consistent with the “legitimate expectation of the investor”, a subjective standard that provides considerable scope for the investor to determine.⁷²

⁷¹ A broader review of this issue is found in Howard Mann, “Is Fair and Equitable Fair, Equitable, Just, or Under Law?” 100 American Society of International Law Proceedings (2006), forthcoming.

⁷² Recent decisions on this include *Occidental v. Ecuador*, Final Award, UNCITRAL, July 2004; *CMS Gas v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, May 12, 2005, and *Thunderbird Gaming Corp v. Mexico*, Final Award, UNCITRAL, January 26, 2006, with an accompanying dissenting opinion as well. This has direct parallels to the domestic law notion applied in several jurisdictions of “investment-backed expectations”, in particular in the United States in relation to regulatory takings and other administrative conduct. See Michael Hantke-Domas, *Common Legal Principles of Advanced Regulatory Systems*, September 2005.

In water terms, some examples of the potential breach of this standard could include an increase in water tariffs if none is foreseen in a license or the legislation underpinning a license, increased pollution controls that impact the profitability of a business and that are not clearly provided for in legislation underpinning an investment, reductions in water allocation levels for a water-intensive investment not foreseen in the initial operating decisions, or changes in water service provision contracts that impose increased service requirements, such as universal service. Where express assurances have been given that operating conditions will be maintained for a given number of years, changes to those conditions will found a basis for a claim. The absence of an express assurance will not, however, preclude a claim on this basis if there is no pre-existing regulatory base that foretells the right of government decision-makers to make later changes. In all cases, the presence or absence of a transparent decision-making process, founded in sound administrative practice, will be a very significant factor. Thus, following a pre-designed decision-making process will reduce chances for investor challenges of the result, while ignoring pre-designed procedures or not having any transparent procedures in place will increase them.

- **Protection from expropriation without compensation:** The protection against expropriation is also an absolute standard, not based on treatment of domestic investors. This protection is not a barrier to an expropriation taking place for a public purpose, but it does require fair market value compensation to be promptly paid for any expropriation. This is not a new concept from international law, and is widely applied in almost all domestic legal systems.

What is new, however, is the potential extension of the notion of expropriation to government regulations that have an impact on foreign investors. It has been argued, with some success to date, that a normal regulatory measure that has a significant financial impact on an investor qualifies as an indirect or “regulatory expropriation.” While this is alleged by some observers to come from US legal principles on regulatory takings, it is worth noting that no compensation to US investors appears to have ever been paid following the adoption of measures under the US Clean Air Act, Clean Water Act and similar pieces of classic environmental protection at the federal or state levels.

At the international level, investor-state arbitrations and the literature on this question go in divergent, irreconcilable directions, often based on predisposed ideological views on property rights and governmental regulations in general as often unnecessary interferences with private activity.⁷³ This in itself has left many governments in confusion as to the state of the law and how much of the traditional state right to regulate is removed by the broader claims for the definition of expropriation. For example, it is not clear whether an increase in

⁷³ For example, the recent final award in *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal, August 7, 2005, ICSID case No. ARB (AF)/97/1, 2000, under NAFTA cannot be reconciled with the first NAFTA decision on expropriation in *Metalclad v. Mexico*. For a discussion on this point see Howard Mann, *The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles*, IISD, 2005 at <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=719>

pollution control levels that might cause an investment that is not capable of adapting to close would amount to an expropriation of that investment. Or, if a product is banned from sale and consumption due to its potential toxic characteristics, is that an expropriation? Then, if one adds as a twist on this example a commitment by a previous government not to change the environmental controls for a long period of time, and that commitment is rejected by a subsequent democratically elected government, would that alter the equation? Many arbitration decisions suggest it should, including the *Methanex v. United States* decision, arguably the most favourable decision from a state right to regulate perspective to date under NAFTA.⁷⁴

Uncertainty as to the scope of the expropriation rules has potentially serious consequences for regulators in developing countries. In part this is due to a lower level of regulatory standards to begin with, which may put a higher premium on the need to raise standards during the life of an investment. But one must also anticipate in the life of any investment the need for the regulatory environment to change over time, as community needs and knowledge change. For all countries, there is a concern that the potential for a foreign investor to initiate a claim under the expropriation rules may create a chill over new regulations being initiated. For developing countries this risk is even greater as the potential damages awards if a measure is found to be an expropriation may create higher budget stresses on developing countries. If investments are made in the absence of an appropriate regulatory framework, the effort to introduce one may, therefore, be made more difficult or even impossible due to the uncertainties in the scope of the expropriation provisions in the investment agreements.⁷⁵

- **Freedom from the imposition of performance requirements:** Finally, there is a provision that is becoming increasingly popular in investment agreements. This is the prohibition on the imposition of so-called performance requirements on foreign investors. Such requirements may include minimum levels of domestic purchasing to supply an investment, tying export levels to foreign exchange levels, imposing specific technical standards on business operations, setting minimum numbers of home state managers or directors, and more.

The major characteristic of performance requirements is that they reduce the independent business decision-making capacity of the investment and may reduce its efficiency from the perspective of the investor. The goal of the performance requirements for the government imposing them is to increase the benefits of the foreign investment for the host state or community. The imposition of such requirements is increasingly being proscribed by investment agreements. In a water context, this could include requiring specific technologies to be purchased locally to control water pollution, requiring local suppliers to have a

⁷⁴ *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal, August 7, 2005. Part IV-Chapter D-Para. 7.

⁷⁵ One of the great premises of trade and investment liberalization is that the higher living standards that this will bring will lead to calls for higher levels of environmental and human health protection as incomes levels rise and governments can afford more. The risk is significant that the expropriation provisions in investment agreements will reduce or in some cases even eliminate the application of this premise in practice.

given percentage of supplier payments, or forcing a water services company to have high numbers of local citizens on its management team.

Each of the above, which are simultaneously rights of foreign investors and obligations of their host states, applies to the full life of an investment, not just its initial establishment phase. Further, they apply to all actual foreign investments subject to an agreement, whether made before or after the agreement enters into force, and whether the investment is made pursuant to specific rights of establishment or the simple application of domestic laws on establishing a foreign investment. Thus, investor rights can be very broad, and should be understood as applying to the full lifespan of the investment. The breadth of the rights has also been expanded in some interpretive constructs due to the absence of express obligations on investors or rights of states in relation to the investments, issues returned to later below.

The implications noted of each type of investor right for governments thus extend not just to the immediate decision on allowing an investment, but throughout its lifespan. This imposes a large burden on setting the right domestic law framework for the initial decisions on foreign investments, as well as ensuring that the host state has the economic capacity to support the potential success of the foreign investment.

1.2.4 Investor remedies under investment agreements

The rights of foreign investors are backed today by special remedies in most of the IIAs. Indeed, it is widely recognized that one of the major features of post 1980s international investment agreements is the articulation of special dispute settlement procedures for foreign investors. The so-called investor-state dispute settlement process was developed from international commercial arbitration models between private sector firms. Recent estimates indicate it has been invoked over 220 times since it was first used in 1984, with about 150 such arbitrations commenced since the year 2000.⁷⁶

The investor-state arbitration process allows foreign investors to initiate an international arbitration process composed of three arbitrators. A notice of arbitration is sent by the investor to the responsible government official to begin the process. Each “side” chooses one arbitrator and a “neutral” is then jointly chosen or appointed by a third party. Most of these arbitrations take place behind closed doors today, with only those under the investment rules of Chapter 11 of NAFTA and a few recent US agreements in public.⁷⁷ In most cases the final decisions are made public, but not in all cases. There is no appeal from the arbitral decision, only more limited forms of review that apply to correct what can loosely be described as egregious errors by a tribunal.

In looking at a claim by an investor, the Tribunals apply first and foremost the provisions of the treaty on which the claim is based, and other sources of international law that may be relevant. However, they may also review domestic legal issues and review breach of contract claims in the place of domestic courts if the investors phrase the legal issue as a breach of the treaty as well as of domestic law. Thus, the tribunals can have a very broad mandate in regards to a complaint by an investor, and can usurp the role of local

⁷⁶ UNCTAD, IIA Monitor No. 4 (2005), Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, 2005, indicates that there were 219 known arbitrations by November, 2005. More have been initiated since then.

⁷⁷ For Latin America, this includes the US-Chile FTA and the US-CAFTA-DR FTA.

courts in contract disputes or other circumstances. At the same time, this is usually done from the perspective of applying the investor rights to such other legal rules, rather than a perspective of balancing rights and obligations of different stakeholders.

The transposition of the commercial arbitration model to the investor-state arena has led to a number of problems arising. These include a systemic conflict of interest in that many active arbitrators also serve as lawyers in other cases or have partners that do so;⁷⁸ inconsistent decisions exacerbated due to a lack of an effective appeals process; the usurpation of domestic court roles in contracts and other disputes; secrecy through much of the process; and more.

As already noted, there are over 220 arbitrations known to have been commenced under this process. While certainly not all are won, several recent awards have reached over \$100 million in damages against host states, including two recent decisions in South America. This is, therefore, a very significant feature of the investment agreements. Not all BITS or other investment agreements include investor-state dispute settlement. However, it is sufficiently widespread to assume for present purposes that most if not all of the agreements that one will encounter in practice today in relation to water issues will have such a process.

In addition to the need for care in appointing arbitrators for an investor-state arbitration, and the costs of preparing a defence, the investor-state process carries other risks for developing countries in particular. For example, they may not have sufficiently well trained lawyers for the highly specialized process that is involved. Awards, as already noted, can be very high, with several cases now reaching over \$100M US in damages against host states. When large investments are involved, the ability of investors to directly initiate the arbitration, as opposed to state to state dispute settlement, can also provide foreign investors with a privileged status in negotiations with other stakeholders. This status can also be enhanced by the fact of the litigation taking place under international law rules with a narrow focus on investor rights as opposed to a broad set of interacting rights of different stakeholders. In contexts where water-sensitive issues are raised, these advantages can have a significant influence on the final outcome of water management decisions and water allocation rights.

2. TRADE AND INVESTMENT LAW IN THE CONTEXT OF OTHER SOURCES OF INTERNATIONAL LAW, WITH A SPECIAL EMPHASIS ON WATER

Based on this review of the relationships of trade and investment agreements to water management issues, and their implications for government decision-makers, Part 2 of this paper now turns to consider how other sources of international law may reduce, offset or mitigate these potential impacts. The issue is especially important in the water area, in particular in the area of water services: all of Argentina's water privatizations of

⁷⁸ When only the financial dealings of private companies are involved, how they resolve their disputes may be less important than when a balance of public and private interests is involved, as it is in the investor-state cases.

the 1990s are currently under investor-state arbitration processes,⁷⁹ one of Bolivia's two major privatizations was subject to suit but has recently been settled for the sum of \$1.00;⁸⁰ and arbitrations in this sector impacting other countries are either thought to be underway or are being considered.⁸¹

A brief comparison is useful here. Over the course of the 1970's and 1980's, trade law panels sitting under the GATT became increasingly isolationist in how they viewed the law. By the early 1990's, a major GATT panel with significant environmental implications held that the GATT panels should rule fully from within the GATT, and without taking into account other external sources of international law.⁸² Several years later, however, the WTO Appellate Body completely reversed this approach and ruled that the WTO existed as part of a broader body of international law that might have to be considered when it appeared relevant to the issues a Panel or Appellate Body was facing.⁸³

Arbitrators sitting on investor-state panels have often taken a similar approach to the GATT cases, focusing on the rights of the investor as expressed in the text of the agreement, and limiting their recourse to other sources of international law that may be relevant to a particular case.⁸⁴ This has been based in part at least on a reference to the stated object and purpose of IIAs, to protect the investor. And, it has tended to lead to an expansive interpretation of investor rights and a commensurate reduction of policy space for host states. This approach has often led to a shrinking of the sources of, and hence the scope of, the substantive law being considered in any given arbitration compared to what would likely be considered in a balancing of public and private welfare in a domestic court case. Indeed, in many instances, the goal of the investor-state process for an investor is to challenge the application and applicability of the breadth of domestic law that seeks to balance public and private welfare interests by subordinating them to the singular purpose of investor protection under international investment agreements. This is important, as the use of the investor-state process usually displaces recourse to the domestic courts by the investor in question.

This Part seeks to provide a range of initial perspectives for reversing this approach. In its briefest form, it suggests that the rights of the investor must not be seen in a vacuum,

⁷⁹ (1) *Aguas de Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentina*, ICSID Arb. No. ARB/97/03; (2) *Azurix corp. v. Argentina*, ICSID Arb. No. ARB/01/12; (3) *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina*, ICSID Arb No. ARB/03/07; (4) *Aguas Cordobesas S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona v. Argentina*, ICSID Arb No. ARB/03/18; (5) *Aguas Argentina S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona and Vivendi Universal v. Argentina*, ICSID Arb No. ARB/03/19; (6) *Azurix Corp v. Argentina*, ICSID Arb No ARB/03/30; (7) *SAUR International v. Argentina*, ICSID Arb No ARB/04/4.

⁸⁰ *Aguas del Tunari v Republic of Bolivia*, ICSID Arbitration ARB/02/03. This involved the Cochibamba water privatization, and was settled in early 2006. There are persistent rumors concerning the likelihood of an arbitration concerning the privatization of a second system in Bolivia.

⁸¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, registered on November 2, 2005. There are also reports of likely arbitration in relation to a Philippines water system, at a minimum.

⁸² The case is widely known as the Tuna Dolphin case, *UNITED STATES - RESTRICTIONS ON IMPORTS OF TUNA, Report of the Panel, (DS21/R - 39S/155)1991*.

⁸³ *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, report of the Appellate Body, AB-1996-1.

⁸⁴ This has not been as consistently isolationist as the GATT had become, and some instances of direct reference to other sources of international law are found in some decisions.

but in the context of a range of international law sources that can legitimately impact on the interpretation and application of an investment treaty and the rights of investors articulated within them. This is a critical starting point, but one that is often bolstered by references in the treaties themselves to international law as part of the interpretational matrix of the treaty text, as noted below.

One must always recall in this context that the point of bringing in non-investment treaty sources of law is not to have a tribunal rule on a dispute under that source, but to rule in a more informed and holistic way on the dispute relating to the investment agreement under whose jurisdiction the tribunal sits. The sources must therefore be strictly relevant to the legal issues confronting the tribunal, and be set out in a manner that the tribunal can apply them to the specific decisions it faces.

Several options are considered below. These are based on an initial assessment of where reasonable opportunities to broaden the legal inputs may be available in different contexts, rather than a more definitive argument that every case must allow for one specific approach or another. Indeed, the relevance of any option to any given investor-state case will depend on the specific factual and legal issues raised by that case. The options considered below include:

- Customary international law (CIL);
- General principles of law;
- International law on sustainable development;
- Human rights law; and
- Transboundary water agreements specifically in relation to water issues

The first two categories, customary international law and general principles of law are widely recognized as legitimate sources of international law. This derives from their historical role in the development of international law, as confirmed in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice:

38.1: The Court, whose function it is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions...

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations...

The primary difference between customary international law and general principles of law is their source. Customary international law is found directly at the international level through the conduct of states. General principles of law are found in the major legal systems of the world and transposed to the international level due to their broad acceptance across a range of such systems. Both of these sources of international law have some applicability for our present purposes. Some specific examples are considered below.

The remaining three categories reflect areas of international law that have emerged through a combination of treaties and customary international law over recent decades. How they can be made relevant to specific arbitrations will be explored below.

2.1 Customary International Law

2.1.1 Customary Law as an Interpretive Aid

Customary international law is one of the most widely recognized sources of international law. In the context of investment arbitration, at least two functions can be identified for its use. The first is as a source of interpretation of treaty obligations. The use of customary law for this purpose is not new to international economic law. The World Trade Organization, in the first decision of its Appellate Body, recognized the need for its rules to be interpreted and applied in the light of both customary international law and other treaties that might have a bearing on its own rules.⁸⁵

The use of customary international law to help define the scope of an investor right or host state obligation has already been seen in a very large number of international arbitral decisions on issues ranging from national treatment to fair and equitable treatment and the scope of expropriation rules. Indeed, it is now so widespread in investor-state arbitrations as to defy exemplary citations of any value: almost every recent decision has examples of this.

The most common use of customary international law in treaty interpretation is through the application of the rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties itself. Although the treaty is now in force, its rules are considered to be part of CIL as well, and thus binding on all states, including those not party to it. In the investment agreement context, this has both negative (constraining) and positive (expanding) elements.

The most important negative element has been the focus on the object and purpose of investment agreements as a basis for their interpretation. This focus is derived from one view of the Vienna Convention, which stipulates that the provisions of a treaty are to be interpreted in the light of its object and purpose.⁸⁶ Because the stated object or purpose of most IIAs has been to provide foreign investors with rights and protections, this has allowed investor-state tribunals to read such agreements in a manner that deliberately provides an expansive reading of such provisions, while downplaying potential negative implications of such readings on state decision-making and other public welfare issues.⁸⁷

A recent article has queried, however, the appropriateness of this identification of the object and purpose of IIAs, noting that there is a second set of objectives that lies behind such agreements that is rarely stated.⁸⁸ This is seen in the rationale provided to developing countries for entering into such agreements: that the provision of rights to foreign investors will lead to additional levels of foreign investment and thus to enhanced domestic development opportunities, economic growth and socio-economic

⁸⁵ *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, report of the Appellate Body, AB-1996-1

⁸⁶ *Vienna Convention of the Law of Treaties*, Article 31.1

⁸⁷ As recent examples see *Occidental Petroleum v. Ecuador, Final Award*, UNCITRAL, July 2004; *MDT Equity v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Final Award 25 May 2004.

⁸⁸ Omar E. Garcia-Bolivar, "The Teleology of International Investment Law: The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements", *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, 2005, pages 751-772

development. Although this is rarely expressed in the actual text of the treaties,⁸⁹ there may be greater opportunities through a CIL analysis to bring it back into the mainstream of legal analysis as part of the cognizable, and hence justiciable, object and purpose of IIAs. For example, this is consistent with basic customary international law recognitions of the right of states to development, and to achieve this through the rights to regulate, to control their own development policy, and to establish rules of access to domestic natural resources and markets, each of which is a core aspect of national development policy making.⁹⁰ A CIL analysis can draw these strands together to highlight the development aspects of the purposes of investment agreements. In doing so, one might take note of critical underlying policy documents produced by some of the biggest institutional “boosters” of investment agreements as development aids, for example, UNCTAD’s work promoting BITs as an aid to development. While this could not replace the stated purpose of an agreement, it may add to it and thus generate a more balanced set of purposes that limit a uni-dimensional approach to this issue.

Other examples where CIL can be of direct relevance is in the interpretation of key provisions common to IIAs. To date, major investor-state arbitrations have involved references to the role of CIL in interpreting, in particular, the scope of the fair and equitable treatment (minimum standard of treatment) and expropriation provisions of IIAs, in each case arguing that the scope of customary international law in this regard is evolving. The experience with fair and equitable has been, at best, mixed. While it is generally thought that the notion of fair and equitable treatment was originally linked to the standard first identified in the *Neer* case in the 1930’s, “that the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency”,⁹¹ investor-state panels deciding cases on the basis of the minimum international standards have, from the beginning, not limited themselves to this approach. Rather, the tribunals have with specific purpose set out to expand the coverage under the NAFTA decisions and an array of BITs arbitrations. While this evolution is far from complete, its direction is now visible: the fair and equitable treatment standard is evolving under CIL into an international administrative law standard that includes elements such as the right to transparent decisions, for an affected party to be heard, for a review of initial decisions, a requirement to honor any initial commitments regarding the legal operating environment of the investment, issues relating to governmental guarantees prior to an investment being made, and more.⁹²

⁸⁹ Luke Peterson, *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, IISD, 2004, at <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=658>

⁹⁰ Howard Mann, “The Right of States to Regulate and International Investment Law”, in *The Development Dimensions of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, United Nations Conference on Trade and Development, 2003, pp. 211-224.

⁹¹ *Neer Claim*, General Claims Commission, United States and Mexico, (1926) 4 R.I.A.A. p. 138.

⁹² Some of the more expansive cases include *Occidental Petroleum v. Ecuador*, Final Award, UNCITRAL, July 2004; *CMS Gas v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, May 12, 2005; *Tecnivas Medioambientales TECMED v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, May 29, 2003; *Metalclad v. Mexico*, ICSID case No. ARB (AF)/97/1, 2000; and *Pope & Talbot v. Canada*, Award on the Merits of Phase 2, April 10, 2001. For a most recent review of the very rapidly evolving scope of the fair and equitable treatment requirement see Matthew C. Porterfield, “An International Common Law of Investor Rights?”, forthcoming, University of Pa. Journal of Int’l Econ. Law, March 2006. The author cites and reviews numerous recent articles that provide an excellent window into the substantive evolution and process behind the evolution of this concept. See

In the process of developing the fair and equitable treatment standard, some arbitrations have reflected upon the need to differentiate between states that are at different levels of development in their domestic institutions, while others have not done so.⁹³ This can be understood as an example of how different tribunals have responded, and not responded, to the contextual and relational requirements for assessing the application of the fair and equitable treatment standard. The growing trend of the international law system to differentiate the level of obligations among parties to an agreement based on their level of development may be argued now as part of customary international law, such that it supports this differentiation by the tribunals. This emerges from such fields as trade law (special and differential treatment) and international environmental law (common but differentiated responsibilities⁹⁴). This approach can provide some potential support to the extant decisions that have argued that one single standard cannot realistically apply to all states today, given disparities in practices and capacities, by anchoring differentiated levels of responsibility in a broader range of similar public international law experiences. There is an important difference in that in most of the relevant treaties, differentiated treatment is set out in the text, whereas in most IIAs it is not. However, the ongoing development of differentiated responsibilities does remain a relevant concept to be considered as a counterweight to the notion of a single global standard. This would not negate the obligation, but may help contextualize its application as regards a specific investment in a specific host state. (The discussion below on the notion of the reasonable expectation of the investor as it relates to fair and equitable treatment, picks up related issues.)

The second major issue where customary international law has become very relevant to interpreting treaty provisions is in relation to the concept of expropriation under IIAs. There are two critical issues here: one is the standard for when an expropriation is to be found, in particular in relation to a regulatory measure. The second is the quantum to be paid after a finding of an expropriation. Only the first issue is addressed here, as the latter issue is largely determined by treaty language in the agreements, and an array of formulas that have taken the evaluation of damages into highly technical domains that are beyond the scope of this paper to properly analyze.⁹⁵

Four categories of measures by governments can be identified today as being subject to expropriation claims:

- The actual taking of property by direct or indirect means, including the loss of all or almost all useful control of property;
- A measure tantamount to expropriation, where a measure that does not directly take property has the same impact by depriving the owner of all or almost all the benefits of the property;

also Catherine Yanaca-Small, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD, 2005.

⁹³ The clearest of these is probably *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v. Republic of Estonia*, ICSID Case No ARB/99/2 (Award) (June 25, 2001)

⁹⁴ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., 2003, for an expanded view on the evolution of customary international law in this regard.

⁹⁵ See, for example, the complex evaluation of damages in the *CMS Gas v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, May 12, 2005.

- Creeping expropriation, or the use of a series of measures in order to achieve an indirect expropriation. In this case, no individual measure in itself would amount to an expropriation; and
- A claim of regulatory expropriation, where a measure is taken for regulatory purposes such as the protection of human health, the environment or consumers, but has an impact on a foreign investor sufficient to be claimed as an indirect expropriation.

Of these four types of expropriation claims, the first three are widely accepted as within a customary law definition of expropriation. What is much more controversial is the potential claim of a regulatory expropriation. Here, the literature and case law now varies widely. The latest arbitration decision on this issue, *Methanex v. United States*, held that normal regulatory measures would not constitute an expropriation under international law:

*But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable...*⁹⁶

This is consistent with the present author's understanding of the exclusion of police powers measures from the scope of the definition of expropriation under customary international law.⁹⁷ However, it must be recognized that a number of arbitration decisions have taken a different view of the state of the law, led by the decision in *Metalclad v. United States*, the first NAFTA case to address this issue directly. It held differently on two points: first that the test was one of the economic impact of a measure on the investor;⁹⁸ and second that it was not necessary for the tribunal to understand or even look at the motivation for a measure to determine whether or not it was an expropriation.⁹⁹ The combination of these two aspects of the decision would effectively eviscerate any exclusion of police powers measures from the scope of the definition of expropriation.

The *Methanex* ruling has become quite controversial due to the clarity of its position. However, a review of the arguments made by the United States in this case, and by the two amicus curiae briefs,¹⁰⁰ show it is well supported in customary international law. This emphasizes the need to bring the sources of this law fully to bear in an arbitration.

⁹⁶ *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal, August 7, 2005, Part IV-Chapter D-Para. 7. The final lines of the passage are important, but not for present purposes. They read: *...unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.*" This has already been discussed above. For a critical comment on this element, see Howard Mann, 2005, note 17.

⁹⁷ See also Howard Mann and Konrad Von Moltke, *NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*, International Institute for Sustainable Development, Working Paper, 1999

⁹⁸ *Metalclad v. United States*, Final Award, Case No. ARB (AF)97/1, August 30, 2000, para. 103.

⁹⁹ *Ibid*, para. 111.

¹⁰⁰ All the written arguments can be found at www.naftalaw.org.

The importance of how customary international law can impact on the interpretation of key provisions of an IIA can be seen in the limitations of other efforts to impact on treaty interpretation. In particular, the United States has set as a negotiating objective that the recent IIAs it is party to should be consistent with US domestic law, including on the issue of expropriation in particular.¹⁰¹ However, such legislative measures do not actually bind treaty negotiators at international law, and can only be relied upon as authoritative if both parties have agreed that this was the intention as part of the negotiation of the agreement in question. In such a case, the Vienna Convention on the Law of Treaties ensures such a joint view can be a factor in the interpretation of a treaty's provisions. By comparison, showing a broadly based customary international law use of a term or concept will not face such requirements.

2.1.2 Customary Law as Additional Applicable Law

A different potential use of customary international law is as an additional element in adjudicating investor-state cases. Many investment agreements include broad language as to the law to be applied (or “applicable law”) by a tribunal in the event of a dispute. NAFTA's Chapter 11 provides an example of this:

Article 1131: Governing Law

1. *A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement **and** applicable rules of international law. (emphasis added)*

This type of broadly phrased clause allows sources of international law other than the specific treaty that enables an arbitration to commence to be raised, as long as one can show they have a legitimate relationship to the issues to be decided, i.e. that they are applicable rules of international law. While such a provision is not needed to consider the role of CIL as an interpretive aid to the provisions of a treaty, it is quite useful to assess whether additional sources of international law may be applicable as well.

The questions that must then be addressed in each individual case are:

- whether such a provision is included in the IIA on which a claim is based, and if so
- what additional areas of international law, with its rights and obligations of states, may be applicable.

In this context, customary international law can be used not just to help interpret a BIT or regional IIA, but to help identify other rules outside its scope that might act as a further source of rights and obligations as between an investor and host state so as to alter the impact of an assessment of fault and liability based solely on the text of an agreement. What might be argued under CIL is difficult to establish in the abstract. Each case differs, and the nature and scope of the applicable law will differ accordingly. However, the first step, of identifying an approach that supports the inclusion of other sources of law in the analysis, is important and should be fairly common to most arbitral contexts.

¹⁰¹ US Trade Promotion Authority Act, 2002, Sec. 2102(3).

Even where the type of language seen in Article 1131.1 of NAFTA is not present, additional sources of customary international law may be relevant to some situations. For example, the notion of a legitimate expectation of the investor has become a central part of some approaches to analyzing the fair and equitable treatment standard. Here, it is certainly arguable that an investor could not have a legitimate expectation that is contrary to customary international law, as all states are bound by such law. Thus, in the context of water quality issues, it is certainly arguable that a company operating on one side of a transboundary river could not have a legitimate expectation of being able to pollute the river to the injury of the state or residents on the other side of the border, as there are clear customary international law rules on not allowing activities in one state to harm those in another state.¹⁰² In this example, customary international law can be understood as contextualizing and thus setting certain parameters around the legitimate expectations of an individual investor or its investment.

Other examples where CIL might be relevant in the water context could include the identification of water allocation priorities in a large number of transboundary water agreements and the International Law Commission work on state rights and obligations over transboundary waterways, the quickly growing notion of access to clean water as a basic human right, and the notion of indigenous peoples' rights in international law as a balance against otherwise unsecured or unwritten water rights. Having set out the legal basis on which they may be used or be seen as relevant here, the substance of these areas of customary international law is explored in more depth in section 3 of this paper.

2.2 General Principles of Law

It has already been noted that general principles of law are to be found in the legal systems applicable at the domestic legal level. When such principles are sufficiently widespread across legal systems, they may be identified as general principles of law and applied as such in international law.

General principles of law are also recognized, as noted previously, as a legitimate source of international law. It is generally used to help fill gaps in treaty and customary international law applicable to a specific situation, but can also be used to advance new principles of international law derived from their widespread application in domestic law.

Like customary international law, general principles of law may fulfill two purposes in relation to IIAs: as an aid to interpretation and as an external source of law that can be called upon to contextualize and balance the rights and obligations of an investor and host state under an investment agreement.

Several specific principles may be relevant here, going to the formation of investor contracts, their execution, and governmental measures that alter such contracts. The applicability of any given principle will, of course, be determinable based only on the facts and legal issues flowing from that case, as well as the capacity to show it is indeed a generally accepted principle of law so as to be recognized as such in international law.

¹⁰² The duty of states not to allow transboundary pollution was established in 1936 in the Trail Smelter Arbitration between Canada and the United States. See a broader discussion in Patricia Birnie and Allan Boyle, *International Law and The Environment*, 2nd edition, 2002, pp. 104 et seq.; 267 et seq.

2.2.1 Possible general principles relating to the formation of contracts

Corruption

The concept of “*ordre publique*” comes from a civil law tradition but has expanded to many legal systems today. Without seeking an absolute definition, it carries with it the presumption that acts contrary to the “*ordre publique*” are not acceptable and cannot be the basis of a legal action. This has been recognized as applicable in the case of acts contrary to the *ordre publique internationale* in recent writings on international arbitration.¹⁰³

Corruption is probably the most critical issue relating to the formation of investment agreements, contracts and permits that one finds under the broader legal context of *ordre publique internationale*. It is widely accepted that the initial run of water privatizations in Latin America and elsewhere was accompanied by significant levels of corruption, although no governmental memoranda appear, as can best be seen to date, to raise this issue.

The barring of corruption in all legal systems is now widespread, and consequences can include jail time in most legal processes. In international law itself, at least two major treaty processes are seeking to ban corruption by foreign persons of domestic government decision-makers, one at the UN and one through the OECD.¹⁰⁴ Both processes call for corporate officers engaged in corrupting acts to be punished, as well as those who solicit or receive them.

The issue for international arbitrations is not the punishment of individual corporate officials, but the implications of corruption for the formation of contracts and for the rights of the investor or investment relating to its execution and subsequent governmental measures. The achievement of an investment through corruption of the government decision-makers goes to the very status of the investment contract, agreement, permit or other instrument that defines the primary context for the investment: Can such a contract or other instrument be used as the foundation of an investor-state arbitration?

Increasingly, leading authors are suggesting that it cannot.¹⁰⁵ One major reason for this is that it goes against the *ordre publique internationale*, borrowing the concept as a general principle from domestic legal systems. Thus, it is argued, allowing an investment gained through corruption to be the basis for an arbitration allows corruption to be recognized as a legitimate cost of doing business. As the *ordre publique internationale* now rejects this premise, it also requires that arbitration tribunals reject jurisdiction over a claim based on such a history. Of course, the tribunal must be satisfied that corruption played a role in the achievement of the investment, and a tribunal must take jurisdiction

¹⁰³ Richard Kreindler, “Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts”; and Karen Mills, “Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto”, in *International Commercial Arbitration : Important Contemporary Questions (ICCA Congress Series, No. 11)*, Kluwer International, 2003

¹⁰⁴ OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997; United Nations Convention Against Corruption, 2003

¹⁰⁵ Note 49, supra.

to assess this. But a finding of corruption, it is argued, would then vitiate the jurisdiction of the tribunal to proceed further.

This approach appears to be supported in at least one important investor-state case where the question of corruption arose in the context of the formation of the contract. In *Wena v Egypt*, the Tribunal stated in relation to allegations of corruption by the defending state that, "...If true, these allegations are disturbing and grounds for dismissal."¹⁰⁶ The Tribunal, however, went on to avoid an investigation of whether the allegations were true at least in part on the basis that the state had taken no investigative or corrective steps itself on the corruption issue.

The more recent case of *Methanex v. United States*, which concerned allegations of corruption of government decision-makers by a third party to the detriment of Methanex, suggests that such deference to domestic investigation is not needed. In its broad analysis of the methodology to use and the importance of a Tribunal investigating such claims of corruption seriously is, it may be argued, equally applicable to allegations of corruption in the formation of a contract that lies at the root of the dispute the tribunal is addressing.¹⁰⁷ Indeed, the methodology set out, one of considering circumstantial evidence in the absence of direct evidence, is clearly a precedent that can be relied upon in terms of the issues of proof of corruption in any context.

Given the transition of the international legal order from seeing corruption as a cost of business to corruption as a breach of the *ordre publique internationale*, the shift to seeing corruption as a basis for vitiating the jurisdiction of an investor-state tribunal is a conceptually easy one to make. Although one may anticipate significant resistance from investors in this regard, it is worth noting here that in one recent high profile instance, the company alleged to have achieved its investment through corruption of high ranking government officials actually admitted the corruption following a prosecution in its home state, withdrew its claim, and paid a significant amount of the legal costs of the defending state.¹⁰⁸

In addition to being a jurisdictional issue, the question of corruption also goes to the more substantive issue of the legitimate expectations of the investor as part of the analysis of future government measures pertaining to an investment. Here, the argument is very clear and straightforward: expectations achieved by illegitimate means cannot, by definition, be legitimate expectations. On this basis, and beyond the jurisdictional issues, it would seem that most if not all claims by an investor would also fail.

Other potential principles relating to the formation of an investment

While corruption is perhaps the most salient and easily identified general principle relating to the formation of an investment, other principles may also be relevant. These include:

- Duress in the formation of a contract

¹⁰⁶ *Wena v. Egypt (Proceedings on the Merits)*, 41 ILM 2002, at para. 111, p. 917

¹⁰⁷ A brief commentary on this part of the decision appears in Howard Mann, 2005, *supra*. 19.

¹⁰⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (Case No. ARB/01/13), Settlement agreed by the parties and proceeding discontinued at their request (Order taking note of the discontinuance issued by the Tribunal on May 23, 2004 pursuant to Arbitration Rule 43(1)).

- Undue influence in the formulation of an agreed investment
- Misrepresentation and non-disclosure of material information
- Abuse of right
- Mistake,
- Constructive knowledge; and
- Unconscionability.

Consideration of the applicability of these principles is in an early stage of development in international investment law. That they are in an early stage should not be surprising: it is a response to an ever deepening intrusion into what had formerly been domestic law issues, not international law. As a result, the need for the balancing requirements that these principles represent has only become apparent in the past few years. It is likely that these principles can be established as broadly accepted general principles of law, and hence there is a basis for their identification as a general principle of law under international law. However, the ability to deploy these principles in the context of negotiations between investors and states where it is the state that would claim them as a defense may be questioned in practice as they paint a picture of the state as the less able partner in the negotiation. However, some cases, not in the water sector, have in fact already noted that some developing countries, and some states with economies in transition, do not have the same level of expertise as private companies with extensive experience in their area of operations.¹⁰⁹ This, combined with a deeper look at the actual practices of major corporations in, specifically, the public utility sectors, should provide a base from which to begin to make more specific and focused legal arguments.

Under what type of circumstances might a defendant state raise any of the above noted principles as a defense? Specifically in relation to water privatizations in Latin America, several issues could arise.¹¹⁰ For example, there is information that several banks, major companies in the water sector and other potential beneficiaries of water privatization actively promoted and encouraged the privatizations within the World Bank and other key places prior to the World Bank making this part of the conditions for financing. Subsequently, these same actors are understood to have sought the active support of the Bank in seeking refinancing of the contracts and full contract renegotiations on terms more favourable to the foreign investors. Whether the lobbying of the World Bank did in fact lead to policy changes that would favour those in the privatization business is not clear, but a factual assessment could help determine this, and a legal analysis could determine whether this rose to the level of undue influence, abuse of position, etc.. It could also determine if this activity prejudiced the interests of the developing states, such as Argentina, by restricting their access to foreign capital and loans if they did not do what the companies, and critically, the World Bank was promoting. At the more extreme end, if there were evidence that the financing banks or water companies bribed World Bank officials involved in any given privatization project to promote that result, this could

¹⁰⁹ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v. Republic of Estonia*, ICSID Case No ARB/99/2 (Award) (June 25, 2001) is perhaps the leading example of this view being a key part of a decision against an investor.

¹¹⁰ A large number of the issues that are raised here are set out in a series of investigative reports called "The Water Barons", by the Center for Public Integrity, published in 2003 and collated as a book in 2005. The issues are raised here as illustrative, not as an endorsement of any findings or as proven facts. <http://www.publicintegrity.org/water/>

lead to very serious allegations. No duress or other failure on the part of the investor could be made out simply by virtue of its having made the investment once the decision to privatize was made, it could only be made out if the investor had been involved in precluding other options to the state through the kind of lobbying suggested above.

There have also been suggestions circulating in some quarters that legal support for governments negotiating privatization contracts was provided through the World Bank by law firms that otherwise represent investors in the water sector. If this is true, this could raise a question of the complicity those firms in organizing contracts that may have turned out to be imbalanced or inappropriate for the circumstances of the government in question, or of undue influence in the negotiation of the contracts. Non-disclosure of any possible conflicts of interest may also be involved.

A further question is whether the companies would have known, due to their experience, that the contracts were inadequate to ensure the actual fulfillment of the underlying terms of the contract and objectives of the governments involved. This could include issues relating to rates, water losses and other problems within the system, emergency management, inadequate auditing and oversight mechanisms, absence of needed regulations, lack of a sound economic base to run a privatized water system, etc, all of which suggest possible abuses of roles or failures to disclose critical information they had knowledge of or the expertise to gain knowledge of. Indeed, there are credible suggestions today that the water companies were knowingly game-playing the process by negotiating initial contracts on conditions they did not believe were viable in order to gain the advantage in already anticipated contract renegotiations.¹¹¹

Here, the doctrine of constructive knowledge, defined in Black's Law Dictionary simply as: "If one by exercise of reasonable care would have known a fact, he is deemed to have had constructive knowledge of such fact", may be relevant in assigning knowledge of the conditions for impending failure to an investor due to its expertise. If there is sufficient proof, transferring the same information to impose knowledge of certain facts on an investor may be a sound component of a defense strategy. As one example, they may have been aware or there may be conditions to suggest they should have been aware, that users within the about to be privatized system lacked the ability to pay at levels needed to support it effectively, thereby creating conditions for failure or mandatory renegotiation on terms more favorable to the investor. If this issue were to relate to the issues in dispute in an investor-state process, grounds for constructive knowledge may exist, and this would potentially alter the legitimate expectations of an investor.

One would have to assess the nature of each contract or agreement carefully here, and the nature of the knowledge one might presume the private party to have in relation to it. Knowledge of the type suggested here could raise an issue of misrepresentation, abuse of position or abuse of right. In an extreme case, where the investor may have been in a position to know that the contract would lead to implementation problems and loss of service for some users, and an impossibility of fulfilling its terms, a case for unconscionability may also lie. In this regard, misleading statements by an investor as to

¹¹¹ "The Water Barons," *ibid*; and J. Luis Guasch, Jean-Jacques Laffont, Stepane Straub, "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America", November 2003, at <http://www.publicintegrity.org/water/>

its capacity to fulfill all of the operational obligations it has taken on in a waste management privatization in Mexico was held to be one important factor in the dismissal of a claim by an investor in an early NAFTA case.¹¹²

Finally, if there were to be evidence of a “carving” up of the investment market so as to constrain competition among the handful of real potential investors in the privatizations, that could raise additional issues of undue influence, abuse of right, or unconscionability.

It is worth noting that in a recent arbitral decision, careless business practices of the investor led to a 50% reduction in the award of damages in favor of the investor.¹¹³ It is arguable that a willful set of poor practices, which could be characterized as willful blindness and be developed through concepts like constructive knowledge, could also alter the very merits of a claim. Indeed, more than one case has made the point that the investor-state arbitrations are not intended as an insurance resource for bad business decisions.¹¹⁴

Mistake as a defense may be a much more precarious one. One would have to show that the government had so manifestly erred in its negotiations as to vitiate its consent to the contract. Absent some of the other factors noted above that might be argued to induce the mistake, achieving this level of proof in the face of the public debates on privatization, the long processes involved and more may be a hurdle of some significance.

All of the above requires very fact specific argument and careful analysis of the status of the potentially applicable principles as a general principle of law applicable in international law. Current information points to possible directions of arguments and raises the possibility that further development of the facts and law maybe useful in some cases.

An additional factor that would be relevant in this last regard is to determine the pattern of remedies for any breaches of the kinds of principles described here. For example, does mistake by one part automatically lead to a repudiation of the contract, or some other, lesser remedy, perhaps an adjustment to damages? Does duress or undue influence similarly lead to nullity of the underlying contract or permit? This would need to be part of a research agenda looking forward. Included in this agenda would be recent development in private international commercial arbitrations as well.

¹¹² *Robert Azinian et al. v. United Mexican States*, Award, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Additional facility, case No. ARB(AF)/97/2

¹¹³ *MDT Equity v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Final Award 25 May 2004.

¹¹⁴ See, for example, *Olguin v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, 26 July, 2001, at para. 65(b): *It seems obvious to this Tribunal that there are serious shortcomings in the Paraguayan legal system and in the functioning of various State agencies. This Tribunal is not seeking to determine whether this situation is more severe in Paraguay than in other nations. What is evident is that Mr. Olguín, an accomplished businessman, with a track record as an entrepreneur going back many years and experience acquired in the business world in various countries, was not unaware of the situation in Paraguay. He had his reasons (which this Tribunal makes no attempt to judge) for investing in that country, but it is not reasonable for him to seek compensation for the losses he suffered on making a speculative, or at best, a not very prudent, investment. See also, e.g., Robert Azinian et al. v. United Mexican States*, Award, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Additional facility, case No. ARB(AF)/97/2.

Prior to turning to the next section, it is worth noting that the idea that investor conduct can be a significant factor in an international arbitration is not set out for the first time in this paper. Indeed, it was raised as a part of a debate at the British Institute for International and Comparative Law on the fair and equitable treatment standard in September, 2005.¹¹⁵

2.2.2 Possible general principles relating to the execution of contracts

A separate set of potential principles may arise in relation to the execution of a contract after its implementation has been initiated. Again, each must be seen as fact specific, and hence a strong factual base would have to be laid to make any such claim viable. Perhaps the critical potential principles that may apply here are abuse of right, or principles related to specific performance as a prerequisite for initiating a claim based on breach of contract by the state.

The monopoly context of most water services creates a potentially unique environment for claims relating to abuse of rights in the execution of contracts, including potentially based on abuse of position in a contract renegotiation. (Renegotiation is an almost endemic occurrence in the 1990s public utility privatizations, often with the renegotiating company having a significant upper hand due to a variety of factors that are magnified in a monopoly context.¹¹⁶) The monopoly context makes it difficult for governments to shift contract holders. In addition, where the monopoly operator is covered by an IIA, this creates the added risk of very expensive investor-state arbitrations which can weigh disproportionately on governments faced with a monopoly foreign investor. There can also be substantial knowledge advantages for an investor already operating a water distribution or other public utility system.

All of these factors may lead to a shift in balance of rights and obligations between an investor and a host government such that it advantages the investor seeking new operating terms, and may even allow investors to accept less favourable terms initially in the expectation of better renegotiating conditions later when other players have fully left the scene. For example, if an investor finds that the original terms were not sufficient to allow for the levels of new investments called for under the agreement, it may seek to use its operating powers to force higher levels of tariffs in order to meet the new investment targets while maintaining the same level of profitability. Similarly, an investor can use its operating capacities to alter service delivery to areas or persons with limited ability to pay, even if service levels had been guaranteed. By avoiding full performance of its obligations, investors may create multiple additional issues for renegotiation in a crisis context. If an investor can be shown to have known of the likelihood of such results, or have failed to make due diligent efforts to ensure the planned results were reasonably based, this can amount to an abuse of rights or position.¹¹⁷ This would, of

¹¹⁵ Peter Muchlinski, "The Relevance of the Conduct of the Investor", paper presented at The Fifth Public Conference of the British Institute of International and Comparative Law's Investment Treaty Forum, FAIR AND EQUITABLE TREATMENT IN INVESTMENT TREATY LAW, London, September, 2005, <http://www.biicl.org/index.asp?contentid=995>

¹¹⁶ See, supra, n. 57.

¹¹⁷ Again, parallels to *Robert Azinian et al. v. United Mexican States*, Award, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Additional facility, case No. ARB(AF)/97/2; *Alex Genin, Eastern Credit*

course, have to be shown through factual evidence in any specific case, and a legal assessment of what standard of conduct is required to show an abuse of right as a general principle of law. In addition, if such planning could be shown to have occurred, issues such as abuse of position or misrepresentation as part of the original conclusion of the contract would gain additional support.

Another form of abuse of rights could be the use of transfer pricing practices to inflate the costs of purchased goods and services and thus distort profit and loss margins. This kind of practice is especially open to investors that have related companies that provide goods and services to sister corporations in a corporate family. Many of the large water multinational companies have such structures. The use of transfer pricing practices is well documented in the public utilities sectors,¹¹⁸ and has also spread to other sectors where integrated companies exist. Should such practices be detected, these could also be raised in arbitrations as a basis for reducing any damages awarded or even to review the legitimacy of the basis on which a renegotiated contract may have taken place.

The consequences of conduct such as described above, if shown, could be that renegotiated or initial contracts be deemed insufficient to support investor claims against the state that was so manipulated or abused. This could vitiate certain rights of an investor, or at least impact on the reasonable expectations of the investor arising from the contract. Both of these results could impact on the investor-state process.

The corollary of an abuse of right, but one which may be less legally demanding because it focuses less on motivation and bad faith, is the question of whether an investor has met its own obligations. By focusing on the requirement for specific performance and good faith of the investor, a host government can try to turn the tables on the investor. This can be argued as providing the rationale for not fulfilling specific governmental obligations in some cases, especially when they are set out as commitment precedents for certain government actions. This can also potentially be done by way of a counterclaim or as an offset to any finding of liability or damages, though not all arbitral systems may be open to this.¹¹⁹

A different type of issue that may arise concerns a fundamental change in circumstance. In international law terms, this invokes the customary international law concept of *rebus sic stantibus* as it applies between states in their treaty relations. The notion is however, also reflected in many domestic legal systems between contracting parties. This concept requires a true change in circumstances that would not have been generally foreseen during the negotiation. It is usually a high test, whose application may be most relevant in response to unexpected crises of some type. By contrast, it does not apply to justify changes in government policy due to changes in political leadership, for example.

Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v. Republic of Estonia, ICSID Case No ARB/99/2 (Award) (June 25, 2001) are useful here.

¹¹⁸ Regulations against transfer pricing practices have been in place in the United States, for example, since the 1940's, when the Public Utilities Holding Act was passed. It is widely recognized as fraudulent practice in that it artificially inflates prices of goods and services consumed in one jurisdiction to reduce profits there. In practice, this has been used to reduce profits in privatized utilities while increasing profits for the parent companies and their shareholders. See, eg. "The Water Barons", n. 56 supra

¹¹⁹ *MDT Equity v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Final Award 25 May 2004, provides a good example of an award of damages being reduced by 50% due to the contributory conduct of the investor.

It has often been suggested that the Argentine Peso/dollar crisis of 2001-2002 provides sufficient factual grounds to argue the principle of a fundamental change in circumstance, at least as it relates to the fiscal changes that were brought in by government decree to de-link the fees and related calculations from the failed dollarization policies. The first case where this was argued on the merits did not succeed on the merits, due in part at least to a view of the tribunal that the initial privatization process had also been in response to a crisis as well, and that the investors who responded positively to Argentina's requests for foreign investment should not bear the brunt of the costs for its response to the second crisis. There was also a serious question as to whether the de-linking had in fact not been foreseen in the negotiation and accounted for in the original contract.¹²⁰ Still, it is noteworthy that the Tribunal did acknowledge that a national economic crisis was a legitimate factor for a tribunal to consider in an investor-state arbitration.

2.2.3 Possible general principles relating to government regulatory measures that alter contracts

Perhaps the most important element in the context of general principles may be the right of states to regulate within their territory. It is important to state clearly that investment agreements do not grant the right to regulate: they restrict or constrain it only in so far as the language in the agreements demonstrably does so. There is no presumption in the agreements or in the field of international investment law that the right to regulate has been generally curtailed by them.¹²¹

The key limits or constraints imposed by investment agreements have been noted above: national treatment and most-favored nation treatment; no expropriation without compensation, fair and equitable treatment, and in some cases prohibitions on performance requirements. None of these, unless specific undertakings have been given to the contrary, preclude regulations that are non-discriminatory and non-expropriatory being made.¹²²

The question then becomes how to account for normal regulatory practice in the context of IIAs. One way is, as already noted, to consider the police powers exclusion of regulations from the concept of expropriation. A second way is to consider more specifically how to accept good regulatory practice as a positive element of the rights

¹²⁰ *CMS Gas v. Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, May 12, 2005. It is somewhat difficult to assess the proof that was required for this view, as opposed to reliance on general knowledge. In any event, this is a factor that underlies important aspects of the decision. This first decision is now subject to an annulment process at the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), and may thus be overturned.

¹²¹ Howard Mann, "The Right of States to Regulate and International Investment Law", in *The Development Dimensions of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, United Nations Conference on Trade and Development, 2003, pp. 211-224.

¹²² One might note here that this is consistent with national legal systems. Despite all the talk of regulatory expropriation principles in the United States, for example, there is no evidence of any compensation ever having been paid for measures under the US Clean Air Act, Clean Water Act or any other similar kinds of regulatory measures at the federal or state levels. Yet these are the kinds of measures that have now infiltrated the debate on regulatory expropriation at the international level.

and obligations within an IIA. This is akin to a concept of constructive notice, whereby investors are deemed to be on notice that regulatory measures affecting their business may change in the normal course of events, and thus the expectation of regulatory change is deemed part of the legitimate expectations of the investor, rather than an eventuality that creates a cause of action.

Two examples where this has been applied in a regulatory context are available in recent cases. In *Maffezini v. Spain*, it was noted by the Tribunal that domestic legislation to ensure that sound environmental assessments were made of new projects was not contrary to any obligations under the Spain-Argentina BIT, but was rather an example of good practice that an investor should expect to address in the course of an investment into Europe.¹²³ In *Methanex v. United States*, it was similarly noted that the investor had invested into a market area well known for changes in environmental standards as new information was brought forward and analyzed by government decision-makers. This culture of forward-looking environmental protection was, therefore, to be understood as part of the environment the investor chose to enter into, and thus was seen as conditioning his expectations of future government conduct.¹²⁴

A slightly different context may raise similar issues in relation to investment in monopoly infrastructures. This is especially so when the investment is made into states that do not have highly developed regulatory or administrative systems, as many states undergoing new privatization processes have shown. Here, the relevant legal principles may be better understood as a combination of the basic right to regulate, constructive notice, constructive knowledge, and an understanding by the investors themselves of the requirements of good practices in the specific sector involved. In water distribution, for example, it would seem entirely reasonable to argue that common regulatory practices in the sector should condition the expectation of a foreign investor, even if the host state has not yet itself developed its regulatory environment at the time the investment had been made. This argument would then be strengthened if certain practices can be shown to have risen to a level of general principles in the field of water law.¹²⁵

Specifically within the water context, a variety of issues that need regulation may be reviewed from the perspective of good practice and as a general principle of water regulation and public utilities law. These include practices concerning:

- service to the poor;
- water tariff levels in relation to economic needs of consumers and of system operators;
- sharing of water access;
- maintaining potable water quality;
- re-investment levels in the public utility systems;
- appropriate levels of indebtedness; and
- rates adjustments in times of crisis,

¹²³ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain* (Case No. ARB/97/7), Award, November 13, 2000, para. 67.

¹²⁴ *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal, August 7, 2005. Available at http://www.naftaclaims.com/disputes_us_6.htm, .

¹²⁵ Further detail on comparative water law practices and principles is found in Michael Hantke-Domas, *Common Principles of Advanced Regulatory Systems*, 2005.

- transfer price restrictions

A broad review of each of these from a comparative law perspective would be critical to making a legal case. The adoption of a sector wide approach, informed where useful by approaches in other public utility sectors, with a view to establishing benchmarks for good practice and hence for conditioning the legitimate expectations of the investor and of other stakeholders is given added credence in the water sector due to the multinational nature of the limited number of players involved in the privatization process. They have a unique level of expertise in water management systems and the expected standards for a successful operation. It is reasonable to argue that they should anticipate that best practices be applied to all of their operations, wherever situated.

This brings us back to a point raised a couple of times above: what happens if specific undertakings not to change the regulatory environment of an investment have been made by the host government? Existing investor-state cases posit such undertakings as critical elements in determining not just the content of the expectations of an investor, but the level such expectations may rise to as a matter of law. Indeed, this is a critical element, as already noted, in the first decided case of the privatization arbitrations against Argentina, *CMS v. Argentina*. It has also been seen as critical in other recent decisions on fair and equitable treatment¹²⁶ and has emerged as a salient issue in the most recent decision on expropriation.¹²⁷ This raises numerous issues in a democratic society, in particular the constitutional pre-emption against one government binding the decisions of future governments.

In addition to inherent limits to a doctrine that one government can permanently bind other governments not to regulate, what, it may be asked, happens if the undertaking purports to freeze the regulatory environment at levels that are below best practice or below definable principles or best practices of water management? Here, one can arguably go back to the issues raised above of undue influence, abuse of position, misrepresentation and non-disclosure of material facts, or even unconscionability specifically as it may relate to such undertakings. In other words, the same principles that apply to the negotiation of a contract as a whole may also be applied to any specific clauses that limit the regulatory responsibilities of governments.

This is a more targeted approach, as opposed to arguing the entire investment contract or permit is null. It can be argued in such circumstances that a major participant in the global water industry cannot use its business cunning or its special expertise in such a way as to unduly distort present or future regulatory needs of the host government, or to constrain future efforts by a government to attain a state of the art regulatory system. Indeed, the very fact that the regulatory system is below what is needed to properly regulate a public service utility can be argued as generating the constructive notice that it will have to change to meet proper standards in due course. The failure globally of the “privatize and deregulate” model employed by the World Bank in the 1990s provides

¹²⁶ See, for example, *Occidental v. Ecuador, Final Award*, UNCITRAL, July 2004; and *Tecnivas Medioambientales TECMED v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, May 29, 2003.

¹²⁷ *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal, August 7, 2005.

further evidence for applying such constructive notice to an investor in a highly specialized sector.

The more evidence one can show of commonly accepted best practices and state of the art rules in the regulation of public utilities, or of general principles of water law applying across different legal systems, the stronger the case to show that achieving those standards should be understood within the notion of legitimate expectations of the investor, and that a contract precluding achieving those standards or principles should be carefully reviewed based on principles relating to contract formation as described above. All of this gives additional context, depth and specificity to the recognition of the right of states to regulate within the context that this right might be challenged under investment agreements.

3. SOME POTENTIAL APPLICATIONS FOR NON-INVESTMENT AREAS OF INTERNATIONAL LAW

So far the potential role of other sources of law in the context of investment treaty arbitrations has been considered primarily from the strategic or legal logistics perspective of how they may fit into an investor-state arbitration. In this section, a preliminary discussion of the potential role of certain other areas of international law from a substantive perspective is considered. This is not intended to be an exhaustive discussion, but rather one that helps sow the seeds of the possibilities for additional sources of international law to be seen as relevant.

Some of the areas of law discussed have a combination of treaty and customary international law as their sources. This should not be a significant barrier if the substance of the law has properly crystallized under customary law on the one hand, or if the treaty practice includes the host state in particular on the other hand. In this regard, the basic legal principle of *pacta sunt servanda*, treaties must be implemented and complied with in good faith, will assist states in both justifying specific acts in relation to treaties they are a party to, and in setting out the full legal environment into which an investor has entered. Again, this second element is important in setting the appropriate parameters of the legitimate expectations of the investors.

One principle underlying this section has already been stated, but may be reiterated here. It is the one identified in the first WTO Appellate Body decision, that the WTO legal system lives within the broader body of international law, and not in isolation from it. The point is as important as it is simple to make. Yet, how far any given tribunal will allow exterior sources to be called upon is a largely unknown factor. Contextualizing its role, as described in several different manners previously, will thus be important to show why and how it is relevant for a decision on the respective rights and obligations under the IIA in question.¹²⁸

Three areas of international law are considered below:

¹²⁸ One must always recall that the point of bringing in extrinsic sources of law is not to have a tribunal rule on a dispute under that source, but to rule in a more informed and holistic way on the dispute under IIA under whose jurisdiction it sits.

- International sustainable development law;
- International human rights law; and
- Transboundary water agreements.

3.1 International Sustainable Development Law

Sustainable development is often understood as an environmental concept. This is incomplete. In addition to bringing environmental sustainability into the economic debate, sustainable development also requires the consideration of equitable development from its social and economic aspects. Respect for basic human rights is also often considered as a specific element of sustainable development, but this element will be considered separately below.

The environmental dimensions of sustainable development are fairly well understood. They require that economic decisions be taken in the light of their environmental consequences. They also require that preventive, remedial and mitigative measures be taken to prevent or address environmental damage from human activity. Towards this end, a web of international agreements and principles has been constructed, and thousands of domestic laws and regulations have been adopted around the world.

It has already been noted that at least two investor-state arbitrations have positively noted the need for investors to consider the ongoing right of states to protect the environment, including new measures as knowledge evolves, as part of the reasonable expectation that any investor should have. This goes to support the carve out of regulatory protection for the environment through the concept of police powers, as well as the limitations that must be understood on the legitimate expectations of the investor when analyzing investor rights under the fair and equitable treatment standard.

A key element that specific references to international sustainable development law may bring into the debate is the recognition of the precautionary principle as a foundation of the role of states in protecting environmental and human health. The precautionary principle is not an open-ended approach to environmental regulation, but a principle based on science and evaluation that ensures appropriate room for action in the face of uncertainty.¹²⁹ It may at times be useful to refer to the broad acceptance of the precautionary principle in international sustainable development law in an investor-state arbitration.

In addition, it would seem clear that complying with international environmental obligations would be full justification for enacting environmental measures. This presumption has taking root in practice if not in a formal legal manner at the WTO,¹³⁰ and it should fit perfectly within the scope of the customary international law on police powers measures on the one hand, and as a conditioning factor on the legitimate expectations of the investor on the other hand. The customary international law rule of not causing transboundary harm has already been mentioned. Eliminating pollutants in waterways pursuant to international treaties would thus be relevant if foreign investors are emitting such controlled pollutants.

¹²⁹ Patricia Birnie and Allan Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd Edition, 2002, p. 115 et seq.

¹³⁰ Howard Mann and Stephen Porter, *The State of Trade and Environment Law 2003: Implications for Doha and Beyond*, IISD and CIEL, 2003, at pp. 19-26.

The development component of sustainable development is usually understood in terms of the concepts of equity in social and economic development that often require government intervention to protect and promote the broad public welfare. Thus, the inherent right to set national development policies that reflect domestic needs would be recognized, as well as distributional equity, in particular in relation to historically mistreated populations.¹³¹

While these may now be generally recognized as legitimate exercises of the right to development, specific actions may conflict with the provisions of IIAs. It is understood, for example, that a number of foreign investors in South Africa have threatened to sue under BITs in response to the Black Empowerment Program, though no such suit has actually materialized. How a tribunal would treat such a potential situation is unclear. The first step would be a detailed analysis of the IIA itself, and in particular whether any such measures were expressly precluded by it. After that, one can suggest that a careful balancing of the rights and obligations would be needed, including the potential for claims based on fundamental changes in circumstances in some cases.

The extent to which crisis management and the legitimate need to preserve social peace and equity between domestic and foreign investors, such as in the aftermath of the Argentine fiscal crisis, can fit within the right to development is unclear. It has already been noted that a serious economic crisis may be reasonably considered by a tribunal. However, the question is complicated in that the only decision so far on the substance in relation to the Argentinean financial crisis makes it clear, as already noted, that the consideration of this issue was distorted by the inclusion in many of the foreign investment contracts of specific guarantees and remedies in the event that the specific recovery policies employed in the 1990's crisis were to be reversed.

It is true that in earlier decisions relating to damages to a foreign investor following a period of internal social strife and violence, maintaining identical treatment between domestic and foreign investors was not considered a valid response to the loss of property of the foreign investor under an investment agreement that did not specify equal treatment would be sufficient to meet the applicable obligation on the host state.¹³² However, when issues of maintaining and promoting social equity reflect not just immediate periods of civil strife but long term, widely known issues of discrimination and commensurate re-adjustments, it is not clear that the provisions on compensation for civil strife are the most apt analogy.

¹³¹ In relation to historically mistreated populations, South Africa, for example, has a black empowerment program and Malaysia a program to promote the economic growth of its ethnic bumiputras (native Malay) populations.

¹³² *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, International Legal Materials, 30 (1991), pp. 580-655; *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (US) v. Republic of Zaire*, ICSID case No. ARB/93/1 Award, 21 February, 1997.

3.2 Human Rights

Specific applications for human rights law may be more difficult to find in practice, but the water sector may indeed be one where human rights law can find application. This possibility has, in fact, been expressly recognized in a water services case in Argentina:

*[water and sewage] systems provide basic public services to millions of people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations.*¹³³

What might these considerations be? First, of course, is the human right to clean and safe water. This right, now emerging more clearly as a human right,¹³⁴ can be understood as setting a basic requirement for water service providers to comply with. In essence, by taking on the right to deliver water, they also take upon themselves the obligations to meet basic human rights in relation to the right that they exercise. The growing recognition in a number of international standards that consider multinational corporations to be obligated to comply with basic human rights standards adds weight to this approach.¹³⁵ At a minimum, they spell out a clear link of business responsibilities, and hence go directly to the question of balancing the legitimate expectations of investors with the legitimate expectations *from* investors.

Unlike other areas of law where it may be easier to contract out of certain obligations, or to limit state acts to levels below international obligations, it is also arguable in the water context that this obligation cannot be contracted out of. The concept of an international obligation *erga omnes* or an obligation that has risen to the level of *jus cogens*, obligations owed to all humankind that cannot be derogated from, would be relevant here.¹³⁶ As water is a basic necessity of life, the consequences of allowing a contract or IIA to be read as a contracting out of such a right are significant and obvious.

A second area where human rights laws may be relevant is in the protection of indigenous peoples. The special situations of indigenous peoples in many cases has been recognized in international human rights documents. This can be relevant, for example, in assessing rights to access water as between a foreign investor and an indigenous community. Often, the water rights of the latter may not have been codified in any way. Drawing on the special recognition of indigenous peoples status in international law may add weight to the argument that their rights are nonetheless cognizable in law and cannot be diminished by the needs of foreign investors, or at least not without their consent. Similarly, the right to receive clean and safe water may be heightened by historical or traditional claims of indigenous peoples.

¹³³ *Aguas Argentinas v. Argentina*, Amicus Curia Decisión, ICSID Case No. ARB/03/19; Order in Response to a petition for Transparency and participation as Amicus Curiae, May 19, 2005, para. 19.

¹³⁴ See, e.g., Salman M. A. Salman, Siobhan McInerney-Lankford, *The Human Right to Water: Legal and Policy Dimensions*, World Bank Publications, 2004.

¹³⁵ E.g., OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997; United Nations Convention Against Corruption, 2003.

¹³⁶ An obligation *erga omnes* is one that is owed by a state to all other subjects of international law, irrespective of whether they have signed a formal treaty with all or the status of individuals as citizens or not of that state. An obligation that has risen to the level of *jus cogens* is one that, in accordance with Article 53 the *Vienna Convention on the Law Of Treaties*, cannot be contracted out of by states in a treaty. Any such contracting out is deemed invalid under international law.

3.3 Transboundary Water Agreements

The third area of international law to briefly consider is that of transboundary water agreements. Transboundary water law has a long history in both treaties and customary international law. The customary obligation not to allow transboundary pollution is a well known rule already noted above. Another critical element of this field is the setting of water allocation priorities based on equitable usage and ensuring, today, that basic human needs have priority usage. Where these obligations are present as between states in an agreement, and the host state is a party to such an agreement in relation to a water allocation that may be subject to an investor-state dispute, the treaty may well be drawn upon to support governmental allocation decisions. The existence of a treaty could do two things: show compliance by the states with international norms and hence the absence of any unreasonable behavior, and condition the expectations of the investor from the beginning as treaties are part of the legal environment into which they would have entered.¹³⁷

In addition, many transboundary water agreements contain institutionalized decision-making processes for water allocations and water diversions. These may also be relevant factors for host governments to consider if water allocation decisions in a covered waterway become subject to challenge.

4. CONCLUSIONS: HELPING THE EXTRINSIC SOURCES OF INTERNATIONAL LAW WORK

One must be careful in not ascribing to international investment agreements powers or ills they do not possess. Investment agreements, for example, have not been the cause of the water privatizations in Argentina, elsewhere in Latin America, in the Philippines, Africa or anywhere else, or the cause of their failures. At the same time, it is true that investment agreements, in particular those with investment liberalization provisions (including in services sectors), can contribute to failed projects if liberalization is promoted in environments that lack the appropriate regulatory and administrative infrastructures to help them succeed and the economic capacity to sustain infrastructure privatizations. Perhaps the leading proponent of such premature liberalization to date has probably been the World Bank Group, but they have not been alone. It may also be noted that the World Bank has more recently moved to rethink a number of privatization related issues in relation to developing countries, including the need for more rather than less regulatory structure and capacity for privatized systems.

It is also true that investment agreements do play a significant role in how disputes involving water privatizations are approached today. They will continue to play a significant role in how water allocation and water quality issues are approached in the future. This paper tries to address this linkage primarily in the dispute settlement context, based on the kinds of relationships between investment agreements and water described in Part 1 of the paper.

¹³⁷ The legal status of treaties as part of, or not part of, domestic law may be a technical factor to address here. This varies from state to state and would have to be dealt with specifically in relation to the host state involved.

Some additional issues have not been addressed in the body of this paper. For example, transparency in the investor-state arbitration process has not been addressed here but is arguably an essential element for accountability that promotes a greater opening for inclusive arguments. This is because tribunals that know they are being watched will not want to appear to be limiting potentially relevant arguments from being made. Similarly, the different roles of states as defendants and civil society groups as potential *amicus curiae* have not been addressed. These kinds of issues, which go to the heart of a democratic and accountable dispute settlement process, do have a potentially significant impact on how an arbitration is heard and how it may be decided.

The arguments put forward above can be summarized as follows. There are significant opportunities within the structure of international investment agreements and investor-state arbitrations for sources of international law outside of the treaties themselves to be raised in an arbitration. These sources include other treaties, customary international law and general principles of law. The uses for such extrinsic elements of international law can be as a supplementary means of interpretation of investment treaty provisions, as sources of international law directly applicable where treaties allow for these to be raised, as indicators of the scope of police powers measures as understood in customary international law and of the scope of the inherent right of states to regulate, and as legally conditioning elements that help define the legitimate expectations of an investor.

Any combination of source of law and uses may be relevant in a given arbitration. Only the facts and legal issues raised in a specific case can determine what will or will not be relevant. None are certain to make a difference in the outcome of a case, but equally any of them, used in the right combination and in the proper legal context, can have a significant impact on a decision. To achieve this type of impact, strategic choices must be made. Lawyers and their clients, whether in government or in civil society, must act pragmatically and strategically. Arguments must be cogent, complete and well set out in the context of the dispute before the tribunal, which is about the application of the rights and obligations under an IIA to a specific situation. Polemics and broad generalizations will not likely be well received and are unlikely to have an impact.

Government lawyers can help the process through a more carefully weighed choice of arbitrator than has often been seen to date. All lawyers must consider the arbitrators involved in a case and see if their writings or prior decisions give indications of how to approach the broadening of the law being presented to them: what concerns have they shown in the past in related areas of law? Can you respond to them with outside sources?

In short, it is submitted that there are significant opportunities to inform the deliberations of an investor-state tribunal with extrinsic sources of law through cogent, well directed arguments. This does not replace the need to alter agreements to reduce some of the inequities and fix the democratic deficits they present. But it does suggest that states and civil society groups should not give up when an arbitration is announced against them, and that they should not play only by the presumed rules set by an investor. The

scope for argument is potentially broad and leaves much room for creativity when it can be properly harnessed.

Common Legal Principles of Advanced Regulatory Systems¹³⁸

Michael Hantke-Domas¹³⁹

Preliminary draft, please do not quote.

Abstract

This paper provides an overview of some settled regulatory principles regarding public utilities in the United States, United Kingdom, Europe, and Chile. The main finding is that regulatory law has a strong economic component, which is recognised by national courts. This feature is intertwined with several areas of the law (e.g. contract law, tort law, and international law), providing for tensions with economics. This paper proposes that the economic component should be the leading factor to solve regulatory disputes: courts should adjudicate to curb deadweight loss produced by inefficient firms or regulators. The paper concludes that as regulators are entrusted to correct market failures, their decisions should be seen as correct *prima facie*. As its correctness might not be in every decision, public utilities should be allowed to take actions against regulators' decisions on the grounds of efficiency and based on empirical evidence.

Introduction

In this paper I will present the accepted rules that govern the regulation of public utilities (mostly, natural monopolies) in more advanced regulatory systems, namely in the United States, the United Kingdom, and the European Union. Although their depth differs as the provision of utility services by privates in America has the longest tradition, the three systems promote the balance between consumer welfare and profitability. As the objective of regulatory law is economic, I propose that disputes arising between regulators and companies should be decided by courts on an efficiency basis reliant upon empirical evidence.

The following review discusses main existing rules and critical topics. In applying the rules, and more generally in the whole analysis, I will use the water utility case.

In the first part of this paper, I make the point that economic regulation is a delicate task for regulators, as they have to weight consumers' welfare more in their analysis and decisions, but bearing in mind the expectations that private owners of utilities have on their investment. In this vein, I review the concept of public utility and public service of

¹³⁸ This paper is based on my approved PhD Thesis, *Economic Regulation of Public Utilities with Natural Monopoly Features: A Study of Limitations Imposed by Property Rights from a Legal & Economic Approach*, before the School of Management, University of East Anglia, UK.

¹³⁹ Lawyer (Chile), PhD UEA (UK), former legal adviser of the *Superintendencia de Servicios Sanitarios* (Chile), consultant on regulatory and competition law, associate lawyer at Alvarez Hinzpeter Jana & Valle (Chile).

commercial and industrial activity. Equally, I review the concept of investment-backed expectation to unveil the economic interests of the owners, managers and investors.

The second part of the paper deals with the accepted rules by courts in the United States, the United Kingdom, and the European Union on regulatory topics, such as property rights and investment-backed expectation, regulatory takings, and transfer pricing. I equally consider the Chilean experience regarding such matters.

Finally, in the third part I provide for a normative proposal on how to solve regulatory disputes between a regulator and a private investor. Conclusions are provided.

Regulation of Public Utilities: the Delicate Art to Strike a Balance between Consumers' Interests and Firms' Profitability

Regulation aims at yielding the same allocative and productive efficiency results as competitive markets (Morin & Todd Hillman 1994, cited by Jouravlev 2001), though applying direct control either on the industry organisation (e.g. entry) or on the firm's behaviour on the market (e.g. prices, quality, or investment) (see Kay & Vickers 1988, cited by Jouravlev 2001). However, it is not the case that both regulation and competitive markets are exchangeable, but regulation operates when competitive markets are not present (e.g. industries featuring natural monopoly characteristics).

The attainment of regulation's goal requires a thorough knowledge of the regulated industry and, particularly, from the regulated firm. Such knowledge relies on information produced by the regulated firm, which the regulator has to demand from the firm.

However, business information does not always flow as freely as regulators would want. Such lack of information may diminish the ability of a regulator to attain economic efficiency (Jouravlev 2001) for which the regulated firm may be held legally liable either if the law forbids the concealment of information or if proven such concealment in a contractual relationship (see further section 0 below). For example, if regulators do not have utilities' full information, it is possible for undertakers to manipulate it by increasing the regulatory asset base over which they receive returns. Therefore, undertakers' over-investments (or over-capitalisation) receive returns through prices charged to captive consumers. This phenomenon is called the *Averch-Johnson* effect (see, Kahn 1988). As undertakers cannot invest unlimitedly in assets, because consumers have limited budgets, it is likely that undertakers will try to take most of the consumer surplus by strategically using their information.

This over-capitalisation is contrary to the ideal of economic efficiency as undertakers use too many assets to produce an amount of services that can be produced with fewer assets.

Regulators will intervene to curb this deadweight loss by not allowing undertakers to expand their asset base inefficiently and by restricting unjustified operative and capital expenditures.

There is a thin line between regulators' legitimate task to clamp down on allocative efficiency and its regulatory opportunism to reduce undertakers' prices beyond the necessary to provide the service in the long-run. The problem with opportunistic behaviour is that undertakers are not allowed to earn *quasi-rents* needed to finance their investments. Hence, this is a common problem because investments in assets in the

water industry once built may need decades to depreciate and thus do not require large returns during their economic life. This problem is known in economic terms as *holdup* (see, Che & Sákovics 2001; Grossman & Hart 1986; Hart 1995; MacLeod & Malcomson 1993; and Tirole 1986).

The thin boundary between legitimate reduction of inefficient costs and regulatory opportunism will be at the centre of legal disputes. Supposing undertakers consider that regulatory actions are opportunist, then their legal argumentation may go along the lines that regulators are reducing their profits by, for example, erroneously considering certain investments as not being part of the asset base. This means that, arguably, because of regulators' actions, part of the undertaker's rent owned in property is taken.

Under a legal system with a full protection of property rights (hereinafter, PRs), undertakers will fight back regulatory decisions if they feel that the rate of return of the project is less than the cost of capital. If this fight back happens, it is a clear sign for regulators that undertakers probably cannot finance the imposed decisions, or that undertakers are behaving strategically. If there is no fight-back, it is possible that the allowed rate of return either equals or surpasses the cost of capital.

On the contrary, when undertakers face ambiguous PRs, regulatory actions will be more difficult to repel on property grounds before national courts and they will adopt alternative legal solutions (e.g. international investment disputes). If it is difficult to find an alternative legal solution, undertakers will arguably be more exposed to comply with regulatory decisions that could ultimately compromise their financial position. If PRs are ambiguous, non-economic considerations in the regulation of the company can be the driving force of many decisions that would imply investment, as may well be the case with strong PRs protection.

It is further possible to sustain that regulators could be aware that the financial health of the utility compromises their independent position. This apprehension may create a liability on the government regarding the fate of the utilities when facing unstable times and they may have to bail out them. This liability, which may be called *ancillary liability of public service*, is patent in the English water industry since the UK Water Industry Act 1991 (amended by the UK Water Act 2003) provides for the continuous and universal service. Moreover, the British government perceives itself as the ultimate guarantor of the service provision, and therefore it cannot put itself in the awkward position of witnessing the demise of a water utility with the consequent political unrest that this may cause, not to mention health and security issues.

To put the argumentation of *ancillary liability of public service* differently, the government assumes as its chore securing the provision of water, i.e. public service. Its responsibility for the provision of water is ancillary as the primary responsibility for the provision of the service is for privately owned water utilities. This concern is patent in the English water industry as water services are run by privately owned companies, and to do so they have to be appointed as water undertakers by the Secretary of State for the Environment, Food, and Rural Affairs according to paragraph 11 of the Water Act 1989. Bearing in mind the Government's *ancillary liability of public service*, it will control the privately owned company in order to assure that the provision of the service will satisfy certain levels that are compliant with its perception of an adequate provision of water,

which usually comprises accessible prices, universal services, uninterrupted provision of water, and drinking standards.¹⁴⁰

The *public service* motive for regulation of water utilities runs parallel with the idea of a natural monopoly regulation. The ancillary liability approach regards monopoly rents as undesirable, and therefore they should be controlled. Coincidentally, both the ancillary liability and the natural monopoly regulation consider continuous provision of the service in the long-run as necessary, though again for different reasons. In the case of the natural monopoly regulation, the idea will be that the rate of return should equal the cost of capital in order to secure a continuous investment and therefore provision of service. Nevertheless, if the undertaker is inefficient, the discipline will consider different means to produce efficient results, such as improving productive efficiency. Nonetheless, by no means economics will accept solutions that imply introducing inefficiency, such as injecting more public funds in an inefficient water company. No special concession to the defaulting undertaker should be expected from a system where natural monopoly regulation is imposed.

Regulators, or governments, impose further public service obligations on water utilities, which may be seen as opportunistic as they may exceed the firms' licences. In certain cases, this excess may imply transferring rent, i.e. quasi rent, from undertakers to consumers, or in the case of cross-subsidies, from one consumer to another consumer. For example, governments may want to provide universal water service to a deprived area of a city, but utilities may not have sufficient revenue to provide the service; nevertheless, governments may insist by imposing the obligation of service. If undertakers oppose to this obligation they will not provide the service unless they are allowed to charge a price that reflects the costs. However, due to the existence of quasi-rents, undertakers are able to provide the service despite not covering costs for a specific project, because they have already invested in assets that produce drinkable water despite the lack of funding.

Transition from Total Welfare to Consumer Welfare

One of the developments in utilities both in the United States and in Britain during the 90s was the change in the weight of total welfare and consumer welfare by regulatory law. The first case refers to the belief that a regulatory decision could enhance society's general welfare, either by allowing a company to earn profit in excess of consumers' gains or by allowing consumers to increase their surplus against firms' profits. Thus, everyone would be a winner, but the company was the biggest in the first case and consumers in the second. In the second case, welfare is enhanced by allowing primarily consumers to increase their surplus more than firms' profits. For example, although a merger may reduce welfare because of the increment of market power gained by the merging firms, it may benefit consumers if prices do not increase consequently (Lyons 2002).

In the United States, the move towards consumer welfare is evident from the Telecommunications Act 1996, as it has promoted the introduction of competition, with the consequent consumer welfare enhancement (Kearney & Merrill 1998). In the case of

¹⁴⁰ Professor Tony Prosser (2000) has proposed that characteristics like universality and non-discrimination, among other requirements imposed on undertakers, have originated a body of public service law.

Britain, besides the Enterprise Act 2002, the Water Act 2003 changed the focus from producer profit to consumer welfare. In the American case, consumers will be better off by promoting competition, whereas in the English case, consumers will be better off by the action of the regulator.

The interaction between efficiency and law is complex even when the law considers it. Indeed, many pieces of economic legislation provide for the advancement of consumer objective, whereas profitability of companies is not the primary aim. This legitimate structure for a law obliges the authority to weight consumers' welfare more in its analysis and decisions.

Governments and law may have different objectives regarding welfare maximisation. Indeed, political objectives may change over time faster than law's objectives. First, a government and the law may put equal weight to consumer surplus and producer surplus. Second, consumer surplus can weight more than producers' surplus (e.g. the amended UK Water Industry Act 1991). Third, producer surplus may carry no weight, with the danger that the producer may not collect enough revenue to meet its cost. Fourth, producer surplus may weight more than consumer surplus (e.g. the original UK Water Industry Act 1991).

The second previous case is found, for example, in the UK Water Industry Act 1991, or WIA. The original text of the WIA imposed to the Director General that in carrying out its powers and duties should secure that undertakers were able to finance their proper functions ('by securing reasonable returns on their capital', subsection 2.2.a). Subject to this duty, the General Director has 'to ensure that the interests of every person who is a customer or potential customer of a company' (Section 2.3.a). The UK Water Act 2003 changed this preference of the WIA for profitability. Amending Section 2 of the WIA, the UK Water Act 2003 reorganised the Director's general duties starting with the furthering of the consumer objective, placing on third place to ensure that utilities were able to finance their proper functions. The new section 2B clarified that the consumer objective should be met by promoting competition among undertakers or in commercial activities connected with water services. However, the new Section 3 considered economy and efficiency as to be promoted by the Director General in carrying out its duties regarding consumers and profitability.

This change in priorities is not an isolated change for the WIA. For example, in 2002 the UK Enterprise Act allowed the Office of Fair Trading not to refer a merger to the Competition Commission if it considered that:

- (b) any relevant customer benefits in relation to the creation of the relevant merger situation concerned outweigh the substantial lessening of competition concerned and any adverse effects of the substantial lessening of competition concerned.

The UK Enterprise Act 2002 provides examples of customers' benefits, such as: 'lower prices, higher quality or greater choice of goods or services in any market in the United Kingdom (whether or not the market or markets in which the substantial lessening of competition concerned has, or may have, occurred or (as the case may be) may occur)' (Section 30).

Both pieces of legislation have considered consumer surplus and profitability, but with different weights. Professor Lyons (2002) advances some hypothesis about why consumer standard has prevailed in the political process:

‘voter preference under majority rule (if more people think of themselves as consumers than as recipients of profits); evolution of legislation originally targeting different goals (e.g. conserving small firms for social reasons); national indifference to foreign owners; second-best counter-balance to trade protection lobbyists; imposition by a foreign power; and random historical events’ (p. 3-4).

Meanwhile, some economists argue in favour for the same weight of consumer surplus and profitability (see Motta 2004). Even countries like Canada and New Zealand promote for the attainment of total welfare in their economic policies (Lyons 2002).

Studies on mergers have shown (Lyons 2002) that sometimes total welfare ‘is quite generally a sub-optimal rule and, in plausible cases, the [consumer welfare] can indirectly result in higher total welfare’ (p. 5). Some authors have focused on consumer welfare criterion (see, Besanko & Spulber 1993; and Neven & Röller 2002).

Returning to the English water law, the WIA establishes the priority of consumers’ welfare over producers’, but insists on economy and efficiency. This is an extremely difficult topic, because consumers’ welfare would not be served if companies do not obtain a normal profit. Probably, one solution would be for the Director General to regulate based on a rule of reason that maximises consumer welfare, showing that consumers benefit from efficiency gains (Costello 1999). In the other hand, companies would have to prove that efficiencies maximises consumer welfare (Costello 1999).

Public Utilities under EU Law: Services of General Economic Interest (SGEI)

In European law, public utilities are included in the concept of *services of general economic interest* (following *BRT v SABAM*), which are considered in the competitions rules of the European Treaty (article 90(2)).

In Europe, there are two views about SGEI or public services. On the one hand, the French approach recognises the State as the promoter of the social interdependence, and then the State has to assure, to regulate, and to control every activity to attain such goal (Duguit 1928, cited by Lévêque 2000). This view does not put weight on economic concerns but on the political role of the State. On the other hand, the European law does put the stress on the economic aspect of services, as it is concerned with industrial and commercial activities of the State (Lévêque 2000). In the following lines, I will argue that the European law aims for efficiency.

The European Treaty has an economic view of such services. Properly, the idea of SGEI is found in the competition provisions of the Treaty, which is benevolent with utilities as article 86(2) exempts ‘undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest’ from competition provisions when ‘the application of such rules does [...] obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them.’ As the wording of any treaty is open to interpretation, in the same way the immunity given by article 86 might be interpreted in such a way to hinder

competition. Even so, this is not the case with natural monopoly industries. Indeed, when article 86(2) holds that utilities are subject to the Treaty rules, especially competition ones, it is imposing a duty of economic efficiency on them. The fact that article 86(2) waives the application of the treaty rules when they 'obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them', by no way does it relinquish the undertaker's obligation to maximise economic efficiency. It simply means that the provision of certain services (i.e. those retaining natural monopoly qualities) are better serviced by just one undertaker, and in such case the treaty rules regarding competition, for example, should be dropped.

Consistent with the proposition that article 86(2) compels national legislation on natural monopolies to maximise economic efficiency, any price that is not under such an obligation, as in the case of arguing ratemaking methodology piecemeal with a resulting price above the price expected by the parties, should be declared void as it is inconsistent with the obligation imposed by the European Community Treaty. To put the argument in other words, and following *Bodson v Pompes Funèbres Des Régions Libérées SA* (1989), an undertaker cannot abuse its exclusivity rights as it is contrary to the treaty. Thus, for example, a resulting price that moves beyond the long-run total cost in either way (up or down) should be regarded as ineligible on the grounds of article 86.

Protection granted by article 86(2) is only temporary as the Treaty's main goal is to promote competition. Thus, when conditions are taken into consideration to waive competition rules recede and competition should be restored. For example, when the subadditivity condition of natural monopolies ebbs away, the rationale to keep a monopoly, at least in economic terms, disappears. To be consistent with article 86(1), which obliges states to 'neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in this Treaty, in particular to those rules provided for in Article 12 [discrimination on grounds of nationality] and Articles 81 to 89', the disappearance of a natural monopoly defining characteristics without withdrawing measures protecting monopolies from competition would imply a violation of articles 81 to 89, as the rationale for protection is not economic.

The interpretation given in the previous paragraph leaves space to argue in favour of deregulation. Indeed, if the criterion of the Treaty is to promote efficiency, and exceptionally it would grant monopoly rights, it probably means that as soon as the natural monopoly characteristics disappear competition should be promoted. If this is so, new discussions are waiting to be dealt with as deregulation has its own problem with compensation for sunken investment. Consequently, the expectations that investors had when entering into a utility should be analysed.

Investment-Backed Expectation (IBE)

The concept of IBE was coined by the American scholar Frank Michelman in his 1967 paper *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law*. Years later, the US Supreme Court took that concept as an example for when regulation constitutes a *taking*. In *Penn Central Transportation Co. v New York City* (1978), the Court identified the 'the extent to which the regulation has interfered with distinct investment-backed expectations,' as part of the balancing test. Since then, the destruction of an IBE is a central finding when a Court assesses a

regulatory taking case (Deprez 2001), as it is a necessary condition of a regulatory taking.

By contrast, the concept of IBE provided by the Court in *Penn Central* is equivocal, much because it was not defined. Important effort has been poured in to sort this problem out by the US Supreme Court, however, with no much success (Radford & Breemer 2001; Washburn 1996; Zazycki 2003).

Robert Washburn (1996), Professor of Law at the Rutgers University School of Law-Camden, provides guidance on the concept:

The concept of distinct **investment-backed expectations** brings the economic impact of a regulation into the takings analysis by asking whether the regulation interferes impermissibly with expectations on which the owner has invested resources. Justice Brennan did not define "distinct **investment-backed expectations**" in *Penn Central*, but he noted that the plaintiff had not established a taking "simply by showing that [it had] been denied the ability to exploit a property interest" it previously believed it could develop, namely the "air rights" over Grand Central Terminal. (p. 65-66)

In *Penn Central*, the US Supreme Court distinguished reasonable return on investment from speculative profitability (Washburn 1996). In the first case, the owner is satisfied with a reasonable return, whereas in the second case a speculator is interested only in profitability. Daniel Mandelker (1993, cited by Washburn 1996), Professor at Washington University School of Law, criticises this distinction as it is not possible to distinguish between the two different aims.

Professor William Fischel, in his book *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics* (1995), recognises that economics have contributed to the takings problem with the rational expectations theory ('you should have seen this coming'). This theory has three strong assumptions, (a) **rationality of the agent**, (b) **complete information**, and (c) **well-defined and known probability distribution** (Gerrard 1994). By contrast, a *weak* version keeps the rationality of the agent in a '...context of incomplete information sets and ill-defined probability distributions' (Gerrard 1994: 330).

In other words, rational expectations 'is the theory that people forecast the future by using the best information available to them' (Fischel 1995: 184). Thus, an individual decides based on current information of what is expected in the future.

Now, for example, if individuals expect that the government will take property, then they have to decide based on that information.

A decision facing information of future property taking will have to ponder, or assume the risk, whether property taking is compensable or not. The issue of takings comprises the idea of when a regulatory taking has happened and if it is compensable. In economics term, the idea of compensation is highly debatable, with many scholars opposing to that possibility, whether they conceive it as a moral hazard problem (knowing in advance of property taking policies, but still investing in the expectancy of

compensation) (i.e. Blume & Rubinfeld 1984, cited by Fischel 1995), or see compensation as insurance for risk aversion (i.e. Kaplow 1986, cited by Fischel 1995).

The previous brief account of rational expectation is part of the general understanding of it, or neo-classical stream, but there are criticisms from within the economics field, such as from post-Keynesian (i.e. Joan Robinson) or from behavioural economics and game theory (i.e. Heap et al. 1992).

From the US Supreme Court's view, the discussion is less clear, as it has adopted different stances, often contradictory. Michael Berger (1988, cited by Washburn 1996), partner at *Manatt Phelps & Phillips*, has identified twelve factors used by courts in determining whether a property owner's expectations are reasonable:

- the severity and extensiveness of regulations at the time the property was purchased (*Lucas v. South Carolina Coastal Council*);
- the past regulatory history of the specific property;
- the degree of impairment of the uses of the property;
- the uses available before enactment of the challenged regulation;
- the novelty or expectedness of the governmental action (*Kaiser Aetna v United States*);
- whether specifically (and traditionally) recognizable *sticks* were removed from the owner's bundle of property rights;
- whether any rights (like the transferable development rights in Penn Central) were substituted for those impaired;
- whether existing uses were permitted to continue;
- whether government representations were formal or informal, or constructive notice (*Ruckelshaus v. Monsanto* and *Nollan v. California Coastal Commission*);
- the ability to sell the property to others at a fair price;
- the general power of government to regulate; and
- the harshness of the local regulatory and legal climate.

The original understanding in *Penn Central* provided that the 'distinct' IBE should be assessed to determine whether a taking has occurred or not, without any interest of 'how much' of it has happened (Zazycki 2003). Starting from that point court's development has ranged from the economics idea of rational expectations to objective rules (i.e. *Lucas*).

The first cases analyzing IBE were closer to the rational expectation idea, like *Kaiser Aetna v United States*. In *Kaiser Aetna*, the court changed Penn Central idea of 'distinct'

IBE to 'reasonable' IBE, which left open the way for courts to assess the rationality of the cases submitted. One case is *Nollan* where the Court found that IBE were reasonable as no public benefit was derived from imposing an easement for public access to a beach (Radford & Breemer 2001).

In *Ruckelshaus v. Monsanto*, the Court asserted that an IBE was more than 'a unilateral expectation or an abstract need' (P. 1005-1006). It added that an IBE was unreasonable if *constructive notice* of regulation was previously known. The constructive notice accounts for information available to the public, even the existence of a general regulatory scheme (Radford & Breemer 2001), necessary to be considered at the time of taking a decision of buying or investing on property. Interestingly, this is a widespread approach adopted by lower courts in America (see Radford & Breemer 2001).

Certainly, this approach facilitates the regulatory action of government, because even the regulatory climate will provide for constructive notice. Nevertheless, the idea of constructive notice by passing new legislation has been disqualified by the US Supreme Court in *Palazzolo* to defeat total or *per se* takings (Zazycki 2003). However, Justice O'Connor, in concurring, found that for partial takings constructive notice does affect IBE, if not, the moral hazard might arise. Justice Scalia opposed this view.

On the other hand, some cases were purely the application of an objective rule. In *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458 U.S. 419 (1982), the court found an outright property taking as physical invasion was proven. Alternatively, in *Lucas*, the court found a regulatory taking when regulation stripped all of the economically beneficial use of the land. At least for *Lucas*, the Court did not analyze the rationality of the IBE as no residual productive use was left (*per se* taking), rendering unhelpful its analysis (Radford & Breemer 2001). Nonetheless, the Court recognised a nuisance exemption by asserting that categorical takings may be defeated if 'State's law of property and nuisance already place upon land ownership' a categorical restraint (*Lucas*: 1029).

Finally, expectations may vary, but still they are expectations on investment and regulation may interfere with them either in the UK, the US, Singapore or in another place in the world. Consequently, IBE are present in every investor irrespective of the geographical place or the legal system.

Public Utility's Investment-Backed Expectations

General

An IBE, as already defined, is the current, or future, value that individuals expect to receive from their property. This is a useful concept to define Public utility's expectations, because it shows the ultimate incentive it has.

The utility's expectation in a regulated industry is the level of return regarding the risk associated. Nevertheless, as public utility has different stakeholders, it is possible to identify different contents of public utility's IBE by defining the expectations of the firm's stakeholders.

For example, shareholders have 'a general pre-emptive right to anything of value that the company may wish to distribute' (Brealey & Myers 1996). In other words, shareholders expect a return on their shares, which is dependent on profit. Hence,

shareholders expect maximum profit. Then, asset revaluation, credit transactions, cash transactions, and changes in holdings of land, are important for shareholders (Black 1997). Creditors, in the other hand, expect the promised return on investment.

In the other hand, the neoclassical theory of the firm asserts that 'The desire to maximise profits is assumed to motivate all decisions taken within a firm, and such decisions are uninfluenced by who takes them' (Lipsey & Chrystal 1995: 183). Now, since firms have complex structures actual decision making may differ from profit maximisation, as managers may have individual incentives (e.g. job security, career advancement, resources, power, etc), may lack of information, or may fail to implement optimal decisions (Samuelson & Marks 1999).

For example, in the UK it is arguably the case that one of the utility's IBE, a reasonable return, is generally protected by Section 2(2A)(c) of the UK Water Industry Act 1991, by which:

(2A) The Secretary of State or, as the case may be, the Authority shall exercise and perform the powers and duties mentioned in subsection (1) above in the manner which he or it considers is best calculated-

...

(c) to secure that companies holding appointments under Chapter 1 of Part 2 of this Act as relevant undertakers are able (in particular, by securing *reasonable returns on their capital*) to finance the proper carrying out of those functions; (emphasis added)

Nevertheless, what happens in case the utility has a windfall or the utility has to bear a decision to deregulate the market? These are cases that economists call 'incomplete contract', or situations not foreseen by the regulatory framework, and they may be a potential property law dispute.

Regardless the previous clarification, and more generally, IBE underlies an economic perception of investment. Equally, it represents the way economists perceive contracts. For example, when Sidak and Spulber (1998) mention the content of the regulatory contract (entry controls, rate regulation, and utility service obligations), arguably is not a legal contract, but the regulatory framework establishes substantial conditions for an investor to enter into business. As it is legitimate for an investor to claim the respect of entry conditions, it is equally necessary to attract investment in the utilities industry especially when the nature of that business demands intensive investment that is sunk. In the case of the English water industry, Section 2(2A)(c) of the Water Industry Act 1991 protect this IBE.

Having identified the relationship utility-regulator as being important for PRs, the next step is to identify the utility's IBE.

Public utility's IBE

What is a rational expectation when entering the water industry? As a regulated industry, the UK Water Industry Act 1991 provides for several rights vested on the company to be respected by the regulator and other authorities. As for example, an adequate rate level. Such rights are to be respected, and if not, action is to be brought to demand for remedy.

The main issue, then, is to assert whether IBE can become static, like a contract, for the future or it may adopt the form of dynamic facts that can be learned and accounted within the IBE.

IBE in the water industry have to consider the idea of efficient use of resources and other considerations contained in the UK Water Industry Act 1991, as these considerations set the rational expectations to enter into this market. This is an important point as not considering the rational expectations set by the UK Water Industry Act may damage the effectiveness of the law. This is very much close to the idea of *constructive notice* in the American construction of the concept of regulatory taking.

For a water utility, regulation may strip either of all or part of the economic value without physical invasion. Such effect may modify the financial position of the company, not to mention the damage to the amenity value. Then follows the question whether a company should be compensated for the regulatory action. Such analysis should take into account the essential idea that regulation of water utilities responds to the assumption that they operate under a natural monopoly structure, protected by the law as, for example, the UK Water Industry Act 1991 and the UK Water Act 2003 expressly provides. Under these circumstances, the nuances of the regulatory takings problems are important, as there is an express assumption that not every economic decision that may signify the acquisition of a property right should be recouped by prices. Hence, the problem of regulatory takings in the water industry has to consider the circumstance that property might not be compensated in the traditional normative analysis but regarding the efficiency of every case.

The idea of IBE may cover amplitude of interests (e.g. deregulation, uncompensated services, business diversification, refusing to increase utility rates to reflect the costs of an operating asset, and windfall tax). Nevertheless, every firm, irrespective of the country where it is placed, has equal basic IBEs. Generally, firm' IBE has to cover its opportunity cost of capital, including the associated risk (Estache et al. 2003).

More specifically, a public utility has to provide water (production and distribution) and sewage (collection and treatment) services. As seen previously, the water industry requires intensive investment in infrastructure to achieve its statutory duty. The undertaker has to decide in which assets to invest, and once decided, the undertaker has to decide how to raise the money. For this last decision, the undertaker has to go to the financial market (*cost of capital*). Consequently, the undertaker has to generate cash in its operation to pay back the money to the investors. This financial operation happens in a, for an undertaker, competitive environment, but in a monopoly environment, there are additional considerations for the undertaker to take into account.

The absence of competition in the water industry induces the regulator to impose additional requirements on the undertaker compared to an undertaker in a competitive environment. This is because in a competitive market consumers can switch to an alternative supplier if they are unhappy with the service; whereas, in a monopoly market

consumers do not have any alternative but to receive the service provided only by the monopoly. In this case, the regulator assumes the protection of consumers by requiring the undertakers to fulfil quality standards, to provide universal service duty, to avoid price discrimination, to comply with environmental standards, and other consumer considerations, as seen above. These regulatory needs impose additional requirements that have to be taken into account in the undertaker's financial strategy.

In any case, the undertaker has to raise enough money to pay the promised return to investors. If not, the undertaker will not be able to raise money for expansion or replacement. As a result, the undertaker will not be able to comply with its statutory duties.

Note that this analysis is made from the undertaker's perspective and does not account for the regulator's and legal considerations in setting price limits.

The undertaker will not be able to recover its expected return and thus will not be able to cover its cost of capital under different circumstances. The list of circumstances is as follows:

Concerns of general level:

- **Maximum prices do not reflect the undertaker's cost of capital.**
This is the case when the cost of capital of existing and new assets does not cover the payment of financial capital.
- **Deregulation.**
In this case, the Government decides that the service being provided only by one undertaker should be provided by several others at the same time. The problem happens when the deregulatory act does not provide for the incumbent recovering the investment made (stranded costs).
- **Windfall.**
The undertaker may obtain higher returns than expected, and the Government and pressure groups may push for 'sharing' the profits. Although it may sound a simple task, it is not. The implicit problem lies in the legitimate need to recover costs by the undertaker (and it is the regulator's duty to allow for that) and earning above expected returns that may be regarded as inappropriate.
- **Uncompensated services.**
The regulator may impose uncompensated burdens on the undertaker.
- **Business diversification.**
Undertakers need to increase value; hence, they need to look for new businesses. In doing so, undertakers may choose to create new firms. The regulator may regard this new business strategy as siphoning funds from the regulated water business to the new business, thus cross-subsidising the new business with funds to be devoted to the water service.

Concerns related to specific assets:

- **Undervaluation of assets owned by the undertaker.**
The regulatory asset base has to be valued in order to provide for its cost recovery, and if it is undervalued, the undertaker faces a shortage in revenue that eventually may impair the firm to honour its debts. A more

particular problem are the difficulties faced by regulators when they have to value assets that were sold below historic or replacement costs when they were privatised (in this matter see Grout et al. 2001).

- **Exclusion of assets from the price setting.**
This is the case, for example, when the regulator considers that there is excess physical capacity or excess economic capacity. Thus, the regulator considers that some expenses on assets were imprudently incurred, and decides not to include them in the price limit review procedure.
- **Refusing to increase utility rates to reflect the costs of an operating asset.**

Some of the previous cases may be a breach of the regulator duties imposed by the water legislation. In other cases there are no breaches of legal duties as they were unforeseen by the law. This is the case of windfall revenues. Nevertheless, in some other cases, IBE may not be fulfilled as the regulator leaves aside from the regulatory asset base some assets as it considers an inefficient investment. For example, in 1999 a Spanish-French owned water utility in Chile (*Aguas Andinas S.A.*) projected a large investment on sewerage works during its price review, which was challenged by the regulator (*Superintendencia de Servicios Sanitarios*). A panel of experts solved the dispute in favour of *Aguas Andinas S.A.*. The regulator, unconvinced by the amount allowed for the construction of the water works for Santiago—which included one of the biggest sewerage work in the world, called *La Farfana*—challenged it in the next price review 2004-2005. The regulator argued on that opportunity that *La Farfana* was an overinvestment. Again, the issue was put before the panel of experts, where the regulator provided evidence that an optimised investment on water works for Santiago was 40% less than the previously adjudicated by the panel in 1999. The utility opposed. Finally, the panel decided in favour of the regulator, as the optimisation of the investment needed showed that reducing it to 60% —compared with the investment allowed in 1999—was efficient.

Regulatory Topics

In this second part of the paper, I will review the most common issues arising out of regulation of a water utility, as developed in the United States, the United Kingdom, Europe, and Chile.

Property Rights and Investment-Backed Expectations of Water Public Utilities in Common Law

The classical view of a firm motivation is that it has a selfless managerial staff and they run it to maximise profits (Lipsey & Cristal 1995). Nevertheless, many scholars find this observation unsatisfactory, as it does not take into account, for example, incentives within the firm (Hart 1995). Several theories provide alternative explanations of firms by recurring to different theories such as the principal-agent theory and the transaction costs theory.

For example, transaction costs literature asserts that contracts are costly to draft and thus incomplete, which adds for costly renegotiation (Hart 1995); hence, a wide variety of arrangements on ownership structure and investment depend on costs attached to transactions. Although there are other rationales of the firm, like the market contract or evolutionary accounts (see Sautet 2002), I will stay with Professor Oliver Hart's classification.

Firm's motivation is end-related, either by value maximisation or by its modifying factors like (a) individual incentives of managers (i.e. job stability, career prospectus, etc.) that may maximise short-run goals instead of the long-run ones, (b) incomplete information that may prevent to attain a value maximisation decision, (c) managerial failure to implement *optimal* decisions (Samuelson & Marks 1999), and (d) incomplete contracts that add for costly decisions (Hart 1995).

Starting from the proposition that firm's motivation is end-related, a firm will organise labour, assets, investment, and other means of production—or input and outputs—in the best way to achieve that end. In this context, PRs will play a central role as 'source of power when contracts are incomplete' (Hart 1995: 29). Professor Hart (1995) explains that incomplete contracts have 'gaps, missing provisions, or ambiguities, and so situations will occur in which some aspects of the use of...assets are not specified' (p. 29), so that missed usages by the contract will not be covered unless assets and their property are transferred to the firm. Here the firm will have the *residual control rights* over the assets.

As firms have PRs over their assets, which contribute to the attainment of firm's ultimate goals (or expectations), the question of property protection arises clearly. Indeed, firms will commit assets to their maximisation goal and will expect that assets will remain free of any embarrassment. If not, their goal will probably not be achieved. The law provides for clear property protection in many situations; but in other circumstances, especially where public agencies control community valued activities—or regulation (Selznick 1985), property protection may give way to it.

Independently of the politico-economic background, and all its tensions regarding systems of economic organisation (see Ogus 1994), for the present purposes regulation may adopt two forms: *physical regulation* (i.e. invasion on property, such as authorising the use of private land to a third party) or *categorical regulation* (i.e. the strip of all or part of economic value without physical invasion, or the damage of the amenity value of property) (Poirier 2002; Radford & Breemer 2001). Both cases are discussed extensively among scholars about whether they should be compensated or not by the Government. Hence, *regulation* happens if no compensation is due, and *taking* will be when compensation is due.

In the UK, the water industry used to be run by the government, but starting from the 1980s its property was transferred to the private sector. As an intensive investment industry, privates needed to have certainty from government that their investment were going to be returned at a market rate. Once privates had the commitment of the government, they started to pour in money and management. In that context and in economic terms, private investors had formed a rational expectation that all their investment—regarding to PRs—was going to yield at certain standards: financial viability and economic efficiency. Subsequent regulation was not a taking as long as it developed between the previous standards. Recall that by definition economic regulation

of a natural monopoly tries to redress a market failure, and all the measures to attain efficiency trump the monopolist PRs. Otherwise, efficiency is hampered.

Although, economic regulation —the ‘substitute for competition in relation to natural monopolies’ (Ogus 1994: 5)— is concerned with efficiency, and being efficiency a changing state over time, decisions adopted by privates in day 1 may turn in day 100 to be inefficient. More difficult, decisions considered efficient by the private party on day 1 may be considered as inefficient by the regulator the same day. Should be compensated the owners despite their investment rendered inefficient? Which party is correct on their efficiency assessment? These questions present the tension existing between property taking and economic regulation, reveal complex discussions on the field they meet: pricing.

Consequently, the idea of regulatory takings will be introduced, and the role of expectations will be reviewed for the case of public utility.

Regulatory Takings in the US

According to Blackstone’s *commentaries* (1765), property is one of the absolute rights of Englishmen (Jackson & Leopold 2001). Being a right, property recognises its holder the ability use it, the power to transfer or destroy it, and the right to exclude both private individuals and Government from the enjoyment of the mentioned bundle of legal relationships.

Property enjoyment, consequently, might be interfered either from a private’s action or from Government’s action. Our interest is placed upon the latter. Government might interfere when, for example, compulsory purchases land (expropriates) or when regulates property. On its turn, regulation might impose *physical regulation* (as already mentioned the invasion on property by third parties allowed by Government is a clear example of it), or *categorical regulation* which is a more sophisticated application of physical invasion by stripping away all or part of economic value without physical invasion, such as the damage of the amenity value of a property (Poirier 2002; Radford & Breemer 2001).

When regulation sufficiently infringes property rights it may amount to a *taking*, for which compensation should be paid (Fischel 1995). In other words, a regulatory taking crops up when Government regulation interferes with property to a degree that property cannot be used by its owner as it is physically invaded or where no economic value has been left by it. Therefore, compensation is claimed to be due. This definition of regulatory taking is wide, because it suggests that a ‘taking’ of private property occurs when the government appropriates it for public use, irrespective of the form, it may take (e.g. compulsory purchase, regulation, or taxation); hence, compensation should be paid. Consequently, from compulsory purchase to an interference with any bundle of the property right that depletes all the economic usage, should be considered a taking.

Contrary to the previous wide view, a stricter view suggests that Parliamentary sovereignty can decide on matters that may affect property, even to the degree of stripping all its economic value without compensation. Consequently, here there is no ‘per se’ taking in the state action regarding property. Nevertheless, there is space for government discretion provided for by legislation enacted to act as appear appropriate to

the authority on matters concerning private property that may go against the rule of law, and could be considered a taking.

Incidentally, the current account of issues, ideas, and debates are mainly inspired by American scholarship and jurisprudence. Its development is not fortuitous and is due to the existence in the American Constitution of a provision explicitly protecting property. Its Fourteenth Amendment provides “nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” This provision is dated from 1866, which explains the long American debate on property protection. In the case of Britain, on the other hand, as it will be seen later, protection of property is a paramount feature of common law, although the legal argument differs from the American one.

In the following sections, I will review the most important cases in the United States regarding regulatory takings.

Pennsylvania Coal Co. v. Mahon (1922)

The history of the US Supreme Court dealing with regulation started with *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* in 1922 (DiUbaldo 2003; Thomas 2004).¹⁴¹ In short, the Mahons opposed the ‘Pennsylvania Coal Company from mining under their property in such a way as to remove the supports and cause subsidence of the surface and of their house’, regardless of the Mahons had previously entered into a purchase agreement with the Company where the latter had reserved its right ‘to remove all the coal under the property’ and the formers took the risk and waived the Company for all claims for damages (Fischel 1995).

The Mahons, as defendants, asserted that the Company’s rights were taken away by the subsequent Kohler Act (1921), because it banned coal mining ‘in such a way as to cause subsidence of human habitation’. The US Supreme Court recognised that the Government by the Kohler Act took the Company’s property by diminishing its value, and granted compensation. Justice Oliver W. Holmes stated in the majority decision, ‘**The general rule at least is, that while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking.**’

Pennsylvania is a milestone in regulatory takings jurisprudence as it presents the tension between private property and government’s police power (DiUbaldo 2003). Nevertheless, its solution is too open to provide a clear guidance for future disputes (Fischel 1995). Indeed, its proposed ad hoc analysis can easily swing to the opposite hypothesis—**police power**, hence property can be taken without compensation (DiUbaldo 2003). By police power, this paper means ‘the authority by which a state or local government, for an appropriate public purpose, regulates but does not “take” property’ (Thomas 2004: 499).

Although *Pennsylvania* did set a wide criterion for regulatory takings, its proposition was left for state interpretation, which resulted in contradictory interpretations eroding Holmes’ criterion until 1970s (Bell & Parchomovsky 2001; Callies 1999).

Penn Central Transportation Co. v. New York City

¹⁴¹ Although, Kris Kobach (1996, cited by Thomas 2004) provides evidence of judiciary involvement with regulatory takings dated back 1810. In spite of it, I will remain with *Pennsylvania* as it set out the rule governing the issue for long decades after it.

In 1978, after 56 years of *Pennsylvania* the US Supreme Court decided *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, laying out an approach to partial regulatory takings.

Grand Central Terminal, in New York, planned for erecting an office block on top of the station. Nevertheless, New York City's Landmarks Preservation Committee designated the Terminal a landmark; therefore denying the building permission. Still, the Committee allowed transferable *development rights* to be traded by the Terminal with other building projects (Stoebuck 1999). The Terminal appealed, but lost it before the New York Court of Appeals. Finally, the US Supreme Court affirmed.

The US Supreme Court sustained that *Penn Central* did not suffer a *categorical* taking, as the Committee decision did not take neither the 'present use of the Terminal' (P. 136) nor alternative uses. Even more, the Court sustained that the Terminal had its reasonable return permitted.

The Court arrived to *Penn Central* decision by providing a **balancing test**, between public benefit and private costs, to determine when a taking has occurred:

In engaging in these essentially **ad hoc, factual inquiries**, the Court's decisions have identified several factors that have particular significance. **The economic impact of the regulation** on the claimant and, particularly, the extent to which the regulation has interfered with **distinct investment-backed expectations** are, of course, relevant considerations. ... So, too, is **the character of the governmental action**. A "taking" may more readily be found when the interference with property can be characterized as a physical invasion by government...than when interference arises from some public program adjusting the benefits and burdens of economic life to promote the common good. (P. 124, emphasis added)

Regarding the character of the governmental action the Court affirmed *Pennsylvania* when asserting that 'Government hardly could go on if to some extent values incident to property could not be diminished without paying for every such change in the general law' (260 U.S. 393: 413).

Penn Central constitutes a remarkable decision as it sets out a framework for the analysis of the taking issue that has been used by the US Supreme Court ever since. However, not without controversy by scholars who see this decision so broad that hardly sheds light to solve the takings controversy. For example, William Fischel (1995), Professor of Economics at Dartmouth College, considers that the 'fundamental flaw is that the Court gave no indication of the weight that each criterion is to be given by a trial judge or jury' (p. 51). In the same vein, Andrea Peterson (1989).

Although the *Penn Central* decision was about a denied building permit, some American academics (Sidak & Spulber 1998) believe that it is extendable to utility regulation. They suggest that the Fifth Amendment protects the *regulatory contract* since '[p]rivate property protection is the basis for utility regulation' (Sidak & Spulber 1998: 240).

Sidak and Spulber propose that a contractual relation binds public utilities with their regulators. Their proposal, however, is disputable on different grounds that I will only mention briefly. For example, on the one hand, the State has power to regulate economic activities, and every individual has a liability to conform to that power. On the other hand, individuals do not have the power to regulate economic activities with the correspondent liability of the whole community. Further, the law and a license govern the relationship between the Government and the utility, and not a contract. Finally, the argument that American courts understood the relationship as being contractual is based on jurisprudence that has not been endorsed by the US Supreme Court at least since the *Lochner* case (1915). The subsequent question is why the Supreme Court has not declared that the regulatory relationship is of contractual nature if the nature of the relationship was clear for the court. Sidak's and Spulber's argument is apparently contradictory. Finally, the common law in Britain does not accept the idea of the existence of a contract between the Government and the citizen (see *R v Somerset County Council ex p Fewings*) (Alder 2000).

Other Important Decisions

Despite criticism, the analysis of regulatory takings by the US Supreme Court has evolved to provide further elements of analysis, though always based on an ad hoc enquiry.

For example in *Agins v. City of Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980), the Court found no taking happened when the city of Tiburon, California, issued an open space zoning ordinance; because, 'the application of a general zoning law to particular property effects a taking **if the ordinance does not substantially advance legitimate state interests... or denies an owner economically viable use of his land**', and here despite the alleged value diminution the zoning 'substantially advance legitimate governmental goals' (p. 261).

In *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986 (1984), the Court added the notion of **constructive notice** by which reasonable expectations over property recedes if the claimant had previous notice of the regulation. The Court even recognized that awareness of a possible change in the law could amount to notice (Oswald 1995).

With *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987), the US Supreme Court asserted that property disappears if "the condition substituted for the prohibition utterly fails to further the end advanced as the justification for the prohibition" (p. 837). Here, the California Coastal Commission decided conditioning a building permit to an easement required to get access to the seaside throughout the plot owned by the Nollans.

One of the most important post-*Penn Central* decisions was *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992), as it set out the idea of **categorical taking or regulatory taking per se**.

In this case, Lucas bought two residential lots by the sea to build single-family homes, activity allowed by the local rules. Two years later a state law was passed forbidding any construction in the seaside, and consequently over his land.

The Court decided that when landowners cannot recognize any ‘economically viable use of [their] land’, then there is a regulatory taking. In such a case, no further inquiry about the advancement of public interest is needed.

The next case is *Palazzolo v Rhode Island*, 533 U.S. 606 (2001). Mr. Palazzolo was the owner of a seaside lot, most of it salt marsh subject to tidal flooding. The Rhode Island Coastal Resources Management Program, designated salt marshes as protected ‘coastal wetlands.’ Mr. Palazzolo applied twice (1983 and 1985) for a permission to fill the marshes to build, with no success.

The US Supreme Court decided, among other issues, about constructive notice and categorical taking. In the first case, the Court asserted that ‘Petitioner’s acquisition of title after the regulations’ effective date did not bar his takings claims.’ Thus, the state’s constructive notice defense argument was deemed unhelpful.

The Court found that despite the denial of the fill permit Mr. Palazzolo was left with a USD 200.000 in development value remaining on an upland parcel of the property. Hence, **the Court denied Mr. Palazzolo per se taking argument, as he was not deprived of all economically beneficial use of his land.**

The last case to be reviewed is *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002). Tahoe Regional Planning Agency imposed two moratoria on development in the Lake Tahoe Basin during the formulation of a land-use plan. Landowners appeared before court arguing that the moratoria constituted a *per se* taking, like Lucas, because they were temporarily deprived of all economically viable use of their land.

The US Supreme Court decided that the moratoria were not *per se* takings of property. **In the Court’s view, temporary restriction causing a diminution in value was going to be recovered soon after the prohibition is lifted.** In other words, the Court reaffirmed the rule that a complete deprivation of the economically viable use of property, and not partial or a stick of the bundle of property rights, should be considered as regulatory taking.

Finally, as *Tahoe-Sierra* summarises, the US Supreme Court considers a *per se* taking the physical invasion of land, and in the rest of the cases ‘is characterized by ‘**essentially ad hoc, factual inquiries,**’ *Penn Central*, 438 U. S., at 124, designed to allow ‘careful examination and weighing of all the relevant circumstances,’ *Palazzolo v. Rhode Island*, 533 U. S. 606, 636.’

Regulatory Takings in the UK

In the UK, the House of Lords have not accepted the concept of regulatory takings. One example of this is *Marcic v Thames Water Utilities Ltd.*, [2004] 2 A.C. 42.

Due to flooding, Mr. Marcic’s house suffered from a sewerage back flow. High Court, [2002] Q.B. 929, on the ground of the UK Human Rights Act 1998, found that there was partial expropriation of property, because of the physical unavailability of Marcic’s land that prevented him to enjoy it; consequently, the court granted compensation.

Although, Mr Marcic obtained compensation, the House of Lords did not accept the regulatory taking argument made under Article 1 of Protocol 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Because,

an administrative law avenue advised in the UK Water Industry Act 1991 (amended by the UK Water Act 2003) was the suitable remedy for the temporal expropriation. Despite the *Marcic* case on regulatory takings did not prevail, its grounds on property protection were not dismissed but channelled through the statutory body. *Marcic* is a landmark case in English common law as it opened the possibility to claim compensation against a statutory action that expropriates land property (use, enjoyment, and disposition) without physical taking. This is similar to the American doctrine of property taking in land. This case may open the gates of an American-like argument against takings with the consequent compensation. Nonetheless, one still has to bear in mind that *Marcic* refers to land cases and economic regulation refers to prices.

Reasonable Return on Investment

The US Supreme Court has adopted the criterion of only discussing the set price regardless of specific issues of IBE. In *Federal Power Commission v Hope Natural Gas Co.* (1944), the Supreme Court declared that:

It is not theory but the impact of the rate order which counts. If the total effect of the rate order cannot be said to be unjust and unreasonable, judicial inquiry under the Act is at an end. The fact that the method employed to reach that result may contain infirmities is not then important. Moreover, the Commission's order does not become suspect by reason of the fact that it is challenged. It is the product of expert judgment which carries a presumption of validity. And he who would upset the rate order under the Act carries the heavy burden of making a convincing showing that it is invalid because it is unjust and unreasonable in its consequences (p. 602).

More recently, the Supreme Court has reaffirmed the Hope criterion in *Duquesne Light Co. v Barasch* (1989) (equally, see *Permian Basin Area Rate Cases* 1968):

Similarly, an otherwise reasonable rate is not subject to constitutional attack by questioning the theoretical consistency of the method that produced it. 'It is not theory, but the impact of the rate order which counts.' Hope, 320 U.S., at 602. The economic judgments required in rate proceedings are often hopelessly complex and do not admit of a single correct result. The Constitution is not designed to arbitrate these economic niceties. Errors to the detriment of one party may well be cancelled out by countervailing errors or allowances in another part of the rate proceeding. The Constitution protects the utility from the net effect of the rate order on its property. Inconsistencies in one aspect of the methodology have no constitutional effect on the utility's property if they are compensated by countervailing factors in some other aspect. (p. 314)

The US Supreme Court puts the weight of providing evidence of the unjust and unreasonable consequences of the disputed rate level on the claimant. In *Duquesne*, the court set the case to be tested on *financial integrity*: ‘financial integrity of the companies, either by leaving them insufficient operating capital or by impeding their ability to raise future capital’ (p. 298). There is a coincidence between this statement and the Court’s argument that, in terms of utility rates, the US Constitution ‘protects utilities from being limited to a charge for their property serving the public which is so *unjust* as to be confiscatory.’ *Covington & Lexington Turnpike Road Co. v Sandford* (1896).

The US Supreme Court recognises that prices below the lowest reasonable price defeat ‘the value of property for all the purposes for which it was acquired’ (*Covington & Lexington Turnpike Road Co. v Sandford*; *FPC v Natural Gas Pipeline Co.*). This lowest level is known as the *confiscatory level*. *Duquesne Light Co. v Barasch* adds:

If the rate does not afford sufficient compensation, the State has taken the use of utility property without paying just compensation and so violated the Fifth and Fourteenth Amendments. As has been observed, however, ‘[h]ow such compensation may be ascertained, and what are the necessary elements in such an inquiry, will always be an embarrassing question.’ *Smyth v Ames* (p. 308)

Nevertheless, the undertaker itself might provoke such a defeat:

To the extent utilities’ investments turn out to be bad ones (such as plants that are cancelled and so never used and useful to the public), the utilities suffer because the investments have no fair value and so justify no return (*Duquesne Light Co. v Barasch*, p. 308-309)

If one applies the previous Court approach to a natural monopoly, arguably, the confiscatory argument and the financial integrity test could be assimilated with the idea of covering long-run total cost of utilities. This is a similar way of understanding the current issue as industrial organisation understands the problem of natural monopolies.

The US Supreme Court approach seems to distance itself from the discussion about the fair value, in terms of a point where economic efficiency is attained. For the court, the starting point is the price set by a regulatory agency, and then the discussion will be centred on the evidence the utility will provide to sustain that the price set will not cover its long-run average cost. The important point in this case is the reliance of the court on the price set by the regulatory agency. Naturally, the most acquainted institution, and probably the best informed about the claiming utility, is that agency. Despite the idea of asymmetry of information playing against the regulator, one of its main lines of work is trying to shorten that knowledge gap. Advances in regulatory accounting and improvements on databases containing cross-sectional firms’ costs (i.e. benchmark) may prove to make that gap smaller. Thus, and reaffirming the US Supreme Court opinion in *Hope*, the agency may produce a financial model not exempt of errors, but leaving the utility’s financial position unscathed.

Various ratemaking methodologies have been proposed, such as linear marginal cost pricing, non-linear pricing, Ramsey pricing, and the Loeb-Magat proposal (Viscusi et al.

2000). With different nuances, each proposal tries to confront the problem of long-run average cost and long-run marginal cost. In that sense, *a priori*, these proposals seem a fair way to tackle the utility pricing, so that a regulatory framework that complies with the requirements of these proposals, has no reproach.

Arguably, in Britain the Competition Commission (acts as appeal court of the water regulator decisions) has a role more technical on regulatory matters that allows it to enter into the ratemaking process. One example of it is the Ramsey case (*The Queen on the Application of T-Mobile (UK) Ltd, Vodafone Ltd, Orange Personal Communication Services Ltd v. The Competition Commission, The Director-General of Telecommunications*, [2003] EWHC 1566). Nevertheless, in the same case the Judiciary, on appeal, was tactful to assert that its role in a matter of complexity was to ensure that the rules of interpretation adopted by the Competition Commission was justified or not (Harker 2005). The court asserted:

In particular I reject the notion that the question as to whether a demand is reasonable, can be answered by the application of a definition applicable in every case. In short, the question is not "hard-edged". It seems to me that there is a "range of possible criteria" about which opinions might legitimately differ in deciding whether a demand is reasonable. The statutory criterion is not clear-cut and is sufficiently broad to allow of different conclusions by different decision-makers, each acting rationally. It seems to me that there is a "range of possible criteria" about which opinions might legitimately differ in deciding whether a demand is reasonable. The statutory criterion is not clear-cut and is sufficiently broad to allow of different conclusions by different decision-makers, each acting rationally.

This approach is defined by Levy and Spiller (1996) as a weak model of judicial review. The deference shown by the court to the Competition Commission and to other regulators in general, might show that for courts the question of discussing the ratemaking methodology is not necessary, as it is a matter left by the Parliament to the regulator, especially when statutory acts are broadly written.

On the contrary, opening the discussion towards reviewing the ratemaking methodology may produce negative effects that eventually may produce prices that may not even reflect the expectations of the disputing parties (undertaker-regulator). Indeed, the resulting price may overestimate the long-run average costs proposed by the undertaker towards a price closer to a monopoly price.

The problem comes up when several of the components of the methodology are open for discussion. The hypothesis is that the more components are open for discussion, the more likely the final price will overestimate the long-run average cost (see Montero 2004). This hypothesis is based on what follows.

The possibility of the undertaker to dispute each component of the ratemaking methodology is a recurring course of action in America as the judicial experience shows. This situation is a reality for Chilean utilities in the water sector.

The Chilean ratemaking process consists of four stages. The *Superintendencia de Servicios Sanitarios*, the Chilean Office of Water, begins the procedure by publishing the Preliminary Conditions Document (*Bases Preliminares*), by which both the agency and the regulated undertaker will build a *model undertaker*¹⁴². The undertaker has 60 days to make comments about the preliminary conditions document. The agency has to consider the comments and make changes to the document if needed. This period last 45 days, and at the end, the agency has to publish the Definitive Conditions Document (*Bases Definitivas*). If the undertaker is not satisfied with the decisions adopted by the agency in the definitive document, it may resort to a court. This is the beginning of the period where both parties develop their own ratemaking studies. Five month before prices expire, both parties will exchange their finished studies. Only the undertaker can present its disagreement against the agency's ratemaking study, while the agency cannot present disagreements against the undertaker's ratemaking study. Disagreements are solved by a panel of three experts (one named by each party plus a third expert agreed on both parties). The decision of the expert panel cannot be appealed. With the experts' decision in mind, the agency has to prepare the decree with the final prices.

Chilean utilities resort to presenting their disagreements over the ratemaking study in a strategic way. For example, a methodology consisting of hundreds of components is open to discussion. The strategy of the undertaker will be to dispute only the components that were underestimated by the regulator. The undertaker has no incentive to miss an overestimated item by the regulator, by accusing the fault. Under such circumstances, the undertaker has nothing to lose, unless the underestimated component puts the financial position of the undertaker (e.g. the cost of capital) at risk. Assuming that the underestimated component does not put the financial viability of the undertaker at risk, it will still try dispute the case. Because of large investments, components may imply large returns for the undertaker, so that procedural expenses (e.g. lawyers, economists, etc.) are negligible. If the undertaker can successfully argue its case, it will win a windfall. The assumption here is that based on other considerations than economic efficiency (e.g. property rights), a non-specialised court may judge in favour of the allegations of the undertaker.

A practical example¹⁴³ is a methodology that has 10 components (a,b,c...j). The regulator sets the results for each component, in the following fashion:

a	b	c	d	e	f	g	h	i	j
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10

¹⁴² According to article 27 of the Price Statutory Instrument (*Decreto Supremo Minecon* N° 453/89): 'Model undertaker means, a water utility designed to efficiently provide water services needed by the population, taking into consideration the prevailing law and statutory instruments and geographic, demographic, and technological restrictions in which their operation will have to fit. Likewise, the possible interconnections must also be taken into consideration between established water utilities in the *Decreto con Fuerza de Ley* No. 382, of the Ministry of Public Works.'

¹⁴³ Taken and adapted from a *Superintendencia's* presentation before Santiago's Court of Appeals (*Recurso de Protección, Aguas Andinas contra Superintendencia*, ROL N° 7275/2003). I represented the regulator (defendant) before the court.

The sum of all the components adds 55. The undertaker, in a parallel way, has made the same calculations, but with different results, though the total of the components add up to 55 too.

a	b	c	d	e	f	g	h	i	j
3	5	1	6	8	3	5	8	10	6

The strategy of the undertaker is to seek remedy for the components where the regulator obtained a lower figure. This is the case of components *a* ($1 < 3$), *b* ($2 < 5$), *d* ($4 < 6$), *e* ($5 < 8$), and *i* ($9 < 10$). In this case if the undertaker loses its case it will not be worse off as it will get the original 55; whereas, if the undertaker wins only one component, the final price will be above 55.

Despite the clarity of the strategic behaviour of the undertaker in the previous case, Chilean legislation does not tackle the issue as the problem unfolded after the water regulatory law (*Decreto con Fuerza de Ley No. 70/88*, and *Decreto Supremo MINECON No. 453/89*) came into force. In order to sort the problem out, the Chilean regulatory agency took the decision to reduce the number of discrepancies by demanding that in the preliminary conditions document only the results of the study (i.e. long-run average costs and long-run total cost) should be disputed, and not every parameter, criterion, and methodology. One of the expected effects of such change in the preliminary conditions document was to push both parties towards a win-lose situation where the relative weight of their ratemaking study result could mean a large loss, so that each party was obliged to get closer to their real costs to reduce the gap between both studies.

Aguas Andinas S.A. (the biggest serving water undertaker in Chile, jointly controlled by the French *Suez* and the Spanish *Aguas de Barcelona*) resorted to Santiago's Court of Appeal (*Recurso de Protección, Aguas Andinas contra Superintendencia*, ROL N° 7275/2003) demanding the removal of such a constraint on different grounds (violation of their right to present discrepancies, due process of law, and property rights). The court decided in favour of the undertaker in January 2004, because (a) it had a property right over the right to present discrepancies (sic), (b) the agency did not respect the due process of law, and (c) other considerations. The agency appealed before the Chilean Supreme Court. In an unexpected turn of events, *Aguas Andinas* desisted from her action, in the understanding that the authority had accepted her criterion. To her surprise, the authority opposed to her desisting because the firm was distorting the true scope of its decisions. Then, the firm declined her own halt; however, the court accepted *Aguas Andinas* original decline. Back to square one.

Arguably, the Court of Appeal's decision did not make the problem at stake clear and resorted to the property law approach, without any consideration for the substantial arguments produced before. In other words, the court was not sufficiently subtle to perceive the specificity of the discussion placed upon an economic problem, to solve it appealing to the general law that is unprepared (even contrary) for the strong restriction of PRs imposed by economic regulation.

Sidak and Spulber (1998), arguably, regard the issue of discussing the ratemaking methodology piecemeal as the correct way of dealing with property rights protection. Their perspective of the problem is founded on the idea of an existent *regulatory contract*

between the undertaker and the regulator. Strictly, they assert that there is no such written contract, but it is the result of ‘a bundle of public utilities statutes, undertaker commission precedents, adjudicatory decisions, rulemakings, hearings on the record, formal notices of proposed rulemaking, and public commentary’ (p. 109-110). Despite the physical inexistence, they rely on a US Supreme Court decision *United States Trust Co. v New Jersey* (1977), which, in certain aspects, matches legislation with contractual obligations:

In general, a statute is itself treated as a contract when the language and circumstances evince a legislative intent to create private rights of a contractual nature enforceable against the State. In addition, statutes governing the interpretation and enforcement of contracts may be regarded as forming part of the obligation of contracts made under their aegis.

The problem of determining a proportionality criterion is still unsolved as the regulatory contract does not have any provision for this. This is precisely why the discussion arises: incomplete contracts. However, discussing piecemeal within the context of an unwritten regulatory contract may produce uncountable disputes about the ratemaking methodology, with the consequent problem of unforeseen results. The possibility to accept a legal argument as proposed by Sidak and Spulber only produces more uncertainty that arguably, and following Williamson (1985), makes a regulator less able to control utilities activities and to enforce regulatory law.

In the case of European law, article 1 of Protocol No. 1 of the European Convention on Human Rights provides that no one will be deprived of his or her property except in the public interest. The ECHR relies on the margin of appreciation of each state when evaluating the public interest exception by recognising its limited power to do so (*Gillow v UK*). Margins of appreciation are so wide that takings inspired in public interest may not even benefit the community at large, but would still be a legitimate aim to impose restriction on property (*James v UK*).

The European Community Treaty entrusts the Community and the Member States with the responsibility to oversee the operative conditions of services of general economic interest. The fulfilment of these services’ mission, the Treaty assumes, is subject to some principles and conditions. Unfortunately, the Treaty does not specify which principles and conditions they are.

An interpretation would say that **the minimum economic conditions of operation** are the satisfaction of the long-run total cost. This interpretation is arguably consistent with the idea that the water undertaker needs to cover these costs to provide services; otherwise, quality decreases until the undertaker is not be able to operate.

The European Court of Justice in *Altmark Trans GmbH and Another v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (Case C-280/00) and in *Chronopost v Ufex and Others* (Case C-94/01) allegedly accepted the previous proposition. Total cost is the standard of market based transactions assessment for the Court, which is extendable to water utilities to establish the minimum economic conditions of operations.

In *Altmark Trans GmbH and Another v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (Case C-280/00), the ECJ on a dispute whether public subsidies received by a transportation company—Altmark— were lawfully granted, decided that public payments to private undertakers as indemnity for public services obligations (subsidy) by the latter were not state aid. The Court established the following four conditions to be satisfied:

- first, the recipient undertaking is actually required to discharge public service obligations and those obligations have been clearly defined;
- second, the parameters on the basis of which the compensation is calculated have been established beforehand in an objective and transparent manner;
- third, the compensation does not exceed what is necessary to cover all or part of the costs incurred in discharging the public service obligations, taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging those obligations;
- fourth, where the undertaking which is to discharge public service obligations is not chosen in a public procurement procedure, the level of compensation needed has been determined on the basis of an analysis of the costs which a typical undertaking, well run and adequately provided with means of transport so as to be able to meet the necessary public service requirements, would have incurred in discharging those obligations, taking into account the relevant receipts and a reasonable profit for discharging the obligations.

Regarding cost—the third and fourth conditions—the Court affirmed that reasonable profit is assessed by the *market economy investor principle* (Boyd & Teale 2004). Thus, it would not be state aid if it had invested expecting an equal return that would expect a private investor (Boyd & Teale 2004).

Another important issue currently discussed (i.e. dispute between Argentina and Suez) is the ratio of debt endured by the utility and its claim of unreasonable returns. Is it possible for a utility to claim unreasonable returns when its debt ratio increases its cost of capital with no allowance by the regulator for further price increase? At first sight, this problem should not be disputed, as it is a problem of managerial nature (inefficient?). Thence, why should this be a problem? The problem comes with the financial viability of the utility, jeopardised by excessive commitments (self-imposed or coactively imposed), which may be considered bad financial planning. If the utility does not have the ability to restructure its debt, it will ask to pass-through its clients, which is a simpler solution. An excessive debt—, which in the view of Ofwat (2002) is likely to be over 0,5—will affect both efficiency and equity. In my view, such leverage should be pass-through only if unreasonable commitments are placed upon the utility after it has entered the market (i.e. moral hazard). Otherwise, a regulator should not allow to pass-through the cost, as for example in the case a utility has past losses. The US Supreme Court has stated in

this matter that, “Past losses cannot be used to enhance the value of the property or to support a claim that rates for the future are confiscatory” in *Galveston Electric Co. v. Galveston*, 42 S. Ct. 351 (See, *Board of Public Utility Com'rs v. New York Telephone Co.*, 271 U.S. 23 (1926)). One candidate for further analysis is Buenos Aires, where the local company *Aguas Argentinas*, has a ratio of leverage at 2,4.

Another closely related issue is the request that prices should allow for devaluation. Take, again, the case of Argentina. Should be allowed *Aguas Argentinas* at the worst time of the *peso* devaluation to pass that cost to consumers? Probably there is no need for a legal answer here, as increasing prices when people were recurring to barter to survive does not make sense. Nevertheless, legal answers were provided by the US Supreme Court, during the 30s, which ruled that a fair return should accord to the “present day condition” (*United Rys. & Elec. Co. v West*, 280 U.S. 234, 249, 251 (1930)). In these circumstances (i.e. decline in interest rate and in business earning), the Court “was willing to accept lower rates of return” (Phillips 1993: 378) (See, *Lincoln Gas and Electric Light v Lincoln*, 250 U.S. 256 (1919); *Missouri ex-real Southern Bell Tel Co v Missouri Pub. Services Commission*, 262 U.S. 276 (1923); *McCardle v Indianapolis Water*, 272 U.S. 400, 419 (1926); *Alexandria Water Company v City Council of Alexandria*, Supreme Court of Virginia, 163 VA 512, 177 SE 454 (1934); *West v Chesapeake & Potomac Tel. Co.*, 295 U.S. 662 (1935); *Driscoll v Edison Light & Power Co.*, 307 U.S. 104, 120 (1939)).

Transfer pricing

A regulator should be able to control transactions between a regulated company and other unregulated parent companies, as the regulated company may overcharge for services rendered or may assume financial burdens of the unregulated company (Sheldrew 2003). In the first case, consumers pay their bill that includes an extra payment that goes to the affiliate unregulated company, whereas in the second case, the regulated company endures more debt.

In the United States, this problem was detected during the first half of the twentieth century, because regulated companies formed holdings with utilities in different states, thus evading the regulatory commissions’ powers to control these transactions in other states. As a result the Public Utility Holding Company Act 1935 was passed, providing authority to the Securities and Exchange Commission to oversee those holdings and power to the Federal Power Commission to regulate transfer prices (Sheldrew 2003).¹⁴⁴

In *Houston v. Southwestern Bell Tel. Co.* (1921), the court reviewed transfer pricing between Southern Bell and AT&T finding that prices were reasonable and market based. In *Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri* (1923) the court asserted that transfer prices should be tested under the good faith of the transaction.

Commissions found the good faith test impracticable; hence, they circumvented it by qualifying the value added to the regulated company that the transaction produced (Sheldrew 2003).

¹⁴⁴ The Public Utility Holding Company Act 1935 has been repealed by the Energy Act 2005, starting from February 2006.

The US Supreme Court found in *Missouri ex rel. Southwestern Bell Tel. Co. v. Pub. Serv. Comm'n* (1923) that commissions were allowed to oversee such transactions, as they were performed not at arm's length negotiations. One caveat: the court affirmed that the regulator was not the financial manager of the company; hence, the commission should undertake its analysis very carefully.

Several decisions of the US Supreme Court followed asserting the power of the regulator to scrutinise transfer pricing (Sheldrew 2003).

In the European case, in *Chronopost v Ufex and Others* (Case C-94/01), the European Court of Justice dealt with state aid allegations against La Poste, a French public undertaking, for assisting its subsidiaries. Same as in Altmark, the court asserted that the dispute analysis should take into account 'all the factors which an undertaking acting under normal market conditions should have taken into consideration when fixing the remuneration for the services provided.'

The Commission argued that La Poste was not involved in state aid as the transfer pricing with its subsidiaries was at 'full-cost prices (total costs plus a mark-up to remunerate equity capital investment).'

Such analysis was insufficient for the Court. The monopoly position enjoyed by La Poste may have allowed it to price at full cost, but still may have transferred at lower cost enjoyed by its dominant position. The court affirmed that there was state aid if 'if the remuneration received in return is less than that which would have been demanded under normal market conditions.'

Finally, the court set a clear record of total cost recovery as normal market condition:

On that basis, there is no question of State aid to SFMI-Chronopost if, first, it is established that the price charged properly covers all the additional, variable costs incurred in providing the logistical and commercial assistance, an appropriate contribution to the fixed costs arising from use of the postal network and an adequate return on the capital investment in so far as it is used for SFMI-Chronopost's competitive activity and if, second, there is nothing to suggest that those elements have been underestimated or fixed in an arbitrary fashion.

Although it seems sensible to let a water undertaker, indeed every utility, recover its long-run total cost, there are non-economic considerations that may cloud that sensibility. In a ratemaking case, not only economic efficiency is taken into account when deciding on disputes of the financial viability of the undertaker (see the tension between total and consumer welfare, presented in section **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**). Nevertheless, if an undertaker does not obtain the cash flow needed to cover its long-run total costs, not only will the undertaker loose, but eventually consumers as well, as the undertaker will go into financial stress.

In any case, the European Community has issued two directives (Utilities Directive 93/38/EEC and the Revised Utilities Directive 2004/17/EC) to deal with transfer pricing of utilities through procurement rules.

Probably, the most advanced regulation in Europe is the British regulatory accounting guidelines issued by Ofwat, which controls transactions at arm's length and provides for a ring fence of the utility.

In the Chilean case, the General Law of Sanitary Services (*Ley General de Servicios Sanitarios*) provides for a soft regulation of transfer pricing. Indeed, only one article forbids deals between holding companies when a threshold of USD 16.000 is surpassed, unless the deal is struck in a bidding process. Additionally, the law obliges for a bidding process always a deal goes beyond USD 160.000. Besides the legal regulation, the Chilean water regulator has issued several guidelines regarding transfer prices to gather information for price review purposes. Despite the law, Chilean water utilities have managed to chunk transactions to amounts lower than the thresholds to avoid the bidding process.

During 2004, the Chilean Securities and Exchange Commission (*Superintendencia de Valores y Seguros*) discovered that the Chief Executive Officer of ESSBIO, one of the largest water utilities in Chile, did not inform the company's board of directors that he was holding shares in one company (HIDROSAN) that was awarded by ESSBIO with several infrastructure contracts in different bidding processes between 2000 and 2003. According to the Chilean Securities Act, such conduct is improper, and the CEO was heavily fined.¹⁴⁵

The investigation unveiled payments from HIDROSAN to Thames Water Chile (the managing shareholder of the utility), estimated in USD 3.9 millions.¹⁴⁶ The Chilean Tax Office has presented a criminal action against ESSBIO and HIDROSAN executives for tax fraud amounting to nearly USD 2 million.¹⁴⁷

Although it was never proved that neither the bidding processes were manipulated nor prices were overestimated, the Chilean water regulator (*Superintendencia de Servicios Sanitarios*) has presented a criminal action for providing false information against *Aguas Sur Maule*, another water utility controlled by Thames Water Chile.¹⁴⁸

Another important Chilean case refers to economies of scope gained by two water utilities when one (EMOS, now *Aguas Andinas*) took over the other (*Aguas Lo Castillo*, now *Aguas Cordillera*). The Chilean competition authority (the former *Comisión Resolutiva*) allowed the takeover on the condition that the economies of scope to be gained by the deal should be transferred to consumers in the next price review.

After the price review, *Aguas Andinas* and *Aguas Cordillera* had the same Chief Executive Officer, one corporative building, one customer service, among other unique services. Consequently, the economies of scope were seized by the holding companies.

At the next price review (2005), the regulator included a provision for the determination of the efficiencies gained by the two companies, in order to be discounted from the final price. Nevertheless, both utilities challenged the regulator's decision on the ground that

¹⁴⁵ La Nación, 05 December 2005,

http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20051204/pags/20051204190109.html

¹⁴⁶ El Mercurio, cuerpo B, 09 June 2005, p. 1.

¹⁴⁷ El Mostrador, 05 December 2005,

http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=175423

¹⁴⁸ La Nación, 05 December 2005,

http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20051204/pags/20051204190109.html

both companies were legally separated and the Pricing Statute did not allow for such discount. The Chilean National Audit Office (*Contraloría General de la República*) was called to solve this dispute, and finally decided that the Statute did not consider explicitly the discount, thence the price review of both utilities should consider the cost of each CEO (although in practice there was only one), each facilities, differentiated customer service, and so on.

Utility Services Contracts

In the privatisation process of utilities, governments may use different legal techniques to let privates to take over. To simplify, a government may either sign contract or grant a license or a concession under administrative law. In both cases, a government provides an authorization to operate. However, the effects of one or another alley are completely different, especially if the utility is a natural monopoly.

In the case of a contract, a government and a private party are tied by a mutual commitment. A contract “is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law” (Treitel 1995: 1). A contract contains all the commitments entered into by the contracting parties, which makes no allowance for other commitments not covered by the contract. This objective principle, as named by Treitel (1995), has several qualifications.

First, although the law is concerned with the objective appearance of the contract, there is space for attending the actual agreement entered into by the parties (Treitel 1995). This is the case when one party knows the intentions of the other party, which was not the one materialised in the contract. Here, the purpose of the agreement is other than the stated in the contract; consequently, there is no contract. The same applies for agreements based on mistake induced by the other party negligence (Treitel 1995).

Second, Treitel (1995) teaches that agreement is not the only element that determines the legal effects of a contract. Indeed, the law may interfere with a contract, even to a degree that may render the relationship to another but a contractual one (Treitel 1995).

As our interest is centered on contracts between a government and a private party regarding a public utility, so that I will concentrate on this matter.

Probably, the most prominent feature of a private-public contract is the statutory framework that may either constrain the government power to contract or provide for discretion. Statutes and regulations control all government activities, which may be considered in a contract or may be implied in it. Changes on such rules may contradict a consideration in a contract, modifying the original agreement (Treitel 1995). For example, a statute may oblige a utility before a contract has been signed to provide service to some part of the population, which was not meant to serve. In other cases, statutes and regulation may provide for a new discretionary power for the Government regarding the contracting matter (Treitel 1995). For example, on water utilities, a newly passed regulation on service quality may grant power on a regulator (which is part of the government structure) to determine different standards that may change the expectations of the utility borne in mind when entered into contract.

In English contract law, discretion means an unrestricted choice made by a contracting party (Beatson 1994). In general, this ample choice has been considered contradictory to

the idea that a contract is a binding commitment, “either because it means that a promise is too uncertain to constitute consideration, as indicating a lack of intention to create legal relations, or as insufficiently certain” (Beatson 1994: 267). Nevertheless, a government does not have an unfettered discretion, but a constrained ability to decide on specific matters. In English law, government discretion is capped by common law principles of procedural propriety (fairness and natural justice), reasonableness as applied in judicial review, bona fides, propriety of purpose, and relevancy (Beatson 1994). Thence, although discretion may be present in private-public contracts, the power of the public party to decide is restrained by law.

In regulating a public water utility, the discretion vested upon a regulator is always present. Indeed, as the water industry is a natural monopoly, which by definition presents market failures, a government may decide to regulate it (see, Viscusi et al. 2000). Usually, prices and performance standards are set by an agency, based on the information provided by the regulated firm. In term of prices, as the economic performance of a utility is dynamic, a regulator has certain discretion to calculate, for example, past out-performances, future efficiency gains, quality standards, security of supply, and service levels of the regulated firm (see, Estache et al. 2003; Ofwat 1997). In England, this price review is conducted by the Office of Water Services (Ofwat), and its discretion is to be found in the Water Industry Act 1991.

The discretion vested in Ofwat is extensive, as it determines the revenue (price) that a water utility will recoup within the regulatory gap. A closer look at Ofwat economic model for pricing shows that most of the decisions of the firm are scrutinised and optimised by the regulator (see, Ofwat 1997). If one tries to fit this wide discretion with the objective principle of contract law, one may find that the concept of contract is hardly identifiable. Precisely, the own nature of economic regulation of natural monopoly is to provide discretion to a regulator in order to capture efficiencies gained by the regulated firm (see, Kahn 1988). This dynamic nature of economic regulation provides for an unrestricted choice made by the regulator, which may not create legal relations between the regulated firm and the government.

Despite Ofwat discretion, its power over the relation utility-regulator is restrained as its decisions are primarily subject to review by the Competition Commission that has to comply with the following set of aims (Sec. 12 (3)(b), Water Industry Act 1991):

- a) to secure that the functions of a water undertaker and of a sewerage undertaker are properly carried out with respect to every area of England and Wales; and
- b) to secure that companies holding appointments under Chapter I of Part II of the Water Industry Act 1991 as relevant undertakers are able (in particular, by securing reasonable returns on their capital) to finance the proper carrying out of the functions of such undertakers.
- c) to protect customers’ interests, especially customers and potential customers in rural areas;
- d) that no undue preference is shown, and that there is no undue discrimination, in the fixing of charges;
- e) to ensure quality of services;

- f) to ensure that the interests of every such person are further protected with respect to benefits that could be secured for them by the application in a particular manner of any of the proceeds of any disposal (including a disposal before the Secretary of State and the Director General became subject to the duties imposed by virtue of this paragraph) of any of that company's protected land or of any interest or right in or over any of that land;
- g) to promote economy and efficiency on the part of water companies; and
- h) to facilitate effective competition.

Note that although the discretionary power is subject to the Competition Commission review, such assessment does not only tries to strike a balance between the two parties (Ofwat-utility) such like in a contract; but also, includes the whole society interest. The introduction of a third party interest to assess the regulator's discretion does, in my view, make *prima facie* inconsistent the economic regulation of the water natural monopoly with the notion of a binding contract.

Some academics in North America, have proposed that despite utilities do not have a written contract, the general regulatory framework should be considered as a *regulatory contract*.

Sidak and Spulber (1998) suggest that the Fifth Amendment of the American Constitution protects the regulatory contract since '[p]rivate property protection is the basis for utility regulation' (Sidak & Spulber 1998: 240). They propose that a contractual relation binds public utilities with their regulators in matters such as entry control, rate regulation, and utility service obligations.¹⁴⁹

Their proposal, however, is disputable on different grounds that I will only mention briefly. For example, on the one hand, the State has power to regulate economic activities, and every individual has a liability to conform to that power. On the other hand, individuals do not have the power to regulate economic activities with the correspondent liability of the whole community. Further, the law and a license govern the relationship between the Government and the utility, and not a contract. Finally, the argument that American courts understood the relationship as being contractual is based on jurisprudence that has not been endorsed by the US Supreme Court at least since the *Lochner* case (1915). The subsequent question is why the Supreme Court has not declared that the regulatory relationship is of contractual nature if the nature of the relationship was clear for the court. Sidak's and Spulber's argument is apparently contradictory. Finally, the common law does not accept the idea of the existence of a contract between the Government and the citizen (see *R v Somerset County Council ex p Fewings*) (Alder 2000).

For example, when Sidak and Spulber mention the content of the regulatory contract (entry controls, rate regulation, and utility service obligations), arguably is not a legal contract, but the regulatory framework establishes substantial conditions for an investor to enter into business.

¹⁴⁹ In the interest of brevity, I am presenting Sidak and Spulber in a simplistic way, which does not account for their extended and complex argumentation in their excellent book *Deregulatory Takings and the Regulatory Contract*.

Additional to my misgivings on Sidak and Spulber proposal, I believe that if a contractual relation is recognised between the utility and the government, on matters such as entry control, rate regulation, or utility service obligations, it may enhance the monopoly position on subjects not considered at the time of the contract. For example, a contract may not regulate a merger between two utilities, thus not comprised by the contract. After the contract is signed, two utilities merge producing important reduction in costs. However, as the reduction on cost produced by mergers was not comprised on the contract, the regulator cannot transfer this efficiency gain to consumer via the price review.

If further research on this matter finds that no contract is present between a regulated firm and a government, then what are the limitations constraining the government? I will sustain, as already seen, that the common legal principles of advanced regulatory systems provides for two clear limitations on discretionary powers executed by regulators: financial viability and efficiency. Thus, the utility should not be allowed to claim for compensation if the regulator is redressing inefficiencies, unless they do not provide for a financial viability of the utility.

On the contrary, if one assumes that there is a contract between a utility and a government, how will contract law respond to correcting market failures? For example, how deals contract law with entry control, rate regulation, or utility service obligations? In the following lines, I will provide a thought experiment where law has no direct or implied effect on the regulatory contract. Although this is far fetched, it will stress the usefulness or not of contract law to solve problems between a regulator and a water utility regarding economic regulation. Note that general the problems were identified in section 0.¹⁵⁰

English contract law covers three moments in a contract life: (a) inception, (b) performance, and (c) termination.

In the inception stage, parties bargain to achieve an agreement by making an offer and accepting it. Nevertheless, such agreement must consider giving up something of value by a promisee and the promisor must make her promise in exchange of the valued thing (this is called *consideration*). Even complying with these requirements still no contract exists if there is no contractual intention to create legal relations (Treitel 1995). Agreements reached in misrepresentation and illegality will not be enforced.

Recall that the economic regulation of a natural monopoly empowers on a party (the regulator) to set prices based on an efficiency criterion; otherwise, the utility would contract for an unfettered monopoly. If the parties do not agree on this issue, then **mistake** arises making the contract void. However, in utilities disputes this is not a credible mistake as the contract provides for price regulation by one party (the regulator), which is a major matter in a contract that could not have been overseen by the expert party (the utility).

What happens if an investor is offered in a privatisation proceeding a utility that turns out to be a poor investment once adjudicated? The general rule is that there is no **misrepresentation** unless it is a statement of existing fact (Treitel 1995). Consequently, there is no misrepresentation if statements were vague, or is the opinion or belief of the

¹⁵⁰ Maximum prices do not reflect the undertaker's cost of capital; Deregulation; Windfall; Uncompensated services; Business diversification; Undervaluation of assets owned by the undertaker; Exclusion of assets from the price setting; Refusing to increase utility rates to reflect the costs of an operating asset.

seller, or future promises, or statements of the law (Treitel 1995). Nevertheless, representation may be present whether it is unambiguous, material, and has been relied upon. Without entering in the depths of the elements, a privatisation process is not a simple offer to enter into a business, but a serious deal where the investor have relied on her own judgement by making independent assessment of it after entering into contract. However, other facts may qualify this opinion.

The other problem that affects the formation of the agreement is **duress**, where one party was coerced in her property, personally or economic interests to enter into contract (Wheeler & Shaw 1994; Treitel 1995). The central element in duress is the threat experienced by the coerced party. Courts have denied duress in cases were a party is commercially coerced to enter into contract (*CNT Cash & Carry Ltd. V. Gallagher Ltd.* [1994] 4 All E.R. 714) or threatened by a legal wrong (Treitel 1995). However, Treitel (1995) teaches that English Courts have accepted duress in cases where parties were threatened to break a previous contract. For example, the case of an exhibitor that is obliged to pay some amount of money days after the exhibition by one of its major suppliers under the threat that she will not supply. In the water utility contract both the private and the government may be threatened to enter into contract, which may deem void the contract. For example, if an investor adjudicates a utility and soon after returns to the government demanding for a much higher price than offered, threatening to leave the utility, sue and harm the government reputation. Depending on other elements it might be considered duress if the government reforms the contract on such circumstances.

A related concept to duress is **unconscionability**. In this case, a party may take advantage of a particular weakness of the other party in the bargaining process. The application in English law of unconscionability is limited to the expectant heir, the deal with a poor and ignorant person, and in the inequality of bargaining power (Treitel 1995). Even in this last case, English courts have been reluctant to create a rule when the scope of duress may cover a kind of conducts, which a propos is very close to undue influence (Treitel 1995). In any case, English Courts have provided relief when one party has had an excessive power over the other party considering the unfair advantage in the bargaining process.

In American law, though, unconscionably is a settled doctrine (Wheeler & Shaw 1994). Contrary to the English court decisions, unconscionable decisions are not covered by the doctrine of duress in America (Scott & Kraus 2002). In American law, a contract may be considered unconscionable if it is favouring heavily one of the parties, bearing in mind the commercial reasons of a trade (Scott & Kraus 2002). In appearance, water utilities contracts may be considered one-sided in favour of a regulator, but that is not the case as discretion is not unfettered.

Cases not considered duress in English law may be considered **undue influence**. In this case, a party enters into a contract motivated by an unwarranted influence resulting in an unfavourable transaction (Treitel 1995). There are certain relationships that may be regarded as undue influence, and according to one view, the influenced contract should be set aside on public policy grounds, even though the contract does not harm the influenced party. Such relationships are based in a confidence bond created, such as in the case between a parent and a child. In the case of a utility contract, such undue influence is difficult to trace, as for example, the law does not consider undue influence

the contractual relation between an employer and an employee, which may serve as an analogy for the relation between government officials and investors.

In the performance stage, the issue of legal enforceability is at prime. The problems identified in section 0 are present at this stage. Assuming that a regulatory contract must consider the financial viability and the efficiency criterion, therefore some regulatory decisions may render the performance of the contract either frustrated or burdensome. Bear in mind that infrastructure contracts are of long term, thus the losses endured in year 3 might quite well be compensated in the coming years, thus a commercial practice may advise against the discharge of the contract to find ways to solve the problem.

A contract may be discharged on **frustration** grounds if its performance is either impossible or illegal. English contract law provides for frustration in cases of impossibility (destruction of a particular thing, death or incapacity, unavailability, failure of a particular source, method of performance impossible, statute, impossibility or impracticability), frustration of purpose, illegality, prospective frustration, alternatives, and events affecting only one party's performance (Treitel 1995). If these grounds are confronted with the problems identified in section 0, probably the impossibility or the impracticability grounds are the ones that fit better on them.

It is difficult to determine when the performance is impossible (Treitel 1995), but in many cases the Courts have addressed the issue of price increases as a possible circumstance where frustration is applicable. For example, when prices for the provision of the service surge before the contract was committed to a specific price level on materials. Nevertheless, prices in economic regulation should be pass-through to consumers, thus in this case the problem might be that the allowed price increase does not cover for the financial viability. At first sight, it may be that the contract is frustrated; however, several other elements may have concurred to achieve that price level. For example, prices sought by the utility may be quite high than prices considered by the regulator, or the technology assumed by the utility might be too expensive compared to other alternatives. It equally might be the case that the regulator got the prices wrong, and relief should be provided.

One important element to be borne in mind is that prices are not set at first hand but usually every 5 years. Thus, there is a risk in the price level associated to several variables that are beyond the simple idea that all cost should be passed through consumers. For example, there are costs that should not be passed to consumers as in the case of infrastructure overinvestment (or *gold plating*, see Kahn 1988) or majestic gardens serving water premises in poor areas, or price transfers. In many cases of costs, there is a fine line between what is accepted and what is not. Would it be fair to say that in this matter the utility assumes the risk, or is the case that consumers should pay whatever cost?

Normative Proposal

After reviewing the interaction between property rights and IBEs, and having identified possible IBEs in the water industry, thence I propose a possible normative rule to solve disputes regarding regulatory decisions that may take property of regulated natural monopolies.

I sustain that regulatory decisions imposed over natural monopolies should sometimes not be compensable if such decisions can be proved to advance the efficiency of the regulated monopolistic market; or, in other words, they prove to redress a market failure. In such case, an IBE becomes frustrated when it is proved that the investment was inefficient.

For example, the idea of efficiency in the UK Water Industry Act 1991 constitutes a *constructive notice* of the aim of regulatory law, since a natural monopoly is regulated to rectify a market failure. Thus, if a regulatory decision is taken based on the *efficiency* merit of the law, then it should be deemed foreseeable and no compensation should be granted, despite part of the bundle of rights might be taken away by the regulatory decision (Washburn 1996). Even more, citing Justice White in *Connolly v. Pension Benefit Guaranty Corp.*, 475 U.S. 211 (1986), 'those who do business in the regulated field cannot object if the legislative scheme is buttressed by subsequent amendments to achieve the legislative end.'

With the enactment of the UK Enterprise Act 2002 and the UK Water Act 2003, the focus on efficiency has been shifted to enhance consumer welfare (see section 30 of the Enterprise Act and the amended subsection 2A of the Water Industry Act). Despite this new focus on consumer welfare may impose its precedence on efficiency when the Director General of OFWAT has to make a decision, but there is a bottom line: the undertaker has to remain profitable.

Consequently, the rule proposed is, **if a natural monopoly is regulated to redress market failures, then there is no right of compensation if public utilities' property is categorically taken (either *per se* or partially) if, and only if, the regulatory decision redress a market failure, actual or future.** In other words, if compensation is granted in protection of the monopoly's property rights disregarding efficiency, then the market failure will not be avoided, and consequently the aim of the regulatory law will be defeated. For example, a well-known incentive of regulated natural monopolies is their expansion of investment and output (Kahn 1988). In such case, the regulator may decide not to include a particular investment on the regulatory asset base as she may consider it unnecessary for the provision of the service; then, compensation should not be granted because of not considering the investment in the asset base.

But, on the other side, what happens if the regulatory action takes property of the utility, but does not serve a goal of efficiency exceeding the aim of the law? Is it compensable? My answer is that efficiency should be the ultimate aim of economic regulation, thus the rule should be that a regulatory taking should not be compensable, unless the monopoly can prove that the taking does not foster efficiency in the specific case analysed.

The previous proposition aims at establishing a criterion to solve regulatory takings problems. The rule proposed, although it appears simple, it has complexities. For example, from the perspective of time an investment in time 1 may be considered efficient, though in time 2 may be considered inefficient. This is the case of investing in one technology that turns out to be unnecessary as demand falls. The rule proposed suggests the prevalence of efficiency, suitably an inefficient investment in a natural monopoly should not be considered by the regulator at the time of price review. In other words, customers should not bear an inefficient managerial decision. Nevertheless, there are cases where investment decisions might have been decided upon an efficiency

criterion, but later became inefficient. This is the case where technology evolves faster than expected, or the case of political or economic unexpected developments. Here, the rule proposed suggests that the investment should not be considered in the price review.

Conclusion

This paper review several legal trends in the most advanced regulatory systems, recognising important similitude among them. Notably, the ideas of financial viability and efficiency are present in every system. This is not coincidence, but the recognition that economic regulation of natural monopolies should tend towards such aims. Naturally, disputes arising between governments (regulators, properly) and private utilities should be solved on those grounds rather than on general rules of law, as they might produce inefficient solutions for the whole community.

References

UK Case Law

- *Marcic v Thames Water Utilities Ltd.*, [2004] 2 A.C. 42.
- *R v Somerset County Council, ex p Fewings*, 3 [1995] All ER 20.
- *The Queen on the Application of T-Mobile (UK) Ltd, Vodafone Ltd, Orange Personal Communication Services Ltd v. The Competition Commission, The Director-General of Telecommunications*, [2003] EWHC 1566.

European Case Law

- *Altmark Trans GmbH and Another v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (Case C-280/00).
- *Bodson v Pompes Funèbres Des Régions Libérées SA* 4 CMLR 984 (1989).
- *Chronopost v Ufex and Others* (Case C-94/01).
- *James v UK* (1986) 8 EHRR 123.
- *Gillow v UK* (1986) 11 EHRR 335.

US Case Law

- *Agins v. City of Tiburon* 447 US 255 (1980).
- *Alexandria Water Company v City Council of Alexandria*, Supreme Court of Virginia, 163 VA 512, 177 SE 454 (1934).
- *Board of Public Utility Com'rs v. New York Telephone Co.*, 271 U.S. 23 (1926).

- *Covington & Lexington Turnpike Road Co. v Sandford* 164 US 578 (1896).
- *Connolly v. Pension Benefit Guaranty Corp.* 475 US 211 (1986).
- *Driscoll v Edison Light & Power Co.*, 307 U.S. 104, 120 (1939).
- *Duquesne Light Co. v Barasch* 488 US 299 (1989).
- *Federal Power Commission v Hope Natural Gas Co.* 320 US 591 (1944).
- *Galveston Electric Co. v. Galveston*, 42 S. Ct. 351.
- *Houston v. Southwestern Bell Tel. Co.* 259 US 318 (1921).
- *Kaiser Aetna v. United States* 444 US 164 (1979).
- *Lincoln Gas and Electric Light v Lincoln*, 250 U.S. 256 (1919).
- *Lochner v New York* 198 US 45 (1905).
- *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* 458 US 419 (1982).
- *Lucas v. South Carolina Coastal Council* 505 US 1003 (1992).
- *McCardle v Indianapolis Water*, 272 U.S. 400, 419 (1926).
- *Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri* 262 US 276 (1923).
- *Nollan v. California Coastal Commission* 483 US 825 (1987).
- *Palazzolo v. Rhode Island* 533 US 606 (2001).
- *Penn Central Transportation Co. v. New York City* 438 US 104 (1978).
- *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 260 US 393 (1922).
- *Permian Basin Area Rate Cases* 390 US 747 (1968).
- *Ruckelshaus v. Monsanto Co.* 467 US 986 (1984).
- *Smyth v Ames* 169 US 466 (1898).
- *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency* 535 US 302 (2002).
- *United Rys. & Elec. Co. v West*, 280 U.S. 234, 249, 251 (1930).
- *United States Trust Co. v New Jersey* 431 US 1 (1977).
- *West v Chesapeake & Potomac Tel. Co.*, 295 U.S. 662 (1935)

1. Alder, J. (2000), 'Compensation for Services Rendered by Public Authorities in the Common Law,' <<http://www.ncl.ac.uk/nuls/research/wpapers/alder3.html>>, accessed 09 November 2003.
2. Beatson, J. (1994), "Public Law Influences in Contract Law", in *Good Faith and Fault in Contract Law*, Jack Beatson and Daniel Friedmann (Eds.) (Oxford: Clarendon Press).
3. Bell, A. & Parchomovsky, G. (2001), "Takings Reassessed". *Virginia Law Review* 87, p. 277.
4. Berger, M. (1988), 'Happy Birthday, Constitution: The Supreme Court Establishes New Ground Rules for Land-Use Planning'. *Urban Lawyer* 20.
5. Besanko, D. & Spulber, D. (1993), 'Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy', *Journal of Law, Economics and Organization* 9, No. 1, pp. 1-29.
6. Black, J. (1997), *A Dictionary of Economics* (Oxford: Oxford University Press).
7. Blume, L. & Rubinfeld, D. (1984), 'Compensation for Takings: An Economic Analysis,' *California Law Review* 72, 569-628.
8. Boyd, A. & Teal, J. (2004), *Interpreting the Altmark Decision: The Challenges from a Private Practitioner's Perspective*, <http://www.mcgrigors.com/pdfdocs/pl_state_aid_paper.pdf>, accessed 17-9-2005.
9. Brealey, R. A. & Myers, S. (1996), *Principles of Corporate Finance*, Fifth Edn, (New York: McGraw-Hill).
10. Callies, D. L. (1999), "Regulatory Takings and the Supreme Court: How Perspective on Property Rights have Changed from Penn Central to Dolan, and What State and Federal Courts are doing about it", *Stetson Law Review* 28, p. 523.
11. Che, Y. & Sákovics, J. (2001), 'A Dynamic Theory of Holdup,' University of Wisconsin Madison, <<http://www.ssc.wisc.edu/econ/archive/wp2001-25.pdf>>, accessed 10 May 2003.
12. Costello, K. (1999), *Observations on Affiliate Rules. US Federal Trade Commission*, <http://www.ftc.gov/bcp/elecworks/costello.htm>, accessed 17 September 2005.
13. Deprez, J. (2001), 'Risk, Uncertainty, and Nonergodicity in the Determination of Investment-Backed Expectations: A Post Keynesian Alternative to Posnerian Doctrine in the Analysis of Regulatory Takings,' *Loyola of Los Angeles Law Review* 34[3].
14. DiUbaldo, R. W. (2003), 'A Second Take: Re-examining our Regulatory Takings Jurisprudence Post-Tahoe,' *Fordham Urban Law Journal* 30, 1949.
15. Estache, A., Rodriguez, M., Rodriguez, J. M., & Sember, G. (2003), 'An Introduction to Financial and Economic Modelling for Utility Regulators, Volume 1,' *World Bank Policy Research Working Paper*.
16. Fischel, W. A. (1995), *Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

17. Gerrard, B. (1994), 'Beyond Rational Expectations: A Constructive Interpretation of Keynes's Analysis of Behaviour under Uncertainty,' *The Economic Journal* 104[423], 327-337.
18. Grossman, S. & Hart, O. (1986), 'The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration,' *Journal of Political Economy* 94 (4), 691-719.
19. Harker, M. (2005), 'UK Utility Regulation: Licences, Commitment and Judicial Review,' *Annals of Public and Cooperative Economics* 76, No. 1, pp. 5-34.
20. Hart, O. (1995), *Firms Contracts and Financial Structure* (Oxford: Clarendon Press).
21. Heap, S., Hollis, M., Lyons, B., Sugden, R., & Weale, A. (1992), *The Theory of Choice: A Critical Guide*, First Ed. (reprinted 1998) Edn, (Oxford: Blackwell).
22. Jackson, P. & Leopold, P. (2001), *O. Hood Phillips and Jackson: Constitutional Law and Administrative Law*, Eighth Edn (London: Sweet & Maxwell).
23. Kahn, A. (1988), *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, The MIT Press.
24. Kaplow, L. (1986), 'An Economic Analysis of Legal Transitions,' *Harvard Law Review* 99, 509-617.
25. Kearney, J. D. & Merrill, T. W. (1998), 'The Great Transformation of Regulated Industries Law,' *Columbia Law Review* 98, p. 1323.
26. Levy, B. & Spiller, P. 1996, 'A Framework for Resolving the Regulatory Problem,' in *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications*, B. Levy & P. Spiller, Eds, (Cambridge: Cambridge University Press).
27. Lévêque, F. 2000, 'Concepts Économiques et Conceptions Juridiques de la Notion de Service Publique,' in *Vers une économie de l'action juridique. Une perspective pluridisciplinaire sur les règles juridiques et l'action*, Thierry Kirat et Evelyne Serverin (Dr.), Ed, CNRS Editions.
28. Lipsey, R. & Chrystal, K. (1995), *An Introduction to Positive Economics*, Eighth Edn (Oxford: Oxford University Press).
29. Lyons, B. (2002), 'Could Politicians be more Right than Economists? A Theory of Merger Standards,' *Revised CCR Working Paper CCR 02-1*, Centre for Competition & Regulation, University of East Anglia.
30. Mandelker, D. (1993), *Land Use Law*.
31. MacLeod, W. & Malcolmson, J. (1993), 'Investments, Hold-up, and the Form of Market Contracts,' *American Economic Review* 83, 811-37.
32. Michelman, F. (1967), 'Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law,' *Harvard Law Review* 80, 1165.
33. Montero, J. P. (2004), "A Model of Final-offer Arbitration in Regulation". *Journal of Regulatory Economics*, No. Forthcoming.
34. Motta, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice* (New York: Cambridge University Press).

35. N.A. (2005), *La Régulation des Services Publics*, www.vie-publique.fr, accessed 26-9-2005.
36. Neven, D. & Röller, L.-H. (2002), 'Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control,' Centre for Economic Policy Research, <http://www.cepr.org/pubs/new-dps/dplist.asp?dpno=2620>
37. Office of Water Services (1997), *The Proposed Framework and Approach to the 1999 Periodic Review: A Consultation Paper*.
38. Ogus, A. (1994), *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Oxford: Oxford University Press).
39. Peterson, A. (1989), 'The Takings Clause: In Search of Underlying Principles, Part I - A Critique of Current Takings Clause Doctrine,' *California Law Review* 77, 1299.
40. Poirier, M. R. (2002), 'The Virtue of Vagueness in Takings Doctrine,' *Cardozo Law Review* 24, 93.
41. Prosser, T. (2000), 'Public Service Law: Privatization's Unexpected Offspring,' 63 *Law & Contemp. Probs.* 63.
42. Radford, R. S. & Breemer, J. D. (2001), 'Great Expectations: Will Palazzolo v. Rhode Island Clarify the Murky Doctrine of Investment Backed-Expectations in Regulatory Takings Law?' *New York University Environmental Law Journal* 9, p. 449.
43. Samuelson, W. & Marks, S. (1999), *Managerial Economics* (Fort Worth: The Dryden Press).
44. Sautet, F. (2002), *An Entrepreneurial Theory of the Firm* (London: Routledge).
45. Scott, R. & Kraus, J. (2002), *Contract Law and Theory* (Newark, NJ: Lexis Nexis).
46. Selznick, P. (1985), 'Focusing Organizational Research on Regulation,' in *Regulatory Policy and the Social Sciences*, R. Noll, Ed, p. 363.
47. Sheldrew, J. (2003), 'Shutting the Barn Door Before the Horse is Stolen: How and Why State Public Utility Commissions Should Regulate Transactions Between a Public Utility and its Affiliates', *Nevada Law Journal* 4, p. 164.
48. Sidak, G. & Spulber, D. (1998), *Deregulatory Takings and the Regulatory Contract: The Competitive Transformation of Network Industries in the United States* (Cambridge: Cambridge University Press. Reprinted 2003).
49. Stoebuck, W. (1999), 'Penn Central Transportation Co. v. City of New York', *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. Oxford University Press.
50. Thomas, D. (2004), 'Finding more Pieces for the Takings Puzzle: How Correcting History can Clarify Doctrine,' *University of Colorado Law Review* 74, p. 497.
51. Tirole, J. (1986), 'Procurement and Renegotiation,' *The Journal of Political Economy* 94 (2), 235-259.
52. Viscusi, K., Vernon, J. & Harrington Jr., J. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust* (Cambridge, Mass: The MIT Press).

53. Washburn, R. M. (1996), 'Reasonable Investment-Backed Expectations as a Factor in Defining Property Interest,' *Washington University Journal of Urban and Contemporary Law* 49, 63.
54. Wheeler, S. & Shaw, J. (1994), *Contract Law: Cases, Materials and Commentary* (Oxford: Oxford University Press).
55. Williamson, O. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (New York: The Free Press).
56. Zazycki, S. (2003), 'Investment-Backed Expectations after Palazzolo v. Rhode Island,' *Toledo Law Review* 34, 401.

**El Agua en los Países Andinos y los Acuerdos de Libre Comercio,
Pablo Sólón, Denisse Rodríguez, Carlos Crespo, Oscar Campanini, Hildebrando
Vélez Galeano en Colombia, Juan Fernando Terán en Ecuador y Guillermo
Rebosio en Perú.**

I. LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

La Organización Mundial de Comercio (OMC)¹⁵¹ es el piso de todos los acuerdos en aplicación o negociación, los cuales profundizan de una u otra manera los contenidos consignados en cada uno de los compromisos de la organización¹⁵² debido a que ninguno de ellos es algo concluido y terminado.

Por ejemplo, se dice que lo que Estados Unidos no pudo lograr en la Ronda de Uruguay, lo consiguió en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)¹⁵³. El TLCAN abarca todos los temas que están en la OMC e incluye los llamados “Nuevos asuntos de Singapur¹⁵⁴”.

Este modelo de liberalización se ha repetido en los Tratados de Libre Comercio (TLC) de EE.UU. con Chile, Singapur, Centro América y los recientemente firmados con Perú y Colombia. Un análisis comparativo de los TLCs de Norteamérica, Centro América, Chile y Perú permite concluir que si bien todos tienen una misma estructura y modelo, cada nuevo acuerdo amplía los compromisos.

La finalidad de profundizar compromisos –más que acentuar la liberalización– debería ser la ampliación de lo beneficioso y la restricción de lo dañino, sin embargo, la lógica de los acuerdos de libre comercio funciona inversamente: mínimos beneficios y perjuicios en gran escala; nuevas condiciones de negociación que sólo son alcanzadas plenamente por una de las partes; definiciones arbitrarias; tratamiento indiferenciado entre sectores y productos sensibles de los demás, exclusión de beneficios, etc.

Con respecto a la suscripción del TLC Andino, es importante apuntar que Perú y Colombia firmaron con EE.UU., pero aún resta la ratificación de sus respectivos congresos. Ecuador desistió de sus negociaciones el 2006. Bolivia mantuvo una posición exclusivamente observadora durante todo el proceso y Venezuela estuvo al margen de las negociaciones.

II. LOS CRUCES DE CAMINOS ENTRE EL AGUA Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO (TLC)

Una de las preguntas más frecuentes cuando se habla de acuerdos de libre comercio es si el agua y los servicios asociados a este recurso se encuentran incluidos, es decir, si

¹⁵¹ La Organización Mundial del Comercio que está en funcionamiento desde el 1 de enero de 1995 es la plataforma mundial de acuerdos de libre comercio en el mundo abarcando a la fecha 147 países

¹⁵² El GATT, el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) y el Acuerdo de Derechos de Propiedad Intelectual relacionada con el Comercio (ADPIC)

¹⁵³ El TLCAN (EE.UU., Canadá y México) está en vigencia desde 1994, el mismo año en que terminaron las negociaciones de la OMC. Es pionero ejemplo de los tratados de libre comercio.

¹⁵⁴ Los temas que incluyeron los llamados “nuevos asuntos de Singapur”, fueron los siguientes: inversiones, políticas de competencia y compras del estado.

los países una vez que firman un TLC, están obligados a permitir el libre comercio del agua y abrir los servicios básicos de agua potable.

Lo cierto es que el agua esta envuelto en los acuerdos comerciales con distintos cruces de caminos. Aunque la negociación sobre los usos del agua se da fundamentalmente en tres temas: comercio de bienes, servicios e inversiones existen otras vinculaciones indirectas con otros apartados del tratado como con el de Agricultura y el de Propiedad Intelectual.

“No existe una sola relación entre acuerdos de libre comercio y agua sino múltiples relaciones que se cruzan y se complementan según los usos consuntivos y no consuntivos del agua”. (Pablo Solón, Cruces de caminos, 2005)

Los cruces de caminos en esta temática se pueden sistematizar en el siguiente cuadro:

TABLA 1
Cruces entre los TLC y el Agua

	Bienes	Servicios	Inversiones
Agua embotellada	X		X
Exportación de agua	X	X	X
Servicios de agua potable		X	X
Servicios medioambientales		X	X
Uso Hidroeléctrico		X	X
Uso Minero		X	X
Uso Petrolero		X	X
Uso Turístico		X	X
Uso agrícola			X
Transporte fluvial		X	X
Derechos de agua			X

Fuente: Cruces de Caminos, 2005.

En el cuadro anterior podemos observar que en los tratados de libre comercio, el agua figura o es contemplada en varios formatos: a veces como bien o producto, a veces como servicio o como inversión. Por inversión se entiende también el conjunto de derechos asociados al uso del agua, por ejemplo, concesiones, licencias, autorizaciones, etc. Mas adelante veremos en detalle como se manifiestan estos acuerdos en los distintos acuerdos de libre comercio.

En este marco, en el presente estudio se establecerá si el agua y sus distintos usos se encuentran dentro de la cobertura de los TLCs como mercancía y como inversión en servicios. El objetivo es determinar, a la luz de un TLC, cuál es la capacidad de regular del Estado después de la adopción de un compromiso en este sector. El análisis se centra en el impacto del TLC EEUU- Perú en la regulación de los países andinos sobre sus servicios de agua potable. Asimismo, y a modo ilustrativo se ven los costos de

acordar tratos en este tema. Por último, se presentan algunas propuestas de cara a las negociaciones

2.1 EL AGUA COMO MERCANCÍA

Los países andinos en sus relaciones de intercambio comercial de bienes en la OMC y en un TLC utilizan la Nomenclatura Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena (NANDINA), clasificación arancelaria similar al Harmonized Tariff Schedule de Estados Unidos (HTS). En ambas encontramos al agua clasificada bajo las partidas arancelarias 2201, 2202, 2501 y 2851. (Tabla 1)

TABLA 2
NANDINA

SECCION V				
PRODUCTOS MINERALES: SAL; AZUFRE; TIERRAS Y PIEDRAS; YESOS, CALES Y CEMENTOS				
Código	Descripción	AEC %	AEC %	NMF
NANDINA	de la mercadería	COL.	BOL.	GA % BOL.
		ECU.		
		VEN.		
22.01	Agua, incluidas el agua mineral natural o artificial y la gaseada, sin adición de azúcar u otro edulcorante ni aromatizada; hielo y nieve.			
2201.10.00.00	- Agua mineral y agua gaseada	20	10	10
2201.90.00.00	- Los demás	20	10	10
22.02	Agua, incluidas el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada, y demás bebidas no alcohólicas, excepto los jugos de frutas u otros frutos o de hortalizas (incluso «silvestres») de la partida 20.09.			
2202.10.00.00	- Agua, incluidas el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada	20	10	10

2202.90.00.00	- Los demás	20	10	10
SECCION V PRODUCTOS MINERALES: SAL; AZUFRE; TIERRAS Y PIEDRAS; YESOS, CALES Y CEMENTOS				
25.01	Sal (incluidas la de mesa y la desnaturalizada) y cloruro de sodio puro, incluso en disolución acuosa o con adición de antiaglomerantes o de agentes que garanticen una buena fluidez; agua de mar.			
2501.00.90.00	- Los demás	5	10	5
SECCION VI PRODUCTOS DE LAS INDUSTRIAS QUÍMICAS O DE LAS INDUSTRIAS CONEXAS PRODUCTOS QUÍMICOS INORGÁNICOS; COMPUESTOS INORGÁNICOS U ORGÁNICOS DE METAL PRECIOSO, DE ELEMENTOS RADIATIVOS, DE METALES DE LAS TIERRAS RARAS O DE ISÓTOPOS				
28.51	Los demás compuestos inorgánicos (incluida el agua destilada, de conductibilidad o del mismo grado de pureza); aire líquido, aunque se le hayan eliminado los gases nobles; aire comprimido; amalgamas, excepto las de metal precioso.			
2851.00.30.00	- Agua destilada, de conductibilidad o del mismo grado de pureza; aire líquido y aire purificado	10	10	10

Fuente: Arancel Aduanero De Importaciones Bolivia, 2006.

Veamos con cierto detenimiento cada una de las partidas arancelarias.

2201: agua, sin adición de azúcar, hielo y nieve

En la partida 2201 se encuentra el agua sin adición de azúcar, hielo y nieve. Este grupo de la NANDINA dice textualmente: “Agua, incluidas el agua mineral natural o artificial y la gaseada, sin adición de azúcar u otro edulcorante ni aromatizada; hielo y nieve.”

La descripción del agua es bastante amplia ya que habla de “agua” en general para luego “incluir” el “agua mineral o artificial y la gaseada sin adición de azúcar” y por último concluir en un concepto otra vez amplio como es “hielo y nieve”.

La partida 2201.10.00 dice: “agua mineral y agua gaseada” y la partida 2201.90.00

señala textualmente “los demás”. Esta última partida, por su carácter tan amplio (“los demás”), incluye “hielo y nieve” y las otras acepciones del concepto agua que figura en el grupo 2201 de la NANDINA.

2202: agua con azúcar

El grupo 2202 de la NANDINA establece: “Agua, incluidas el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada, y demás bebidas no alcohólicas, excepto los jugos de frutas u otros frutos, o de hortalizas (incluso «silvestres») de la partida 20.09.”

La descripción del grupo 2202 se refiere al agua mineral o gaseada a la cual se le ha realizado un proceso de edulcoración o aromatización. En otras palabras, este grupo incluye agua endulzada que no se encuentra en la naturaleza y que requiere siempre de un proceso de transformación.

La partida 2202.10.00 dice “Agua, incluidas el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada” y la partida 2202.90.00 señala, como en el caso anterior: “los demás”.

2501: El agua de mar

En el grupo 2501 de la NANDINA leemos: “Sal (incluidas la de mesa y la desnaturalizada) y cloruro de sodio puro, incluso en disolución acuosa o con adición de antiaglomerantes o de agentes que garanticen una buena fluidez; agua de mar.” Específicamente, la partida 2501.00.90, que consigna la descripción de “los demás”, incluiría al “agua de mar”.

2851: agua destilada

El grupo 2851 señala: “Los demás compuestos inorgánicos (incluida el agua destilada, de conductibilidad o del mismo grado de pureza); aire líquido, aunque se le hayan eliminado los gases nobles; aire comprimido; amalgamas, excepto las de metal precioso.”

El agua destilada es aquella que ha sido hervida en un aparato llamado “alambique” y luego recondensada en una unidad enfriadora (“condensadora”) para devolver el agua al estado líquido. La destilación se usa para purificar el agua. Los contaminantes disueltos tales como sales se quedan en el tanque donde el agua hierve mientras que el vapor de agua se eleva hacia fuera.

Tanto la Nomenclatura Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena (NANDINA), como el Harmonized Tariff Schedule de Estados Unidos (HTS) consideran al agua como una mercancía. De forma nítida y expresa se encuentra el agua mineral natural sin procesamiento, el hielo, la nieve y el agua de mar.

Si bien el argumento de quienes defienden el libre comercio, es que la legislación no considera el agua en su estado natural, sino la embotellada, que sí es un producto, lo cierto es que el agua para la elaboración de este producto puede provenir de fuentes concesionadas a través de varias figuras como ser caudales; en consecuencia, para fines de análisis, se debe vincular el producto con la “materia prima”, es decir, la fuente de agua.

Por otra parte, existen partidas con la referencia “los demás” que aparentemente sólo se dirigen a aquellas mercancías que no han sido mencionadas a continuación de la partida de 4 códigos y por tanto su interpretación estaría delimitada por la descripción de la mercancía y en algunos casos incluso por las especificaciones de las notas complementarias establecidas al inicio del capítulo, pero en el caso del agua esa regla no es igual de precisa.

En las listas de productos por país del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles de la OMC, mas conocido como GATT, Bolivia, Perú, Colombia, Ecuador y los EE.UU. presentan de diferentes maneras las partidas anteriormente analizadas. (Ver Anexo No 1)

Bolivia y Perú han incluido en paquete la totalidad de sus partidas arancelarias de bienes de consumo, estableciendo en el caso boliviano un arancel consolidado o techo del 40 % y en el peruano un arancel del 30 % ad valorem para las mercancías que involucran al agua contenidas en las partidas 2201, 2202, 2501 y 2851. Colombia ha hecho compromisos listando cada partida y no en paquete como Bolivia y Perú, y ha incluido solamente las partidas 2201 y 2202 con un arancel consolidado del 70 %.

Ecuador incluye únicamente las partidas 2201.90.00 y 2202.10.00 con un arancel consolidado del 30 % y en la definición de la partida 2201.90.00 se precisa que la descripción de “los demás” comprenderá el “agua ordinaria natural, hielo y nieve, sin azúcar o edulcorar de otro modo ni aromatizar”.

EE.UU. incluyó en la OMC las partidas 2201, 2201.10.00, 2201.90.00; 2202, 2202.10.00; 2501.00.00 y la 2851.00.00. En síntesis, sólo este país incluyó los 4 grupos de partidas que comprenden el agua. En su tratamiento arancelario EE.UU., a diferencia de los países andinos, establece un arancel fijo consolidado de 0,26 centavos por litro para la partida 2201.10.00 y 0,2 centavos por litro para la 2202.10.00.

De este análisis podemos concluir que tanto los países andinos como EE.UU. en la OMC tratan al agua como una mercancía más, no se establece una definición arancelaria precisa que delimite el alcance del compromiso de liberalización, ni merece un trato especial.

En el caso del TLC Perú-EEUU la negociación fue realizada sobre la base de partidas de ocho dígitos. Perú utilizó su propio Arancel de Aduanas¹⁵⁵ y Estados Unidos la Harmonized Tariff Schedule (HTS). En el tema del agua sólo se consideró la 22011000, 22019000, 22021000 y 22029000 (esta última excepcionalmente por Perú).

¹⁵⁵ El Arancel de Aduanas del Perú ha sido elaborado en base a la Nomenclatura Común de los Países Miembros de la Comunidad Andina (NANDINA), con la inclusión de subpartidas adicionales de conformidad a la facultad otorgada por el art. 4º de la Decisión 249 de la Comisión de la Comunidad Andina.

El problema identificado en las partidas por la descripción “los demás” no se encaró de la misma forma en ambas partes. Perú mantuvo la descripción “los demás”, en cambio Estados Unidos especificó los productos de la partida 2201.90.00, cerrando su referencia sólo a esos bienes. No existe ninguna observación especial de parte de Perú, probablemente porque de acuerdo a lo establecido en su Arancel de Aduanas “los demás”, sólo abarca al Agua sin gasear, Hielo y las demás. Empero, con la última mención, la interpretación de esta partida – salvo que se refiera exclusivamente a la nieve - es amplia.

Conclusiones

El agua de mar, el hielo, la nieve, el agua natural sin procesamiento son sujetos de negociación.

El agua es una riqueza natural limitada y un bien público, fundamental para la vida y la salud, no obstante ello, las partidas se refieren a ella como una mercancía más, su descripción responde a una definición fría de lo que deberá entenderse como bien, cuando un compromiso sobre el agua no se ciñe exclusivamente a la eliminación progresiva de su barrera arancelaria, sino deja la puerta abierta a las empresas comercializadoras del agua sobre las decisiones de su intercambio comercial.¹⁵⁶

La interpretación de la partida “los demás” no es resuelta de igual modo por los países. Si un Estado tiene una norma interna que regula este tema, puede colocar excepciones a las partidas que involucran al agua a fin de permitir al Estado imponer o mantener – aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas– prohibiciones o restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de

¹⁵⁶ Muchas empresas productoras del agua-producto generalmente son beneficiarias de concesiones que copan cuencas enteras e incluso tienen derechos sobre las fuentes de agua encargándose además de la distribución en el mercado interno y externo.

otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas. (XI-1, Acuerdo General de Comercio y Tarifas, o GATT, por su sigla en ingles). Si los Estados no tienen estas salvaguardas internas no podrá hacer uso de esa facultad reconocida por el GATT.

La mayoría de los países andinos no tienen regulación en este tema y las excepciones medioambientales que tal vez podrían interponerse sólo son temporales.

2.2 EL AGUA COMO INVERSIÓN EN SERVICIOS

En la actualidad existen tres clasificaciones de servicios; la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios (W/120), adoptada en el marco de las negociaciones del Acuerdo General de Comercio y Servicios (AGCS)¹⁵⁷ durante la Ronda Uruguay; la Clasificación Central Provisional de Productos (CCP) de 1991; y, la Clasificación Central de Productos de 1997.

Los servicios de agua potable y saneamiento están incluidos dentro de los servicios ambientales. A continuación se presenta la cobertura de estos servicios en cada una de estas clasificaciones.

TABLA 3: CLASIFICACION SERVICIOS AMBIENTALES

W/120	CCP Provisional 1991	CCP 1997
A. Servicios de Alcantarillado (9401)	9401 Servicios de Alcantarillado	941 Servicios de Alcantarillado 94110 Tratamiento de aguas servidas 94120 Limpieza y vacío de tanques.
B. Servicios de eliminación de residuos (9402)	9402 Servicio de eliminación de residuos	942 Servicio de eliminación de residuos 94211 Recojo de desperdicios no peligrosos 94212 Tratamiento y deshecho de

¹⁵⁷ Llamado GATS, por su sigla en ingles

		residuos no peligrosos 94221 Recajo de desechos peligrosos 94222 Tratamiento y deshecho de residuos peligrosos.
C. Servicios de saneamiento y similares (9403)	9403 Servicios de saneamiento y similares	943 Servicios de saneamiento y similares 94310 Servicios de limpieza y remoción de nieve 94390 Otros servicios de saneamiento
D. Otros servicios (9409)	9404 Servicios de limpieza de gases de escape 9405 Servicios de lucha contra el ruido 9406 Servicios de protección de la naturaleza y el paisaje 9409 Otros servicios n.e.o.p	949 Otros servicios de protección ambiental n.e.o.p

La liberalización de los servicios ambientales sigue los parámetros del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS o GATS) en la OMC y de los capítulos de servicios transfronterizos e inversiones en los TLCs.

Servicios Transfronterizos

Los que defienden los beneficios del capítulo sobre servicios transfronterizos y el AGCS enfatizan que las negociaciones a nivel multilateral o regional no representan una amenaza para los servicios públicos - dentro de los cuales se encuentran los servicios ambientales - porque textualmente quedan excluidos del campo de aplicación *todos los servicios suministrados en condiciones no comerciales y en el ejercicio de facultades gubernamentales.*

Sin embargo, no está totalmente claro cuales son los servicios prestados en facultades gubernamentales. La Secretaría de la OMC admite que existe ambigüedad en los términos “condiciones comerciales” y “servicios no suministrados en competencia con uno o más proveedores de servicios similares”¹⁵⁸. Por ejemplo, en el caso de los servicios sociales y los servicios hospitalarios, la propia Secretaría de la OMC, en un documento de antecedentes, dudó que estuviera incluido en la excepción del párrafo 3 del Artículo I del AGCS, según este documento en la mayoría de los países el sector

¹⁵⁸ “En condiciones comerciales, puede ser definido como un servicio suministrado sin afán de lucro, y en competencia, se define cuando hay dos o mas proveedores en el mercado, en consecuencia solo los servicios suministrados sin ganancia, por un monopolio estatal estarían excluidos del ámbito del AGCS ” (Alban, 2005, p. 13).

hospitalario está compuesto por «entidades de propiedad gubernamental y privada que funcionan ambas sobre bases comerciales, cobrándole al paciente o a su seguro por el tratamiento proporcionado» (Documento WTO, 1998, p.11 citado en Hartmann, E. & Scherrer, C., 2003, p.14). Por ello, parece poco realista argumentar a favor de la aplicación de la excepción.

Markus Krajewski (2002 citado en Hartmann, E. & Scherrer, C., 2003, p.15) concluye, en un análisis del marco legal, que el AGCS implica una definición muy restringida del sector de los servicios públicos. No se lo considera «especial» comparado con otros servicios, aparece aquí una noción de similitud del servicio. La similitud de la entrega es lo que asemeja a las entidades, independientemente de si son de naturaleza pública o privada. Este concepto del servicio público se aparta de la definición del servicio público como una función de interés general, como bienes comunes, una noción que subyace, por ejemplo, en la doctrina del derecho público francés. La noción de la OMC se basa en un concepto económico de los bienes públicos que significa solamente servicios que no pueden ser suministrados de manera eficiente a través del mercado, por sus características de «no rivalidad» y «no excluibilidad». Por lo tanto, los servicios públicos no están definidos por la naturaleza del servicio o por las características del proveedor del servicio, sino por el modo de suministro. (p.15).

Por otro lado, en el caso particular de los servicios de agua potable y alcantarillado sanitario, se debe tomar en cuenta que a consecuencia de la sobrecarga ya soportada por el sistema público debido a restricciones en el presupuesto, los gobiernos comenzaron cada vez más a «comercializar» estos servicios orientándolos a la rentabilidad.

Asimismo, en el marco de los programas de ajuste estructural que acompañan los préstamos concedidos por el Banco Mundial y el FMI, se exigió a los gobiernos reducir los gastos públicos provocando que muchos servicios fueran privatizados. Resultando que en los últimos años se volvió más común las formas de financiamiento híbridas como las de asociaciones público-privadas o de grupos privados en los países en desarrollo.

La introducción de elementos de rentabilidad y competitividad en sectores que anteriormente habían funcionado como monopolios públicos sin fines de lucro, les quita

a esos servicios su condición de servicios gubernamentales. (Krajewski 2002 citado en Hartmann, E. & Scherrer, C., 2003, p.15)

En los TLCs sólo están por fuera de la definición de servicios, ciertos servicios de transporte aéreo y aquellos servicios suministrados en el ejercicio de la autoridad gubernamental, de una manera no comercial "ni competitiva", o sea que no merezcan ser tratados como objeto de inversión por su poca rentabilidad o dificultad del servicio que, conforme se expuso, no es el caso de los servicios de agua potable y que más bien corresponde a los tribunales, los bancos centrales y la defensa.

Más allá de las consideraciones técnicas la evidencia de la negociación de los servicios básicos y específicamente del suministro de agua y alcantarillado se encuentra: Primero, en la nominación de este sector en la lista sectorial de la OMC W/120 como un referente para su negociación. Segundo, en las peticiones para la apertura del sector de servicios a nivel de la OMC, entre los que resaltan los de la Coalición de Industrias de Servicios de EE.UU. y los del Foro Europeo de Servicios que han hecho fuerte presión a través de sus representantes gubernamentales para que los países en desarrollo "comprometan" sus servicios de energía y de agua. "La UE ha pedido compromisos del AGCS sobre "servicios medioambientales en 64 países" en su propuesta-oferta preliminar de negociación según el proceso de Doha" (Martín, B. & Simpson, R., 2005, p.18). Tercero, los compromisos suscritos en este sector no sólo son a nivel multilateral sino a nivel regional.

Inversión

Los compromisos en el sector de servicios medioambientales, por considerarse una inversión en servicios, también están sujetos a las disposiciones del capítulo de inversiones en un TLC. En la OMC "el AGCS por si solo puede concebirse como una especie de marco para un acuerdo multilateral de promoción y protección de la inversión en servicios" (CEPAL, 2000a, p.30).

En el TLC Perú-EEUU, el Art. 10.28 establece que inversión es todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo, cuyas formas pueden ser la de "(a) una empresa; (e)... contratos de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna, entre otras". La amplitud de esta definición entiende los derechos contractuales, como en el caso de los contratos de concesión –modalidad bajo la cual se autoriza el suministro de agua potable–, como un elemento natural de las inversiones, básicamente porque de acuerdo a la ideología comercial, los servicios públicos sólo pueden ser suministrados de manera eficiente a través del mercado.

Este concepto no toma en cuenta la naturaleza del servicio, el interés general, la necesidad colectiva, el impacto del servicio, su función social, etc. Sólo interesan los beneficios económicos que se obtienen por la producción de bienes o la prestación de

servicios en el mercado y su alcance esta dirigido a cumplir los objetivos económicos y políticos de las partes en el tratado.

Evidentemente, la participación del sector privado en la economía –por lo general– se justifica para obtener una retribución económica por las actividades que realizan; caso contrario difícilmente se verían interesados en su prestación. Empero, en el caso de los servicios públicos ese interés debe someterse al derecho colectivo de contar con el servicio.

El artículo mencionado se aplica a la figura de “concesión” (con la cual se han otorgado fuentes de agua en países andinos), no sólo por el concepto de “inversión, sino porque existen otras referencias en este capítulo que dejan claramente establecido su alcance sobre estos servicios. Así tenemos el Art. 10.1 inc. 2 que señala que “las obligaciones de una Parte bajo esta sección aplicarán a una empresa estatal u otra persona cuando ejecute cualquier autoridad regulatoria, administrativa u otra autoridad gubernamental que le hubiera sido delegada por esa Parte”.

Toda vez que la concesión es un acto administrativo cuya autorización queda supeditada a control gubernamental se establece que el capítulo debe ser obligatorio para aquellas autoridades que tengan, respecto a los inversionistas, atribuciones regulatorias, administrativas u otras.

Otra disposición importante por su expresa referencia a estos servicios es el Art. 10.28 que señala que “un acuerdo de inversión será entendido como un acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de la otra Parte, sobre el cual la inversión cubierta o el inversionista se apoya para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista:(b) respecto a la provisión de servicios al público en representación de la Parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua, o telecomunicaciones; o.... “.

Con este artículo, queda totalmente manifiesto que las obligaciones del capítulo de inversiones se imponen a los estados que autorizan a inversionistas proveer servicios de tratamiento o distribución de agua.

De acá en adelante los conflictos para el país se presentan por el nivel de las obligaciones que le impone el capítulo de inversiones dentro de un TLC. Dura labor cuando la tipología de este apartado, es similar a la mantenida en un Tratado Bilateral de Inversión, y entre sus características se encuentra el contener un sinnúmero de medidas a favor del inversionista tales como los requisitos de desempeño, expropiación e indemnización, trato nacional, trato justo y equitativo, trato de la nación mas favorecida, etc. y su incumplimiento provoca la automática demanda ante el CIADI.

Listas de medidas disconformes en Servicios Transfronterizos e Inversiones

La negociación de los sectores de servicios se realiza por medio de listas, positivas en la OMC y listas negativas en un TLC.¹⁵⁹

En la negociación por listas positivas un país lista un número determinado de sectores de servicios de forma voluntaria y después de identificar el sector señala el tipo de acceso y de trato para cada uno y para cada modo de suministro que está dispuesto a ofrecer contractualmente a los proveedores de servicios de otros países.

En el tipo de acceso y trato, el país puede describir la restricción que su ordenamiento jurídico nacional impide cumplir con el principio; por ejemplo, puede indicar NINGUNA en caso de que no existan limitaciones para el Acceso al Mercado o al Trato Nacional; o mencionar SIN CONSOLIDAR cuando el Estado desea mantenerse libre de introducir todas las medidas que estime necesarias, incluso cuando éstas sean inconsistentes con las obligaciones de Acceso a Mercado y/o Trato Nacional.

En las listas negativas la inclusión integral de todos los sectores de servicios es automática, a menos que se especifique lo contrario en la lista de reservas (denominadas medidas disconformes) en base a las disciplinas específicas de los capítulos sobre servicios e inversiones que superen las categorías de acceso y trato.

En los TLCs estas listas se denominan “Medidas Disconformes”. Una medida no-conforme o disconforme se asienta en “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”, por tanto una medida “disconforme” es una decisión nacional que no cumple con los requisitos de Acceso a Mercados, Presencia Local, Trato Nacional, Requisitos de Desempeño establecidos en el TLC. Por ejemplo, Ley General de Trabajo de Bolivia, Art.3 que establece que las empresas no pueden contratar personal extranjero que sobrepase el 15% de su planilla es contraria al principio de acceso a mercados.

¹⁵⁹ En un estudio de la ALADI titulado *Situación de las negociaciones y el comercio de servicios regional e internacional*, 2004, p.36, se definen a las listas positivas y negativas de la siguiente manera

Listas Positivas. El enfoque de listas positivas, también conocido como “*bottom-up*” o “de abajo hacia arriba”, consiste en el listado de los servicios que se pretenden liberalizar, quedando el resto del universo protegido. Este enfoque, basado en la noción de “progresividad”, surgió en la Ronda Uruguay, como instrumento por el que se pretendió no afectar la sensibilidad de muchos países en desarrollo y tiene a los compromisos específicos como elementos centrales.

Listas Negativas. En lo que tiene que ver con el enfoque de listas negativas, conocido también como “*Top-down*,” o “verticalista”, o de “arriba hacia abajo”, el mismo consiste en la elaboración de listas de servicios que no son objeto de liberalización, es decir que, en función a este enfoque, todos los servicios están liberalizados, a menos que figuren en las listas: por eso se las conoce como negativas. La lógica detrás de una negociación por lista negativa es lo que se ha llamado el “*list or loose it*”, es decir, toda medida incompatible no inscrita en las reservas deberá ser derogada. El elemento central de este enfoque son los compromisos generales.

Estas medidas disconformes pueden ser horizontales o sectoriales, presentes o futuras. Las medidas horizontales se aplican a todos los sectores; las sectoriales, sólo a un sector en particular. Las listas presentes se establecen cuando existe una ley que regula un sector de servicios y sus disposiciones se oponen a algunas obligaciones del acuerdo. Las listas futuras permiten a las partes salvaguardar lo que podría entenderse como algunos servicios y algunas facultades del Estado respecto a esos servicios. En el TLC Perú-EEUU, las reservas presentes se establecieron en el Anexo I y las reservas futuras en el Anexo II.

Las medidas disconformes de los servicios de suministro de agua y alcantarillado deben contener reservas respecto a las obligaciones de los capítulos de servicios transfronterizos e inversiones. Por tratarse de una negociación con listas negativas, su consignación es obligatoria, caso contrario se entendería que ese sector está abierto y de ahí en adelante el estado que acoge al inversor no podría imponerle requisitos que vayan en contra de los compromisos instituidos en el tratado.

Si el país no tuviera una ley en este sector que le permita establecer su no-conformidad con algunas de las exigencias del tratado en el momento de la negociación, podría levantar una lista a futuro reservando su derecho a instituir las condiciones del suministro del servicio de agua en su país.

Cabe aclarar que las partes pueden manejar ambas listas, siempre y cuando no hayan comprometido este sector en la OMC.

Esta forma de negociación conspira contra países que tienen regímenes liberales para el comercio de servicios mediante una apertura unilateral ya que al consolidarse la situación vigente mediante la negociación bajo la cláusula *stand still*¹⁶⁰, se cristaliza una situación de desequilibrio frente a aquellos países que no han liberalizado su sector de servicios generándose así una situación de intercambio de concesiones desigual en términos de compromisos vinculantes.

En la medida en que un país no cuente con políticas y regulación en la mayoría de sectores de servicios y no se hayan definido con claridad los objetivos nacionales, la negociación mediante listas positivas podría ser más beneficiosa para el país. Adicionalmente, garantizaría la libertad de los países a introducir nueva regulación restrictiva en los sectores no incorporados en los compromisos específicos, porque no conlleva necesariamente una obligación general de "*stand still*".

Conclusiones

Técnicamente se ha demostrado que el agua está incluida en las negociaciones de los capítulos de acceso a mercados, servicios transfronterizos e inversiones. Según como sea su tratamiento, los cruces de caminos entre el alcance de las disposiciones de estos capítulos se enlazarán con otros apartados lo mismo que el nivel de impacto.

¹⁶⁰ Cláusula de *status quo* o prohibición de crear nuevos obstáculos al comercio de servicios.

En términos de la apertura comercial, los TLCs consolidan el *status quo* mediante el registro de las medidas disconformes existentes en los respectivos anexos, empero, no prevén mecanismos de contrapeso.

III. SOBERANÍA NORMATIVA REMANENTE

Una de las principales preocupaciones sobre la aplicación de los acuerdos de comercio sobre los servicios es el efecto de los acuerdos sobre la capacidad de los gobiernos a la hora de regular el cumplimiento de la política pública. Aunque la defensa de los TLCs insiste en que los gobiernos podrían aplicar aquellas condiciones que quisiesen en sus reservas, no existe el mismo ánimo para señalar lo que sucede cuando esos países no tienen la capacidad normativa necesaria para establecer su medida disconforme.

Incluso si se formulan reservas, la capacidad de exclusión que es posible realizar con una de ellas deja para el futuro solo una pequeña posibilidad de autonomía regulatoria. En teoría, la regulación sobre recursos naturales, sobre la prestación del servicio y otros se conserva si se levantó un listado suficientemente amplio de aspectos que se salvaguardan de la aplicación de un TLC para que estén fuera de su alcance.

En la práctica, con salvaguardas o sin ellas, no puede haber requisitos que obstaculicen el comercio porque toda limitación podría ser considerada como restrictiva o discriminatoria. De ahí en adelante cualquier modificación en la normativa únicamente sería posible si ese país introduce criterios que respeten el marco comprometido en el acuerdo y en las medidas disconformes. De modo que no podría ser más restrictivo de lo convenido, aunque sí podría ser más liberal.

Además, las regulaciones no deben afectar ni las inversiones ni el comercio. Por regulaciones se entienden las medidas adoptadas por los gobiernos, sean de carácter nacional o local, es decir las que usualmente emplea el Estado para administrar el recurso.

Se trata de que el Estado continúe cediendo su posibilidad de regular conforme a los intereses particulares de sus habitantes, y adecúe las leyes referidas al agua a los criterios de la inversión privada, o que finalmente éstas se regulen vía el mercado. (Flórez, M.I., 2003)

La flexibilización de políticas, intrínseca al avance de compromisos a largo plazo sobre el medio regulador, sin los cuales los inversores se sienten vulnerables, significa que la capacidad de los gobiernos para crear y aplicar políticas está supeditada a esos compromisos.

Una cuestión importante en este punto está relacionada con el art. 11.7 del Capítulo sobre Servicios Transfronterizos y 6 del AGCS referente a Reglamentación Nacional, que señala la obligación de cada parte de “...*garantizar que las medidas relacionadas con los requisitos y procedimientos de admisión, criterios de calidad técnica y requisitos para la obtención de licencias no constituyan un obstáculo para el comercio de servicios*”

necesariamente”. Asimismo, los arts 11.7-2 b) y el art. 6.4b) conocido como la “prueba de necesidad” estipulan que cada requisito debería ser: “no más gravoso de lo necesario para garantizar la calidad del servicio”. Esto solamente hace referencia a la calidad de servicio y no a la calidad del acceso. Lo ideal sería que el acceso se incluyese dentro del concepto de calidad, porque abriría la puerta para limitar el mismo.

La declaración ministerial de Doha incluye una declaración categórica que fue reiterada en Cancún (par. 7) donde se reiteró “el derecho de los miembros que suscriben el AGCS a introducir nuevas regulaciones sobre la oferta de servicios”. Esto representa un compromiso político que reforzaba la misma declaración que contiene el preámbulo del tratado¹⁶¹, ello podría tener ese efecto, pero aunque fuese así, no abrió el camino para aclarar si la “prueba de necesidad” se aplica sólo a aquellos sectores ya comprometidos en la liberalización o a todos.

En el TLC encontramos que el ámbito de aplicación abarca las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte que afecten el comercio transfronterizo de servicios. “[Esta referencia es importante para determinar el alcance del término] afecten, dado que resulta difícil establecer una línea divisoria entre el ámbito de aplicación de las disciplinas y las medidas comprendidas”. (Abugattas, 2004a, p. 2).

En el marco del AGCS hubo alguna discusión, pero a nivel TLC ese debate es más interesante porque el ámbito de aplicación del capítulo de servicios amplía el compromiso de cobertura establecido en la OMC. En el AGCS la cobertura se refiere ilustrativamente a las cuatro modalidades de prestación de servicios; en cambio, en el capítulo de servicios el alcance no se ocupa de estos modos, incluye en su lugar definiciones del AGCS relativas al suministro de un servicio y las medidas adoptadas por los miembros que afecten al comercio de servicios¹⁶².

“Según recientes conclusiones del Órgano de Apelación de la OMC la palabra *afectar* en su sentido corriente denota una medida que tiene efecto sobre, y ello implica un amplio campo de aplicación superando el alcance de los términos regular o regir” (Abugattas, 2004a, p.3).

Por tanto, las obligaciones del acuerdo no sólo se aplican a la normativa jurídica que esté regulando el sector sino a todo tipo de medidas que afecten en el presente y en el futuro a la prestación de ese servicio.

Abugattas (2004a), al respecto señala que: Es importante destacar que los acuerdos excluyen del mecanismo de solución de controversias Inversionista y Estado todas las disposiciones del capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios entre otros artículos el referente a regulación doméstica. Esta exclusión puede ser muy relevante en términos de salvaguardar el derecho de los países a regular los servicios, derecho explícitamente consagrado en el AGCS. Al respecto debe tenerse en cuenta que en el caso del NAFTA debido a la interpretación dada de alguna de sus provisiones en

¹⁶¹ Hay quienes piensan que el preámbulo tiene menos peso legal que el texto principal

¹⁶² Entre otros cambios, de los que destaca la exclusión definitiva al tema de migración.

controversias inversionistas – estado, se ha cuestionado en algunos casos, el derecho mismo a regular de los Estados. (p.7)

El TLC al incorporar la inversión extranjera, amplía el mandato de la OMC para dictar y aplicar normas sobre cuestiones no comerciales. Mientras el viejo sistema del GATT produce normas multilaterales que sólo afectan la política arancelaria de los miembros o las “políticas comerciales de frontera”, el acuerdo de servicios (al igual que otros) afecta la organización interna de las economías, es “invasor”. Las regulaciones sectoriales y nacionales, así como las políticas de desarrollo, tendrán que ajustarse y supeditarse a las nuevas normas internacionales.

Con un TLC, la política pública en servicios y bienes que podría restringir el uso de un recurso estaría afectada por el alcance de los derechos del inversor.

Bajo este marco, es difícil imaginar que las negociaciones puedan crear una situación de convivencia armoniosa entre la capacidad interna de regular los servicios nacionales de los entes reguladores y el acceso de proveedores de servicios extranjeros a los mercados internos.

Los resultados de las negociaciones de los países andinos sobre el sector de los servicios ambientales en el TLC con EEUU enseñan lo siguiente:

1. El país con normativa óptima para regular sus servicios, reflejó las exigencias de su normativa en sus reservas.
2. El país con un sistema federal listó en una medida la autonomía de regulación de sus estados, es decir, sin especificar las condiciones estatales para el suministro del servicio.
3. El país con normativa exigua levantó reservas a futuro, aunque su consignación se negoció y supeditó a la aprobación de la otra parte.
4. El país con o sin bases normativas estableció medidas a futuro reservándose el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que no sea incompatible con las obligaciones de ese país de conformidad con el Artículo XVI del AGCS.
5. El país con disposiciones internas liberales no levantó ninguna reserva porque su esquema jurídico es abierto.
6. El país que abrió un sector (servicios ambientales, p.e.) a nivel OMC no inscribió una medida bilateral en ese sector porque la apertura es automática.¹⁶³

¹⁶³ De acuerdo al Art. XIX del AGCS sobre integración económica, los países inician negociaciones bilaterales con el fin de ser más liberales de modo que cualquier acción retroactiva y restrictiva no está permitida.

Cabe aclarar que estos resultados no se dieron de igual manera entre los países andinos y EEUU. Los primeros, la mayoría de las veces utilizaron medidas a futuro para salvaguardar su facultad normativa en aquellos sectores que al momento de negociación previeron como actividades de alto impacto en la calidad de vida y que no liberalizaron anteriormente. En cambio a EEUU no le fue suficiente con establecer una medida a nivel federal además cambió la modalidad de negociación de listas negativas a positivas pues su facultad normativa es inalterable.

IV. IMPACTO DE LA LIBERALIZACION DE LOS USOS DEL AGUA EN LA SOBERANIA NORMATIVA DE LOS PAÍSES ANDINOS Y EEUU

4.1 Bolivia

Pequeños productores agropecuarios y centros urbanos grandes e intermedios concentran el uso del agua en Bolivia. En ambos casos la participación del Estado ha sido casi nula o muy débil.

Los diferentes sistemas de riego son tradicionales (la mayoría data de la colonia o en algunos casos precoloniales) construidos con esfuerzo de las propias comunidades campesinas o con inversión de hacendados. Son pocos los sistemas construidos con apoyo de la cooperación internacional o del Estado.

En el caso de los sistemas de agua potable en los grandes centros urbanos sí existió inversión del Estado, pero la gestión se desarrolló principalmente a nivel regional o municipal, mientras que en las ciudades intermedias y en algunos grandes centros urbanos las iniciativas son resultado del esfuerzo de los usuarios (a través de cooperativas y comités de agua potable).

La gestión del agua en Bolivia se caracteriza por ser esencialmente local, desarrollando derechos basados en principios y valores culturales locales denominados “usos, costumbres y servidumbres”. (Bustamante, 2002 citado en Crespo, C. & Campanini O., 2005, p. 20).

El antecedente normativo más importante fue la ley de Dominio y Aprovechamiento de Aguas que se basaba en un Decreto del 8 de Septiembre de 1879 y que se elevó a rango de Ley el 28 de Noviembre de 1906.

A lo largo de los años, varios artículos de la Ley de Aguas de 1906 fueron derogados por diferentes normas sectoriales y modificaciones constitucionales al punto que en la práctica existe una multiplicidad de disposiciones en diferentes normas sectoriales o principios constitucionales dispersos, incompletos y no interrelacionados. Es un problema que no ha podido superarse con la Ley 2066 de Prestación de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario (aprobada el 11 de abril de 2000, con motivo de la denominada Guerra del Agua).

Muchas de esas disposiciones fueron fruto de presiones de organismos internacionales que, en el marco del neoliberalismo, buscaban la liberalización de diferentes sectores. “... De una forma muy dócil y casi sin observaciones, se impusieron políticas

económicas determinadas por el FMI y el BM, materializadas en el proceso de privatización y mercantilización de los recursos naturales, incluyendo al recurso agua como un componente directo (servicio de agua potable) o indirecto (industrias, minería, explotación de hidrocarburos, etc.), alineando facilidades para las inversiones extranjeras, reguladas por el mercado, amplias garantías jurídicas, etc”. (Fernández, 2002 citado en Crespo, C. & Campanini O., 2005, p. 20).

Contra estas medidas, las organizaciones sociales iniciaron un proceso de resistencia, traducido en conflictos sociales de grandes magnitudes como la Guerra del Agua, el conflicto por la Mancomunidad de Colcapirhua y Tiquipaya (MACOTI), el conflicto por Aguas del Illimani, y al mismo tiempo en la presentación de propuestas y cambios a normas legales. Muchos de ellos aún están proceso de debate y análisis, y se espera su aprobación para consolidar el cambio en la incompatibilidad entre privatización y gestión local que sobrepone criterios comunitarios, sociales, autorregulados y autogestionarios.

La Guerra del Agua demostró la imposibilidad de establecer un solo tipo de condiciones de acceso a derechos, de regulación y gestión a un conjunto de entidades, sin diferenciar un pequeño comité de agua potable de una empresa transnacional en una comunidad del área rural. Por esa razón, en la Ley 2066 de Prestación de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario se plasmaron derechos diferenciados intentando compensar las diferencias que en el momento de acceder al derecho o en el momento de la regulación se convertían en desventajas. Estos derechos son la concesión, la licencia y el registro.

Anteriormente el único derecho que otorgaba la Ley 2029 de Prestación de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario (modificada por la Ley 2066) era la concesión con características de exclusividad del servicio, otorgada por área geográfica, tiempo máximo de 40 años, mediante licitación pública, con cargo a la tarifa de tasa de regulación y otros montos establecidos en el contrato de concesión. Existía también una Licencia de carácter temporal mientras se alcanzaban las condiciones para la concesión de determinada área.

Con estos requisitos la participación estaba diseñada sólo para capitales privados. Por ello, las organizaciones comunales vieron la necesidad del reconocimiento legal de sus derechos, estableciéndose en la ley 2066 que la licencia se transforme de permiso temporal en un derecho de carácter casi indefinido, sin obligaciones de pagar una tasa de regulación, con otorgación por solicitud; a favor exclusivo de los pequeños comités, cooperativas del área urbana o municipios. Para el caso de los prestadores del servicio en áreas rurales (pueblos indígenas y originarios, comunidades indígenas y campesinas, asociaciones, organizaciones y sindicatos campesinos) la ley debía reconocer los derechos de prestación del servicio (también de uso del recurso hídrico) con un acto administrativo denominado Registro.

Las propuestas de los sectores abordaron también el tema de los órganos ejecutores de políticas públicas en este sector, estableciéndose la Opinión Técnica

Fundamentada (OTF) y el Comité Técnico de Registros y Licencias (CTRL)¹⁶⁴, de modo que la centralidad y posible arbitrariedad¹⁶⁵ de la autoridad reguladora quede anulada con el mecanismo de consulta a la sociedad civil a través de los municipios.¹⁶⁶ Este mecanismo de consulta transforma la concepción de regulación estrictamente técnica, centralizada y vertical de las superintendencias.

El CTRL debería permitir la participación activa de organizaciones sociales, operadores de agua potable y usuarios al momento de constituir nuevas disposiciones.

Con un TLC estas conquistas sociales podrían desaparecer por considerarse obstáculos a la comercialización. Entre muchas condiciones debido al principio de trato nacional, estas diferencias o preferencias (a favor de entidades de carácter público o social) deberían eliminarse o extenderse por igual a todos los proveedores (incluyendo los prestadores transnacionales).

Anteriormente ya fue establecido el principio de trato nacional en La Ley de Servicios Públicos de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario 2029, poniendo en la misma condición a la empresa privada y los sistemas alternativos. “Pero, cuando se producía algún problema se resolvía esa contradicción con una estrategia de manejo jerárquico y flexible de las diferencias, beneficiando y facilitando el funcionamiento del sector privado capitalista y minando las capacidades de gestión de los sistemas asociativos, de apoyo mutuo y con fines sociales”. (Crespo, C., 2004 citado en Crespo, C. & Campanini O., 2005, p. 91). Con un TLC este tratamiento sería el máximo común divisor en cualquier conflicto.

Con la licencia y el registro se reconoce y se respetan los derechos consuetudinarios bolivianos en la gestión del agua. Empero, estos son sólo algunos de los derechos reconocidos porque la normativa regulatoria boliviana en este sector aún tiene mucho por desarrollar.

Otro vacío legal es el referente a la exportación de aguas. Aunque en nuestro país no existe aún exportación de aguas de manera formal, ni tampoco un marco legal explícito sobre esta, esa laguna podría ser completada por el TLC.

¹⁶⁴ Este Comité fue propuesto por las organizaciones sociales en el debate sobre la reglamentación de la Ley 2066 de Prestación de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario. El CTRL se constituiría en un órgano auxiliar en el proceso de regulación, con participación social. Lamentablemente la propuesta no prosperó pues la Ley 2066 no fue reglamentada.

¹⁶⁵ Existen antecedentes sobre decisiones arbitrarias de Superintendentes de Saneamiento Básico respecto al contrato de Aguas del Illimani (cuya accionista mayoritaria era la transnacional Suez Lyonnaise des Eaux) y al contrato de Aguas del Tunari (cuyo accionista mayoritario era la transnacional Bechtel), el primero concesionario del servicio de las ciudades de la paz y El Alto y el segundo concesionario de la ciudad de Cochabamba; decisiones que sin fundamento legal o técnico fueron una de las causas de la Guerra del agua en Cochabamba y de los conflictos por la salida de aguas del Illimani en EL Alto. Además es preciso mencionar que ni en la Ley 2066 de agua potable y alcantarillado sanitario ni en la ley 1600 del SIRESE se establecen mecanismos detallados sobre los procedimientos de las superintendencias.

¹⁶⁶ Las nuevas propuestas pretenden ampliar el espectro de consulta a las organizaciones sociales ya sin la mediación del gobierno municipal.

Anteriormente, amparada en la Ley de Aguas de 1906¹⁶⁷ y en los derechos que el Código Minero otorga a los concesionarios mineros¹⁶⁸, la empresa Corporación Boliviana de Recursos Hídricos (Coboreh S.A.), como parte de un ambicioso proyecto de comercialización de aguas subterráneas del sudoeste de Potosí a Chile para uso doméstico y minero, promovió la aprobación de una norma que autorizase la exportación de agua. Las proyecciones de volúmenes a ser exportados eran mayores a 3.000 litros por segundo (tres veces el suministro de agua en la ciudad de Cochabamba-Bolivia), no obstante que las características hidrológicas de la zona son bastante frágiles (las precipitaciones pluviales alcanzan entre 80 y 150 mm al año¹⁶⁹) teniendo un fuerte impacto sobre el ecosistema que comprende además de fuente de uso para consumo doméstico de las comunidades originarias, un importante capital natural turístico que es básicamente hídrico (Lagunas Verde, Colorada, etc.), de cultivos de quinua y actividad ganadera camélida de gran importancia

Estas gestiones generaron conflictos regionales y nacionales que resultaron en la aprobación de la Ley 2267 de Prioridad Nacional de Estudios de Prospección Cuantificación, Evaluación, Aprovechamiento Óptimo de los Recursos Hídricos en el Sudoeste del Departamento de Potosí¹⁷⁰. Esta Ley establece la exportación de aguas sólo si existen remanentes de aguas. Finalmente, producto de un proceso de movilización social de organizaciones nacionales y regionales (la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia-CSUTCB, la Federación Regional Única de Trabajadores Campesinos del Sudoeste de Potosí-FRUTCAS, entre otras) se logró promulgar la Ley 2704 de Desarrollo del Sudoeste de Potosí que abroga la 2267.

En esta nueva ley, como resultado de los estudios realizados en la zona, se determinó declarar como Prioridad Nacional el Desarrollo Integral del Sudoeste Potosino, estipulando la prohibición de comercialización o exportación de las aguas subterráneas o superficiales de la zona¹⁷¹.

¹⁶⁷ En esta Ley se establece la concesión de fuentes de agua. Es sobre esta base legal que se otorga concesiones de cuencas y nevados a la empresa Aguas del Illimani S. A. en Bolivia. La figura de concesión de aguas sin embargo ha sido eliminada por la Ley 2066 estableciéndose que se debe otorgar autorizaciones de uso de recursos hídricos.

¹⁶⁸ Estos derechos no solo comprenden derechos al uso y aprovechamiento del agua que pasa por el área de la concesión minera sino incluso la facultad de cambiar el curso de los ríos cuando así lo precisen las actividades productivas: Art. 36 y 38 del Código Minero.

¹⁶⁹ "...COBOREH tiene 32500 has de concesiones mineras y de agua cruda es decir: 325,000,000 m², si simplemente multiplicamos la precipitación en la zona (digamos 150 mm = 0.15 m/año) por 325,000,000 m² y por un coeficiente de recarga de los acuíferos bastante alto digamos 0.35 tendríamos un volumen anual total de captación de 17,062,500 m³/año que es igual a 541 l/s [...] Si a este rápido cálculo le añadimos las pérdidas por evaporación, precipitación efectiva, eficiencias de captación, conducción ,etc. el panorama se tornaría aun mas desalentador" (Alurralde, 2002 citado en Crespo, C. & Campanini O., 2005, p. 39).

¹⁷⁰ Previa a su aprobación se debatieron 3 proyectos de Ley, en los cuales se encontraba de forma explícita la exportación de aguas: el primero se denominaba Proyecto de Ley de Concesiones de Fuentes de Agua con Fines de Exportación en Potosí.

¹⁷¹ "Art. 2.- Por razones de protección ambiental, las aguas subterráneas y superficiales del Sudoeste del Departamento de Potosí, no podrán ser comercializadas ni exportadas, debiendo ser utilizadas exclusivamente en proyectos de desarrollo de la región" Ley 2704.

Con un TLC, si bien no obligaría en ningún momento a la exportación de aguas, una vez que el agua entre en el comercio no se podría restringir ni imponer condiciones para su exportación.

A pesar de que la CPE de Bolivia establece que el agua es de dominio originario del Estado¹⁷² --razón por la cual no podría comercializarse este recurso--, ya existieron intenciones o tendencias que buscaron convertir el agua en un bien que se comercialice libremente. La ley de Dominio y Aprovechamiento de Aguas de 1906 establecía que el agua era un bien accesorio de la tierra, y por tanto susceptible de apropiación.

Si bien las disposiciones en este sentido han sido modificadas en la CPE de 1938 e incluso se estableció en la Ley de Reforma Agraria la prohibición de venta o comercialización, los últimos proyectos de Ley de Aguas impulsados por el gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada y el de Hugo Banzer Suarez disponían la libre comercialización de concesiones.

Estos proyectos que promovían la comercialización del agua, o de derechos de uso y aprovechamiento, fueron archivados como resultado de movilizaciones sociales.¹⁷³

Algunas organizaciones en Bolivia han avanzado aun más allá de la suspensión del tratamiento de estos proyectos de ley e iniciaron un largo proceso de construcción de propuestas de ley de derechos de aguas y ley de riego. Estos aportes finalmente se concretizaron en la Ley 2878 de Promoción y Apoyo al Sector Riego, que en sus Reglamentos (también elaborados con una activa participación de las organizaciones campesinas e indígenas de regantes) prohíbe la comercialización del agua, convirtiendo este hecho en una causa de revocatoria.

Con un TLC todos estos resultados podrían modificarse, adecuándose a los compromisos establecidos en el tratado, generando así un libre mercado de aguas.

En el tema de solución de controversias, el actual marco regulatorio en Bolivia dispone que entre las variadas atribuciones de las Superintendencias, como “órganos autárquicos que cubren los ámbitos mas importantes de la economía”, se encuentran sus facultades jurisdiccionales y administrativas, es decir, la capacidad de tomar decisiones y de resolverlas en caso de desacuerdos o conflictos.

En la Ley 2878 “de Promoción y Apoyo al Sector Riego para la Producción agropecuaria y Forestal”¹⁷⁴ las organizaciones campesinas e indígenas de regantes constituyeron un

¹⁷² “I. Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. II. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares.” Art 136 de la CPE

¹⁷³ “El agua no puede ser objeto de apropiación privada ni disposición comercial” Propuesta del 27 de abril de 1999, de la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB), la Confederación Sindical de Colonizadores de Bolivia (CSCB) y la Federación Nacional de Mujeres Campesinas de Bolivia – Bartolina Sisa (FNMCB-BS) sobre la Ley de Aguas.

¹⁷⁴ Cuyos reglamentos fueron promulgados por el presidente Evo Morales el 2 de Agosto de 2006. Esta ley incluye un régimen de derechos de aguas.

marco institucional regulatorio con funciones similares a las Superintendencias, pero con amplia participación de organizaciones sociales. Nos referimos a los Servicios Nacionales y Departamentales de Riego¹⁷⁵. Entre las funciones más importantes de estas instancias están la de otorgar y revocar registros y autorizaciones, y resolver oposiciones, conflictos y controversias respecto a derechos de uso y aprovechamiento de recursos hídricos para riego, además de otras funciones de planificación, coordinación y administración¹⁷⁶.

Tanto en las Superintendencias como en el caso de los Servicios de Riego se establecen tres pisos en la resolución de controversias cuando el procedimiento conciliatorio no es viabilizado por las partes: i) recurso de revocatoria ante la superintendencia sectorial o el servicio departamental riego correspondiente; ii) recurso jerárquico superior ante la superintendencia general o el servicio nacional de riego; y finalmente iii) contencioso administrativo ante la Corte Suprema de Justicia en el caso de las superintendencias, y ante el Tribunal Agrario en el caso del servicio de riego, donde se agotaría el caso¹⁷⁷.

“Este procedimiento que primero agota el marco institucional administrativo para luego ingresar a la institucionalidad judicial (directamente a la máxima autoridad de este poder), implica de manera formal la existencia de tribunales independientes de los organismos administrativos (es decir de las Superintendencias)” (Orellana, R., 2003, citado en Crespo, C. & Campanini O., 2005, p.33). Las disposiciones establecidas en el TLC establecen que las controversias no pueden resolverse en los dos primeros niveles mencionados.

El TLC transformaría la estructura institucional regulatoria, reduciendo sus atribuciones y dejando las funciones referidas a la resolución de controversias al ámbito judicial que, además, no necesariamente comprende la jurisdicción nacional sino internacional, transformando de esta forma la instancia nacional en opcional. La participación social y la recuperación de mecanismos de resolución de conflictos propios de organizaciones que gestionan el agua serían totalmente descartados, reproduciendo los conflictos que en algún momento resultaron de la delegación de este tipo de controversias a instancias judiciales inapropiadas por el escaso conocimiento de la temática.

La participación social sería desplazada a instancias de arbitraje internacional como la comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo Mercantil internacional (CNUDMI) o el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), donde

¹⁷⁵ Capítulo II de la Ley 2878 de Promoción y apoyo al Sector de Riego para la Producción agropecuaria y Forestal: Art. 7 de creación del Servicio Nacional de Riego y Art. 13 de creación de los Servicios Departamentales de Riego.

¹⁷⁶ Art. 16 para el Servicio Nacional de Riego (SENARI) y Art. 35 para los Servicios Departamentales de Riego (SEDERI), Proyecto de reglamentos a la Ley N° 2878, Marco Institucional

¹⁷⁷ La última modificación realizada a la Ley 1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria, realizada después de una marcha indígena campesina en noviembre de 2006, estableció que los conflictos relacionados con aguas, que con la antigua ley agraria podían ser ventilados en los juzgados agrarios, serían resueltos como instancia judicial final, una vez agotada la vía administrativa de los servicios de riego, en el Tribunal Agrario Nacional.

los inversores transnacionales tienen más ventajas y los Estados nacionales pierden soberanía jurídica.

Hasta el momento en Bolivia no existe una ley específica del recurso agua que norme, regule técnica y jurídicamente la obtención, inventariación, preservación, uso y aprovechamiento efectivo, beneficioso, múltiple y sostenible del recurso agua, aunque existen normas aprobadas para otros sectores que indirectamente conforman el marco legal vigente¹⁷⁸.

Por tanto, la aprobación de un TLC limitaría el accionar regulatorio del Estado, inviabilizaría los proyectos de ley aun en discusión, las propuestas de diferentes sectores y los cambios recién incorporados.

El impacto directo de este tratado sobre la legislación del agua impediría modificar las condiciones establecidas en las variadas y aún incompletas normas de este sector.

La aplicación que el TLC puede tener sobre el marco legal del recurso hídrico podría ocasionar una clara pérdida de la soberanía regulatoria, un retroceso en los avances alcanzados por las organizaciones sociales y en el reconocimiento y respeto de derechos y autoridades consuetudinarias.

El proceso de construcción de regímenes de derechos y marcos institucionales que reconozcan, respeten y protejan los derechos ya existentes de comunidades campesinas, indígenas, originarias, pequeños comités o cooperativas de agua potable,

¹⁷⁸ Normas que contienen disposiciones sobre recursos hídricos:

- 1953 Ley de Reforma Agraria
- 1967 Constitución Política del Estado
- 1967 Reglamento de Aguas para irrigación, resolución Ministerial No. 210/67
- 1975 Código Civil
- 1975 Decreto ley de navegación fluvial, lacustre y marítima (DS 12684)
- 1975 Decreto Ley de Vida silvestre, parques nacionales, caza y pesca (DS 12301)
- 1977 Reglamento de la Organización Institucional y de las Concesiones del sector de aguas (DS 24716)
- 1990 Reglamento de Pesca y Acuicultura (DS 22581)
- 1993 Ley de Participación Popular
- 1993 Ley de Exportaciones
- 1994 Ley SIRESE
- 1994 Ley de Electricidad
- 1996 Ley Forestal
- 1996 Ley INRA
- 1997 Código de Minería
- 1997 Reglamento de Áreas Protegidas (DS 24781)
- 1997 Reglamento de uso de Bienes de dominio publico y de servidumbres para servicios de Aguas (DS 24716)
- 1998 Normas Reglamentarias de uso y Aprovechamiento de Agua para Riego, Resolución Biministerial 01/98
- 1999 Ley de Municipalidades
- 2000 Ley N° 2066 de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario
- 2001 Ley N° 2267 de Declaración de Prioridad Nacional de los Estudios, Prospección, Cuantificación, Evaluación y Aprovechamiento de los Recursos Hídricos en el Sudoeste del Departamento de Potosí
- 2002 Decreto Supremo (DS 26587)
- 2004 Ley N° 2878 de Promoción y Apoyo al Sector Riego

sindicatos o asociaciones de riego, sería estandarizado, lo que no permitiría diferenciar derechos para entidades con fines de lucro y con disposición de grandes capitales para inversión. De esta manera desaparecerían los derechos que protegen a los primeros de los segundos.

Bolivia no ha comprometido la apertura de los servicios de agua potable en la OMC. En sus compromisos horizontales establece condiciones específicas para las concesiones a particulares del suelo y subsuelo del territorio boliviano, incluyendo las aguas lacustres y fluviales. Entre otras exigencias, el Estado pide a las empresas extranjeras el establecimiento en el territorio nacional para ejercer habitualmente actos de comercio, y también limita la posesión de propiedad sobre el suelo o subsuelo por parte de extranjeros dentro de los 50 kilómetros de las fronteras. (Ver Anexo No 2)

En la Convenio Andino de Naciones (CAN), el sector ambiental tiene algunas reservas básicamente concernientes a la exigencia de presencia comercial, empero, la liberalización efectiva de los servicios aún esta en discusión entre sus miembros con nuevos plazos para la liberalización de acuerdo a la Dec 634.

Respecto a los tratados bilaterales de inversión, su constitucionalidad fue objetada ante la Corte Suprema de Justicia y su resolución esta en estudio.

En este contexto, mantener la capacidad de regulación del Estado boliviano es fundamental porque la estructura normativa en este tema aun está en desarrollo. Condicionarla a compromisos acordados en un foro ajeno a la realidad nacional sería desconocer las reivindicaciones sociales.

4.2 Ecuador

Desde mediados de los ochenta, la transformación de las normativas e instituciones ambientales ecuatorianas procedió en concordancia con los objetivos inherentes a las diversas generaciones de ajuste estructural, aunque las reformas neoliberales no fueron aplicadas con la misma intensidad y extensión en todos los sectores económicos.

Por ello, se establecieron y afianzaron regímenes jurídicos y prácticas administrativas que, aunque mantengan la ficción de la propiedad pública de los comunes ambientales, permiten la apropiación privada de los recursos naturales.

De manera formal, el derecho de los ciudadanos al agua parecería estar suficientemente consagrado en la normativa ecuatoriana. El artículo 247 de la Constitución de la República, los artículos 2, 3 y 4 de la Ley de Aguas y el artículo 42 de la Ley de Desarrollo Agrario definen a los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público. No obstante, esta consagración doctrinaria suele entrar en contradicción con las leyes, reglamentos y prácticas estructuradas en función de garantizar el beneficio privado de los recursos hídricos. En los últimos años, esta contradicción se ha expresado a través de las disputas en torno a las sutiles modificaciones introducidas a las normas vigentes por la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional. Un ejemplo es ilustrativo al respecto.

Originalmente, el Artículo 5 de la Ley de Aguas definía por “derecho de aprovechamiento” a la autorización administrativa e intransferible para el uso de las aguas. En 2004, en virtud de una codificación publicada en el Registro Oficial No. 339 del 20 de mayo, aquel artículo adquirió la siguiente formulación: “Por derecho de aprovechamiento se entenderá la autorización administrativa, intransferible, para el uso de las aguas con los requisitos prescritos en esta Ley; salvo el caso de transferencia de dominio, con la sola presentación del título de propiedad del predio por parte de adquirente, la Comisión Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) traspasará automáticamente la concesión del derecho de uso del agua en forma total o proporcional a la superficie vendida al nuevo titular (...) Las aguas destinadas a un inmueble o industria podrán ser usadas por el mero tenedor de éstas, en las mismas condiciones y con las limitaciones que tuvo el titular del derecho de aprovechamiento (...) Se respeta el derecho adquirido de las actuales concesiones legalmente otorgadas, las mismas que están sujetas a los derechos y condiciones establecidas en la presente Ley y sus Reglamentos”.

Mediante estas formulaciones, las elites empresariales ecuatorianas lograron acomodar la Ley de Aguas a las disposiciones de la Ley de Desarrollo Agrario de 1994, un instrumento jurídico cuyos propósitos son, por un lado, facilitar la transferencia automática de los derechos de agua y, por el otro crear soportes para el concepto de seguridad jurídica sobre los derechos de agua.¹⁷⁹

En enero de 2005, con el apoyo del Foro Nacional de los Recursos Hídricos, las organizaciones ecuatorianas de usuarios urbanos y rurales demandaron la inconstitucionalidad de la codificación, argumentando que la comisión legislativa había reformado la ley e introducido figuras inexistentes como aquella relacionada con “los derechos adquiridos”. En respuesta a la reacción ciudadana, el Consejo Consultivo de Aguas resolvió aclarar lo dispuesto previamente y emitió una nueva disposición según la cual los derechos de aprovechamiento de aguas perdurarán mientras dure “la vida económicamente útil de la empresa”. Empero, esta nueva resolución amplificó aún más la controversia pues mantenía el mismo espíritu de la disposición anterior, a saber, garantizar las concesiones de agua por tiempo indefinido.

Esto evidencia que en Ecuador, una vez que la reforma agraria fue clausurada formalmente, el conflicto redistributivo ha tendido a estructurarse bajo la forma de disputas por las concesiones de agua entre los grandes y los pequeños productores agrícolas. En este contexto, las organizaciones multilaterales, las agencias de cooperación internacional y las organizaciones no gubernamentales transnacionales han patrocinado y financiado proyectos de reforma legal e institucional que, para poder efectivizarse bajo circunstancias de una creciente presencia pública de los movimientos indígenas y campesinos, recurrieron a “jugadas legales” poco respetuosas de los procedimientos jurídicos existentes.

¹⁷⁹ De esta manera, los agentes económicos oligopólicos pudieron consolidar jurídicamente la inequidad del sistema de distribución de aguas por el acaparamiento de facto de tierras pues “entre el 50 y 60% de los caudales disponibles estaban controlados por el 1-4% del número de los beneficiarios, grupo éste compuesto básicamente por grandes hacendados” (Terán, 2005, citado en Terán, J.F., 2005, p.8).

Ahora bien, con respecto a la prestación de los servicios que se desprenden del aprovechamiento del agua, desde principios de los noventa, el cambio de las normativas relacionadas con el sector hídrico ecuatoriano ha sido firme y sostenido.

En 1993, se promulgó la Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, creándose así a la entidad encargada de la privatización de las empresas y servicios públicos, a saber, el Consejo Nacional de Modernización del Estado (CONAM). Esta ley institucionalizó como política de Estado la delegación de la prestación de servicios públicos a la empresa privada.

En 1998, la Asamblea Constituyente confirió sustento constitucional a la Ley de Modernización.¹⁸⁰ En 2000, la Ley para la Inversión y Participación Ciudadana (“Trole II”) complementó el marco legal favorable a la participación privada en la prestación de servicios públicos. Gracias a este cuerpo jurídico, se ratificó la posibilidad de conformar asociaciones público-privadas a nivel subnacional en el sector hídrico. En 2004 se comenzó a debatir la propuesta de Ley Orgánica de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento, un instrumento que permitiría introducir tres sistemas de prestación de servicios: la prestación directa por intermedio de las “unidades municipales de gestión desconcentrada”; la prestación indirecta mediante concesiones al sector privado; y la prestación comunitaria por intermedio de entidades comunitarias.

Desde principios de los noventa, Ecuador inició un proceso de adaptación anticipada de sus leyes e instituciones a las propuestas e intereses del capital transnacional. Por ello, las empresas estadounidenses ya tienen un “clima adecuado” a pesar del fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), del estancamiento de las negociaciones del ALCA o del atraso en la concreción del GATS. A fines de 2005, el régimen ecuatoriano para inversiones extranjeras estaba definido básicamente a partir de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones (Ley PGI), la Ley de Comercio Exterior e Inversiones (Ley CEI) y las decisiones 291 y 292 de la CAN.

Jurídicamente, se ha institucionalizado como "prioridad nacional" el fomento del comercio internacional. Empero, en esa normativa no existe, ni siquiera indirectamente, consideración alguna sobre la sustentabilidad ambiental y la equidad social.

Respecto al tratamiento de las inversiones extranjeras, la Ley PGI concede a los inversionistas extranjeros las mismas facilidades otorgables a las personas naturales o jurídicas ecuatorianas, entre las cuales se encuentra la exoneración de autorizaciones gubernamentales previas al establecimiento de una inversión. Ciertamente, el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano mantiene ciertos rasgos de trato discriminatorio a los inversionistas extranjeros en unas cuantas actividades económicas consideradas como “estratégicas”, dígase la pesca, la minería y los hidrocarburos. Sin embargo, este

¹⁸⁰ El Artículo 249 de la nueva Constitución señala que: “Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”

tratamiento discriminatorio no tiene un carácter sustantivo: en esencia, se refiere a procedimientos administrativos que no representan mayor obstáculo para el inversionista extranjero. También, el trato discriminatorio está circunscrito a las actividades económicas difícilmente interesantes para las empresas transnacionales estadounidenses.¹⁸¹

Por sí mismas, las disposiciones legales que definen el carácter estratégico de ciertas actividades económicas no constituyen un apoyo para garantizar una mejor gobernanza doméstica del agua. En Ecuador, históricamente, las elites gobernantes han definido “lo estratégico” asumiendo una lógica de rentismo económico encaminada a perpetuar el carácter no competitivo de las estructuras de algunos mercados internos. Para ilustrar este sesgo de la formulación de políticas públicas se podría mencionar que el artículo 15 de la Constitución Ecuatoriana de 1998 establece que, para fines de explotación económica, las personas o empresas extranjeras no podrán adquirir tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional”. Empero, aún cuando suene rimbombante, este enunciado es intrascendente con referencia a la protección de los recursos naturales pues el criterio de seguridad nacional no se aplica a los ecosistemas más directamente relacionados con la conservación de la cantidad y calidad de los recursos hídricos.

Constitucionalmente, los páramos, los bosques andinos y los manglares costeros no están protegidos de la presencia de inversionistas e inversiones extranjeras. Se han otorgado concesiones para actividades privadas al interior de las reservas naturales y áreas protegidas, estableciéndose así precedentes que podrían ser esgrimidos por los inversionistas estadounidenses para reclamar derechos de operación en los ecosistemas generadores de flujos hídricos. La Constitución no contempla explícitamente las nociones de “seguridad ambiental” y/o “seguridad hídrica”. Tampoco considera que la actividad privada sea contraria a objetivos de sustentabilidad pues admite la participación privada en la gobernanza del sistema nacional de áreas protegidas.

Dado que el agua es considerada como un recurso natural renovable, se tornan fútiles las alusiones constitucionales a las capacidades regulatorias públicas en áreas donde existen recursos naturales no renovables.

Por otra parte, en lo relativo a la protección de los agentes económicos transnacionales, se observa también que la Constitución prohíbe cualquier forma de confiscación. Se permite la expropiación de bienes para fines de orden social, pero con previa valoración e indemnización justas. La Ley PGI y la Decisión 291 (1991a) permiten a los inversionistas extranjeros transferir libremente hacia el exterior sus utilidades, recursos por venta de acciones, participaciones o derechos. Los inversionistas extranjeros pueden someterse al “régimen de estabilidad tributaria” y, de esa manera, congelar su impuesto a la renta al monto existente al momento del registro de la inversión. Los inversionistas extranjeros pueden suscribir un “contrato de inversión” con el Estado que les permite asegurar que sus derechos no serán perjudicados en ninguna forma y serán garantizados incluso mediante convenios internacionales, y obtener “garantías de

¹⁸¹ Por ejemplo, la pesca artesanal solo puede ser realizada por personas ecuatorianas.

estabilidad jurídica específica" que congelan la aplicación de la ley al marco legal vigente al momento de realizar la inversión.¹⁸²

Como podrá inferirse, el marco jurídico ecuatoriano reproduce las definiciones convencionales de los conceptos usualmente incorporados en los acuerdos comerciales estadounidenses. De ahí que la Constitución podría ser interpretada en los sentidos necesarios para apelar a la noción de "expropiación indirecta" y a los procedimientos de reparación apetecidos por las empresas transnacionales. También, obsérvese que las normativas ecuatorianas respaldan a los inversionistas con contratos y garantías especiales otorgados por el Estado "caso por caso", esto es, según las motivaciones específicas de los gobiernos de turno y las capacidades de presión de los agentes económicos transnacionales.

Ecuador no podría negociar la apertura de este sector pues tanto en las concesiones efectuadas ante la OMC y los compromisos adquiridos ante la CAN abrió su sector de servicios de agua potable, respondiendo así a una misma filosofía de política pública. (Ver Anexo No 3)

Es el único país andino que ha comprometido el sector agua potable y saneamiento básico en la OMC, eliminando cualquier requisito a la entrada de proveedores extranjeros para la prestación de servicios de alcantarillado, de eliminación de desperdicios, y servicios de saneamiento y similares. Este país tampoco exige requisitos para el suministro de servicios comerciales al por mayor, servicios relacionados con la minería, estudios y evaluación de yacimientos de hidrocarburos. La única reserva que impone está relacionada al modo 4, relativo al movimiento temporal de personas.

Gracias a estos compromisos, las empresas estadounidenses ya cuentan con pleno acceso a mercados y pleno trato nacional si su actividad está relacionada con la provisión de servicios de agua potable entre otros.¹⁸³

En los anexos del TLC, a Ecuador sólo le falta convencer a EEUU de mantener su potestad para contratar personal a su antojo y conveniencia. A su vez, los inversionistas y las inversiones estadounidenses podrán obtener otras concesiones relacionadas con aquello que, en su resumen de compromisos específicos bajo el AGCS, Ecuador no colocó en su lista.

En sus negociaciones, Ecuador actuó apegándose a una lógica de política pública que combina armoniosamente la visión ortodoxa del crecimiento económico y la voracidad rentista de los grupos de interés domésticos. Por ello, además de sentar un nefasto precedente para las futuras negociaciones bilaterales y multilaterales, las restricciones ecuatorianas al comercio de servicios demuestran una absoluta despreocupación por el

¹⁸² Las garantías y contratos especiales son conferidas en función de criterios económicos estáticos y estrechos, dígame aumento de la oferta interna, aumento de la exportación, desarrollo económico en zonas deprimidas, generación de empleo o actividades de "interés nacional". No constituyen, por tanto, mecanismos para premiar o estimular el buen comportamiento ambiental del inversionista extranjero.

¹⁸³ La concesión de trato nacional a empresas extranjeras de servicios implica que éstas podrían recibir los subsidios que el Estado ecuatoriano conceda a los proveedores domésticos de servicios. Para una explicación de esta posibilidad, (Benitah, 2005 citado en Terán, J.F., 2005, p.8).

valor económico, político y cultural de los bienes y servicios proporcionados por los ecosistemas.

Debido a la incidencia de las normativas no ambientales admitidas por los gobiernos ecuatorianos, no le queda mucho por hacer para evitar la transnacionalización de la provisión de agua, saneamiento y riego.

4.3 Colombia

La Constitución Política de 1991 de Colombia estipula con gran sabiduría la obligación en cabeza del Estado de reconocer al agua como un derecho humano (capítulos 18, 19). “Se concibe estos servicios como eminentemente sociales en la medida en que son parte fundamental del bienestar y calidad de vida de las personas (art. 366 CP). Son un asunto de Estado y se encuentran en la órbita de lo público, corresponde a los poderes constituidos garantizarlos a todos los y las habitantes del territorio nacional (art. 365). Deben ser universales y deben garantizar la igualdad (art. 13) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 16). Su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso (art. 368)”. (Herrreño, H.A, 2002, pp. 6-7).

Asimismo se establece que las decisiones que se adopten frente al agua deben tomar en cuenta la obligación del Estado de proteger la producción de alimentos. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras(art. 65).

Colombia intenta en este tema y en otros igualmente sensibles no ser tan liberal y respetar su norma suprema. A tal efecto equilibra una concepción pública de los servicios domiciliarios con el interés privatista del mercado. Su interpretación del art. 365 que reza que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado” concluye que esa prestación puede realizarse por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. A ello se suma la Ley 142 de 1994 por la cual se establece el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, que en coherencia con lo anterior, establece que el régimen de los servicios públicos domiciliarios responde a un modelo “mixto”, cuya prestación pueda realizarse por particulares de acuerdo con un modelo de libre competencia.

Cuando la línea regulatoria es liberal, “el acceso al servicio queda, subordinado a la capacidad económica de los usuarios. El servicio ya no es parte de un procedimiento de distribución de recursos a cargo del Estado. Los bienes protegidos como servicios públicos son comprados en el mercado y todos los miembros de la sociedad deben pagar por ello al precio que resulte” (CEPAL., 2000b, p.45). Hay una mutación profunda de las nociones de solidaridad y de responsabilidad por parte del Estado a nivel de la provisión de los servicios, imponiéndose criterios de focalización para la inversión y de precios en lugar de subsidios, consecuentemente el Estado deja de ser el representante de los intereses colectivos.

Colombia en la OMC no hizo ningún compromiso en el sector de los servicios ambientales y por consiguiente, tampoco en los servicios de agua potable o

alcantarillado. En sus compromisos horizontales, el Estado colombiano permite la inversión extranjera en todos los sectores de la economía, salvo la que se proyecte efectuar en actividades relacionadas con la defensa nacional, procesamiento y disposición de basuras tóxicas, peligrosas o radioactivas no producidas en Colombia. (Ver Anexo No 4)

La posición negociadora colombiana siempre ha sido muy cuidadosa; de ahí que su congreso no hubiera ratificado ningún tratado bilateral de inversión. Empero, en el tratado con EEUU no ha podido mantener ese temple por las condiciones que el TLC impuso y Colombia aceptó.

Colombia en el TLC estableció medidas disconformes presentes (Anexo I) y futuras (Anexo II) en el sector de los servicios relacionados con el medio ambiente.

Entre sus medidas presentes de carácter horizontal Colombia impide el suministro transfronterizo exigiendo a todos los proveedores de servicios el establecimiento de una sucursal para prestar sus servicios. Asimismo, los inversionistas sólo podrán adquirir valores de un fondo de inversión de capital extranjero.

Contenida en el Anexo I, la medida disconforme sectorial se construye en base a la Ley 142 de 1994, aplicable a todos los servicios públicos domiciliarios cuya cobertura alcanza a los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural y sus actividades complementarias.¹⁸⁴

También queda prescrito que para la prestación de los servicios públicos el tipo de persona jurídica debe ser el de sociedad por acciones o de empresa conjunta. Salvo que en las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, sus propietarios no desearan que su capital esté representado en acciones, entonces podrán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Además se dispone un trato preferente en los concursos públicos para concesiones o licitaciones de servicios públicos a las empresas con participación mayoritaria de comunidades organizadas.

En el Anexo II del TLC con Estados Unidos, la primera medida futura es genérica y aplicable a 18 sectores dentro de los cuales se salvaguarda los servicios relacionados con el medio ambiente. La segunda entrada indirectamente aplicable a todos los sectores establece el derecho de estado colombiano a subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros por razones de Orden Público. Los extranjeros gozarán en el territorio colombiano de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la

¹⁸⁴ Según Consumidores Colombia en su Informe Final, Servicio Público Domiciliario De Agua Potable en Colombia (2005, 2-3), “El servicio de Gas Licuado de Petróleo (GLP, a través de cilindros) y el Telecomunicaciones, estaban en manos de agentes privados antes de la promulgación de la ley 142. En muchos municipios del país estas actividades se organizaban privadamente desde la década de los sesenta”.

Constitución y la Ley. Esta medida es sumamente importante porque ratifica a la CPE y las leyes por encima de un compromiso internacional.

Cotejando estas medidas con las entradas de Colombia en la Dec 510 (en el marco de la CAN), se encuentran cambios en la nominación de la lista y en la eliminación de algunos artículos que no representan verdaderas restricciones ni de acceso ni de trato nacional son más bien requisitos pertenecientes a reglamentación nacional.

Respecto a la nominación de las listas se advierte que en la CAN, Colombia de acuerdo al Art.2 inc. 4 de la Dec 510 utilizó como referencia la clasificación sectorial de la OMC, W/120. Empero esta clasificación ubica sólo parte de los servicios públicos en el sector de los servicios relacionados con el medio ambiente en los siguientes términos: Servicios de alcantarillado; Servicios de eliminación de desperdicios; Servicios de saneamiento y servicios similares; y otros (por ejemplo, servicios de eliminación de gases de escape, protección de la naturaleza y el paisaje, etc.). En cambio los servicios públicos esenciales para Colombia implican los servicios de *acueducto*, *alcantarillado*, *aseo*, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural y sus actividades complementarias¹⁸⁵.

De acuerdo al análisis de las definiciones que la Ley 142 establece para cada sector, los servicios principalmente relacionados con el sector ambiental son los tres primeros, por las siguientes características:

El servicio público domiciliario de acueducto o servicio público domiciliario de agua potable se refiere a la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. Aplicable también a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

El servicio público domiciliario de alcantarillado consiste en la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También adaptable a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.

El servicio público domiciliario de aseo debe entenderse como el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. Ajustable de la misma forma a actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.

Como se observa, el ámbito de aplicación de los servicios públicos colombianos es más amplio que el expuesto en la clasificación W/120 sobre los servicios relacionados con el medio ambiente, por consiguiente, la medida futura debió de haber reservado su alcance a los servicios públicos domiciliarios. Si para Colombia era importante reservar sus facultades - no habiendo la obligación de seguir una clasificación predeterminada

¹⁸⁵ “Ley 142, Art. 14 inc.14.2 Actividades complementarias de un servicio público. Son las actividades a las que también se aplica esta ley, según la precisión que se hace adelante, al definir cada servicio público. Cuando en esta ley se mencionen los servicios públicos, sin hacer precisión especial, se entienden incluidas tales actividades”.

como en la CAN¹⁸⁶- consignar sus compromisos acorde a su propia estructura jurídica le hubiese permitido crear ese límite.

Por las reservas de Anexo II de Colombia puede deducirse que este país necesita - y lo expresa textualmente en su medidas - mantener su soberanía normativa sobre sus servicios públicos, aunque haya suscrito un TLC.

Cabe aclarar si sus reservas a futuro garantizan su potestad normativa para cumplir sus objetivos de política nacional o sólo son paliativos ante los inevitables compromisos.

4.4 Perú

El impacto del Tratado sobre la gestión del agua en Perú guarda algunas semejanzas con Ecuador, pues varios principios de la posición promovida por OMC y/o EEUU ya han sido asimilados.

En el caso peruano, se considera que la implementación del TLC con EE.UU. no generaría problemas porque el país se abrió a la inversión extranjera desde los setenta. Actualmente, el inversionista extranjero se caracteriza por no recibir un trato discriminatorio frente al inversionista nacional. Existe libertad de comercio e industria, libertad de exportación e importación, la posibilidad de remesar libremente al exterior las utilidades o dividendos, previo pago de los impuestos que le correspondan y el derecho a utilizar el tipo de cambio más favorable existente en el mercado para el tipo de operación cambiaria que se trate. Además, se valida el derecho a la libre reexportación del capital invertido, en el caso de venta de acciones, reducción de capital o liquidación parcial o total de las inversiones. Se reconoce también el acceso irrestricto al crédito interno bajo las mismas condiciones que el inversionista nacional, la libre contratación de tecnología y remesa de regalías, libertad para adquirir acciones de propiedad de inversionistas nacionales, la posibilidad de contratar en el exterior seguros para su inversión y la posibilidad de suscribir con el Estado convenios de estabilidad jurídica para su inversión en el país.

Acorde con lo anterior, el Art.63 de la Constitución Política del Perú señala: “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”

¹⁸⁶ La lista de clasificación sectorial sólo era referencial y cada país tenía la libertad de nominar la entrada de acuerdo a su parecer.

La misma disposición está incluida en el Decreto Supremo N° 059-96-PCM. Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Además, Perú tiene en su haber varios Tratados Bilaterales de Inversión ratificados.

Sin embargo, pese a su carácter liberalizador, en los últimos años la situación de los servicios de agua potable no ha variado significativamente.

Al respecto Valderrama, J., Coronado, J., Chiang, G., Vasquez, et.al. (2003) señalan que: Los distintos indicadores de cobertura, calidad, eficiencia en la gestión y financieros continúan mostrando una situación preocupante. En el área urbana existen más de 3.5 millones de personas que no acceden a servicios de agua potable, mientras que en las zonas rurales esta cifra alcanza los 3 millones. Sin embargo, el acceso real de la población es mucho más limitado que lo que revela las cifras de cobertura. Así, en el área urbana, casi una cuarta parte de la población tiene agua menos de doce horas al día, mientras que en las comunidades rurales la situación es más crítica. En estas últimas no solo existen problemas de continuidad del servicio, sino que el agua en la mayoría de ocasiones no es tratada. “En términos de servicios brindados a la población (agua, saneamiento y tratamiento de aguas servidas), la mayor inversión corresponde a los servicios de agua potable, que representan aproximadamente el 50 por ciento del total (US\$ 2,233 millones), mientras que el caso de saneamiento representa casi un 40 por ciento (US\$ 1,780 millones) y la inversión en tratamiento de aguas servidas superaría el 10 por ciento del total de la brecha (US\$ 606 millones)” (Chavez, Novelli, Castañeda, et al., 2005, p. 16).

En el Informe de la Defensoría del Pueblo N° 94, titulado Ciudadanos sin Agua: Análisis de un derecho vulnerado (2005), se señaló que “las EPS han dejado de lado el ámbito rural, donde los niveles de pobreza impiden acceder a este servicio. Asimismo, la dependencia de los directivos de las EPS respecto de las autoridades municipales ha dado lugar al predominio de criterios no técnicos en las decisiones de gestión de las empresas” (p.23).

Según el Dr. Jorge E. Lazarte Molina (2001): “en el Derecho peruano, regido por los principios económicos de libre empresa y subsidiariedad de la actividad empresarial del gobierno, el servicio público, como tal, es entendido como un concepto instrumental, en virtud del cual el gobierno mantiene la potestad de autorizar o no su prestación al sector privado, cuando existan razones de índole técnico económico que lo justifiquen” (p. 25).

Perú en la OMC no tiene ningún compromiso en el tema del agua. A nivel horizontal señala de manera similar al caso boliviano que su Constitución Política establece que dentro de los 50 kilómetros de las fronteras los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder en beneficio del Estado del derecho así adquirido.

En el TLC con EEUU, Perú reservó su derecho de regular los servicios públicos de Agua Potable y Alcantarillado en dos medidas disconformes de Anexo II. De acuerdo a su Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios

Públicos, Ley N° 27332, en su Art. 1°, los servicios públicos existentes en el Perú comprenden: Telecomunicaciones; Energía; Transporte de Uso Público; y los Servicios de Saneamiento.

Los sistemas que integran los servicios de saneamiento son los siguientes: **1.** Servicio de Agua Potable, a. Sistema de Producción, que comprende: Captación, almacenamiento y conducción de agua cruda; tratamiento y conducción de agua tratada. b. Sistema de distribución, que comprende: Almacenamiento, redes de distribución y dispositivos de entrega al usuario conexiones domiciliarias inclusive la medición, pileta pública, unidad sanitaria u otros. **2.** Servicio de Alcantarillado Sanitario y Pluvial. a. Sistema de recolección, que comprende: Conexiones domiciliarias, sumideros, redes y emisores. b. Sistema de tratamiento y disposición de las aguas servidas. c. Sistema de recolección y disposición de aguas de lluvias. **3.** Servicio de Disposición Sanitaria de Excretas Sistema de letrinas y fosas sépticas. De acuerdo a los establecido en Ley General de Servicios de Saneamiento. Ley n° 26338.

Salvo las dos primeras categorías de servicios de saneamiento no se estableció una medida disconforme para los servicios de disposición sanitaria de excretas, sistema de letrinas y fosas sépticas – entre otros - es decir, no se resguardó el derecho del estado Peruano para regular las condiciones bajo las cuales esos servicios podrían suministrarse.

En la Dec 510 de la CAN, Perú no estableció una medida para los servicios relacionados con el medio ambiente. Por consiguiente, en el Tratado intentó ser más cuidadoso con la negociación de los servicios de agua y alcantarillado.

Por el modeló económico peruano, las reservas a futuro del Perú responden a silenciar las futuras interpelaciones sociales, pues la suscripción del acuerdo implica la consolidación de la lógica mercantil, iniciado en los noventa. El temor de algunos sectores empresariales, especialmente los que se beneficiaron con la privatización, ha quedado neutralizado con esta garantía supranacional en defensa de sus intereses.

La lucha por recuperar la gestión de los servicios corresponderá a los usuarios porque el gobierno peruano ha optado por reducir sus esfuerzos para rescatar o fortalecer a las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, a cargo de las municipalidades, propiciando por el contrario el surgimiento de corrientes de opinión que propugnan la privatización de esas empresas como única salida a la crisis de abastecimiento de agua a nivel local.

4.5 Estados Unidos

Es difícil analizar la normativa que los EEUU aplican en la regulación de los servicios ambientales puesto que se deja esta labor a cada Estado, de modo que únicamente destacaremos algunos rasgos importantes de su legislación.

En Estados Unidos, los derechos de agua están condicionados por los estados a que se haga un uso efectivo, al pago de cánones y a no dañar el medio ambiente. Estas

condiciones pueden cambiarse por necesidades ecológicas, cuando el medio acuático esté desmejorado o por razones de seguridad general.

Incluso presenta regulaciones estrictas sobre los trasvases, autorizándolos previa evaluación que incluye restricciones al área de la cuenca. Por otro, sólo se trasvasan aguas excedentarias y se obliga a hacer compensaciones a la cuenca de origen, entre otros requisitos.

A nivel OMC este país contrajo compromisos parciales en el sector de los servicios relacionados con el medio ambiente. Los compromisos están limitados a las siguientes actividades: aplicación e instalación de sistemas nuevos o existentes de limpieza, descontaminación, prevención y vigilancia en relación con el medio ambiente; aplicación de servicios de control de la calidad ambiental y reducción de la contaminación; mantenimiento y reparación de sistemas e instalaciones relacionados con el medio ambiente que no queden ya abarcados por los compromisos contraídos por Estados Unidos con respecto al mantenimiento y reparación de equipo; investigación, evaluación y vigilancia in situ en relación con el medio ambiente; servicios de toma de muestras; capacitación in situ o en la planta, y servicios de consultores en relación con estas esferas. americanos. (Ver Anexo No 6)

Por tanto, aunque Estados Unidos haya realizado compromisos relativos a los servicios de alcantarillado, eliminación de desperdicios, saneamiento, y otros similares, deja claramente establecido que esos compromisos sólo se relacionan a actividades terciarias, permaneciendo a su cargo la gestión del suministro del servicio.

Además tiene una medida horizontal aplicable indirectamente al agua referida a la adquisición de tierras, dejando claro que este derecho es exclusivo de nacionales

En el TLC con Perú, estableció una lista en Anexo I donde reservó para todos los sectores las medidas disconformes en el ámbito estatal en todos los Estados, el Distrito de Columbia y Puerto Rico. También tiene una lista importante en Anexo II donde reserva su derecho a adoptar o mantener cualquier medida que no sea incompatible con las obligaciones de EEUU de conformidad con el Artículo XVI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

Cabe destacar que EEUU con esta última lista convirtió la negociación con listas negativas a listas positivas.

Las obligaciones que el Tratado impone a EEUU sobre la gestión de los distintos usos del agua no altera su facultad normativa porque son condiciones diseñadas a su medida. Los compromisos plus del TLC sólo son exigencias que deben soportar los países que se adhieren a este esquema.

V. COSTOS DE LOS TRATOS

Los tratados de libre comercio son ratificados por los Estados, pero los derechos que se acuerdan se confieren a los particulares y, para asegurarse de que esto sea así, en los

mismos se incluyen disposiciones relativas al mecanismo de solución de las controversias que puedan surgir entre el inversor nacional de un Estado Parte y el Estado receptor de la inversión. El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en el tratado hace surgir la responsabilidad internacional del Estado receptor por los daños ocasionados. La novedad radica en que el procedimiento para hacer cesar tal conducta u obtener un resarcimiento se aparta del sistema clásico de Derecho Internacional.

En el sistema clásico el particular no goza del *ius standi* (acceso directo al tribunal) y por ende es el Estado de su nacionalidad el que hace suyo el reclamo a través de la Protección Diplomática. Pero en virtud de las doctrina Calvo esto solo puede suceder una vez que el particular afectado ha agotado los recursos administrativos y judiciales establecidos en la legislación nacional del Estado que se pretende demandar. En este sistema esto se modifica ya que se admite el acceso directo de los particulares a la instancia arbitral internacional en las condiciones pactadas en el tratado. Se les reconoce así el *ius standi*.

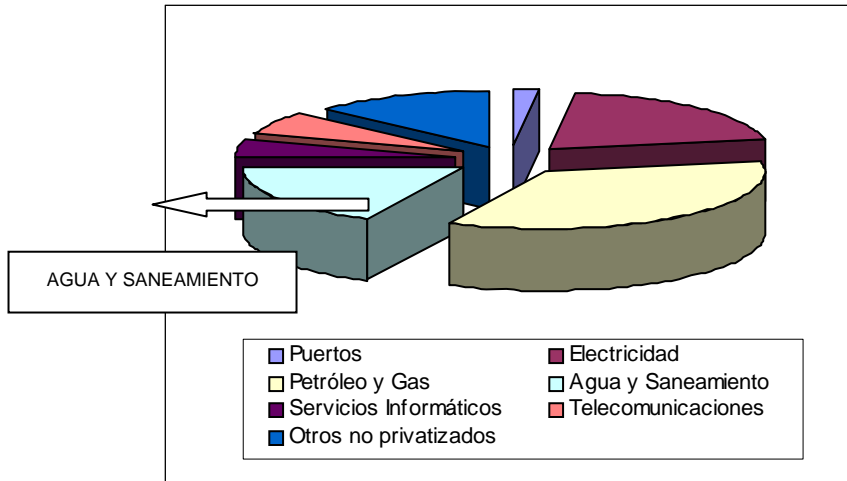
Este mecanismo no es utilizado para que un Estado demande a privados o a otro Estado, y tampoco para que los estados o los privados demanden a los organismos internacionales, de financiación o de otro tipo. Es un mercado con clientes y sujetos pasivos muy específicos que encuentran su sede en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.

A pesar de que existen diversos tribunales internacionales¹⁸⁷ en los cuales se tratan disputas entre Estados nacionales e inversores privados, los justiciables tienen una preferencia marcada por el CIADI.

Otra coincidencia es que bajo estas reglas mayoritariamente las demandas corresponden a sectores vinculados a la gestión de recursos naturales, que explotan petróleo, gas y minería, prestan servicios como la generación o provisión de electricidad y de agua potable y cloacas (gracias a los procesos de privatizaciones de empresas públicas) o elaboran alimentos. (Ortiz, R., 2006, p.8)

¹⁸⁷ Entre estos tribunales se encuentran por ejemplo la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, en inglés), entre otros.

GRAFICO 1 DISTRIBUCIÓN DE LAS DEMANDAS EN EL CIADI SEGÚN EL SECTOR DE ACTIVIDAD DE LAS EMPRESAS



Fuente: Elaboración propia en base a los datos de Ricardo Ortiz - FOCO. Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI, 2006.

La Argentina es el país que más juicios afronta en el CIADI y muchos de ellos tienen que ver con demandas sobre agua.

De los países andinos, salvo Colombia todos los demás fueron demandados ante el CIADI. De esos, sólo Bolivia tuvo demandas en el tema del agua en el marco de sus Tratados Bilaterales Inversiones. Una es la demanda por el caso de Bechtel (Aguas del Tunari) y otra que estuvo cerca de plantearse, con el caso de Aguas del Illimani (AISA) a través de la transnacional Suez Lyonnaise des Eaux.

A continuación el detalle de estos casos:

CASO BECHTEL Vs BOLIVIA

En 1997 el Banco Mundial ofreció a Bolivia ayuda financiera para el desarrollo de proyectos de saneamiento con la condición de que privatice el sistema de agua en las ciudades de El Alto-La Paz y Cochabamba. En septiembre de 1999, en un proceso con solo un postulante, se entregó el agua de Cochabamba a Aguas del Tunari, una compañía controlada por la transnacional Bechtel.

El consorcio internacional Aguas del Tunari (AT) se creó en las Islas Caimán con un capital de 2.500 dólares. AT estaba conformada al momento de la firma de los contratos por International Water Ltd (IWL), subsidiaria de la Bechtel Corporation de San Francisco con el 55% de las acciones de Aguas del Tunari, 25% Abengoa y 20% de los empresarios bolivianos. Pero el 4 de noviembre de 1999 Bechtel vendió la mitad de IWL

a Edison S.P.A, una empresa italiana de energía y servicios. Paralelamente Aguas del Tunari cambió de residencia jurídica, de las Islas Caimán, y apareció en el holding International Water Holdings B.V., una casilla en las oficinas de la agencia de holdings Intra Beheer B.V., subsidiaria, a su vez, de ING Trust, con sede en Holanda¹⁸⁸ (Kruse 2002 citado en Crespo, C. & Campanini O., 2005, Anexo 3 p.1), país con el cuál Bolivia tiene un Convenio sobre Promoción y Protección a las Inversiones (TBI)¹⁸⁹.

El gobierno boliviano tuvo que rescindir el contrato con AT en Cochabamba seis meses después de la concesión, presionado por una revuelta popular mundialmente conocida como la Guerra del Agua, que entre enero y abril de 2000 paralizó en tres oportunidades la capital valluna en protesta por la privatización y el aumento tarifario del 35 al 200%¹⁹⁰.

En 2002, y haciendo uso del BIT Bolivia-Holanda, Aguas del Tunari - Bechtel inició una demanda legal contra Bolivia ante CIADI. El CIADI registró formalmente la demanda de AT contra Bolivia como el Caso ARB/02/3; y en julio de 2002 constituyó un tribunal en base a un árbitro designado por Aguas del Tunari, otro acreditado por Bolivia y un tercero nombrado por el propio CIADI en vista de que no había acuerdo entre las partes.

Nunca se conoció públicamente el contenido exacto de la demanda de Aguas del Tunari que según las declaraciones de las autoridades pidió una indemnización de 25 a 100 millones de dólares, aunque durante los siete meses que estuvo no realizó inversiones superiores al medio millón de dólares según el gobierno de esa entonces. Cuando se conformó AT, los accionistas (Bechtel, Aberngoa y los socios bolivianos) pagaron 10 millones de dólares para levantar la empresa, pero luego evidenciaron que no necesitaban tanto dinero y devolvieron el 90% a los accionistas, dejando sólo un millón en Bolivia.

El 7 de marzo del 2002 (y posteriormente en septiembre del mismo año), activistas de Amsterdam realizaron una movilización de protesta en las oficinas de Aguas del Tunari. Por su parte, la primera semana de julio del 2002, la Junta de Supervisores de San Francisco (una suerte de concejo Municipal), ciudad sede de la empresa Bechtel, aprobó por 7 votos contra 2 (2 abstenciones), una resolución, promovida por la ONG Public Citizen y otras organizaciones sociales de Bolivia y EEUU, condenando el juicio de esta compañía contra Bolivia y exigiendo que la compañía desista la demanda ante el ICSID¹⁹¹.

En agosto del 2002, más de 300 activistas de 41 países, firmaron una petición internacional dirigida al Banco Mundial, demandando que el tribunal sea transparente y

¹⁸⁸ En realidad, los activistas holandeses, solidarios con Bolivia, solo encontraron dos oficinas vacías y una casilla de correo.

¹⁸⁹ Al respecto ver Barlow & Clarke, 2002 citado en Crespo, C. & Campanini O., 2005, Anexo 3 p.1.

¹⁹⁰ La multitud no pudo ser contenida ni siquiera por un estado de sitio ordenado por el gobierno de Hugo Banzer. En los enfrentamientos murió una persona y otras 30 resultaron heridas.

¹⁹¹ Meses antes, una red de organizaciones en Bolivia y Estados Unidos había empezado a analizar y actuar sobre el caso "Bechtel versus Bolivia". Enviaron cientos de correos electrónicos, habilitaron una página Web y, en momentos claves, miembros de la red visitaron San Francisco y Washington (Krusse, 2002:1).

abierto al público, permitiendo la participación de los ciudadanos. Se demandó participar como partes del proceso; alternativamente, si ello no fuera posible, se solicitó participar en todas las etapas de este, permitiendo que puedan emitir petitorios, atender las audiencias, que los tribunales visiten Cochabamba para verificar los hechos, entre otras demandas.

La primera semana de febrero del 2003, el CIADI rechazó la solicitud, negando que el público o la prensa participe o por lo menos asista como observador del juicio. El argumento era que las características del proceso y las responsabilidades del tribunal ya están establecidas en el BIT y las normas del CIADI¹⁹².

Pasaron 3 años durante este período de organización y resolución de cuestiones previas hasta que el 26 de Octubre del 2005 el panel de arbitraje del CIADI determinó que sí tenía competencia y jurisdicción para arbitrar en este caso y que es natural que una empresa transnacional busque un país que tiene un BIT con el país donde hará su inversión.

En Marzo del 2004, producto de negociaciones en el CIADI, en una audiencia reservada el 11 y 12 de febrero, entre el gobierno boliviano y Bechtel, se anunció que la compañía norteamericana aceptaría dejar sin efecto la demanda ante el CIADI, a cambio de que el Estado boliviano pague \$US 1 por acción de Bechtel. De esta manera, el Estado boliviano, de acuerdo al entonces ministro Jose Barragan, podría comprar el 55% de las acciones de Bechtel, más el 20% de las acciones de las empresas bolivianas, que habrían accedido a la propuesta, con lo que, al tener 65% del total, podría disolver la empresa AT, evitando juicios posteriores. La Coordinadora del Agua, a través de Olivera, rechazó la propuesta de solución, por considerarla una salida de Bechtel para “lavar su imagen” y una “venta condicionada” al reconocimiento público de la empresa, por parte de los bolivianos. En octubre de ese año Abengoa, la empresa española dueña de 25% de las acciones del consorcio AT, se negó a la solución propuesta, y demandó el pago total de la compensación.

A lo largo de diciembre del 2004, producto de una campaña impulsada por el Democracy Center¹⁹³, más de 300 e-mails fueron enviados a la empresa española Abengoa, demandando que levante la demanda contra el pueblo boliviano. La compañía respondió argumentando que era AT y no Abengoa quien ha presentado la demanda, camuflando el hecho que son socios con el 25% por tanto la decisión de llevar a Bolivia al CIADI fue una decisión de los componentes del consorcio, y sin hacer referencia que son los únicos opuestos a la salida de la compra de las acciones.

La negociación quedó en suspenso, pero la incertidumbre fue aprovechada por el entonces ministro de la Presidencia, José Galindo, quien para estigmatizar el emergente movimiento de El Alto contra Aguas del Illimani y la demanda por nacionalización de

¹⁹² Nota de David Caron, presidente del tribunal del CIADI en el caso Aguas del tunari vs the Republic of Bolivia, a Martin Wagner, director del programa internacional de Earthjustice, ONG que era parte del pool de abogados de las organizaciones sociales (<http://www.earthjustice.org/news/documents/2-03/ICSIDResponse.pdf>).

¹⁹³ Al respecto, ver la página web del Democracy Center, dirigido por Jim Schultz, en www.democracyctr.org

hidrocarburos, afirmó: "no respetar la seguridad jurídica tiene consecuencias no sólo para un sector del país, sino para todos los bolivianos y eso vamos a sufrirlo en breves semanas o días, en el caso señalado", pues "el país está a punto de perder (y) los bolivianos vamos a tener que pagar 25 millones de dólares... (por tanto) debe hacerse un juicio para ver quiénes son los responsables por los hechos acontecidos"¹⁹⁴.

En marzo del 2005, en una expresión de resistencia transnacional, 210 organizaciones, grupos, colectivos y personalidades de 23 países, así como 412 ciudadanas y ciudadanos de 30 países firmaron una carta dirigida a los ejecutivos de Abengoa, donde no sólo se señalan las condiciones adversas del contrato con AT para los cochabambinos, sino que critican la actitud negativa de esta empresa a "una solución negociada con el gobierno boliviano", y exigen que "ABENGOA S.A. que rectifique de forma oportuna y retire inmediatamente su demanda de indemnización al gobierno boliviano ante el CIADI y desista en su voluntad de empobrecer aún más a Bolivia".

El 19 de enero de 2006 el gobierno boliviano compró a los mayores accionistas, Bechtel y Abengoa, el 80% de las acciones de AT "libres de toda carga" por un valor simbólico de 2 bolivianos (menos de 30 centavos de dólar) y las empresas acordaron poner fin la larga disputa en el CIADI.

En este caso tres temas llaman la atención:

Primero, la demanda la realiza Aguas del Tunari contra Bolivia sin que todos los socios hayan discutido y menos aprobado esa determinación según lo declaran públicamente algunos socios bolivianos.

Segundo, no hubo transparencia en todo el proceso. En agosto de 2003 más de 300 organizaciones entregaron una petición ciudadana internacional demandando que el caso sea público y abierto a la participación y vigilancia ciudadana, pero el organismo rechazó el pedido con el argumento de que las características del proceso y las responsabilidades del tribunal ya estaban establecidas en el tratado bilateral de inversiones y en las normas del CIADI.

Tercero, se demandó a Bolivia amparándose en el BIT con Holanda cuando ninguno de los inversionistas era holandés. Los socios de Aguas del Tunari eran norteamericanos, españoles, italianos y bolivianos pero no holandeses. A pesar de este hecho absolutamente evidente el CIADI aceptó la demanda de Aguas del Tunari. Bolivia no tuvo la posibilidad de rechazar la jurisdicción del CIADI porque así lo establecía el TBI y su única alternativa fue entrar al arbitraje para en primer instancia plantear una cuestión previa sobre jurisdicción y competencia.

El Estado boliviano firmó 24 Tratados bilaterales de inversión¹⁹⁵ en la década de los 90 y con ello renunció a gran parte de sus facultades regulatorias sometiéndose a un sistema jurídico supranacional. Por tanto, si el gobierno decidiera en el futuro incorporar en la legislación criterios para priorizar ciertos usos (doméstico, riego) y usuarios (pequeños

¹⁹⁴ Un AI respecto ver Peredo, 2004 citado en Crespo, C. & Campanini O., 2005, Anexo 3 p.1 análisis de esta declaración, ver en Peredo, 2004.

¹⁹⁵ En Anexo No 7 se encuentra la referencia precisa de los 24 tratados bilaterales suscritos por Bolivia.

usuarios, organizaciones indígenas, campesinas, pequeñas cooperativas y comités, sindicatos y asociaciones de pequeños productores, etc.) y establece mecanismos estrictos de control para determinados usuarios (capitales privados, grandes usuarios) y sectores (minero, industrial, hidroeléctrico), se expondría a la posibilidad de juicios al amparo de los acuerdos bilaterales de inversiones en vigencia.

CASO AISA Vs BOLIVIA

En La Paz y El Alto el servicio de agua potable y alcantarillado estaba cargo de SEMAPA y merced a la ley de capitalización mediante un DS emitido por el gobierno se dispuso la licitación de agua potable. Es así que el ministerio sin cartera de capitalización procede a licitar este servicio habiéndose presentado una sola empresa “Aguas del Illimani SA”.

Aguas del Illimani (AISA), empresa concesionaria de la provisión de agua y alcantarillado sanitario en las ciudades de La Paz y El Alto, es una sociedad, cuyo socio mayoritario es la compañía francesa Suez (55%), una de las más grandes en el mundo en el sector de agua y saneamiento (el año 2003, sus ganancias totales fueron de 39,622 millones de Euros); además incluye Bolivian Investment Corporation-BICSA (22%), grupo financiero del Banco Mercantil, por tanto relacionado con la familia del ex presidente Jorge “Tuto” Quiroga. También están CONNAL (5%), Inversora en Servicios (9%), los trabajadores de la empresa (1%), y el Banco Mundial, a través de su grupo financiero, el IFC (8%).

AISA ofertaba cumplir con una meta de expansión de 71752 conexiones de agua potable en El Alto. Merced a esta oferta el ministerio de capitalización decide adjudicar el servicio de agua potable a favor de Aguas del Illimani. En fecha 24 de julio de 1997 se firma el contrato de concesión con esta empresa. En la misma fecha se firma el contrato de régimen de bienes entre Servicio Autónomo Municipal de Agua Potable y Alcantarillado (SAMAPA) y AISA para la utilización de los bienes de SAMAPA bajo el régimen de arrendamiento.

El contrato de concesión prevé una duración de 30 años que debía concluir el 2026. En el contrato y los 11 anexos se establecen determinadas obligaciones como la revisión de precios y tarifas y metas de expansión.

En los primeros ocho años de la concesión, los habitantes más pobres de La Paz y El Alto, las ciudades atendidas por AISA, reclamaron insistentemente por la dolarización de las tarifas, la elevación de costos de conexión de agua potable y alcantarillado, el incumplimiento del mantenimiento y la renovación del sistema de saneamiento y por la inexistencia de proyectos de inversión en zonas marginales.

En octubre del 2004 se producen las primeras demandas sociales de la Federación de Juntas Vecinales de la ciudad de El Alto (FEJUVE El Alto), estos reclamos consistían en que no se había dado cumplimiento a la universalidad del servicio, no se había cumplido con la conexión de agua potable comprometida resultando varias familias sin acceso a

este servicio. La protesta vecinal estalló finalmente en enero de 2005, cuando una movilización popular paralizó durante más de 10 días la ciudad de El Alto, reclamando la expulsión inmediata de la empresa que no atendió las necesidades de servicios básicos de al menos 200 mil personas.

Entre el 6 de enero y el 22 de abril de 2005, las autoridades bolivianas emitieron varias disposiciones destinadas a poner fin al contrato de concesión de la empresa Aguas del Illimani S.A. (AISA), atendiendo una demanda de la ciudadanía de El Alto insatisfecha con el servicio. En un momento de conmoción popular, las autoridades gubernamentales propusieron a AISA el replanteo de las metas de expansión de líneas de agua potable y alcantarillado, una revisión de los elevados costos de conexión, la contratación de auditores para que evalúen el trabajo de la administradora privada en los primeros años de la concesión, y la eventual terminación del contrato.

Pero la Suez entendió que se estaban “violando las garantías básicas” que Bolivia le había ofrecido al momento de la concesión, incluida su “viabilidad financiera”. El 27 de junio del 2005, el Ministerio de Servicios y Obras Públicas recibió una carta de Suez, donde demandaban las medidas gubernamentales con el argumento de que se vulneraba el Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPI) suscrito entre Bolivia y Francia en octubre de 1989 y anunciaban formalmente el inicio de una disputa porque sus “significantes inversiones” en Bolivia habían sido perjudicadas.

En el marco del Art. 8 del APPI que señala que “toda disputa respecto a inversiones entre una de las partes contratantes y un nacional o sociedad de la otra parte contratante debe ser dirimida entre las dos partes en litigio. Si una disputa no ha podido ser dirimida en el plazo de seis meses. A partir del momento en el cual una de las partes en litigio ha manifestado la disputa esta deberá ser sometida por cualquiera de las partes en litigio al arbitraje de un tribunal arbitral” se inician los 6 meses de consultas previas.

Específicamente - según AISA - con las siguientes medidas se habría vulnerado el TBI:

- Decreto Supremo No 27965 (6/I/05) por la cual se instruye a la SISAB “proceder a la revisión del contrato de concesión...en sus aspectos legales y financieros”, incluyendo la redefinición de metas de expansión del quinquenio 2002-2006 y la desdolarización de las tarifas.
- Resolución Administrativa SISAB No 4/2005 (7/I/05) modificando los costos de conexión de manera unilateral “sin respetar las promesas básicas del marco regulatorio y contractual de la concesión” (pp 2) y por otro lado, la Resolución administrativa SISAB No 26/2005 (4/III/05), que rechaza el Recurso de Revocatoria presentado contra dicha Resolución.
- Decreto Supremo No 27973 (12/I/05), que instruye a la SISAB para que realice “todas las acciones necesarias en forma inmediata para la terminación del contrato de Concesión” (pp. 2)
- Resolución administrativa SISAB No 19/2005 (23/II/05) indicando que “en cumplimiento del DS 27973 “...a partir de la fecha se da inicio a las acciones del proceso de Terminación del Contrato de concesión”, y la Resolución Administrativa

Regulatoria No 35/2005 (18/IV/05) que rechaza el Recurso de Revocatoria contra dicha Resolución.

- Resolución Administrativa Regulatoria SISAB No 22/2005 (23/II/05) disponiendo la “realización de auditorias legal, Técnico operativo, Económico financiero, comercial y Otras a los fines de la Resolución Administrativa Regulatoria SISAB No 19/2005” y la Resolución Administrativa Regulatoria SISAB No 36/2005 (18/IV/05) que rechaza el Recurso de Revocatoria contra dicha Resolución.
- Decreto Supremo No 28100 (22/IV/05) autorizando a la SISAB a proceder con la contratación de las auditorias, servicios legales necesarios y asesoría financiera institucional y técnica correspondientes para la terminación del contrato de concesión.
- Decreto Supremo No 28101 (22/IV/05) que establece una comisión interinstitucional para diseñar el modelo de gestión, operación y financiamiento de la nueva empresa que se hará cargo de prestar los servicios de agua potable y alcantarillado, así como una comisión de monitoreo y seguimiento del proceso de terminación contractual con el concesionario, y que instruye a la SISAB, a los gobiernos municipales de La Paz y el Alto y al ministerio de Hacienda busquen “la cesión de los créditos actualmente concedidos” al concesionario a favor de la nueva empresa.

Para AISA esas medidas tienen un “impacto altamente negativo sobre Suez y Suez Environment y sus inversiones en Bolivia”, Art. 5(2) sobre su derecho a no ser sujeto de expropiación o de nacionalización u otra forma de despojo, Art. 3 su derecho a recibir un trato justo y equitativo, Art. 4 el deber del estado de brindarles trato nacional y trato de la nación más favorecida y finalmente el Art. 5(1) su derecho de goce de protección y seguridad plena y total en Bolivia.

La obligación del Estado de tratar justa y equitativamente a los inversores extranjeros o de compensarles en caso de expropiación está siendo interpretada discrecionalmente por las transnacionales y los tribunales arbitrales, porque no toman en cuenta las circunstancias objetivas que obligan a la modificación de términos de contratos de concesión o marcos regulatorios.

Desde que estalló el conflicto social en El Alto contra AISA el Estado no ha podido dar un solo paso sin que la operadora privada le amenace con un juicio en paneles arbitrales extranjeros. De esta forma, el TBI con Francia sirvió para restringir la capacidad estatal de legislar e imponer requisitos de desempeño a la Inversión Extranjera Directa (IED) y abrió la posibilidad de enjuiciar al Estado en CIADI.

Las excesivas ventajas que se concedieron a los inversionistas a través de los tratados bilaterales de inversiones –ventajas que se consolidan ampliamente con un TLC– se convierten en un boumerang para el Estado, cada vez más limitado para ejercer su función soberana.

V. PROPUESTAS

A continuación se ensayan propuestas en tres niveles: a) negociaciones comerciales, b) negociaciones multilaterales, c) reglamentación doméstica

5.1 Negociaciones Comerciales

En esta sección se establecerán algunas propuestas que podrían utilizar los países en futuras negociaciones comerciales.

5.1.1. Bienes. Las alternativas de negociación serán:

- A nivel bilateral

En negociaciones bilaterales existirían tres alternativas: Primero, se podría presentar una propuesta para sustituir la descripción “las demás” por otra que especifique los bienes de la partida. Segundo, si esta incorporación no fuera posible entonces la lista de concesión debería tener una observación a esta partida incorporada por ejemplo en las notas complementarias, a objeto de limitar la interpretación. Tercero, en virtud al Art. IX del GATT, se debe establecer una medida para que la regulación del agua, incluso cuando es considerada como bien, se atenga a lo establecido en la normativa nacional aunque esas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones relativas a las restricciones a la importación y a la exportación.

- A nivel regional

A nivel de la CAN tomando en cuenta que los artículos 5 y 6 de la Dec. 507 establecen que “la Secretaría General puede proponer, a petición de cualquiera de los Países Miembros o por propia iniciativa, las modificaciones a la NANDINA tendientes, entre otras, a incorporar las modificaciones que se precisen para una mejor adecuación a los procesos de integración regional y hemisférica”. Se podría presentar una enmienda para excluir definitivamente al agua de las negociaciones de mercancías cuando su comercialización atente contra el medio ambiente, la sostenibilidad del recurso o su privación como insumo básico, etc.,

- A nivel multilateral

Toda vez que la Organización Mundial de Aduanas (OMA) tiene entre sus fines las revisiones periódicas de la nomenclatura arancelaria con el objetivo de estudiar posibles errores dentro de la nomenclatura arancelaria, se podría presentar la enmienda propuesta y aprobada en la CAN sobre la exclusión de algunos usos del agua.

El Sistema Arancelario (SA) se actualiza periódicamente (en general cada 4 o 5 años). Hasta el momento se han realizado tres enmiendas (en 1992, 1996 y 2002). Se está realizando el trabajo para la próxima revisión, cuya puesta en marcha está programada para el 01 de enero de 2007. En esta fecha se podría presentar la propuesta de reconsideración del tratamiento del agua como mercancía.

La importancia de concretar un cambio a este nivel es sin duda la subrogación de estos resultados en la OMC.

5.1.2. Servicios

- **A nivel bilateral o regional.** Si la negociación de este sector fuera inevitable, se podrían tomar tres alternativas:

Primero, proponer que la negociación sea bajo listas positivas porque el modo de negociación por listas negativas tiende a favorecer a aquellas partes del acuerdo que cuentan con un sistema de regulación más desarrollado en el área de los servicios, y que han identificado claramente las limitaciones que deben mantener en función de sus objetivos nacionales de política. Este tipo de listas requiere una revisión comprensiva de todas las medidas que afectan los servicios de un país, por lo tanto, demanda más preparación ya que muchos sectores están sujetos a revisión.

En la medida en que un país no cuente con políticas y regulación en la mayoría de sectores de servicios y no se hayan definido con claridad los objetivos nacionales, la negociación mediante listas positivas sería más beneficiosa para el país. Adicionalmente, permite tener un techo de compromisos en el que los países pueden indicar limitaciones de trato nacional y acceso a mercados que no es parte del régimen corriente de regulación, por lo tanto permite mantener una brecha. Permite asumir obligaciones generales limitadas e introduce amplias posibilidades para una gradual y progresiva liberalización del comercio de servicios.

A pesar de las desventajas en transparencia con listas positivas, estas son preferibles a garantizar la eliminación de restricciones de acceso y trato nacional en aquellos sectores en los cuales no se han inscrito reservas, o los nuevos servicios que puedan desarrollarse a futuro en el mercado.

Segundo, si la negociación por listas negativas fuera inevitable debe preverse la posibilidad de establecer reservas a futuro paralelamente a las reservas presentes. Esas listas deberían señalar expresamente en las «obligaciones horizontales», que en el país los servicios considerados como empresas de servicios públicos a escala nacional o local pueden estar sujetas a monopolios públicos o a derechos exclusivos concedidos a agentes privados. Con esta medida el país se reserva el derecho de restringir el acceso a los mercados en el sector de las empresas públicas o entidades sociales.

Al mismo tiempo, se puede dar una definición realmente amplia de las empresas públicas sujetos a obligaciones que le imponga el estado. Dado que las empresas públicas suelen existir también a nivel subcentral, no resultaría práctico hacer una lista detallada y exhaustiva específica del sector. Así numerosas actividades públicas, no están explícitamente incluidas en esta lista de excepciones, pero tampoco están explícitamente excluidas. Si acaso se enfrentaría una solicitud para mayor precisión se supondrá que esta definición quedará restringida a la lista de ejemplos previa, con el resultado de que los demás servicios quedaran fuera de las empresas públicas pero dentro de la cobertura del capítulo o acuerdo.

También se puede establecer reservas al principio de trato nacional, excluyendo subsidiarias de compañías de países fuera de la CAN que no estén establecidos de conformidad con la ley de un Estado Miembro.

Asimismo, esas subsidiarias formadas de acuerdo con la ley de un Estado Miembro pero que tengan solamente su oficina registrada en esos países, pueden ser tratadas de manera menos favorable a menos que pueda demostrarse que poseen un vínculo efectivo y permanente con la economía en esos Estados.

Por consiguiente, es posible discriminar a esas filiales locales, por ejemplo en la asignación de autorizaciones o en las aprobaciones. Para impedir la discriminación, las firmas que están fuera de la CAN deberían realizar el costoso acto de establecer una subsidiaria conforme a la ley de un Estado Miembro y brindar pruebas de que esa subsidiaria es económicamente activa dentro de ese país en el largo plazo. De conformidad con esto, para no ser discriminado en una autorización para operar, por ejemplo, un grupo extranjero de servicios de agua potable necesitaría estar ya presente en la CAN con una subsidiaria. Sin embargo, sin la perspectiva de ser autorizado, ese grupo extranjero de servicios de agua potable muy seguramente no desee establecer una subsidiaria.

Tercero. En vista de que cualquier acuerdo a nivel regional esta obligado a respetar los compromisos de la OMC, será importante negociar por el establecimiento del principio de trato especial y diferenciado y reciprocidad no plena consagrados a nivel multilateral. De esta manera sin renunciar a la negociación se reconoce la asimetría evidente entre países, y se genera un ambiente flexible para los países en desarrollo sin la presión de la apertura inmediata o la adopción de otras obligaciones en la misma medida que los países industrializados. Caso contrario un tratamiento igualitario de partes con capacidades diferentes producirá, muy probablemente, resultados injustos o incumplimiento.

En la OMC aún en cuestiones que ya están reguladas en la OMC (por ejemplo la propiedad intelectual y los servicios), los países en desarrollo cuentan en esa organización con mecanismos de flexibilidad y opciones para interpretar e implementar sus obligaciones. En los acuerdos de libre comercio, se intenta eliminar esa flexibilidad para los países en desarrollo. Si esos intentos prosperan, las metas de desarrollo socioeconómico de los países del sur, se reducirán significativamente entre otras consecuencias.

- A nivel multilateral. Los países pueden retirar sus compromisos y ofertas.

Respecto a los compromisos. Un país – por ejemplo Ecuador – sujetándose estrictamente a lo establecido en el Art. XXI del AGCS, podría retirar o modificar sus compromisos en el sector de los servicios medioambientales, después de transcurridos tres años a partir de la fecha de entrada en vigor de un compromiso. (En ausencia de

medidas de salvaguardia urgentes, todavía en negociación, este período de espera se reduce a un año en determinadas condiciones.)

A tal efecto ese país debe notificar a la Secretaría por lo menos con tres meses de antelación respecto de la fecha en la que se proponga llevar a cabo la modificación o el retiro. Este documento se distribuirá a todos los demás Miembros.

El país modificante y cualquier país afectado que se haya identificado como tal celebrará negociaciones con miras a llegar a un acuerdo compensatorio. La compensación que se negociará con los Miembros afectados consistirá en consolidaciones más liberales en otros sectores que "procurarán mantener un nivel general de compromisos mutuamente ventajosos no menos favorable al comercio" que el que existía antes. Además, se harán en régimen NMF.

En caso de fracasar las negociaciones, el artículo XXI permite el recurso al arbitraje. Si el árbitro considera que debe haber compensación, los cambios en proyecto no se llevarán a efecto hasta que se hayan efectuado los ajustes compensatorios. En el caso de que el país modificante haga caso omiso de las conclusiones del árbitro, los países afectados tendrán el derecho de tomar represalias retirando compromisos a ese país.¹⁹⁶

Cabe aclarar que toda vez que el procedimiento de arbitraje se hace de acuerdo a las "Normas de conducta para la aplicación del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias" la conclusiones podrían involucrar medidas de retaliación, y la compensación podría exigirse a nivel de otras áreas de comercio, sean bienes o propiedad intelectual.

Respecto a las ofertas. De acuerdo a las declaraciones y decisiones adoptadas en Doha las negociaciones en servicios deberían realizarse mediante peticiones y ofertas, con plazos estrictos para su revisión.

De acuerdo a la última Declaración Ministerial de la Conferencia Ministerial adoptada el 18 de diciembre de 2005 en Hong Kong, reconociendo la necesidad de un calendario efectivo¹⁹⁷ con objeto de lograr una conclusión satisfactoria de las negociaciones, se acordó las siguientes fechas para la presentación de ofertas:

- a) Las ofertas iniciales que sigan pendientes se presentarán lo antes posible.
- b) Los grupos de Miembros que presenten peticiones plurilaterales a otros Miembros deberán hacerlo a más tardar el 28 de febrero de 2006 o lo antes posible después de entonces.
- c) A más tardar el 31 de julio de 2006 se presentará una segunda serie de ofertas revisadas.

¹⁹⁶ En 1999, el Consejo del Comercio de Servicios adoptó procedimientos detallados para la modificación de las Listas de conformidad con el artículo XXI en el documento S/L/80 (OMC, 1999a). . Las mejoras de las Listas, es decir, la consignación de nuevos sectores o la eliminación de limitaciones existentes, están sujetas a procedimientos más ágiles, establecidos en el documento S/L/84. (OMC, 1999b).

¹⁹⁷ Cabe aclarar que las negociaciones sobre el Programa de Doha para el Desarrollo se suspendieron desde el 24 de julio de 2006 porque las diferencias entre los principales actores siguen siendo demasiado amplias.

- d) Los proyectos de listas finales de compromisos se presentarán a más tardar el 31 de octubre de 2006.
- e) Los Miembros se esforzarán por cumplir lo prescrito en el apartado a) del párrafo 9 antes de la fecha establecida en el apartado c) del párrafo.¹⁹⁸

Siendo que la liberalización de servicios es progresiva, el sistema de peticiones y ofertas respondía cabalmente a este fin. A pesar de la suspensión de las negociaciones en la OMC estas en algún momento continuarán y proseguirán con la misma lógica.

A diferencia del procedimiento para retirar compromisos, los países pueden descartar sus ofertas en cualquier momento sin necesidad de un ajuste compensatorio o el paso reglamentario por un procedimiento de arbitraje.

Pero el costo de hacerlo se verá al final de las negociaciones, cuando los acuerdos entre países se realicen por paquete único, es decir que cualquier concesión en un ámbito de negociación tendrá que ser compensado con contraprestaciones en otro. En este procedimiento siempre cederán más los que menos pidan (el Sur y el Este) y ganarán más los que más propuestas “liberalizadoras” hagan (el Norte). Por tanto, esta acción aunque es un derecho indiscutible del gobierno no es el más recomendable pues de todas formas la liberalización de los servicios sigue en negociación.

- Propuesta de los Países Menos Adelantados (PMA)

Toda vez que la presentación de ofertas es inevitable estas podrían enmarcarse en la decisión del Anexo C párrafo 9 de la Declaración Ministerial de Hong Kong relativa a los países menos adelantados. Fortaleciendo así el reconocimiento de las desventajas de los PMA - consideración omitida en los TLCs - en la negociación del comercio de servicios en general, de modo que para los PMA los plazos sean más benignos y los sectores de interés sean los que se negocien.

- Consignación de compromisos

Siendo que existe la libertad de establecer el sector a liberalizar y el modo en que se permitirá tal apertura no se consignarán los servicios de agua potable y alcantarillado.

¹⁹⁸ Los Miembros, en el curso de las negociaciones, elaborarán métodos para la aplicación plena y efectiva de las Modalidades relativas a los Países Menos Adelantados (PMA), y para ello, entre otras cosas, procederán rápidamente a:

- a) Elaborar mecanismos apropiados para otorgar especial prioridad, en particular, a los sectores y modos de suministro de interés para los PMA, de conformidad con el párrafo 3 del artículo IV del AGCS y el párrafo 7 de las Modalidades relativas a los PMA.
- b) Contraer compromisos, en la medida de lo posible, en los sectores y modos de suministro que, según hayan indicado o indiquen los PMA, representen una prioridad en sus políticas de desarrollo de conformidad con los párrafos 6 y 9 de las Modalidades relativas a los PMA.
- c) Prestar asistencia a los PMA a fin de capacitarlos para identificar sectores y modos de suministro que representen prioridades de desarrollo.
- d) Proporcionar asistencia técnica y creación de capacidad específicas y eficaces a los PMA de conformidad con las Modalidades relativas a los PMA, en particular con sus párrafos 8 y 12.
- e) Elaborar un mecanismo de presentación de informes a fin de facilitar los exámenes prescritos en el párrafo 13 de las Modalidades relativas a los PMA. (OMC, 2005b, p.38)

Por ello no es necesario que la lista de clasificación sectorial de servicios OMC W120 anule este sector de su alcance. Mientras esta lista no sea obligatoria y solo referencial ningún país se ve coaccionado a seguir su esquema de liberalización. Sólo si esta lista se convirtiera en un sistema armonizado similar al de bienes se deberían tomar acciones para evitar la inclusión de este servicio o las limitaciones de su consignación.

- Salvaguardias y subsidios

Paralelamente a todas estas acciones debe continuarse la negociación sobre salvaguardias y subsidios en servicios. De modo que el país niegue a las empresas y personas físicas de terceros países el derecho al trato nacional en el caso de los subsidios enfatizando expresamente que *el suministro de un servicio, o el subsidio que se le conceda, dentro del sector público, no infringe este compromiso.*

Los acuerdos bilaterales han excluido de su cobertura los subsidios, siendo que se encuentran bajo el alcance del AGCS. La racionalidad económica que sustenta las disciplinas sobre subsidios en el caso de bienes tienen plena validez para el caso del comercio de servicios.

- Reclamo colectivo en la OMC

La propuesta de más largo alcance se trata del reclamo de que los miembros de la OMC puedan adoptar colectivamente como medida para reducir el alcance del AGCS creando instrumentos adicionales como tratados o cambiando el acuerdo.

- Enmienda o un entendimiento interpretativo

Una forma de reducir el alcance podría ser la inclusión de una enmienda del Acuerdo mismo o de un entendimiento interpretativo aparte. Una enmienda podría eliminar el inciso 3 (c) del Artículo I, y aclarar el inciso 3 (b) de dicho artículo para establecer explícitamente que corresponde a cada miembro de la OMC decidir si un servicio es suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales.¹⁹⁹

Un nuevo inciso 3 (b) del Artículo 1 podría entonces tener la siguiente redacción: «*el término 'servicios' comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales conforme a lo determinado por las disposiciones legales y reglamentaciones nacionales de cada Miembro.*».

Esta propuesta corre el riesgo de incrementar la heterogeneidad entre los miembros en lugar de homogeneizarla. En un caso así lo que cabría esperar es una férrea resistencia de todas las fuerzas interesadas en una mayor liberalización.

- Especificar términos

Como criterio alternativo, se podría especificar el significado de los términos «sobre bases comerciales» y «en competencia». Los miembros podrían adoptar esta opción

¹⁹⁹ Propuesta presentada por Krajewski, 2002 citado en Hartmann, E. & Scherrer, C., 2003, p.24.

agregando otro subpárrafo (d) al inciso 3 del Artículo I, que entonces rezaría: «(d) el término ‘un servicio suministrado sobre bases comerciales’ significa todo servicio suministrado a cambio de un precio en el mercado (un precio que cubra los costos reales de suministrar el servicio) y ‘un servicio suministrado en competencia con uno o más proveedores de servicios’ significa todo servicio suministrado en las mismas condiciones, especialmente con respecto al cumplimiento de una obligación de suministro universal, que los competidores».

Ese Artículo aseguraría además que ningún proveedor correría el riesgo de ser discriminado por su obligación de suministro universal o su obligación de cumplir determinadas normas.

Este tipo de formulación impediría que se produjera una apropiación de ganancias por no cumplir una obligación de suministro universal o por estar por debajo de las normas.

- Recomendación del Consejo del Comercio de Servicios

Como la negociación de nuevos acuerdos o de cambios en los acuerdos actuales enfrenta numerosos obstáculos y podría llevar un largo tiempo, esta opción no arrojaría rápidamente los resultados esperados. Entonces se podría sugerir que la Conferencia Ministerial o el Consejo General de la OMC debería adoptar esa interpretación basada en una recomendación del Consejo del Comercio de Servicios. Podría tener la misma redacción o similar a la del subpárrafo sugerido anteriormente. La ventaja de un enfoque de ese tipo sería que podría ser más fácil y tendría el mismo efecto obligatorio que los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

- Decisión no obligatoria del Consejo del Comercio de Servicios o del Consejo

General

En el caso de que todas las otras opciones se enfrentaran a resistencias muy fuertes, una alternativa final podría ser que los miembros de la OMC recurrieran a una decisión no obligatoria del Consejo del Comercio de Servicios o del Consejo General. En la medida que no equivaldría a una interpretación con carácter de autoridad, esta decisión no sería jurídicamente vinculante y no se exigiría a los tribunales de la OMC que adoptaran ese criterio. Sin embargo, es poco probable que en una diferencia, los órganos competentes ignoren una declaración de ese tipo, ya que tanto el Órgano de Apelación como los Grupos Especiales han demostrado ser receptivos a la voluntad colectiva de los miembros de la OMC.

5.1.3 Inversiones

- Denunciar los tratados

Los tratados incluyen un mecanismo de denuncia, que consiste en que una de las partes manifiesta a la otra que no desea continuar con dicho Tratado. La denuncia puede hacerse en cualquier momento durante la vigencia del Tratado, aunque

generalmente sus efectos son suspensivos, es decir que el Tratado cesa de regir pasado cierto tiempo después de la denuncia.

El recurso más directo consiste en comunicar a la otra parte la voluntad de dar por concluido el Tratado cuando se aproxima la fecha en que concluye su vigencia, para evitar lo que se denomina la tácita reconducción (el Tratado sigue automáticamente vigente por otro período generalmente igual al primero). Caso contrario, puede estar muy lejano el momento en que se lo puede dar por terminado.

- Renegociar los tratados bilaterales de inversión, para recuperar los atributos de la soberanía regulatoria.

Las nuevas normas de inversión deberían regir únicamente para las inversiones extranjeras directas y excluir las corrientes financieros y las inversiones de cartera, facilitar el desarrollo sustentable y la promoción y protección de políticas sociales, a través de la obligatoriedad, y obligaciones exigibles a los inversionistas. Además, deberían reconocer el derecho de los gobiernos a regular en todos los sectores de interés público, incluido el de inversión y los servicios públicos y de propiedad estatal.

- Renegociar los contratos de concesión con las empresas

Muchos de los contratos de concesión constituyen la única ley entre las partes ante la falta de una norma marco que regule en el país anfitrión el suministro de agua potable. En muchos casos estos contratos no se refieren al procedimiento de solución de controversias que se asumirá ante un conflicto o no mencionan expresamente el derecho aplicable cuando existe un tratado suscrito por ambos países. En otros, se omite sentar que un órgano administrativo a nombre del estado, sea superintendencia u otro, tiene el poder de regular y si acaso es necesario ordenar medidas a la empresa encaminadas al cumplimiento del acto jurídico.

Cuando existen este tipo de lagunas y de por medio se encuentra un Tratado Bilateral de inversión, es oportuno renegociar los contratos de concesión con miras a evitar una demanda en un foro arbitral internacional o en las negociaciones directas previas al arbitraje.

- Reivindicar la jurisdicción nacional

Ante el argumento de la lentitud de la justicia local y falta de seguridad jurídica, se podrían crear tribunales que actúen cuando haya conflictos entre usuarios y empresas, con jurisdicción local, especialidad correspondiente, confiabilidad y abaratamiento de costos.

Por ejemplo el Tribunal podría depender de la Cámara Nacional de Comercio, con tres panelistas cada uno nombrado por cada Estado y el tercero podría ser e un representante de un organismo internacional reconocido en el tema.

La política de regulación de los servicios públicos de un país no puede ser dirimida en un tribunal internacional.

- Acciones ante una demanda arbitral en el CIADI

Si debido a los compromisos internacionales asumidos la demanda de un inversionista en un panel arbitral fuera inevitable, en pro de que el arbitraje no progrese se recomiendan los siguientes recursos²⁰⁰:

Oponer la excepción de falta de jurisdicción, si se tienen los argumentos para demostrar que el arbitraje solicitado es manifiestamente ajeno a la jurisdicción del foro. La tarea administrativa de la Secretaría consistente en registrar la diferencia como un requisito obligatorio conforme a lo previsto en el Art.36(3) del Convenio del CIADI, a menos que la diferencia descrita en la solicitud del arbitraje fuera manifiestamente ajena a la jurisdicción del CIADI.

Esta excepción debería cumplir dos elementos:

-- Falta de consentimiento. Sostener que la ley aplicable sobre controversias en esta materia es la constitución, la ley que regula la prestación del servicio y el uso del agua, los reglamentos, el contrato de concesión, etc., ejecutados a través de sus órganos administrativos en el país anfitrión. Encomendando al tribunal el estudio de los límites existentes en la legislación nacional y los reglamentos a fin de demostrar que esos límites privan de jurisdicción al CIADI en el caso de autos.

-- Falta de control. Demostrar que de acuerdo a la estructura accionaria el inversionista según la definición de esa expresión contenida en el TBI no tiene la nacionalidad del país con el que se ha suscrito el TBI o no tiene efectivamente control sobre la inversión, asiento u otro criterio especificado en el acuerdo.

Oponer cláusula de admisión. La cuestión de admisión de una inversión en un país de destino no puede separarse de la cuestión de jurisdicción, constituye una práctica respetada y firme exigir a los inversionistas que constituyan una sociedad local y se sometan al sistema judicial nacional. De modo que, si el inversionista estableció presencia comercial en el país anfitrión debió suponer que automáticamente se convierte en empresa nacional sujeta al sistema judicial interno.

Demostrar las causas verdaderas para terminar el contrato. Diferenciar entre la terminación de un contrato por una situación de fuerza mayor de la terminación por voluntad unilateral de una de las partes.

Aclarar que la empresa dejó de prestar sus servicios no por actos deliberados del estado sino a causa de conmoción civil, de modo que, no habría razón de indemnizar. Sólo los actos tomados por el estado con la debida reflexión fundamento e intención libre - desde un punto de vista civilista - en libre consentimiento generan responsabilidades para efectos de los BITS.

²⁰⁰ Cabe aclarar que no existen criterios únicos en este tema, las estrategias a utilizarse dependerán del caso en particular.

Oponer el contrato de concesión al TBI. Sobre todo si este establece la competencia exclusiva de los tribunales nacionales o una solución preacordada al sistema de solución de diferencias del CIADI²⁰¹. Resolviendo que de acuerdo al contrato y la historia de las negociaciones de la concesión, las diferencias en esta materia deben resolverse en tribunales nacionales.

Una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo contenida en un contrato se considera separable del contrato del que forma parte. Además aunque en general esa cláusula sólo se refiere a controversias emanadas del contrato, puede ser de alcance más amplio.

Agotar mecanismos internos. A propósito del Art. 26 del convenio del CIADI que señala “un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”, sostener que la vía jurisdiccional nacional no fue agotada y como el proveedor fue elegido en una licitación debería presentar sus reclamos sobre las actuaciones del estado primero en la jurisdicción interna en un proceso contencioso.

Realizar juicios paralelos. Llevar adelante juicio local contra las empresas, paralelo, coherente y no mal intencionado. El objetivo será evitar que los tribunales internacionales actúen mientras los casos no se resuelvan a nivel interno.

Esta excepción es válida debido a que uno de los argumentos mayormente utilizados en el CIADI ha sido el señalar que las coincidencias fácticas entre una reclamación formulada en el marco de la concesión contra la superintendencia de aguas y una reclamación contra el país enmarcada en el TBI no debería desdibujar la distinción jurídica entre esos dos tipos de reclamaciones y suele ocurrir que un mismo conjunto de hechos da lugar a controversias basadas en diferentes leyes en diferentes foros.

Reconvenir el caso. No descuidarse, no distraerse y no caer en el engaño psicológico de sentirse sólo demandables y no demandantes. Conseguir la reconvencción del caso, de modo que sea el demandante ahora el demandado y por consiguiente quien pague la indemnización.

Solicitar la anulación del laudo, cuando manifiestamente hubo colisión de intereses y corrupción.

La solicitud de anulación del laudo procede por distintas causales pero de todas ellas esta seguramente será la más utilizada si tomamos en cuenta que algunas de las agencias del Banco Mundial – por ejemplo la Corporación Financiera Internacional (CFI) - son socias de las empresas encargadas del suministro de agua potable en el país anfitrión. Entonces si CIADI e CFI u otras agencias forman parte del grupo del Banco Mundial y una es quien demanda ante la otra resulta que un solo órgano al mismo tiempo hace de juez y parte.

²⁰¹ Por ejemplo, algunas cláusulas se refieren no exclusivamente a controversias “emanadas en virtud” del contrato, sino también “relacionadas con” el contrato. CIADI. Aguas del Tunari Caso ARB/02/3, 2005, p. 29).

Utilizar mecanismos internos para la ejecución del laudo. Para aquellos países que han previsto la posibilidad del control de constitucionalidad del laudo por tribunales nacionales este mecanismo podría bien utilizarse a objeto de franquear la ejecución de un laudo inconstitucional. Un laudo no debería estar por encima de la constitución pues se violarían artículos que colocan a los tratados internacionales por arriba de la ley pero por debajo de la constitución.

Sin embargo, a pesar de ser legítima esta exigencia dentro de un marco tan adverso como el del CIADI la interposición de esta alternativa podría correr el riesgo de no prosperar.

El carácter definitivo del laudo o res iudicata veda cualquier clase de procedimiento de revisión internacional (incluso se descarta la revisión ante la Corte Internacional de Justicia), y/o de los tribunales locales en donde se emita, reconozca y/o ejecute el laudo. Ni siquiera es posible examinar si el contenido del laudo arbitral riñe con el orden público del foro en el que será posteriormente ejecutado.

Un laudo arbitral del CIADI es un laudo internacional, no un laudo extranjero, en sus efectos es considerado como una sentencia firme de un tribunal local y en consecuencia no requiere ser “nacionalizado”, desde el momento de su emisión, resulta obligatorio y definitivo para las partes del litigio que tienen la obligación internacional de acatarlo y cumplirlo -salvo en los supuestos taxativos de suspensión de sus efectos- y para todos los Estados Contratantes surgen las obligaciones de reconocimiento y ejecución.

Por consiguiente, se elimina el “procedimiento del exequátur” durante la etapa de reconocimiento y ejecución donde comúnmente se efectúa un cierto control interno del laudo arbitral y en su lugar se establece a contrario sensu, como única y exclusiva atribución o competencia de las autoridades locales designadas, la de verificar la autenticidad de la copia del laudo oportunamente presentada.

De este modo, la autonomía del sistema CIADI, expresada en el artículo 53(1) -según el cual laudo “no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto los casos previstos en este Convenio”-, hace que únicamente se pueda interponer los recursos taxativamente contemplados en los artículos 50(1), 51(1), y 52(1) del convenio, referidos a la aclaración, revisión y anulación del laudo.

5.2 Negociaciones multilaterales

Si las alternativas precedentes, fueran interpretadas como incumplimiento a los compromisos internacionales o enfrentaran numerosos obstáculos antes de aplicarse, una alternativa final que se ensaya es establecer una **Convención Internacional del Agua** en el marco de las Naciones Unidas²⁰², que limite la negociación del agua, en sus diferentes variantes y formas de los tratados de libre comercio.

²⁰² Sólo Naciones Unidas podría estar por encima de cualquier otro foro de corte estrictamente comercial.

La convención internacional del agua generaría una fuerte estrategia para contrarrestar la tendencia privatizadora. El principal objetivo de la convención sobre el agua sería consolidar y proteger el derecho humano al agua para poder garantizar el agua para todos. Los derechos humanos se formulan en virtud de los derechos de los individuos y no en función de los derechos y las obligaciones de los estados frente a los inversionistas.

Una convención podría fusionar las tres principales corrientes del agua, a saber el desarrollo social, el ecosistema ambiental y los derechos humanos en un único y poderoso río. Ningún enfoque sustentable y a largo plazo para defender el derecho al agua puede divorciarse del asunto más amplio del origen del agua dulce. Tampoco podrá separarse del importante papel que tienen los ecosistemas sanos para asegurar una calidad y cantidad suficientes de agua dulce para las necesidades humanas básicas, para el desarrollo socioeconómico y para la reducción de la pobreza.

La convención podría asegurar que el agua siga siendo un bien público y no una mera mercancía o en un recurso económico administrado por las empresas internacionales del agua.

5.3 Reglamentación doméstica

La mejor salvaguardia es trabajar en reglamentación doméstica en todos los sectores, con mayor razón en este por el alto impacto en la calidad de vida. El incumplimiento de compromisos siempre es una acción que el gobierno podría tomar pero nunca será la solución idónea.

La convención sobre el agua si bien es una solución óptima no puede convertirse en un fin en sí mismo. Con miras a futuras negociaciones el esfuerzo del Estado debería orientarse a una mayor intervención a través de políticas activas sectoriales porque sólo ellas garantizan una protección a largo plazo y a todo nivel.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Abugattas, M.L. (2000). Liberalización del comercio de Servicios: opciones e implicancias para América Latina y el Caribe. *Latin American Trade Network, Marxo*, Brief #9.

Abugattas, M.L. (2004a). *Liberalización del Comercio de Servicios en el CAFTA: AGCS plus?* Extraído el 17 de marzo, 2006 del sitio web: http://r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/domrep/hidden/Gats-CaftaAbugattasfinal.pdf.

- Abugattas, M. L. (2004b). *Los Servicios en los acuerdos Bilaterales con los Estados Unidos: ¿GATS plus o GATS Menos?*. Argentina: Latin American Trade Network. Red Latinoamericana de Política Comercial.
- Abugattas, M.L. (2005, abril). *Servicios Ambientales: Aspectos del Mercado y Negociación bajo Artículo XIX del AGCS y RTAS*. Ponencia presentada en el Taller Andino sobre Negociaciones Comerciales en Bienes y Servicios Ambientales, Secretaría de la CAN, Lima, Perú.
- Alban, M.A. (2005, abril). *Negociaciones sobre los Servicios Ambientales: Perspectivas desde la Región Andina*. Ponencia presentada en el Taller Andino sobre Negociaciones Comerciales en Bienes y Servicios Ambientales, Secretaria de la CAN, Lima, Perú.
- Alvarez, C. & Umaña, P.R. (2005, Noviembre 21). El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y sus implicaciones para la salud pública. *Gaceta Sanitaria*, p. 475-480.
- Asociación Latinoamericana de Integración (2004). *Estudio sobre la situación de las Negociaciones y el Comercio de Servicios Regional e Internacional*. (ALADI/SEC/Estudio 169). Montevideo, Uruguay: ALADI
- Bär, R. (2005). *El agua necesita la protección del derecho internacional*. Extraído el 17 de marzo, 2006 del sitio web: <http://www.socialwatch.org/es/informesTematicos/86.html>
- Bär, R. (2005). *Porqué necesitamos una convención internacional sobre el agua?* Extraído el 17 de marzo, 2006 del sitio web: www.alliancesud.ch/english/files/T_WrWn.pdf
- Bolivia, Ministerio del Agua. (2006). *Declaración adicional en el cuarto Foro Mundial de Agua. México*. Bolivia: Gobiernos Bolivia y Venezuela.
- Castells, N. (2005, abril). *Negociaciones en bienes ambientales en la OMC*. Ponencia presentada en el Taller Andino sobre Negociaciones Comerciales en Bienes y Servicios Ambientales, Secretaria de la CAN, Lima, Perú.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2005). *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*. (Caso CIADI N° ARB/02/3). Washington: CIADI
- Chavez, J., Novelli, C., Castañeda, C. & Savarisse, M.T. (2005). *La Infraestructura Que Necesita El Perú: Brecha de inversión en infraestructura de servicios públicos*. Perú: Instituto Peruano de Economía.

- Comisión Económica para América Latina (1999). *Manual para la preparación del cuestionario sobre las medidas que afectan al comercio de servicios en el hemisferio*. (LC/L.1296-P, Serie 6). Santiago, Chile: Prieto, F.
- Comisión Económica para América Latina (2000a). *La Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe*. (LC/G.2125-P). Santiago, Chile: CEPAL.
- Comisión Económica para América Latina (2000b). *Servicios urbanos y equidad en América Latina. Un panorama con base en algunos casos*. (LC/L.1320-P, Serie Medio Ambiente y Desarrollo N° 26). Santiago, Chile: Pérez, P.
- Comunidad Andina de Naciones, United Nations Conference on Trade and Development. (2005). *Negociaciones Sobre Servicios Ambientales: Perspectivas desde la Región Andina*. Lima, Perú: Alban, M.
- Comunidad Andina de Naciones. (1991a). *Decisión 291. Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*. Lima: CAN.
- Comunidad Andina de Naciones. (1991b). *Decisión 292. Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas*. Lima: CAN
- Comunidad Andina de Naciones. (2001). *Decisión 510. Adopción del Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios, Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú, Venezuela*. Lima: CAN.
- Comunidad Andina de Naciones. (2006). *Decisión 634. Modificación de plazos previstos en la Decisión 629*. Lima: CAN
- Comunidad Andina. (2006). *Liberalización del Comercio de Servicios en el marco del TLC Andino – Estados Unidos*. Lima, Perú: Falconi, J., Benites, S. & Chero, L.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2003). *El Comercio de Servicios y sus repercusiones en el Desarrollo*. Ginebra: Junta de Comercio y Desarrollo.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2005). *América Central: Servicios Ambientales, el AGCS y el CAFTA*. Ginebra: Abugattas, M.L.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2003). *Informe de la Reunión de Expertos sobre definiciones y aspectos de los bienes y servicios ambientales en el comercio y el desarrollo*. (TD/B/COM.1/59-TD/B/COM.1/EM.21/3). Ginebra: Junta de Comercio y Desarrollo.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2003). *Bienes y Servicios Ambientales en el Comercio y el Desarrollo Sostenible*. (TD/B/COM.1/EM.21/2). Ginebra: Junta de Comercio y Desarrollo.

- Constitución Política del Colombia.* (1991). Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web:
<http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>
- Constitución Política del Ecuador.* (1998). Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web:
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>
- Constitución Política del Perú.* (1993). Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web:
<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/consper.HTM>
- Consumidores Colombia. (2005). *Informe Final, Servicio Público Domiciliario de Agua Potable en Colombia.* Bogota: COCO
- Crespo, C. & Campanini, O. (2005). *Efectos del Tratado de Libre Comercio Andino en el Uso y Gestión del Agua en los Países de los Andes. Caso Bolivia.* Bolivia: Visión Andina del Agua.
- De Ford, V. F. (2002). *El Comercio de Servicios en los Tratados de Libre Comercio.* Extraído el 17 de marzo, 2006 del sitio web:
<http://www.comex.go.cr/difusion/ciclo/2002/fvalerio.pdf>.
- Decreto Legislativo N° 839 - *Aprueba Ley De Promoción De La Inversión Privada En Obras Públicas De Infraestructura Y De Servicios Públicos.* (1996). Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web:
<http://www.proinversion.gob.pe/pqinvertir/marcolegal/leyes/02-D.L.839.pdf>
- Diario Oficial El Peruano. (1991). *Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario. Decreto Legislativo N° 653.* Lima: Diario Oficial.
- Diario Oficial.(1994). *Ley 142 de 1994 por el cual se establece el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios y se dictan otras disposiciones.* Colombia: Diario Oficial.
- Fernández-Martos, A. (2000). *Comercio de Servicios: Un complejo proceso de liberalización.* Madrid: Centro de Estudios Comerciales. (Documento No 785).
- Flórez, M. I. (2003, noviembre). *Sostenibilidad de los Recursos Naturales en el Marco de las Negociaciones Comerciales Internacionales; El Caso del Agua.* Trabajo presentado en Foro Nacional Ambiental, Taller sobre Evaluación de las Instituciones Ambientales, Colombia. Manuscrito no publicado.
- Freedom to Trade. (2003). *La libertad de Comercio en Servicios.* Washington, Estados Unidos: Global Freedom to Trade Campaign.
- Fundación Terram (2003). *Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. Un Análisis del Capítulo de Inversiones: Las restricciones a la Política Pública.* (Serie APP, No 21). Santiago, Chile: Pizarro, R.

- Gajardo, M & Gomez, Francisca. (2003). La liberalización de los servicios educativos: Tendencias y desafíos para América Latina. *Latin American Trade Network, Septiembre*, Brief #18.
- Hartmann, E. & Scherrer, C. (2003). *Negociaciones sobre el Comercio de Servicios*. Uruguay: Friedrich Ebert Stiftung.
- Herreño, H. A. (2002). *El Modelo Privatizador de los Servicios Públicos Domiciliarios: Contra el bienestar General y los Derechos Colectivos*. Colombia: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos –ILSA. Programa de Administración de Justicia.
- Lazarte, M. J. (2001). *El Concepto de Servicio Público en el Derecho Peruano*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lazzarini, M. (2004). *Mejorando los servicios públicos. Organizaciones de Consumidores – Política y representación*. Washington: Banco Mundial.
- Ley General de Trabajo*. (1942). Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web: <http://www.mintrabajo.gov.bo/Legislacion.htm>
- Ley 142*. (1994). *Régimen de los servicios públicos domiciliarios y otras disposiciones*. Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web: http://www.geocities.com/jovibla/Legislacion_complementaria.html
- Ley 2066*. (2000). *Ley de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario*. Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web: <http://www.aquabolivia.org/legisaguasX/Leyes/LEYAGUAPOTAB.htm>
- Ley N° 26885*. (1997). *Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos*. Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web: <http://www.proinversion.gob.pe/pqinvertir/marcolegal/leyes/06->
- Lima, Defensoría del Pueblo. (2005). *Informe Defensorial No 94. Ciudadanos sin agua: análisis de un derecho vulnerado*. Lima.
- Lima, Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. (2002). *La Educación Superior y el Comercio de Servicios: Un punto de Vista Peruano*. Lima, Chan, S.J.
- Lora, A. (2005, abril). *Servicios Ambientales y Comercio de Servicios en la Comunidad Andina*. Ponencia presentada en el Taller Andino sobre Negociaciones Comerciales en Bienes y Servicios Ambientales, Secretaria de la CAN, Lima, Perú.
- Lora, M. (2006, Enero 17). El agua ya está en juego en los acuerdos de libre comercio e inversiones: ¿Cómo protegerla?. *Bolpress*, Área Económica.

- Martín, B. & Simpson, R. (2005). *Cerrando brechas: Argumento de apoyo para un Acuerdo General sobre Servicios Públicos*. Consumers International
- Mazzei, U. (2003). *Los Países Centroamericanos y la Negociación Multilateral de Servicios*. Argentina: Latin American Trade Network. Red Latinoamericana de Política Comercial.
- Ministerio de Energía y Minas. (1996). D. S. N° 059-96-PCM. *Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (1996-12-27)*. Incluye modificaciones según D. S. N° 054-97-PCM (1997-10-31). Lima: Dirección General de Electricidad.
- Ministerio de Energía y Minas. (1996). D. S. N° 060-96-PCM. *Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (1996-12-28)*. Incluye modificaciones según D. S. N° 020-97-PCM (1997-05-16). Lima: Dirección General de Electricidad.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2000). *Ley N° 27332. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos*. Lima, Perú.
- Ministerio de la Presidencia. (1994). *Ley N° 26338. Ley General de Servicios de Saneamiento*. Lima, Perú.
- Ministerio del Agua. (2006). *Ley Agua para la Vida. Proyecto de Ley de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario. Borrador para la concertación. Versión 4*. Bolivia: Viceministerio de Servicios Básicos.
- Muñoz, A. (2006). El ALCA y el agua. Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web: <http://www.ecoportel.net/content/view/full/24954>
- Niño, J.A. (2004). *El comercio Internacional de los servicios profesionales y la integración de los países andinos*. Argentina: Latin American Trade Network. Red Latinoamericana de Política Comercial.
- Organización Mundial de Comercio. (1995). *Acuerdo General Sobre el Comercio de Servicios*. Ginebra: OMC.
- Organización Mundial de Comercio. (1995). *Lista de compromisos específicos en servicios, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela, Estados Unidos*. Ginebra: OMC.
- Organización Mundial de Comercio. (1995). *Lista de concesión de mercancías, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Estados Unidos*. Ginebra: OMC.

- Organización Mundial de Comercio (1998). *Servicios Sociales y de Salud*. (Septiembre, S/C/W/50). Ginebra: Nota Documental de la Secretaria.
- Organización Mundial de Comercio (1999a). *Procedimiento para la aplicación del Artículo XXI del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios*. (Julio, S/L/80). Ginebra: Consejo del Comercio de Servicios.
- Organización Mundial de Comercio (1999b). *Procedimiento para la certificación de rectificaciones o mejoras de las listas de compromisos específicos*. (Abril, S/L/84). Ginebra: Consejo del Comercio de Servicios.
- Organización Mundial de Comercio. *Declaración Ministerial de Doha*. (2001). Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_s.htm
- Organización Mundial de Comercio. (2005a). *Informe Anual 2005*. Ginebra: OMC.
- Organización Mundial de Comercio. (2005b). *Declaración Ministerial de la Conferencia Ministerial*. Hong Kong: OMC.
- Ortiz, R. (2006). *Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI*. Argentina: Foro Ciudadano de participación por la justicia y los derechos humanos.
- Peredo, E. (2003). *Mujeres del Valle de Cochabamba: Agua, Privatización, y Conflicto*. *Global Issue Papers, Septiembre, Versión No 4*.
- Pietro, S. J. (2004). *Manual para una participación efectiva en las negociaciones sobre servicios*. Argentina: Latin American Trade Network. Red Latinoamericana de Política Comercial.
- Rebosio, A. G. (2005). *Efectos del TLC Andino en el Uso y Gestión del Agua. Caso Perú*. Bolivia: Visión Andina del Agua.
- Rimoldi, E. (2004). *El Nuevo Concepto de Servicios en el Comercio Internacional*. Argentina: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.
- Saenz, A. & Ortega, E. (2004, mayo). *Marco de los procesos de privatización de servicios públicos, con especial énfasis en la gestión del agua*. Ponencia presentada en el Taller lo público y lo privado en la gestión del agua. Fundación Nueva Cultura del Agua, Argentina.
- Sistema Económico Latinoamericano (2004). *Las negociaciones de acceso a mercados de bienes y servicios en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*. (SP/CL/XXX.O/Di N° 1-04). Caracas, Venezuela: SELA.

- Solón, P. (2005, septiembre). *Los cruces de caminos entre el agua y el libre comercio*. Ponencia al Seminario Internacional sobre Acuerdos de libre Comercio y Servicios Públicos. Buenos Aires, Argentina.
- South Centre. (2005). *Situación de las negociaciones del AGCS: ¿Se benefician los países en desarrollo?*. Suiza, Ginebra: Centro del Sur.
- Stephenson, S. (2006). *Multilateral and Regional Services Liberalization by Latin America and the Caribbean*. U.S.A.: Organization of American States.
- Terán, J.F. (2005). *El Acuerdo de Libre Comercio entre Ecuador y Estados Unidos: Una aproximación a sus eventuales consecuencias para la gobernanza de los recursos hídricos ecuatorianos*. Bolivia: Visión Andina del Agua.
- Textos completos. *Acuerdo de Promoción Comercial Colombia-Estados Unidos*. (2006). Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web: <http://www.tlc.gov.co/VBeContent/TLC/TLC.ASP>
- Textos completos. *Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos*. (2006). Extraído el 20 febrero, 2006 del sitio web: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/index.php?ncategoria1=209&ncategoria2=215>
- Udaeta, M.E. (2005). *El agua como bien común*. Bolivia: Agua Sustentable.
- United Nations Conference on Trade and Development (2003). *Energy And Environmental Services: Negotiating Objectives And Development Priorities*. (UNCTAD/DITC/TNCD/2003/3). Geneva: Zarrilli, S.
- Universidad Externado de Colombia. (2004). *Estudio sobre Bogotá como Plataforma exportadora de Servicios y las negociaciones del TLC con Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad Economía, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales. Departamento de Derecho Económico.
- Valderrama, J., Coronado, J., Chiang, G., Vasquez, J., Bonifaz, J.L., Wakeham, J., et al. (2003). *La Brecha en infraestructura. Servicios públicos, productividad y crecimiento*. Lima: Instituto Peruano de Economía.
- Velez, G.H. (2005). *Comercio y Agua en Colombia: ¿Cómo va el agua al Molino?*. Bolivia: Visión Andina del Agua.
- World Trade Organization (1998). *Health and Social Services*. (September, S/C/W/59). Geneva: Note by the Secretariat.
- World Trade Organization (2004). *Developing Countries in the WTO Services Negotiations*. (Staff Working Paper ERSD-2004-06). Switzerland, Ginebra: Marchetti, A. J.

World Trade Organization (2004). *The Impact of Mode 4 on Trade in Goods and Services*. (Staff Working Paper ERSD-2004-07). Switzerland, Ginebra: Jansen, M. & Piermartini, R.

World Trade Organization (2005). *Public Services and the GATS*. (Staff Working Paper ERSD-2005-03). Switzerland, Ginebra: Adlung, R.

World Trade Organization (2006). *Determining "likeness" under the GATS: Squaring the circle?*. (Staff Working Paper ERSD-2006-08). Switzerland, Ginebra: Cossy, M.

World Trade Organization (2006). *Services Liberalization in the New Generation of Preferential Trade Agreements (PTAs): How Much Further than the GATS?*. (Staff Working Paper ERSD-2006-07). Switzerland, Ginebra: Roy, M., Marchetti, A. J., & Lim, J.

ANEXOS

ANEXO No 1

**LISTAS DE CONCESION DE MERCANCIAS OMC
PAISES ANDINOS - ESTADOS UNIDOS**

Número de la Partida Arancelaria	Designación de los productos	Tipo básico del derecho			Tipo consolidado del derecho		Período de aplicación desde/hasta
		Ad valorem (%)	Otro	NC/C	Ad valorem (%)	Otro	
1	2	3			4		5
BOLIVIA							
	Consolidación al nivel de 40% ad valorem de todos los Productos agropecuarios del Anexo I del Acuerdo sobre Agricultura, no consolidados durante el proceso de adhesión al GATT.			1995			
PERU							
	Todos los productos agropecuarios del Anexo I del Acuerdo sobre Agricultura,.....				30		1995
COLOMBIA							
22.01	AGUA, INCLUIDA EL AGUA MINERAL NATURAL O ARTIFICIAL Y LA GASIFICADA, SIN AZUCARAR O EDULCORAR DE OTRO MODO, NI AROMATIZAR, HIELO Y NIEVE	100			70		
22.02	AGUA, INCLUIDA EL AGUA MINERAL Y LA	100			70		

	GASIFICADA, AZUCARADA, EDULCORADA DE OTRO MODO O AROMATIZADA, Y LAS DEMAS BEBIDAS NO ALCOHOLICAS, CON EXCLUSION DE LOS JUGOS DE FRUTAS O DE LEGUMBRES U HORTALIZAS DE LA PARTIDA 2009				
--	---	--	--	--	--

ECUADOR					
22019000	AGUA ORDINARIA NATURAL, HIELO Y NIEVE, SIN AZUCARAR O EDULCORAR DE OTRO MODO NI AROMATIZAR	30	30	EC/95	EC/95
22021000	AGUA, INCLUIDA EL AGUA MINERAL Y LA GASIFICADA, AZUCARADA, EDULCORADA DE OTRO MODO O AROMATIZADA	30	30	EC/95	EC/95
2201.10.00	MINERAL WATERS AND AERATED WATERS.....			0.26¢/liter	
2201.90.00	OTHER WATERS, INCLUDING NATURAL OR ARTIFICIAL MINERAL WATERS AND AERATED WATERS.....		0.4¢/liter		
A	NATURAL OR ARTIFICIAL MINERAL WATERS	4,9		0,0	1995
B	OTHER WATERS AND AERATED WATERS.....	0,0		0,0	
22.02	WATERS, NOT CONTAINING SWEETENING INGREDIENTS OR ADDED SUGAR OR OTHER WATERS, NOR CONTAINING SWEETENING INGREDIENTS OR ADDED SUGAR OR		0.3¢/liter		

	OTHER SWEETENING MATTER OR FLAVORED, AND OTHER NONALCOHOLIC BEVERAGES, NOT INCLUDING FRUIT OR VEGETABLE JUICES OF HEADING 2009:			
2202.10.00	WATERS, INCLUDING MINERAL WATERS AND AERATED WATERS, CONTAINING ADDED SUGAR OR OTHER SWEETENING MATTER OR FLAVORED.....			0.2¢/liter
2501.00.00	SALT (INCLUDING TABLE SALT AND DENATURED SALT) AND PURE SODIUM CHLORIDE, WHETHER OR NOT IN AQUEOUS SOLUTION OR CONTAINING ADDED ANTICAKING OR FREE-FLOWING AGENTS; SEA WATER...	0,0	0,0	(8)
2851.00.00	OTHER INORGANIC COMPOUNDS (INCLUDING DISTILLED OR CONDUCTIVITY WATER AND WATER OF SIMILAR PURITY); LIQUID AIR (WHETHER OR NOT RARE GASES HAVE BEEN REMOVED); COMPRESSED AIR; AMALGAMS, OTHER THAN	2,8	2,8	

	AMALGAMS OF PRECIOUS METALS.....			
--	---	--	--	--

Fuente: OMC, 1995

**LISTAS DE CONCESION DE MERCANCIAS
TLC PERU - ESTADOS UNIDOS**

PERU ²⁰³				
NUMERO CONTROL	Perú HS8	DESCRIPCIÓN	ARANCEL BASE	TRATAMIENTO ARANCELARIO
746	22011000	Agua mineral y agua gaseada	12%	5 años lineal
747	22019000	Los demás	12%	5 años lineal
748	22021000	Agua, incluidas el agua mineral y la gaseada, con adición de azúcar u otro edulcorante o aromatizada	12%	3 años lineal
749	22029000	Las demás	12%	Arancel libre a la entrada en vigencia

²⁰³ Para analizar estos cuadros es necesario realizar las siguientes precisiones:

El Arancel de Aduanas del Perú ha sido elaborado en base a la Nomenclatura Común de los Países Miembros de la Comunidad Andina (NANDINA), con la inclusión de subpartidas adicionales de conformidad a la facultad otorgada por el art. 4º de la Decisión 249 de la Comisión de la Comunidad Andina.

La NANDINA está basada en la Nomenclatura del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías en su Versión Única en Español, que tiene incorporada la Tercera Recomendación de enmienda del Sistema Armonizado.

Los desdoblamientos se han realizado agregando dos cifras al Código numérico de la NANDINA, por lo que ningún producto se podrá identificar en el Arancel de Aduanas sin que sean mencionadas las diez cifras; denominándose SUBPARTIDA NACIONAL.

El Arancel de Aduanas del Perú presenta tabulado en tres columnas que corresponde a:

- 1.- Código de Subpartida nacional
- 2.- Descripción de la mercancía
- 3.- Derecho de Aduana- Ad Valorem. Los derechos de Aduana han sido expresados en porcentaje, que se aplicará sobre el valor imponible.

La Nomenclatura del sistema armonizado de los Estados Unidos (HTSUS) está basada en un sistema de 8 dígitos para la clasificación de los productos. Según este sistema, los primeros dos dígitos representan la categoría general del artículo, y los seis restantes denotan subcategorías de un mayor grado de especificidad.

				del Acuerdo
ESTADOS UNIDOS				
NUMERO CONTROL	HTS8	DESCRIPCIÓN	ARANCEL BASE	TRATAMIENTO ARANCELARIO
1486	22011000	Mineral waters and aerated waters, not containing added sugar or other sweetening matter nor flavoured	0.26 cents/liter	Duty free on entry into force
1487	22019000	Waters (incl. ice, snow and steam), ot/than mineral waters or aerated waters, not cont. added sugar or other sweetening matter nor flavoured	Free	MFN duty free
1488	22021000	Waters, including mineral waters and aerated waters, containing added sugar or other sweetening matter or flavoured	0.2 cents/liter	Duty free on entry into force

Fuente: TLC PERU - EEUU, 2005

ANEXO No 2

**LISTAS DE CONCESION DE SERVICIOS
OMC – CAN
BOLIVIA**

BOLIVIA - OMC			
Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas			
Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	OBSERVACIONES
I. COMPROMISOS HORIZONTALES			

<p>TODOS LOS SECTORES INCLUIDOS EN ESTA LISTA</p> <p><u>Presencia comercial</u></p>	<p>3) El Estado establece condiciones específicas para las concesiones a particulares del suelo y subsuelo del territorio boliviano, incluyendo las aguas lacustres y fluviales</p> <p>Para ejercer habitualmente actos de comercio, se exige a las empresas extranjeras que establezcan filiales</p>	<p>3) Es prohibida la posesión de propiedad sobre el suelo o subsuelo por parte de extranjeros, dentro de 50 kilómetros de las fronteras</p>	<p>Bolivia no tiene ningún compromiso en el sector de los servicios medioambientales.</p> <p>Sin embargo, debe destacarse que entre aquellas medidas aplicables a todos los sectores, y con especial énfasis en el modo 3 relativo a la presencia comercial el Estado boliviano prohíbe a los extranjeros tomar posesión sobre el suelo o subsuelo, dentro de los 50 Km de la frontera. Para los otros casos se determinan condiciones específicas para las concesiones a particulares del suelo y subsuelo incluyendo aguas lacustres y fluviales.</p> <p>Por otro, se deja sentada la exigencia de que para ejercer actos de comercio habitualmente las empresas deben establecer una filial en el país.</p> <p>Dentro de esos otros casos y de acuerdo a la exigencia expresa del Código de Comercio boliviano podemos interpretar que cualquier empresa proveedora de servicios ambientales para suministrar el servicio en Bolivia debería tener su empresa en el país y ajustarse a otros requisitos para ser beneficiario de la concesión.</p>
---	---	--	---

Sector/ Subsector/ Clasificación	Fundamento Legal	Acceso a Mercados	Trato Nacional	Descripción de la medida
<p>6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE</p> <p>b. Servicios de eliminación de desperdicios sólidos 9402 c. Servicios de saneamiento y servicios similares 9403 d. Otros Servicios de agua potable y alcantarillado</p>	<p>Reglamento 2028 del 20 de octubre de 1998 de la Ley de Municipios</p> <p>Ley N° 2066 del 11 de abril del 2000 de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario</p> <p>Título IV Concesiones y Licencias, Capítulo I Concesiones, Art. 18</p>	<p>X</p>	<p>X</p>	<p>Las empresas extranjeras, para participar de las licitaciones, deben asociarse a una empresa nacional.</p> <p>Existe una cuota numérica para otorgar licencias a los proveedores de servicios medioambientales La empresa extranjera no puede aportar el 100% del capital</p> <p>Las concesiones para servicios de agua potable y alcantarillado sanitario son otorgadas con carácter monopólico (30 años).</p>

Fuente: Dec 510

ANEXO No 3

**LISTAS DE CONCESION DE SERVICIOS
OMC
ECUADOR**

ECUADOR - OMC			
Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas			
Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	OBSERVACIONES
II. COMPROMISOS ESPECÍFICOS SECTORIALES			

<p>6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE</p>			
<p>A) Servicios de alcantarillado (CCP 9401)</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p>	<p>En las listas ecuatorianas las medidas transversales se concretan a definir el tipo de profesional y el cupo de trabajadores extranjeros permitido.</p>
<p>B) Servicios de eliminación de desperdicios (CCP 9402)</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p>	<p>Ecuador compromete la apertura del sector medioambiental, dentro del cual incorporan:</p>
<p>C) Servicios de saneamiento y servicios similares (CCP 9403)</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - servicios de alcantarillado, - eliminación de desperdicios - saneamiento y servicios similares - limpieza de gases de combustión
<p>D) a) Servicios de la limpieza de gases de combustión (CCP 9404); Servicios de amortiguamiento de ruidos (CCP 9405); Servicios de protección del paisaje y</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - servicios de amortiguamiento de ruidos - servicios de protección del paisaje y la naturaleza - otros
			<p>Resolviendo para el modo 1- suministro transfronterizo, modo2 – consumo en el extranjero, y modo 3 – presencia local, la eliminación de cualquier restricción de Acceso o Trato Nacional. Para el modo 4- movimiento de personas reitera sus restricciones establecidas en</p>

ANEXO No 4

**LISTAS DE CONCESION DE SERVICIOS
OMC – CAN – TLC/EEUU
COLOMBIA**

COLOMBIA - OMC			
Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas			
Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	OBSERVACIONES
I. COMPROMISOS HORIZONTALES			
TODOS LOS SECTORES INCLUIDOS EN ESTA LISTA	<p>3) La inversión extranjera se permite en todos los sectores de la economía, salvo la que se proyecte efectuar en actividades relacionadas con la defensa nacional y procesamiento y disposición de basuras tóxicas, peligrosas o radioactivas no producidas en Colombia</p> <p>Respecto de las sociedades de capital extranjero existe un impuesto a las remesas de utilidades. Colombia entiende que este impuesto es compatible con las disposiciones del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, particularmente al tenor del pie de página al artículo XIV d) y por lo tanto no está especificado ni consignado en la oferta.</p>		<p>Colombia no compromete la apertura del sector de los servicios medioambientales.</p> <p>Entre sus medidas horizontales hay una cita textual donde manifiesta su política de fomento a la inversión. Empero esa política tiene salvedades en determinadas actividades y territorios entre otras limitaciones reservando este derecho únicamente a favor de colombianos de nacimiento.</p>

COLOMBIA – CAN				
Sector/ Subsector/ Clasificación	Fundamento Legal	Acceso a Mercados	Trato Nacional	Descripción de la medida
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE d. Otros	Ley 142 del 11 de Julio de 1994 art. 23 (último párrafo al final),	X		Art. 23: "...Las Comisiones de regulación sin embargo podrán prohibir que se facilite a los usuarios en el exterior el agua, el gas combustible, la energía, o el acceso a redes, cuando haya usuarios en Colombia a quienes exista la posibilidad física y financiera de atender, pero cuya demanda no hubiese sido satisfecha a las tarifas que resulten de las fórmulas aprobadas por las comisiones.
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE d. Otros	Ley 142 del 11 de Julio de 1994, Art. 15.1 y 17 Par. 1 y artículo 18 tercer párrafo.	X		Pueden prestar servicios públicos Art. 15.1 Las empresas de servicios públicos. Estas son sociedades por acciones, cuyo objeto es prestar los servicios públicos de que trata la Ley 142/ 94 y sometida a un régimen jurídico especial. Art. 17: Par. 1: Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado por acciones deberán optar por la forma de empresa industrial y comercial del estado.
6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE	Resolución CREG 056/94			Artículo 1.- Separación de actividades. Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de la Ley 143 de

<p>d. Otros</p>		<p>X</p>		<p>1994 con el objeto de prestar el servicio público de electricidad, y que hagan parte del sistema interconectado nacional, no podrán tener más de una de las actividades complementarias relacionadas con el mismo, salvo la de comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.</p> <p>En consecuencia, cualquiera de estas empresas que destine a la generación de energía una capacidad que exceda de 50 MW, no puede tener como objeto social actividades distintas a la misma generación, y la comercialización.</p>
-----------------	--	----------	--	--

COLOMBIA – TLC	
<i>ANEXO I</i>	
Sector:	TODOS LOS SECTORES
Obligaciones Afectadas:	Presencia Local
Nivel de Gobierno	Central
Medidas	Código de Comercio, Art. 469, 471 y 474 de 1971.
Descripción:	Comercio Transfronterizo de Servicios Una persona jurídica constituida bajo las leyes de otro país y con domicilio principal en el exterior, debe establecerse por lo menos como una sucursal en Colombia para desarrollar una concesión obtenida del Estado colombiano.
Sector:	TODOS LOS SECTORES
Obligaciones Afectadas:	Trato Nacional
Nivel de Gobierno	Central
Medidas	Decreto 2080 de 2000, Art. 26 y 27
Descripción:	Inversión Los inversionistas de otra parte no podrán adquirir ningún valor en Colombia en el mercado de valores ni fuera de él, a menos que lo hagan por medio de un “fondo de inversión de capital extranjero. Los inversionistas extranjeros pueden hacer inversiones de portafolio en valores en Colombia solamente a través de un fondo de inversión de capital extranjero.
Sector:	SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS
Obligaciones Afectadas:	Acceso a Mercados Presencia Local Trato Nacional
Nivel de Gobierno	Central

<p>Medidas</p>	<p>Ley 142 de 1994, Artículos 1, 17, 18, 19 y 23 Código de comercio, Art. 471 y 472</p>
<p>Descripción:</p>	<p>Comercio Transfronterizo de Servicios e Inversión Las empresas de servicios públicos domiciliarios deben estar legalmente constituidas y domiciliadas en Colombia como sociedades por acciones, salvo en el caso de las entidades descentralizadas que adopten la forma de empresa industrial y comercial del Estado, cuyo objeto corporativo es el suministro de servicios públicos domiciliarios bajo un régimen especial que las denomina “empresas de servicios públicos” o “E.S.P.” Para efectos de esta entrada, los servicios públicos domiciliarios comprenden los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, [telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural,] y sus actividades complementarias. En los concursos públicos en los que se asignen concesiones o licencias para la prestación de servicios públicos domiciliarios para una comunidad organizada local, en igualdad de condiciones con los demás participantes, se preferirá a las empresas en que estas tengan mayoría.</p>

ANEXO II	
Sector:	TODOS LOS SECTORES
Obligaciones Afectadas:	Acceso a Mercados
Nivel de Gobierno	Central
Descripción:	<p>Comercio transfronterizo de servicios</p> <p>Colombia se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que no sea inconsistente con las obligaciones de Colombia bajo el Artículo XVI del Acuerdo General de Comercio de Servicios para los siguientes sectores y sub sectores:</p> <p>Servicios profesionales relacionados con la salud Servicios de contaduría y teneduría de libros Servicios de asesoramiento tributario Servicios de informática y conexos Servicios de investigación y desarrollo y Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología Servicios de publicidad Servicios relacionados con la pesca Servicios relacionados con la distribución de energía Servicios de investigación y seguridad Servicios fotográficos Servicios de editoriales y de imprenta Servicios de radio y televisión (excepto televisión por suscripción) Servicios de Distribución - Servicios de comisionistas, Servicios de franquicia Servicios de Distribución - Servicios comerciales al por mayor y Servicios comerciales al por menor en aquellos sectores con monopolios de arbitrio rentístico Servicios de enseñanza, excepto los servicios de enseñanza de adultos Servicios relacionados con el medio ambiente Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos (diferentes de los servicios audiovisuales) Servicios de transporte, salvo los servicios de reparación y mantenimiento de aeronaves y transporte de carga por carretera</p>
Sector:	TODOS LOS SECTORES
Obligaciones Afectadas:	Trato Nacional
Descripción:	<p><i>Inversión</i></p> <p>Colombia se reserva el derecho de subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio</p>

	<p>de determinados derechos civiles a los extranjeros por razones de Orden Público.</p> <p>Los extranjeros gozarán en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la Ley.</p> <p>Esta medida sigue pendiente del resultado de la negociación sobre este tema en el grupo de inversión.</p>
--	---

Fuente: TLC Colombia – EEUU, 2005

ANEXO No 5

**LISTAS DE CONCESION DE SERVICIOS
OMC – TLC/EEUU
PERU**

PERU – OMC			
Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas			
Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	OBSERVACIONES
I. COMPROMISOS HORIZONTALES			

<p>TODOS LOS SECTORES COMPRENDIDOS EN LA PRESENTE LISTA</p>	<p>De acuerdo al Decreto Legislativo N° 662, "Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras", los inversionistas extranjeros y las empresas en que éstos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las establecidas en la Constitución Política del Perú y las que se mencionan en el mismo Decreto Legislativo.</p> <p>Una vez efectuada la inversión extranjera, ésta tiene la obligación de ser registrada ante el organismo nacional competente.</p> <p>En materia de propiedad, la Constitución Política del Perú establece que dentro de los 50 km de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir, ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder en beneficio del Estado el derecho así adquirido. Adicionalmente el Decreto Legislativo N° 757 "Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada" establece derechos, garantías y obligaciones que son de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que sean titulares de inversiones en el país, con el fin último de garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, efectuadas o por efectuarse en todos los sectores de la presente lista y en cualquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la Constitución y las leyes.</p>		<p>Perú textualmente señala que con el fin de garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas, concede igual trato para inversionistas nacionales y extranjeros, salvo las limitaciones de su CPE o de sus leyes.</p> <p>También entre sus medidas horizontales señala el derecho exclusivo de los peruanos para ser propietarios de tierras ubicadas dentro de los 50Km de la frontera, impidiendo que extranjeros adquieran tierras, aguas, etc directa o indirectamente.</p> <p>Perú no ha comprometido el sector de los servicios medioambientales entre sus compromisos sectoriales.</p>
---	---	--	---

COLOMBIA – TLC	
ANEXO II	
Sector:	SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE
Obligaciones Afectadas:	Acceso a Mercados (11.4) Presencia Local (11.5)
Descripción	Comercio Transfronterizo de Servicios Perú se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida con relación al servicio público de agua potable. Para mayor certeza, nada en esta reserva afectará la disposición de una empresa extranjera a suministrar agua “embotellada”.
Sector:	SERVICIO PÚBLICO DE ALCANTARILLADO
Obligaciones Afectadas:	Acceso a Mercados (11.4) Presencia Local (11.5)
Descripción	Comercio Transfronterizo de Servicios Perú se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida con relación al servicio público de alcantarillado.

Fuente: TLC Perú – EEUU, 2005

ANEXO No 6
LISTAS DE CONCESION DE SERVICIOS
OMC – TLC/ PERU
ESTADOS UNIDOS

ESTADOS UNIDOS – OMC			
Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas			
Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	OBSERVACIONES
I. COMPROMISOS HORIZONTALES			
<p><u>TODOS LOS SECTORES ABARCADOS POR LA PRESENTE LISTA:</u> A los efectos de la presente lista, la definición de "Estados Unidos" abarca los 50 Estados de los Estados Unidos más el Distrito de Columbia.</p>			

<p>TODOS LOS SECTORES: ADQUISICIÓN DE TIERRAS</p>	<p>3) Ninguna</p>	<p>3) El gobierno federal limita la venta inicial de tierras de propiedad federal a los nacionales estadounidenses. (La restricción precedente no se aplica a las empresas de propiedad extranjera constituidas con arreglo a las leyes de un Estado de los Estados Unidos.)</p> <p>La adquisición de tierras recuperadas con fondos federales y la recuperación de tierras desérticas están limitadas a los nacionales de los Estados Unidos.</p> <p>La propiedad de tierras por personas que no sean nacionales de los Estados Unidos está limitada en: Kentucky (las restricciones se aplican únicamente a los particulares, no a las empresas de propiedad extranjera constituidas legalmente en los Estados Unidos) y South Carolina (aplicable a particulares y empresas de propiedad extranjera).</p> <p>La compra de tierras por personas que no sean nacionales de los Estados Unidos y no residan en el Estado está sujeta a restricciones en: Oklahoma, Florida y Wyoming. En Mississippi las personas que no sean nacionales de los Estados Unidos no pueden comprar más de cinco acres con fines de vivienda ni más de 320 acres con fines de desarrollo industrial.</p> <p>Las personas que no sean nacionales de los Estados Unidos no pueden comprar ni presentar ofertas en ventas de tierras p úblicas en los siguientes Estados: Hawaii, Idaho, Mississippi, Montana y Oregón.</p>	<p>Las listas de compromisos americanos revisten especial atención entre otras cosas por la manera en que se concretan esas obligaciones.</p> <p>Acorde a las disposiciones del AGCS los compromisos trascienden el nivel central. En muchos casos no existen restricciones de Acceso pero si restricciones de trato nacional porque las medidas a nivel federal se aplican una vez que el proveedor ingreso a EEUU.</p> <p>Entre las restricciones transversalmente aplicables a todos los sectores se encuentran medidas que limitan la adquisición de tierras a favor de nacionales americanos; medidas fiscales cuyos beneficios son propios de los nacionales de Estados Unidos o empresas que tengan actividades sustanciales y continuas en ese país; medidas relacionadas con el movimiento de personas donde la definición del profesional no sólo se limita a establecer sus características, sino que además contempla temas como el cupo, el nivel salarial, el tiempo de estancia, y la relación laboral preexistente.</p> <p>La consideración de estas ayudas y barreras es importante porque se aplican a los proveedores de servicios independientemente del sector.</p>
---	-------------------	---	--

II. COMPROMISOS ESPECÍFICOS SECTORIALES

<p>6. SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE^{19, 20}</p> <p>A. Servicios de alcantarillado (contratados por el sector privado)</p> <p>B. Servicios de eliminación de desperdicios (contratados por el sector privado)</p> <p>C. Servicios de saneamiento y servicios similares</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p> <p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p> <p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Ninguna</p> <p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Ninguna</p> <p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Ninguna</p>	<p>La lógica de las listas positivas es levantar compromisos en los sectores y subsectores que el país decida. Siguiendo esta lógica EEUU decide listar los servicios relacionados con el medio ambiente sin ninguna barrera en ninguna de las modalidades salvo lo dispuesto en el modo 4 – movimiento de personas en sus horizontales.</p> <p>Sin embargo, los compromisos de los Estados Unidos quedan limitados a las siguientes actividades: aplicación e instalación de sistemas nuevos o existentes de limpieza, descontaminación, prevención y vigilancia en relación con el medio ambiente; aplicación de servicios de control de la calidad ambiental y reducción de la contaminación; mantenimiento y reparación de sistemas e instalaciones relacionados con el medio ambiente que no queden ya abarcados por los compromisos contraídos por los Estados Unidos con respecto al mantenimiento y reparación de equipo; investigación, evaluación y vigilancia in situ en relación con el medio ambiente; servicios de toma de muestras; capacitación in situ o en la planta; servicios de consultores en relación con estas esferas.</p>
--	---	--	---

¹⁹ En cada uno de los subsectores que se indican a continuación los compromisos de los Estados Unidos quedan limitados a las siguientes actividades:

<p>D. Otros (servicios de limpieza de gases de escape; servicios de lucha contra el ruido; servicios de protección de la naturaleza y del paisaje; otros servicios relacionados con el medio ambiente, n.c.p.)</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.</p>	<p>1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Ninguna</p>	<p>Es decir, a pesar de que se comprometen los servicios de alcantarillado, eliminación de desperdicios y otros. De esos subsectores sólo se consideran algunas actividades (incluso el inc. D) Otros, queda reducido a solo unas operaciones) de las cuales ninguna tiene que ver con la gestión o administración del servicio.</p>
--	---	--	--

Fuente: OMC, 1995

aplicación e instalación de sistemas nuevos o existentes de limpieza, descontaminación, prevención y vigilancia en relación con el medio ambiente; aplicación de servicios de control de la calidad ambiental y reducción de la contaminación; mantenimiento y reparación de sistemas e instalaciones relacionados con el medio ambiente que no queden ya abarcados por los compromisos contraídos por los Estados Unidos con respecto al mantenimiento y reparación de equipo; investigación, evaluación y vigilancia *in situ* en relación con el medio ambiente; servicios de toma de muestras; capacitación *in situ* o en la planta; servicios de consultores en relación con estas esferas.

²⁰ Ningún elemento de esta oferta relacionado con el transporte debe interpretarse en el sentido de anular los compromisos contraídos por los Estados Unidos con respecto al transporte o las exenciones NMF con ellos relacionadas.

EEUU – TLC	
<i>ANEXO II</i>	
Sector:	TODOS LOS SECTORES
Obligaciones Afectadas:	Trato Nacional (Arts. 10.3 y 11.2) Trato de la Nación Más Favorecida (Arts. 10..4 y 11..3) Presencia Local (Art. 11.5) Requisitos de Desempeño (Art. 10..9) Altos Ejecutivos y Directorios (Art. 10. 10)
Nivel de Gobierno	Regional
Medidas	Todas las medidas disconformes de todos los estados de los Estados Unidos, el Distrito de Columbia y Puerto Rico
Descripción:	Comercio Transfronterizo de Servicios e Inversiones
Sector:	TODOS LOS SECTORES
Obligaciones Afectadas:	Acceso a Mercados
Descripción:	Estados Unidos se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que no sea incompatible con las obligaciones de Estados Unidos de conformidad con el Artículo XVI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

Fuente: TLC Perú – EEUU, 2005

ANEXO No 7

TRATADOS BILATERALES SOBRE INVERSIONES RATIFICADOS POR BOLIVIA

Nº	PARTES CONTRATANTES	FECHA Y LUGAR DE SUSCRIPCIÓN	LEY RATIFICATORIA BOLIVIANA	PUBLICACIÓN EN LA GACETA DE BOLIVIA	ARTÍCULO ARBITRAL	TRIBUNAL ARBITRAL
1	República de Bolivia con la República de Argentina	17 de marzo de 1994, en Buenos Aires	Ley No. 1594 de 12 de agosto de 1994	No se publicó el texto del convenio, según certificación.	Artículos 8 y 9 del convenio	C.I.A.D.I o tribunal de arbitraje ad - hoc
2	República de Bolivia con el Reino de España.	29 de octubre de 2001, en Madrid	Ley No. 2360 de 7 de mayo de 2002	No se publicó el texto del convenio, según certificación.	Artículos 10 y 11 del convenio	C.I.A.D.I o tribunal de arbitraje ad - hoc
3	República de Bolivia con la República de Francia.	25 de octubre de 1989, en París.	Ley No. 1535 de 28 de febrero de 1994	No se publicó el texto del convenio, según certificación.	Artículo 8 del convenio	C.I.A.D.I.
4	República de Bolivia y el Reino de los Países Bajos	10 de marzo de 1992, en La Paz.	Ley No. 1586 de 12 de agosto de 1994	No se publicó el texto del convenio, según certificación.	Artículo 9 del convenio	Tribunal de arbitraje ad - hoc o C.I.A.D.I.
5	República de Bolivia con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	24 de mayo de 1988, en La Paz.	Ley No. 1132 de 19 de enero de 1990.	No se publicó el texto del convenio, según certificación.	Artículo 8 del convenio	C.I.A.D.I., Cámara de Comercio Internacional, arbitro internacional, tribunal Ad-hoc, reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas.
6	República de Bolivia con Estados Unidos de Norteamérica.	17 de abril de 1998, en Santiago de Chile.	Ley No. 1897 de 18 de septiembre de 1998.	No se publicó el texto del convenio, según certificación.	Artículo 9 del convenio	Tribunal de arbitraje ad - hoc o C.I.A.D.I.

7	República de Bolivia con la República de Alemania	23 de marzo de 1987, en La Paz.	Ley No. 1120 de 1 de noviembre de 1989	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 11 del convenio	Tribunal ad-hoc, Cámara de Comercio Internacional o en su caso C.I.A.D.I.
8	República de Bolivia con la República de Austria.	4 de abril de 1997, en Viena.	Ley No. 2172 de 7 de febrero de 2001	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 9 del convenio	C.I.A.D.I o arbitraje con 3 árbitros de acuerdo a las normas de UNCITRAL
9	República de Bolivia con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa.	25 de abril de 1990, en Bruselas.	Ley No. 1174 de 4 de julio de 1990.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 11 del convenio	C.I.A.D.I., tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.
10	República de Bolivia con la República de Chile.	22 de septiembre de 1994, en La Paz	Ley No. 1946 de 18 de marzo de 1999.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 10 del convenio	Tribunal competente del inversionista o C.I.A.D.I.
11	República de Bolivia con el Gobierno de Corea.	1 de abril de 1996, no se señala el lugar de suscripción.	Ley No. 1754 de 23 de enero de 1997.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 12 del convenio	Corte de Justicia de la Parte Contratante o en su caso C.I.A.D.I.
12	República de Bolivia con la República Popular de China.	8 de mayo de 1992, en Beijing.	Ley No. 1433 de 11 de febrero de 1993.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 8 del convenio	Tribunal competente de la parte receptora de la inversión, tribunal arbitral ad-hoc, tomado en cuenta las reglas del CIADI.
13	República de Bolivia con Cuba.	6 de mayo de 1995, en la Habana.	Ley No. 1676 de 15 de diciembre de 1995.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículos 9 del convenio	Tribunal competente de la Parte donde se efectuó la inversión, tribunal de arbitraje ad-hoc y de acuerdo a las reglas de arbitraje de CNUDMI.

14	República de Bolivia con el Gobierno del Reino de Dinamarca.	12 de marzo de 1995, en Copenhague.	Ley No. 1703 de 19 de julio de 1996.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 9 del convenio	C.I.A.D.I o tribunal arbitral ad - hoc
15	República de Bolivia con la República de Ecuador.	25 de mayo de 1995, en Quito.	Ley No. 1677 de 15 de diciembre de 1995.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 9 del convenio.	Tribunal competente de la Parte Contratante donde se realizó la inversión o arbitraje internacional. CIADI o Tribunal Ad-hoc, reglas del CNUDMI.
16	República de Bolivia con la República de Italia.	30 de abril de 1990, en Roma.	Ley No. 1176 de 30 de julio de 1990.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 9 del convenio	Tribunal arbitral ad-hoc de acuerdo al CNUDMI, CIADI.
17	República de Bolivia con la República de Perú.	30 de julio de 1993, en Ilo.	Ley No. 1573 de 12 de julio de 1994.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 11 del convenio	CIADI o Tribunal arbitral ad- hoc.
18	República de Bolivia con la República del Paraguay.	3 de mayo de 2001, en Asunción.	Ley No. 2472 de 20 de junio de 2003.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 9 del convenio	C.I.A.D.I. o Tribunal arbitral ad- hoc, de acuerdo a las normas del CNUDMI.
19	República de Bolivia con Rumania.	9 de octubre de 1995, en Bucarest.	Ley No. 1749 de 17 de enero de 1997.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 9 del convenio	C.I.A.D.I o Tribunal ad-hoc, de acuerdo a las reglas del CNUDMI.
20	República de Bolivia con el Reino de Suecia.	20 de septiembre de 1990, en Estocolmo.	Ley No. 1339 de 7 de mayo de 1992.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 8 del convenio	Arbitraje de acuerdo a las reglas del CNUDMI.
21	República de Bolivia con la Confederación Suiza.	13 de noviembre de 1987, en La Paz.	Ley No. 1131 de 19 de enero de 1990.	No se público el texto del convenio, según certificación.	Artículo 9 del convenio	Tribunal arbitral o en su caso al C.I.A.D.I.
22	República de Bolivia con la República Federativa del Brasil.	18 de noviembre de 2003	Vigente a partir de su firma	No se público el texto del convenio, según certificación.		
23	República de Bolivia con la Comunidad Europea	Suscrito el 9 de septiembre de 2003	En vigor en la fecha de su firma	No se público el texto del convenio, según certificación.		

24	República de Bolivia con la República de Costa Rica	Suscrito en San Jose el 7 de octubre de 2002	Sin ratificación	No se público el texto del convenio, según certificación.		
----	---	--	------------------	---	--	--

Fuente: Centro Legal de Asuntos de Interés Público, 2006.