



## AGUA Y LIBRE COMERCIO

### UNA MIRADA REFLEXIVA DESDE BOLIVIA

Mucho se ha especulado sobre el impacto que pueden tener los tratados de libre comercio (TLC) y los Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT) sobre los recursos naturales no renovables. El presente documento describe claramente cuales son los riesgos que se corren al suscribir dichos acuerdos especialmente en relación al tema agua. Se presenta el marco general en el que operan los acuerdos y la manera como el agua, como recurso y como servicio, puede ser afectada. Finalmente se presenta la posición del gobierno boliviano ante los acuerdos comerciales y el agua, quien retira el agua de todos los compromisos futuros reafirmando el derecho soberano de cada país a regular los recursos hídricos en todos sus usos y servicios.

#### EL PROBLEMA

Las políticas en torno al marco legislativo de los recursos naturales y su rol en la estrategia de desarrollo boliviano de los últimos años, han evidenciado serias inequidades estructurales impactando y amenazando el acceso de los sectores más postergados de la sociedad en los procesos de toma de decisión y gestión principalmente sobre el agua. Dichas políticas se agravaron a partir del año 2000, expresándose en movilizaciones sociales que desestabilizaron el país y derivaron en serias crisis políticas tal como la expresada en Abril del 2000 con la denominada guerra del agua.

Como respuesta el gobierno del presidente indígena Evo Morales crea en enero de 2006 el Ministerio del Agua de Bolivia constituyéndose en el primero en su género en el continente. La misión del nuevo Ministerio del Agua es encarar importantes transformaciones legales en el sector de agua y sus servicios en la perspectiva de brindar mayor seguridad jurídica a las comunidades indígenas y campesinas sobre sus fuentes de agua y desarrollar cambios legales tendentes a promover servicios de agua potable que prioricen la inversión a favor de los pobres.

En este proceso, uno de los temas centrales en la discusión de las reformas legales y las políticas públicas se relaciona con los Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Acuerdos Bilaterales de Inversión (mas conocidos como BITs por sus siglas en ingles). El debate entre instituciones y organizaciones sociales tanto en Bolivia como en países de la región plantea la preocupación que estos tratados y acuerdos puedan afectar la soberanía, los derechos sociales legislados y aquellos en proceso de proyección legal. Como parte de este debate el gobierno de Bolivia se ha planteado varias preguntas que a continuación son desarrolladas, con el fin de aportar al análisis de la temática.

## ¿EL AGUA ESTÁ INCLUIDA EN LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO?

Una de las preguntas mas frecuentes cuando hablamos del tema de Agua y los TLC y BITs, se refiere a la medida en que ésta y sus servicios derivados pueden ser afectados bajo un acuerdo de libre comercio. A pesar de no mencionarse o incluirse de forma explícita existe la posibilidad que al firmar un TLC un

país esté incluyendo el agua y sus servicios dentro del tratado, debido a que:

Tanto en los TLC como en los BITs se establecen listas que permiten:

- Incluir determinados servicios o recursos naturales, los cuales quedan por tanto considerados en el acuerdo en cuestión; aquellos servicios no incluidos expresamente en la lista, quedan por tanto excluidos de la cobertura del tratado o acuerdo y no se les aplica los términos de los mismos;
- Excluir servicios, de modo tal que aquellos que no sean expresamente excluidos en la listas, quedan automáticamente incluidos en la cobertura de los tratados o acuerdos.

A diferencia del Acuerdo General de Comercio y Servicios (GATS por sus siglas en ingles), donde solo los servicios listados son incluidos; los acuerdos de libre comercio con el gobierno de Estados Unidos, en el sector servicios, solo existen exclusiones cuando han sido expresamente listados como tal.

En las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de Centro América con Estados Unidos, más conocido como CAFTA, sólo Costa Rica ha excluido los servicios de agua y no así los demás países signatarios de este tratado. Estados Unidos por su parte no está sujeto a la misma regla, puesto que excluyó del tratado las áreas de jurisdicción de cada uno de los estados de la Unión, y el agua es de regulación de cada estado miembro de la Unión, por lo que queda excluido de la cobertura del tratado. Lo que significa que a excepción de Costa Rica y Estados Unidos, todo el sector de los servicios del agua en los países signatarios esta disponible para inversión privada bajo las normas del TLC.



Foto: Agua Sustentable



## ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPIOS DE TLCs O BITs CON LOS QUE SE PROTEGE O AMPARA UNA “INVERSIÓN”?

Luego de hacer 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. El inversor correspondiente a un país firmante del tratado se ve beneficiado por los siguientes principios:

1. **PRINCIPIO DEL TRATO NACIONAL:** Por el cual el inversor extranjero no puede ser tratado en forma menos favorable que los inversores nacionales, salvo exclusión expresa en el tratado; es decir, el inversor extranjero tiene los mismos beneficios que los “inversores” de los países donde se produce la inversión.
2. **PRINCIPIO DE LA NACIÓN MAS FAVORECIDA:** Por el cual el inversor extranjero debe tener el mismo trato legal, los mismos beneficios, que el inversor correspondiente a una nación con el cual el país donde se hace la inversión haya suscrito un tratado o acuerdo muy beneficioso; resultando en la nación más favorecida en comparación con el TLC o BIT.
3. **ESTÁNDAR DE TRATO MÍNIMO INTERNACIONAL, TRATO JUSTO Y EQUITATIVO:** Se trata de un principio de derecho internacional absoluto, no vinculado a una comparación como es el caso de los dos anteriores principios. Este principio se relaciona con un estándar subjetivo como son las expectativas legítimas de los inversores. En relación al agua, cualquier modificación de las condiciones de los derechos, incluidas las modificaciones de tarifas no previstas al tiempo de la inversión, podrían ser consideradas una violación del estándar.
4. **PROTECCIÓN RESPECTO DE EXPROPIACIÓN NO COMPENSADA:** Esta noción es un estándar absoluto como la de trato justo. El problema que se plantea no es su aplicación tradicional, sino su expansión para impedir actividades regulatorias; es decir, decisiones o acciones administrativas de las instituciones reguladores de nuestros países, por ejemplo cuando el “inversor” comete un acto que amerita una revocatoria o anulación de su derecho de prestación de servicios de agua potable.

*En relación al agua, cualquier modificación de las condiciones de los derechos, incluidas las modificaciones de tarifas no previstas al tiempo de la inversión, podrían ser consideradas una violación del estándar.*



Foto: Agua Sustentable

## ¿COMO DEFINEN LOS TLC Y LOS BIT EL CONCEPTO DE “INVERSIÓN”?

La definición de inversión en el TLC es la siguiente:

*...inversión significa 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 el asumir riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:*

- a. una empresa;*
- b. acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;*
- c. bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;*
- d. futuros, opciones y otros derivados;*
- e. contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;*
- f. derechos de propiedad intelectual;*
- g. licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; (Art. 10.28)*

Esta amplia definición de lo que es una inversión le da un carácter general, por lo que incluye tácitamente los derechos de aguas, que en Bolivia y en otros países se otorgan con diferentes formas: concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, registros, etc. El inciso g) abre de hecho las puertas para considerar el agua, a través de sus regímenes de derechos, parte de los TLC o BITs, estando en consecuencia sujetos a las reglas de estos y al libre comercio internacional. Esto tiene entre una de las tantas implicaciones, la posibilidad de que el agua sea un objeto libre de exportación.

Los principios de Trato Nacional, Nación Mas Favorecida y otros que hemos conocido antes, se aplicarán en consecuencia a los tratados.

*Esta amplia definición de lo que es una inversión le da un carácter general, por lo que incluye tácitamente los derechos de aguas.*



Foto: Arnold Brouwer



## ¿CÓMO SE RESUELVEN LOS CONFLICTOS ENTRE INVERSOR Y ESTADO EN EL TLC?

Uno de los elementos más relevantes de los acuerdos de inversión post-1980 es que establecen mecanismos especiales para resolver conflictos. Se basan en arbitrajes privados entre firmas privadas, pero en esta modalidad son privados demandando a Estados.

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 Bolivia, planificación territorial y pesquerías en Chile y Perú.

Pese a la relevancia de sus decisiones, los tribunales arbitrales presentan problemas. En algunos casos sus miembros son elegidos por las partes, sus procedimientos son secretos y por tanto inaccesibles para la población afectada por sus resoluciones, y no hay apelaciones.

Para tomar sus decisiones los tribunales aplican el tratado en que se basa la disputa, otras normas de

derecho internacional, y derecho doméstico. Y la tendencia es a presentar las diferencias entre el “inversor” y el Estado como violaciones del acuerdo de inversión y no solo del contrato, usurpando la jurisdicción de las cortes nacionales, de este modo se puede poner en riesgo la soberanía judicial y regulatoria a los Estados.

Los conflictos son usualmente resueltos en función de los derechos del inversor y no de un balance entre distintos intereses. Así, el arbitraje internacional llevado a cabo en casos inversor-estado ha sido una importación no adecuada de derecho comercial a cuestiones de interés público, como se demuestra con:

1. La naturaleza de las cuestiones sujetas a arbitraje: servicios públicos, ambiente, temas sociales;
2. La magnitud económica de los casos considerados: demandas por más de veinte mil millones de dólares solamente en Argentina;
3. La tendencia de los tribunales arbitrales a minar los sistemas judiciales locales.



Foto: Agua Sustentable

*Los conflictos son usualmente resueltos en función de los derechos del inversor y no de un balance entre distintos intereses.*

## NUESTRA PROPUESTA

### ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL GOBIERNO BOLIVIANO:

#### ALGUNOS PRINCIPIOS ASOCIADOS AL AGUA Y SUS SERVICIOS QUE DEBEN CONSIDERARSE CUANDO SE TRATE EL TEMA DE ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

Las diferentes demandas y propuestas de normativa legal construidas desde diferentes sectores de la sociedad civil y el Estado boliviano, a partir de las experiencias conflictivas, plantean como algunos principios a considerar y aplicar los siguientes:

**El Agua como Recurso :** Entre los principios mas relevantes al agua como recurso están su dominio público, 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 de uso asignada al consumo humano y al riego agropecuario, la preservación de flujos ambientales, respeto a derechos de pueblos y comunidades indígena y campesinas a sus instituciones y normas.



Foto: Joachim Voss



Foto: Juan Carlos Alurralde

**El Agua como Servicio :** Es importante que los servicios garanticen el abastecimiento a los pobres, niveles tarifarios razonables que permitan recuperar al menos los costos importantes evitando cargar a los usuarios

ganancias exorbitantes, sustentabilidad, razonabilidad, calidad de servicios, información, transparencia, solidaridad, participación social en niveles de planificación y toma de decisiones estratégicas, reinversión de los recursos provenientes de las tarifas, tarifas especiales en tiempos de crisis, apoyo y participación del estado para cubrir rezagos de inversión que benefician a los pobres.

Otro principio importante es que los prestadores de servicios no deben bloquear la regulación necesaria vía influencia indebida, abuso de posición dominante, tergiversación de hechos u ocultamiento de información por parte de los prestatarios. Situación que ha acontecido en casos de empresas acogidas precisamente a TLC o BITs.



Foto: Arnold Brouwer



## ALGUNOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL QUE SE PUEDEN APLICAR A LAS INVERSIONES

Los principios antes mencionados propuestos a raíz de la experiencia boliviana concuerdan con propuestas y avances realizados desde el derecho internacional.

**Un principio fundamental a considerar es que el agua es un derecho humano :** La importancia del agua para la vida y por ende para la realización de cualquier otro derecho humano fue motivo para que en noviembre del año 2002 las Naciones Unidas mediante el comité de derechos económicos, sociales y culturales, comentario general Numero 15 declare que: “El agua es fundamental para la vida y la salud. La realización del derecho humano a disponer de agua es imprescindible para llevar una vida saludable, que respete la dignidad humana. Es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos”. Reconociéndose así internacionalmente el agua como un derecho humano.

**Otro principio importante es el respeto a los derechos de pueblos indígenas y comunidades campesinas :** Respecto a los derechos indígenas sobre las aguas debemos apuntar que ya el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagra el derecho preferente de las comunidades locales rurales sobre sus fuentes tradicionales de agua y el de los pueblos indígenas para garantizar el acceso al agua en sus tierras ancestrales, salvaguardándolas de toda injerencia ilícita y contaminación. Asimismo, insta a los Estados el facilitar recursos que permitan que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua

Los derechos de pueblos indígenas sobre las aguas poseen una doble dimensión: a) Derechos preferentes respecto a las aguas existentes en sus territorios ancestrales y que con-

*el derecho ... de las comunidades locales rurales sobre sus fuentes tradicionales de agua y el de los pueblos indígenas para garantizar el acceso al agua en sus tierras ancestrales, salvaguardándolas de toda injerencia ilícita y contaminación*



Foto: Joachim Voss

## UNA PRECAUCIÓN NECESARIA

Para los países interesados en atraer capital extranjero al sector relacionado al agua y sus servicios 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 como los TLC o BITs puede impedir que se hagan cambios mas adelante, sobre todo cambios relacionados con legislación, modelos institucionales de regulación, tratados especiales a comunidades indígenas y campesinas a través de derechos legislados que establezcan diferencias con tratos a inversores acogidos a TLC o BITs. Conservar la soberanía legislativa, jurídica y judicial de nuestros pueblos, no forma parte del anticuario de derechos internacionales en tiempos de globalización, puede más bien permitirnos la posibilidad de reinventar nuestros estados en función de las necesidades de los más pobres y olvidados, construyendo normas e instituciones que los protejan y nos permitan superar la situación de marginalidad y miseria que aqueja a muchos de nuestros pueblos, especialmente a los indígenas.

## **LA POSICIÓN BOLIVIANA SOBRE LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO Y EL AGUA**

El gobierno boliviano basado en estos antecedentes ha incorporado dentro de su propuesta de declaración ministerial ante el IV foro mundial del agua el siguiente texto:

*“Convocamos a retirar el agua de todos los acuerdos de libre comercio como la OMC y los TLCs y a reafirmar el derecho soberano de cada país a regular los recursos hídricos en todos sus usos y servicios. Instamos a que se suspenda cualquier negociación sobre servicios de agua potable y saneamiento básico en el acuerdo general sobre comercio de servicios de la OMC, y convocamos a que el agua, en todos sus usos y servicios, se retire del alcance de los Tratados Bilaterales de Inversiones”*



### **MAYOR INFORMACIÓN**

- Proyecto Visión Social del Agua  
<http://www.aguavisionsocial.org>
- Agua Sustentable  
<http://www.aguasustentable.org>

### **Contacto**

- Juan Carlos Alurralde, Agua Sustentable  
[oso@aguasustentable.org](mailto:oso@aguasustentable.org)
- Rene Orellana, Consultor Agua Sustentable  
[rene@aguasustentable.org](mailto:rene@aguasustentable.org)
- Pablo Solon, Consultor Agua Sustentable  
[pablosolon@gmail.com](mailto:pablosolon@gmail.com)



CGIAR Challenge Program on  
**WATER & FOOD**

*Diálogo de Políticas* es publicado por InfoAndina y contiene recomendaciones de política para el desarrollo sostenible de las montañas que provienen de las Iniciativas CONDESAN y otros proyectos de desarrollo. Para contactar a InfoAndina escriba a [infoandina@cgiar.org](mailto:infoandina@cgiar.org)

Compartiendo conocimiento para el desarrollo sostenible de los Andes

