

**SOLICITAN TRANSPARENCIA Y PARTICIPACION
EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE**

**En el caso No. ARB/03/19 ante el
Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones**

entre

**Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A.
y Vivendi Universal, S.A.**

y

la República Argentina

se presentan

**Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)
Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL)
Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción
Comunitaria
Unión de Usuarios y Consumidores**



**Consumidores
Libres**



CONTENIDO DE LA PRESENTACIÓN

1. Introducción

2. Las Organizaciones que se Presentan

3. Fundamentos de Esta Petición de Transparencia y Participación

- 3.1 La Trascendencia Pública e Institucional del Caso
- 3.2 El Acuerdo Bilateral de Inversiones entre Francia y Argentina, el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI), y las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones Permiten al Tribunal Acceder a Esta Petición
- 3.3 La Constitución y Normativa Argentina Reconoce el Derecho al Acceso a la Información y a la Participación
- 3.4 Los Poderes Inherentes de un Tribunal Arbitral le Otorgan Competencia para Reconocer los Derechos Colectivos de Participación y Transparencia
- 3.5 La Estrecha Asociación entre las Cinco Instituciones del “Grupo del Banco Mundial” Exige Transparencia
- 3.6 La Tendencia Hacia la Apertura de Otros Tribunales y Organismos Internacionales Demuestra el Valor de la Transparencia y la Participación en el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional

4. Petición

1. INTRODUCCIÓN

En el presente caso se encuentra en discusión la procedencia de una indemnización a la empresa *Aguas Argentinas S.A.* en virtud de la incidencia negativa que sobre sus negocios habrían provocado ciertas medidas generales adoptadas por el Gobierno Argentino para hacer frente a la crisis económica de 2002¹. Dichas medidas de política económica incluyeron la devaluación de la moneda argentina, el congelamiento tarifario y la prohibición de indexar las tarifas de acuerdo a índices de precios de los Estados Unidos de Norte América². La empresa considera que tales medidas violan el Acuerdo celebrado entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones del 3 de julio de 1991³ (En Adelante, “ABI Argentina - Francia”).

Las decisiones cuestionadas por *Aguas Argentinas S.A.* en el presente caso constituyen medidas de carácter general adoptadas por el Estado Argentino haciendo uso de su potestad regulatoria, que guardan íntima relación con el modo en que los habitantes acceden y gozan de un servicio público esencial como es el de agua potable y saneamiento. De este modo la decisión que adopte este tribunal afectará de manera directa la protección y garantía de derechos fundamentales de los residentes del área de prestación de servicios.

En razón del claro interés público involucrado en este caso, las organizaciones abajo firmantes consideramos imprescindible que el procedimiento sea conducido con transparencia y con la participación de las personas interesadas en la resolución del caso. La transparencia del proceso se traduce en el libre acceso a los documentos que las partes produzcan y a las audiencias que se celebren. Asimismo, la participación de la sociedad civil se traduce en la posibilidad de presentar argumentos sustanciales para la resolución de la causa en forma de *amicus curiae*.

Al respecto creemos fundamental que el Tribunal tome en cuenta, al interpretar el alcance de los derechos de las partes en contienda, principios de derecho internacional e interno en materia de salud pública, servicios esenciales, nivel de vida adecuado, vivienda, y defensa del consumidor, materias en las que estas organizaciones somos expertas. La íntima relación que existe entre la efectiva protección y ejercicio de tales derechos y la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento que se discute en este caso justifica nuestro interés en participar en este caso.

¹ La información con la que contamos sobre el objeto de la contienda se desprende de trascendidos periodísticos ya que la demanda presentada por la empresa no es pública.

² Es decir, de acuerdo al promedio simple entre el Producer Price Index - Industrial Commodities y el Consumer Price Index - Water & Sewage Maintenance como venía haciéndolo.

³ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con la República Francesa, firmado en París con fecha 3 de julio de 1991 y aprobado por Ley 24.100.

2. LAS ORGANIZACIONES QUE SE PRESENTAN

La Asociación por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) es una organización sin fines de lucro que tiene como misión contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas en Argentina y defender los derechos fundamentales de los grupos desaventajados. En particular, ACIJ cuenta con autorización legal en Argentina para actuar legalmente en defensa de los derechos de los usuarios y consumidores, de acuerdo con las previsiones del artículo 42 y 43 de la Constitución Argentina.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental que desde 1979 se ha dedicado a la promoción y protección de los derechos humanos en la Argentina.

Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria es una organización dedicada a la defensa y protección de los derechos de los usuarios y consumidores de la Argentina.

La Unión de Usuarios y Consumidores es una organización dedicada exclusivamente a la defensa y protección de los derechos de los usuarios y consumidores de la Argentina, con diez años de actividad y que es miembro de Consumers Internacional.

El Centro para el Derecho Internacional (CIEL) es una organización de interés público, sin fines de lucro, que proporciona apoyo jurídico a personas y organizaciones de la sociedad civil alrededor del mundo. El programa de comercio y desarrollo sustentable de CIEL intenta reformar el derecho internacional económico a fin de promover el desarrollo humano y un medio ambiente sano.

3. - FUNDAMENTOS DE ESTA PRESENTACIÓN

Los fundamentos que sostienen nuestras peticiones de transparencia y participación son claros y concretos:

En primer lugar, las materias controvertidas de este arbitraje donde un Estado constitucional y democrático es parte revisten un claro contenido público, que afectará de manera directa los derechos e intereses de toda una población, La legitimidad tanto del laudo como del arbitraje se encuentra comprometida por el secreto que afecta al procedimiento. En este sentido, en virtud de principios fundamentales de un orden democrático conducente al goce de los derechos humanos, las decisiones públicas que afectan a millones de personas no pueden adoptarse en secreto, ni excluyendo la voz de la población afectada.

En segundo término, las peticiones de transparencia y de participación resultan procedentes en virtud tanto de lo dispuesto en el ABI Argentina -- Francia,

como de las normas contenidas en el Convenio y en las reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

En tercer lugar, el ordenamiento jurídico argentino, incluyendo los tratados de internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, garantizan la participación de las organizaciones de la sociedad civil en los procesos judiciales y no judiciales en que puedan afectarse derechos de incidencia colectiva.

En cuarto lugar, el tribunal arbitral cuenta con poderes inherentes que le otorgan competencia para reconocer los derechos de participación y transparencia que se solicitan.

En quinto término, la estrecha relación entre el CIADI y las restantes instituciones que componen el “Grupo del Banco Mundial”, especialmente la Corporación Financiera Internacional (CIF), y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), hacen imperativa la publicidad del proceso.

En sexto y último lugar, existe una tendencia en otros tribunales y organismos internacionales a reconocer el valor de la transparencia y la participación usuarios, ambientalistas y otras organizaciones que representan a afectados, en casos en donde se encuentran en juego conflictos de relevancia pública, por lo que el CIADI no podría sostener la necesidad del secreto en casos de este tipo.

3.1. La Trascendencia Pública e Institucional del Caso

En el presente caso no se hallan en discusión intereses meramente comerciales privados, sino que, por el contrario, se involucran cuestiones de enorme trascendencia pública. En efecto, el objeto de la controversia de este arbitraje concierne la capacidad y libertad regulatoria del Estado argentino respecto a la prestación de servicios públicos esenciales, por lo que este arbitraje afecta a la totalidad de los habitantes del país. Asimismo, este caso afecta directamente las condiciones en que las millones de personas que residen en el Gran Buenos Aires – el área de concesión del servicio prestado por la demandante -- acceden al servicio de agua y saneamiento.

Las decisiones gubernamentales cuestionadas por *Aguas Argentinas S.A.* en esta causa constituyen medidas económicas de carácter general adoptadas por el Estado Argentino para hacer frente a una crisis económica de magnitudes. El alcance y aplicación de dichas medidas, si bien apareja consecuencias para la empresa demandante y para todas las actividades económicas que se realizan en Argentina, también resultan determinantes respecto al modo en que los habitantes acceden y gozan de un servicio público esencial como es el de agua potable y saneamiento.

Las medidas controvertidas en este arbitraje, en particular el congelamiento tarifario y la prohibición de indexar las tarifas de acuerdo a índices de precios de los Estados Unidos de Norte América, se encuentran en directa relación con el derecho humano fundamental al acceso a servicios esenciales. Es ilustrativo en tal sentido mencionar que en un reciente informe del Banco Mundial se señala expresamente que la práctica de indexar las tarifas de los servicios públicos de acuerdo a índices de precios de los Estados Unidos los tornó prácticamente inaccesibles para gran parte de los argentinos, situación que – según se indica- podría empeorar de aprobarse nuevos incrementos tarifarios⁴.

El interés público y la dimensión institucional de esta causa se acrecientan en razón de la íntima vinculación entre las discusiones que se generan en su marco con el proceso de renegociación del contrato de la empresa *Aguas Argentinas S.A.*, proceso que se lleva a cabo en forma paralela en la Argentina. Esta conexidad queda evidenciada tanto en la decisión del Ministerio de Economía de excluir del proceso de renegociación a aquellas empresas que durante su desarrollo efectuaren una presentación ante un tribunal arbitral⁵, como en el reciente acuerdo firmado entre la Empresa *Aguas Argentinas S.A.* y el Gobierno Argentino por el cual se decide suspender el trámite y ejercicio de las cuestiones de fondo en esta causa durante la vigencia del acuerdo temporario al que se arribó en el marco de la renegociación⁶, esto es hasta el 31 de diciembre de 2004.

Resulta asimismo preocupante el modo en el que esta causa y las disposiciones del ABI Argentina - Francia están siendo invocados por la Empresa *Aguas*

⁴ “Los servicios domiciliarios que resultaban bastante asequibles en 1997, ahora resultan muy costosos especialmente con relación al ingreso de los hogares del primer quintil debido, entre otras cosas, a la indexación de las tarifas al dólar estadounidense”. La “crisis económica que atraviesa el país ha empeorado de manera significativa la asequibilidad de los servicios de agua y energía, los que actualmente absorben el 22% del ingreso de los hogares del primer quintil, proporción que podría subir en caso de aprobarse incrementos tarifarios para los servicios...” y se postula consecuentemente que debería evitarse “que los gastos en los tres servicios más esenciales, de agua, electricidad, y gas natural, superen un umbral del 15% para los estratos pobres de la población”. (Vivien Foster, *Hacia una Política Social para los Sectores de Infraestructura en Argentina: Evaluando el Pasado y Explorando el Futuro*. Producido por la Oficina del Banco Mundial para Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay en colaboración con el Departamento de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura, Documento de Trabajo 10/03, Diciembre de 2003 en http://www.bancomundial.org.ar/archivos/Documento_de_Trabajo10_Hacia_una_Politica_Social.pdf). En lo que se refiere al servicio de agua potable y saneamiento en particular, la estructura regresiva del marco tarifario vigente implica una notable inequidad en lo que respecta al costo del servicio para los usuarios del Gran Buenos Aires. Así, para el 10% de la población de mayores ingresos las erogaciones asociadas al pago del servicio representan apenas el 1,3% de sus recursos, mientras que para el decil de menores ingresos la tarifa del servicio le sustrae el 9% de sus ya deteriorados recursos. (Cfr. Azpiazu, Daniel y Forcinito, Karina, *Historia de un fracaso: la privatización del sistema de agua y saneamiento en el área metropolitana de Buenos Aires*).

⁵ Resolución del Ministerio de Economía Nro 308/02 del 16 de agosto de 2002, art. 11.

⁶ Acta acuerdo suscripto el 11 de mayo de 2004, entre la Presidencia de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos y la empresa *Aguas Argentinas S.A.*, art. 2 ap. 2) inc. b.

Argentinas S.A. con la finalidad de presionar al Gobierno para que se abstenga de tomar ciertas medidas de relevancia pública que pudieran afectar sus intereses⁷. Esta utilización por parte de los inversores extranjeros del mecanismo del CIADI como medio de presión para obtener medidas beneficiosas a sus intereses es reivindicada por los mismos abogados que asesoran a los inversionistas extranjeros. En este sentido, una importante firma de abogados que trabaja en este campo patrocinando a varias de las empresas que han entablado demandas contra la Argentina reconoce expresamente que la utilización del arbitraje internacional invocando un tratado bilateral, o la amenaza de hacerlo, resulta la manera más efectiva para presionar sobre los Estados receptores de la inversión y así obtener renegociaciones contractuales satisfactorias⁸.

De esta manera, las discusiones que se han dado en el marco del CIADI -- a las cuales el público no ha tenido acceso -- pueden ser determinantes en relación con las posiciones y decisiones que con respecto al futuro régimen de prestación y expansión del servicio se adopten en la renegociación de los contratos de concesión. Resulta claro entonces que la decisión final que se adopte en el marco de este proceso y las posiciones que el Estado Argentino vaya fijando en las negociaciones que se llevan a cabo ante ese tribunal, extenderán sus efectos más allá de los derechos e intereses de las partes en la diferencia. Resulta igualmente claro que este proceso y sus decisiones no pueden ser conducidos en secreto, sin la participación de la sociedad civil, particularmente de aquellos directamente afectados.

En este sentido, la decisión que adopte este Tribunal arbitral influirá sustancialmente en la posibilidad cierta de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires y del Gran Buenos Aires de acceder a servicios básicos imprescindibles. Dichos servicios esenciales son necesarios para ejercer el derecho a un nivel de vida adecuada y otros derechos humanos fundamentales como la salud, la alimentación, la vivienda y la educación, todos los cuales en el sistema institucional argentino tienen jerarquía constitucional. Esta situación se torna aún más grave a la luz de la pauperización generalizada y sin precedentes por la que atraviesa la sociedad argentina.

Como ha quedado demostrado, este proceso arbitral dista de resolver conflictos meramente comerciales o privados, sino que más bien tiene una influencia sustancial en cuestiones que son de relevancia pública. Esta característica torna imprescindible que el proceso sea transparente y permita la participación y

⁷ Según surge de los considerandos de la Resolución ETOSS 86/03, la Empresa Concesionaria rechazó la intimación que se le cursara para constituir el fideicomiso acordado en el Acta de Revisión Quinquenal del 09.01.01, alegando que obligarla a hacerlo implicaría 'otra' grave violación por parte del Estado Argentino a los derechos tutelados por el tratado aprobado por Ley 24.100.

⁸ Ver "The argentine crisis - foreing investors rights" en la página web del estudio jurídico Freshfields, Bruckhaus Deirnger (<http://www.freshfields.com/places/latinamerica/publications/pdfs/2431.pdf>)

control por parte de los ciudadanos. Decisiones que condicionan el diseño de la política pública de un estado en materia de prestación de servicios públicos no pueden adoptarse en ámbitos que carecen de los controles y balances que caracterizan a las instituciones democráticas y que otorgan legitimidad a las medidas de gobierno.

En este sentido, el tribunal arbitral en el Caso *Methanex* -- que involucra el acceso de la población de California a agua potable -- ha reconocido el interés público de dicha controversia de inversiones, y ha admitido la participación del público en calidad de *amicus curiae*, porque, como señalara el tribunal,

[I]ndudablemente existe un interés público en este arbitraje. El objeto controvertido se extiende lejos de aquellos involucrados en un arbitraje transnacional usual entre partes comerciales.... También hay un argumento más amplio...La disposición del Tribunal para recibir presentaciones de amicus apoyaría el proceso en general y este arbitraje en particular; mientras que una negativa rotunda podría hacer daño”⁹.

Esta presentación y las peticiones que manifestamos al Tribunal son una consecuencia necesaria e inevitable de la manifiesta trascendencia institucional del caso y que no puede, de buena fe, ser negada ni atenuada. Sobre esta base, en nuestro rol de Organizaciones de la Sociedad Civil, dedicadas a la defensa de derechos humanos fundamentales, a promover la transparencia y la participación en el Estado democrático de derecho, y a contribuir al fortalecimiento institucional de Argentina, solicitamos acceso al proceso y oportunidad para presentar argumentos.

3.2. La Petición de Transparencia y Participación Resulta Procedente en Virtud del ABI Argentina - Francia , el Convenio del CIADI, y las Reglas de Arbitraje del CIADI.

La procedencia de esta solicitud de transparencia y participación encuentra sustento normativo tanto en las normas de derecho internacional e interno que ese tribunal debe aplicar, como en las reglas que rigen el arreglo de diferencias en el marco del CIADI.

En primer lugar corresponde señalar que en virtud del artículo 8.4 del ABI Argentina - Francia esta controversia debe ser decidida recurriendo, entre otras, a las normas del derecho Argentino y que estas normas demandan la transparencia y la apertura de este arbitraje a la participación de todas las personas interesadas en la resolución del caso. En efecto, normas fundamentales de la República Argentina –examinadas en la sección siguiente--

⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as “Amici Curiae”, párr. 49 (15 de Enero de 2001). (traducción no oficial).

incluyendo su Constitución Política y sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, reconocen la participación y el acceso a la información de los habitantes como principios básicos del orden jurídico institucional del Estado.

En segundo lugar, en cuanto a aspectos netamente procesales respecta, cabe atenerse a lo dispuesto por el artículo 44 del Convenio del CIADI, que en definitiva también ordena la aplicación de la normativa argentina. Dicho artículo 44 establece que “cualquier cuestión de procedimientos no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”. Dado que el Convenio CIADI y las reglas de arbitraje guardan silencio respecto a la transparencia y la participación, el Tribunal debe atenerse al derecho argentino en tanto normas acordadas por las partes y eventualmente resolver las posibles lagunas normativas a favor de los principios de transparencia y participación que inspiran el orden democrático del Estado Argentino.

Asimismo, de la lectura del Convenio del CIADI surge que no existe cláusula alguna que disponga la confidencialidad de los procedimientos. La única disposición que ha motivado ciertas dudas es el Artículo 48(5) del Convenio CIADI, el cual dispone que “el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes”. En la práctica, sin embargo, la gran mayoría de los laudos son publicados, sino por el Centro, por terceros. En efecto, como ha señalado recientemente la Secretaría del CIADI, “La noción [de] que [el Artículo 48(5)] connota amplia confidencialidad o obligaciones de privacidad, más allá de aquellas propias del CIADI, no se encuentra apoyada por la práctica arbitral existente”¹⁰.

A su vez, el examen de las reglas de arbitraje del CIADI confirma la ausencia de obstáculos jurídicos para la transparencia del procedimiento y la participación del público. En relación con la transparencia, nada en las reglas de arbitraje señala que los documentos producidos en el arbitraje deben mantenerse en secreto. Luego en relación con la presentación de *amicus curiae*, no existe impedimento alguno para que el tribunal acepte información de terceros. Más bien lo contrario es cierto: el artículo 34 de las Reglas de Arbitraje dispone que, “el Tribunal podrá, si lo estima necesario en cualquier etapa del procedimiento: (b) visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia o llevar a cabo indagaciones en él.”

Como se aprecia, el Artículo 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI expresamente le permite al tribunal recibir información de personas y grupos diferentes a las partes de la controversia. Como se explica más abajo, una disposición similar del *Entendimiento sobre Solución de Diferencias* de la

¹⁰ Secretaría del CIADI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 22 October 2004, Párr. 14, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf> (traducción no oficial).

Organización Mundial del Comercio ha sido interpretada por el Órgano de Apelación de dicha institución en el sentido de permitirle a los paneles de solución de controversias aceptar informes *amicus curiae*.

En igual sentido, en relación con la apertura de las audiencias, el artículo 32 de las Reglas de Arbitraje que regula quienes pueden presenciar las audiencias orales, lejos de establecer una prohibición para la participación de partes no-contendientes deja abierta tal posibilidad al regular expresamente el procedimiento que el Tribunal debe seguir a tal efecto.

Ya en dos arbitrajes de inversiones administrados por el CIADI, *Methanex* y *UPS*, las audiencias han sido abiertas al público. El CIADI no ha tenido problemas logísticos en manejar la apertura de las audiencias al público. Incluso más, algunos de los tratados de inversiones de nueva generación – examinados más abajo -- explícitamente reconocen el derecho del público a presenciar las audiencias.

De este modo no hay contradicción entre los principios fundamentales de transparencia y participación previstos en la normativa Argentina y las normas procedimentales aplicables a la solución de la controversia.

En definitiva, el ABI Argentina – Francia y la normativa Argentina aplicable disponen que el Tribunal conduzca este arbitraje con transparencia y con la participación de las organizaciones peticionarias. Además, nada hay en el Convenio del CIADI o las Reglas de Arbitraje del CIADI que impidan la transparencia o la participación. En rigor, el Convenio del CIADI le permite al Tribunal decidir materias de procedimiento que no se encuentren expresamente regladas. Y las Reglas de Arbitraje facultan al Tribunal para llevar a cabo indagaciones en el lugar relacionado con la diferencia – es decir, donde se encuentran las organizaciones peticionarias – y recibir información de terceros no contendientes. Por consiguiente, de acuerdo a los instrumentos jurídicos que controlan este arbitraje, el Tribunal se encuentra plenamente facultado para conducir el arbitraje a la luz del público.

Ccorresponde por último señalar que la apertura del procedimiento al público en nada perturbaría la consecución ordenada de este arbitraje o comprometería el debido proceso sino que por el contrario, aseguraría su respeto y contribuiría a dar legitimidad a la decisión que se adopte.

3.4 La Normativa de Derecho Argentino que el Tribunal debe Aplicar

Tal como se mencionara en la sección precedente, tanto en virtud del artículo 8.4 del ABI Argentina – Francia, como del artículo 44 del Convenio CIADI, este tribunal debe resolver cuestiones de fondo y forma de acuerdo a, *inter alia*, las reglas del derecho argentino.

La legislación Argentina, particularmente la Constitución Nacional en sus artículos 42¹¹ y 43¹², la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor¹³, y la normativa que regula la participación pública en sede administrativa, reconocen a las organizaciones presentantes el derecho de tener una participación adecuada en las instancias en las que se debatan y estén en juego decisiones que afecten la prestación de los servicios públicos, así como a acceder a toda la información relevante al respecto.

De acuerdo a ello, tanto en sede administrativa, mediante la participación en audiencias públicas, como en sede judicial, mediante la amplia legitimación de que gozan para presentar acciones y con la posibilidad de participar como terceros interesados en juicios iniciados por otros actores sociales, las asociaciones de defensa de los derechos de usuarios y consumidores (en representación de los usuarios y consumidores argentinos) tienen garantizada por el derecho interno la posibilidad de tener una participación adecuada cuando estén en juego cuestiones que puedan afectar los derechos que representan.

Adicionalmente, tales provisiones normativas han cristalizado en numerosos pronunciamientos judiciales el reconocimiento a las asociaciones de usuarios y consumidores de legitimación procesal en procesos judiciales en donde se encontraba en juego algún aspecto de la provisión de servicios públicos¹⁴. De

¹¹ El art. 42 de la Constitución Nacional Argentina dispone que “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos...”. Asimismo establece que “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

¹² En su segundo párrafo este artículo dispone que podrán interponer acción de amparo “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...”.

¹³Particularmente los artículos 52, 55 y 56. El artículo 52 de esta ley establece que “el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados”. “La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público”. El artículo 55 dispone que “las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores” y el artículo 56 prevé entre los fines de estas asociaciones, entre otros los de: i) Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados; ii) Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés; y iii) Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores.

¹⁴ Conf. “Youssefian, Martín c/Estado Nacional – Secretaria de Comunicaciones s/amparo Ley 16.986”, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 9

modo que la cuestión de la legitimación de las asociaciones de defensa del consumidor para demandar en defensa de los intereses y derechos de los usuarios no sólo está claramente prevista en la Constitución Nacional y en la ley Nacional Nro. 24.240 sino que además es pacífica en la jurisprudencia local.

Dado que en esta causa se debaten medidas que afectan directamente el interés de usuarios actuales y futuros de servicios públicos y está en juego la habilidad reguladora del Estado, si no se permitiera a las asociaciones presentantes la participación en este proceso, esto implicará una restricción indebida a los derechos de aquellas y un apartamiento injustificado del derecho aplicable.

Además de la normativa antedicha que se aplica específicamente a la materia relativa al acceso y goce de servicios públicos, la solicitud que se efectúa encuentra sustento en otros artículos de la Constitución Nacional y en tratados internacionales de derechos humanos que en Argentina tienen jerarquía constitucional¹⁵. Entre ellos, se encuentran el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que garantizan especialmente el derecho a acceder a la información, el derecho a un recurso efectivo y al debido proceso legal.

El derecho a acceder a la información esta previsto en el artículo 14 de la Constitución Nacional¹⁶, que en concomitancia con el artículo 1 del mismo texto legal¹⁷, consagran el principio de publicidad de los actos de gobierno. Asimismo, se encuentra contemplado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸ y en el artículo 19 del Pacto

y cuya resolución es una condición previa a la operatividad del decreto 264/98, con resolución de Cámara, Sala IV, del 23/6/98, "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria c/ Telefónica de Argentina S.A., Telecom Argentina S.A. Stet-France Telecom y Telintar S.A. s/ Sumario", Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 7, Secretaría N° 13 - Sala IV; "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ Amparo", Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 9, Secretaría N° 17 - Sala V; "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria c/ E.N.- Presidencia de la Nación - Secretaria de Comunicaciones y otro s/ Amparo Proceso Sumarísimo", Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 10, Secretaría N° 19 - Sala V, Causa 9/99 "ADECUA c/PEN (Ley Tributaria) Dto. 1517/98", entre otros.

¹⁵ El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional a una extensa nómina de tratados internacionales de derechos humanos.

¹⁶ El artículo 14 establece que "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de peticionar a las autoridades; [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa [...]".

¹⁷ El artículo 1 establece: "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución". Este artículo, en tanto establece un sistema de gobierno democrático y republicano, asigna a la ciudadanía una función central en la gestión de la cosa pública. No sólo le reserva la función de elegir al gobierno y gobernar a través de sus representantes, sino que le asigna también una labor permanente de colaboración, participación y control en el manejo de la cosa pública.

¹⁸ El artículo 13.1 establece: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e

Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹. Finalmente este derecho ha sido profusamente definido y regulado a través del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 1172/2003 de Acceso a la Información Pública²⁰.

El derecho que tiene cualquier persona a participar y a hacerse oír en forma previa a la toma de decisiones que pueden afectar sus derechos e intereses forman parte de los principios que integran el derecho a un recurso efectivo y la garantía del debido proceso legal. Estas garantías están receptadas tanto en el art. 18 de la Constitución Nacional²¹ como en los más importantes instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos como en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14 y 25)²² y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8 y 25).

ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección". La Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el alcance de este derecho ha adoptado un concepto amplio de la libertad de expresión que comprende no solo el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista sino también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. En este sentido sostiene la Corte que "Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva =C-5/85 del 13/11/1985).

¹⁹ El artículo 19.2 establece "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

²⁰ Sancionado el 4 de Diciembre de 2003. En el texto de este decreto se reconoce que "la información pública constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información..." y que "la finalidad del acceso a la información pública es permitir y promover una efectiva participación ciudadana, a través de la provisión de información completa, adecuada, oportuna y veraz". Anexo VII, artículos 3 y 4.

²¹ El artículo 18 establece entre otras garantías que " Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos".

²² El artículo 14 dispone que "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". "La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores". Por su parte el artículo 25 dispone: "Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Finalmente es digno de mención el hecho de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha regulado recientemente la figura del *Amigo del Tribunal* (*amicus curiae*) como un instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia en las causas en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público²³. En efecto, como ha dispuesto la Corte Suprema,

“Las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el pleito, pueden presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en calidad de Amigo del Tribunal, en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general”

3.4 Los Poderes Inherentes de un Tribunal Arbitral le Otorgan Competencia para Reconocer los Derechos Colectivos de Participación y Transparencia

Los poderes inherentes de este tribunal arbitral le otorgan competencia para reconocer los derechos de participación y de acceso a la información de que gozan los habitantes en materias concernientes a servicios públicos esenciales. En virtud de su jurisdicción inherente, el tribunal tiene competencia para ordenar la transparencia del procedimiento en atención al interés público involucrado en el presente arbitraje.

La doctrina de los poderes inherentes ha sido articulada por varios tribunales internacionales en el contexto específico de los mecanismos jurídicos de resolución de controversias, incluyendo la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia (ICTY), y varios tribunales arbitrales, incluyendo el constituido para el arbitraje *Rainbow Warrior*²⁴ entre Francia y Nueva Zelanda, y recientemente el tribunal que en el marco del CIADI se avocó al caso *Enron contra la República Argentina*²⁵.

La doctrina de los poderes inherentes ha sido utilizada en varias materias que son centrales al ejercicio de jurisdicción, como por ejemplo la decisión acerca de la propia competencia de un tribunal (*Kompetenz-Kompetenz*),²⁶ así como la caracterización de la controversia²⁷. *A fortiori*, este Tribunal se encuentra

²³ Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 28/2004, (Reglamento, Art. 1). Asimismo se establece que “El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida.”

²⁴ *Rainbow Warrior*, R.I.A.A., Vol. XX, 1990, p. 217, at 270.

²⁵ *Enron and Ponderosa Assets v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (14 de enero de 2004).

²⁶ CIJ, *Caso Nottebohm*, (objeciones preliminares), [1953] ICJ Reports 111,119.

²⁷ CIJ, *Caso Jurisdicción Pesquerías* 1998 (España v. Canadá), Jurisdicción, General List No. 96, paras. 30-31 (Dec. 4, 1998), disponible en <http://www.icj-cij.org>; *Caso Atún Aleta Azul* (Austl. & N.Z. v. Japan), Award on Jurisdiction and Admissibility, para. 48 (Aug. 4, 2000), available at <http://www.worldbank.org/icsid>.

plenamente facultado, en virtud de su jurisdicción inherente, para disponer la transparencia del procedimiento en materias que conciernen el interés público.

La CIJ, en el *Caso de los Ensayos Nucleares*, señaló que la Corte posee jurisdicción inherente, derivada de su existencia como órgano judicial, para tomar acciones que sean necesarias para disponer la resolución ordenada de todas las materias de la controversia²⁸. La Cámara de Apelación del ICTY, en el *caso Tadic* de 1995, también ha reconocido que la doctrina de los poderes inherentes es un componente necesario en el ejercicio de la función judicial y no necesita estar expresamente dispuesta en los documentos constitutivos de los tribunales²⁹. En aplicación de estos principios, la transparencia y la participación no requieren mención expresa y pueden ser reconocidas por el Tribunal en virtud de su jurisdicción inherente.

En el *caso Rainbow Warrior*, el tribunal interviniente consideró que sus poderes inherentes le autorizaban para ordenar la cesación de un acto ilícito³⁰. Dicho fallo influyó en el *caso Enron (Argentina)*, donde el tribunal arbitral consideró que sus poderes inherentes le autorizaban no sólo a dictar fallos declarativos, sino que también a ordenar medidas relativas a la realización de determinados actos³¹. Como se aprecia, estas materias van mucho más allá de meras cuestiones de procedimiento, ubicándose en los límites de la jurisdicción del tribunal. Por consiguiente, una materia de procedimiento, inspirada en principios de justicia y equidad, y orientada a garantizar la transparencia del arbitraje cuando se involucra el interés público, no puede sino estar cubierta por los poderes inherentes de un tribunal internacional.

3.5 La Estrecha Vinculación entre las Instituciones del Grupo del Banco Mundial Exige Transparencia y Participación

En el presente arbitraje existe una estrecha relación entre el CIADI y otras instituciones del Grupo del Banco Mundial que tienen un interés particular en la resolución del conflicto, en especial el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Corporación Financiera Internacional (CFI)³². El BIRF ha jugado un rol protagónico en el diseño del marco regulatorio de los servicios públicos concesionados y en el proceso de privatizaciones, y la CFI retiene un porcentaje de las acciones de *Aguas Argentinas S.A.*

²⁸ CIJ, *Caso de las Pruebas Nucleares*, ICJ Reports 1974, pp. 259-260, para. 23, cita a CIJ, *Northern Cameroons case*, ICJ Reports 1963, p.29.

²⁹ ICTY Appeals Chamber, *Tadic (Jurisdiction) -- Prosecutor v. Tadic* (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), Case IT-94-1, 2 October 1995.

³⁰ *Caso Rainbow Warrior*, cit., párr. 114.

³¹ *Caso Enron*, cit., párrs. 75-81.

³² El sitio red del Banco Mundial señala que el Grupo del Banco Mundial está integrado por cinco instituciones estrechamente vinculadas entre sí: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento ("BIRF"); la Asociación Internacional de Fomento ("AIF"); la Corporación Financiera Internacional ("CFI"); el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones ("OMGI") y el CIADI.

Esta estrecha vinculación entre los miembros del Grupo del Banco Mundial constituye claramente una fuente de potenciales conflictos de intereses. Tal relación institucional exige que los tribunales arbitrales del CIADI dispongan total transparencia en casos donde se encuentran involucrados los otros miembros del Grupo del Banco Mundial, como en el presente arbitraje.

Como ejemplo de la estrecha relación institucional entre el CIADI y las otras instituciones del Grupo del Banco Mundial podemos mencionar en primer lugar que las oficinas centrales del CIADI se encuentran ubicadas en las dependencias de las oficinas principales del BIRF en Washington, D.C.³³ (art. 2 del Convenio CIADI), y que las autoridades que componen el CIADI -- Consejo Administrativo y Secretariado (art. 3 del Convenio) -- se hallan vinculadas al Banco Mundial.

Por otra parte, el Presidente del Banco Mundial es *ex officio* Presidente del Consejo Administrativo del CIADI (art. 5 del Convenio)³⁴. Ese dato es relevante si se considera que el Presidente del Consejo Administrativo puede tener un rol decisivo en la suerte de los arbitrajes y las conciliaciones³⁵. Y aunque este Tribunal ha sido constituido por acuerdo de las partes, nada asegura que en el futuro sea necesario suplir una vacante y que las partes no lleguen a acuerdo.

El interés por la resolución del caso que ostentan el BIRF y la CFI es innegable. El BIRF ha tenido enorme influencia en las características que ha adoptado el proceso de privatización del servicio de agua potable y saneamiento en la Argentina. En particular, el BIRF ha influido en la regulación del contrato de concesión de la empresa demandante, cuya interpretación y alcance hoy resulta esencial para la resolución de la controversia planteada.

En este sentido cabe mencionar en primer lugar que, tras una misión que visitó el país entre noviembre de 1991 y octubre de 1992, el Banco recomendaba “para hacer más atractiva la venta de empresas públicas”, la adopción de un programa oficial que incluyera, *inter alia*: Que los precios y tarifas de los servicios privatizados se establezcan en precios internacionales y que su indexación se ajuste con el índice de precios de Estados Unidos.³⁶ Queda en

³³ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433.

³⁴ El Presidente desempeña sus funciones sin remuneración por parte del Centro (art. 8 del Convenio), porque su cargo en el Centro es *ex officio* y la remuneración por las tareas que desarrollan “de oficio” esta a cargo del Banco Mundial.

³⁵ En efecto, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI decide sobre las recusaciones de los árbitros o conciliadores en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo; llena las vacantes de los árbitros o conciliadores nombrados por él; decide sobre las vacantes producidas por la renuncia de un conciliador o árbitro nombrado por una de las partes sin asentimiento de la Comisión de Conciliación o del Tribunal de Arbitraje; llena las vacantes, a pedido de parte, si en el plazo de 45 días de producidas el puesto no ha sido ocupado. Cfr. arts. 30, 38, 56, y 58 del Convenio del CIADI.

³⁶ Argentina: From Insolvency to Growth (World Bank Country Study).

clara evidencia que tanto el impacto de esta recomendación sobre el acceso a servicios esenciales, así como las medidas adoptadas por el Gobierno para asegurar la provisión de agua y saneamiento a la población, se encuentran controvertidos en este arbitraje.

En otro reporte elaborado por el Departamento de Evaluación de Operaciones del BIRF que evalúa la asistencia brindada a la Argentina en un préstamo para agua y saneamiento, se da cuenta de que consultores externos contratados a través del Banco mundial fueron los encargados de redactar los marcos regulatorios y preparar los documentos básicos de la privatización, y que dichos consultores luego ocuparon puestos importantes en las empresas prestadoras privadas³⁷.

Asimismo varios informes del Banco demuestran la participación de sus instituciones en el proceso de privatizaciones en Argentina. Un informe elaborado en julio de 2000 por el Departamento de Evaluación de Operaciones del Banco respecto a la Asistencia a Argentina destaca expresamente el rol de la CFI en la promoción de la privatización de la Argentina, en particular en sectores como agua, saneamiento y salud³⁸. Adicionalmente, un memorando elaborado en el año 2001 por el BIRF y la CFI para los Directores Ejecutivos del Banco acerca del progreso de la Estrategia de Asistencia a la Argentina (*Country Assistance Strategy -- Report 22049-AR*) señala claramente que el Banco apoyó el proceso de privatización del agua.

Además del rol de BIRF en el trasfondo fáctico del arbitraje, varias de las demandas iniciadas contra Argentina ante el CIADI fueron iniciadas por empresas privadas multinacionales que recibieron financiamiento de la Corporación Financiera Internacional (CFI)³⁹. *Aguas Argentinas S.A.* es una de

³⁷ World Bank Operations Evaluation Department, Implementation Completion Report Number 18014, del 16 de junio de 1998.

³⁸ Informe de la Oficina de Evaluación Independiente al Directorio y Presidente del Banco Mundial evaluando la asistencia a la Argentina. OED, Country Assistance Evaluation, Report No. 20719.

³⁹ Algunos de los ejemplos que podemos mencionar al respecto son: ENRON (proyectos financiados por parte de la CFI en República Dominicana Y Colombia); CMS GAS (proyectos financiados por parte de la CFI en Chile, Mongolia y Ghana); SIEMENS (múltiples proyectos financiados por parte de la CFI en todo el mundo); AES (proyectos financiados por parte de la CFI en Camerún, Uganda, Salvador, Georgia, México y Pakistán); CAMUZZI (participa en las privatizaciones de las concesiones de agua en Argentina. La CFI si financia proyectos de otras compañías accionistas de Camuzzi); PAN AMERICAN ENERGY (proyectos financiados por parte de la CFI en Turquía, Madagascar, Argelia, Baku, Mali, Rumania, Mauritania, Kenya, Sudáfrica y otros); EL PASO ENERGY (proyectos financiados por parte de la CFI en México); AGUAS PROVINCIALES DE SANTA FE (proyectos financiados por parte de la CFI en Argentina); TELEFONICA (proyectos financiados por parte de la CFI en Venezuela, Bolivia y Marruecos); ENERSIS (proyectos financiados por parte de la CFI en Brasil); SUEZ -accionista mayoritaria de Aguas Argentinas- (proyectos financiados por la CFI en Egipto, Bolivia, Cambodia, Chile, Zambia, Argentina y Bolivia); EDF (proyectos financiados por parte de la CFI en México y Egipto); UNISYS CORP. (proyectos financiados por parte de la CFI en Philippines). Para mayor información buscar en: <http://ifcln001.worldbank.org/>.

ellas. A diciembre de 2001 la CFI era acreedora del 20% de la deuda internacional de la empresa⁴⁰, y detentaba el 5,12 % de su paquete accionario⁴¹.

Finalmente, y en el mismo sentido, es necesario resaltar que el Banco como patrocinador del establecimiento del Centro, por decisión de sus Directores Ejecutivos, ha facilitado en forma gratuita fondos para que el Centro sufrague sus gastos⁴². La dependencia económica del CIADI frente al Grupo del Banco Mundial también da lugar a potenciales problemas, por lo que aquí también se aprecia el valor de la transparencia.

En definitiva, la estrecha relación entre las cinco instituciones del Grupo del Banco Mundial cubre con un manto de dudas la imparcialidad y la independencia de los mecanismos llamados a resolver controversias derivadas precisamente de las operaciones del Banco. Este manto oscuro afecta también la percepción de legitimidad de este arbitraje frente a la ciudadanía Argentina y la opinión pública mundial. La transparencia del arbitraje, esto es el acceso a la información y la participación del público, despejaría muchas dudas y contribuiría a esclarecer las vinculaciones entre las distintas instituciones del Grupo del Banco Mundial.

3.6 La Tendencia Hacia la Apertura de Otros Tribunales y Organismos Internacionales Demuestra el Valor de la Transparencia y la Participación en el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional

Durante las últimas décadas, los principios democráticos que justifican nuestra petición de transparencia y participación han ido encontrando espacio en el desarrollo progresivo del derecho internacional. Este desarrollo del derecho internacional hacia un orden democrático internacional donde se puedan realizar los derechos humanos fundamentales se aprecia tanto en la operación de los mecanismos de resolución de controversias, como en la práctica de organismos internacionales, así como en nuevos instrumentos convencionales. En efecto, las prácticas y tendencias interpretativas que se verifican en distintos tribunales y organismos internacionales han sabido atender el componente público involucrado en determinados conflictos comerciales, haciendo lugar y facilitando la participación de terceros interesados.

En primer lugar corresponde hacer referencia al CIADI, cuya Secretaría ha elaborado un documento para mejorar los arbitrajes a través de la transparencia y la participación. El documento elaborado por la Secretaría del CIADI señala que sería útil aclarar que los tribunales tienen la autoridad de aceptar y

⁴⁰ A diciembre de 2001 la CFI era acreedora de Aguas Argentinas SA por U\$S 50.092 (deuda corriente) y U\$S 74.517 (deuda no corriente).

⁴¹ De acuerdo con información suministrada por el Consejo Federal de Entidades de Servicios Sanitarios (COFES), en <http://www.cofes.org.ar/infosector/gestionservicios.htm>

⁴² Disposición General Nro. 17 del Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio.

considerar presentaciones del público⁴³. La Secretaría del CIADI bien habla de “aclarar” las normas de arbitraje, pues como ha quedado demostrado más arriba, nada hay en las reglas del CIADI que prohíban la transparencia o la participación.

En el contexto del derecho internacional de las inversiones, resulta oportuno mencionar el desarrollo experimentado por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) hacia la transparencia y la participación. Primero, cabe mencionar que ya dos tribunales arbitrales han admitido presentaciones escritas por parte de organizaciones de la sociedad civil en carácter de *amicus curiae*. Segundo, la “Comisión de Libre Comercio” del TLCAN, cuyo rol es supervisar la implementación del TLCAN y dictar interpretaciones vinculantes acerca de las disciplinas de inversiones,⁴⁴ ha preparado “notas de interpretación” y “declaraciones” que reconocen la importancia de la transparencia y la participación. Este desarrollo se examina a continuación.

Tanto en el caso *Methanex Corporation vs. United States of America*, como en el caso *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada (UPS)*, los tribunales arbitrales reconocieron su capacidad para permitir la transparencia y la participación de organizaciones de la sociedad civil⁴⁵. Entre los factores que estos tribunales arbitrales de inversiones consideraron importante tener en cuenta a la hora de evaluar en los respectivos casos la pertinencia o no de aceptar las presentaciones ofrecidas por las organizaciones de la sociedad civil se incluyeron los siguientes:

- a) la potencialidad de las respectivas presentaciones de asistir al Tribunal en la decisión de la disputa,
- b) la trascendencia pública de la materia en discusión y el eventual impacto de la decisión que se adopte más allá de los hechos particulares del caso en discusión y de las partes del proceso, en otras palabras el indudable interés público involucrado en los casos bajo análisis, y
- c) la posible contribución que tal proceder podría aparejar al logro de una mayor legitimidad entre la población del procedimiento del Capítulo 11 del TLCAN, que ha sido criticado abiertamente por su secretismo, y contrariamente el daño que podría causar en tal sentido el rechazo de tales presentaciones.

Además de las decisiones adoptadas en los casos *Methanex* y *UPS*, la trascendencia pública de muchas de las controversias de inversiones que se

⁴³ Secretaría del CIADI, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, 22 October 2004, Párr. 13, disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf>>

⁴⁴ TLCAN, Artículos 2001 y 1131.

⁴⁵ En ambos casos los Tribunales sostuvieron que aceptar la presentación de *amici curiae* se encontraba dentro las facultades que el apartado 1 del artículo 15 del *Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* le confiere a los árbitros de dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado.

ventilan en el marco del TLCAN, así como la consecuente necesidad de generar una mayor apertura del procedimiento, han sido reconocidas también a nivel institucional por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN⁴⁶. En julio de 2001, la Comisión dictó una nota interpretativa del capítulo 11 del TLCAN, vinculante sobre los tribunales arbitrales, la cual señala que,

“Nada de lo dispuesto en el TLCAN impone una obligación general de confidencialidad para las partes contendientes en un arbitraje al amparo del capítulo XI, y sujeto a la aplicación del artículo 1137(4) [sobre publicación de laudos], nada de lo dispuesto en el TLCAN impide a las Partes otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI o expedidos por él”⁴⁷.

Este importante paso a favor de la apertura del procedimiento fue complementado por la Comisión en su X Reunión, el 7 de octubre de 2003, donde emitió una Declaración sobre la Participación de Partes No Contendientes. Dicha Declaración señala que, “Ninguna disposición del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el “TLCAN”) limita la discreción de un tribunal para aceptar comunicaciones escritas de una persona o entidad que no es una parte contendiente (una “parte no contendiente”)”⁴⁸.

A la luz de este desarrollo, una nueva generación de acuerdos bilaterales de inversiones expresamente incorpora la transparencia y regula la participación de partes no contendientes. Así por ejemplo, tanto el ABI entre Chile y los EUA, el ABI entre Singapur y los EUA, así como el Tratado de Libre Comercio de América Central, todos disponen que los procedimientos serán abiertos al público⁴⁹. En particular, dichos tratados disponen la publicidad de las audiencias, las presentaciones escritas de cada parte, las versiones escritas de sus declaraciones verbales y las respuestas escritas a una solicitud o las preguntas del grupo arbitral. Asimismo, dichos tratados disponen que el tribunal arbitral considerará las solicitudes efectuadas por entidades no gubernamentales para proporcionar apreciaciones escritas relativas a la controversia.

⁴⁶ [en adelante, la Comisión]

⁴⁷ Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN (31 de julio de 2001), disponible en Sitio Red del Gobierno Mexicano, http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/nota_interpretativa/interpretacion_clc_espanol.pdf

⁴⁸ Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes, 7 de Octubre de 2003, disponible en Sitio Red Gobierno Mexicano, http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/nuevos/participacion.pdf

⁴⁹ Ver por todos, Artículo 22.10 del Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos de América, disponible en http://www.aduana.cl/p4_principal/antialone.html?page=http://www.aduana.cl/p4_principal/site/artic/20040108/pags/20040108121000.html

Aparte de las experiencias en el ámbito del derecho internacional de las inversiones, también existen precedentes de participación en otros mecanismos de resolución de controversias donde cuestiones comerciales involucran al interés público. Tal es el caso de la Organización Mundial del Comercio (OMC), por ejemplo, donde a base de los reiterados intentos de la sociedad civil, el Órgano de Apelación admitió la participación de partes no contendientes en litigios contenciosos.

Al menos tres casos demuestran la tendencia hacia la transparencia y la participación en la OMC. En el caso *Camarones/Tortugas*⁵⁰, el Órgano de Apelación interpretó las disposiciones del *Entendimiento sobre Solución de Diferencias* en el sentido de permitir la aceptación y consideración de *amicus curiae* por parte de los paneles de solución de controversias. El Órgano de Apelación extendió esta interpretación del *Entendimiento* a los *Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación* en el caso *Acero al Carbono*, aun cuando dichas reglas de procedimiento no prevé explícitamente la autorización de considerar información que no provenga de las partes en el procedimiento.⁵¹ Por último, en el caso *Asbestos*, el Organo de Apelación, “en interés de la equidad y el orden de las actuaciones en el procedimiento” en cuestión, adopto un procedimiento adicional, aplicable solo a dicho caso, que permitía “dar curso a cualquier comunicación escrita que reciba el Órgano de Apelación de personas que no sean partes ni terceros en la presente diferencia”⁵².

En otras esferas del derecho internacional también se aprecia una mayor apertura a reconocer derechos de participación y de acceso a la información. La Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, si bien tiene limitada explícitamente su posibilidad de recibir información en los procesos contenciosos, también ha considerado, cuando las especiales circunstancias del caso en análisis lo justificaban, que estaba facultada para tener en cuenta y utilizar información que le hubiera llegado de manera informal y a través de métodos no regulados por las normas de procedimiento de la Corte⁵³.

⁵⁰ Estados Unidos - Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón, Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, AB-2001-4, Informe del Órgano de Apelación, 22 de Octubre de 1998. WT/DS58/AB/R.

⁵¹ Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido, Reporte del Panel de Apelación del 1 de mayo de 2000. WT/DS138/8.

⁵² Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, Informe del Organo de Apelación del 8 de noviembre de 2000. WT/DS135/9.

⁵³ Así lo hizo en el Caso Nicaragua v. United States, Merits 1986, Rep. 14, parra. 31, en donde dada la negativa de los Estados Unidos de participar en el proceso acercando sus memoriales y pruebas en la forma que establecían las normas de procedimiento, la Corte se consideró facultada a hacer uso de otro tipo de material y documentación que le había llegado por medios informales. (Ver al respecto Dinah Shelton, *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, *The American Journal of International Law*, Vol. 88:611, p. 628).

También cabe mencionar que el Tribunal Europeo de Justicia ha aceptado la presentación de *amici curiae* cuando el resultado del caso podía afectar la posición legal o económica de individuos o asociaciones representativas de intereses colectivos. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Justicia ha reconocido el interés y derecho de la Unión Nacional de Consumidores Italiana para intervenir en casos de competencia, en razón de los efectos que la libre competencia tiene sobre los consumidores.⁵⁴ Asimismo dicho Tribunal admitió que el Comité Consultivo de la Barra de Abogados Europea participe en un caso privado en el que la cuestión en debate consistía en la publicidad obligatoria de ciertos documentos, al entender que la decisión del caso privado podía afectar las reglas que gobernaban la profesión legal en la Comunidad y, de ese modo tener impacto general sobre todos los abogados⁵⁵.

Finalmente en el ámbito de los mecanismos regionales de protección de derechos humanos tanto Europeo como Interamericano hoy se acepta la participación directa de las víctimas de violaciones de derechos humanos en los procesos judiciales internacionales, así como la de terceros *amicus curiae*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha admitido informes *amicus curiae* en numerosos casos como por ejemplo en el caso *Awás Tingni (Mayagna Sumo)* sobre derechos de propiedad de comunidades indígenas sobre sus tierras⁵⁶.

Las tendencias hacia la apertura, la transparencia, y la participación del público en controversias internacionales de inversiones, comerciales, ambientales, o de derechos humanos refleja los valores democráticos de un orden internacional donde se puedan realizar los derechos humanos fundamentales, como consagra la Declaración Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Los antecedentes mencionados le indican al Tribunal la tendencia global de aceptar la participación de terceras partes con interés en el resultado del proceso, especialmente cuando se encuentran en juego cuestiones de trascendencia pública. Además, en este caso particular no existen impedimentos legales para la transparencia y la participación. Más aún, como se ha examinado más arriba, el ordenamiento interno de la República Argentina, incluyendo la recepción de tratados en materia de derechos humanos, reconoce el derecho de las organizaciones peticionarias a participar y acceder a la información producida en este arbitraje.

⁵⁴ Ver al respecto Dinah Shelton, *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, *The American Journal of International Law*, Vol. 88:611, p. 630.

⁵⁵ Ver al respecto Dinah Shelton, *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, *The American Journal of International Law*, Vol. 88:611, p. 630.

⁵⁶ Caso *Awás Tingni Mayagna (Sumo) Comunidad Indígena vs La República de Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentencia del 31 de agosto de 2001. Varias organizaciones y particulares presentaron *amicus curiae* en este caso, entre ellas el Grupo Jurídico Internacional de Derechos Humanos (IHRLG) junto con Centro para el Derecho Ambiental Internacional (CIEL).

4.- PETICIÓN

En función de todo lo hasta aquí expuesto solicitamos a este Tribunal que:

a.- conceda a las instituciones presentantes acceso oportuno, suficiente e irrestricto a los documentos del proceso, a saber, las presentaciones de las partes, actas de audiencias, declaraciones de testigos y expertos y todo otro documento producido en este arbitraje.

b. - conceda a los peticionarios acceso a las audiencias que se celebren.

c.- permita a las organizaciones peticionarias oportunidad suficiente para exponer argumentos legales , en carácter de *amicus curiae*.

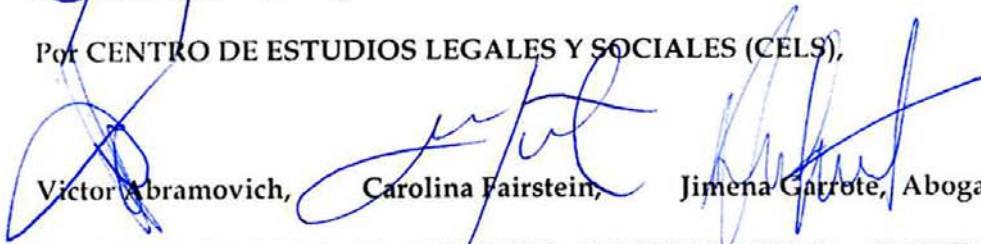
Atentamente,

Por ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA (ACIJ),



Gustavo Maurino, Abogado

Por CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS),



Victor Abramovich, Carolina Fairstein, Jimena Garrote, Abogados

Por CENTRO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL (CIEL),



Marcos A. Orellana
Abogado

Por CONSUMIDORES LIBRES COOPERATIVA LTDA. DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE ACCIÓN COMUNITARIA,



Ariel Caplan, Abogado

Por UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES,



Horacio Bersten, Abogado

Buenos Aires, 27 de enero 2005