

Implicaciones del Tratado de Libre Comercio Centroamérica - Estados Unidos Sobre el Recurso Hídrico y la Prestación de Servicios



Federico Valerio De Ford

Implicaciones del Tratado de Libre Comercio
Centroamérica - Estados Unidos
Sobre el Recurso Hídrico y la Prestación de Servicios

MSc. Federico Valerio De Ford
Consultor¹

¹ Consultor en comercio e inversión. Es Licenciado en Derecho de la Universidad Autónoma de Centroamérica y Máster en Economía Política Internacional de *London School of Economics*. Anteriormente, fungió como Subdirector de la Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales y de la Dirección de Negociaciones Comerciales Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior. Asesor en inversión, servicios, propiedad intelectual, solución de diferencias y compras del sector público, Jefe Negociador de la Mesa de Propiedad Intelectual y Compras del Sector Público para la negociación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Ha representado a Costa Rica en diversos foros como el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), y en negociaciones comerciales bilaterales (Canadá, Chile, México, República Dominicana, Panamá, Centroamérica y Estados Unidos).

San José, Costa Rica, 2005

Este trabajo titulado “Implicaciones del Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Estados Unidos sobre el Recurso Hídrico y la Prestación de Servicios”, fue elaborado por Federico Valerio De Ford, Consultor contratado por la Asociación Mundial para el Agua, Capítulo Centroamérica (GWP-CA).

Reproducido por: Asociación Mundial para el Agua, Centroamérica (GWP-CA)

Derechos reservados: Está prohibida la reproducción con fines comerciales o de venta, sin la autorización respectiva efectuada por escrito.

Revisión y edición: Virginia Reyes G.

Diseño de portada: Ileana Ondoy J.

TABLA DE CONTENIDOS

Siglas		1
SECCION I	Introducción	2
SECCIÓN II	El Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos	4
	A. Antecedentes	4
	B. Contenido y Alcance	8
	C. Aplicación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos	10
SECCIÓN III	La Importancia Social y Económica del Agua y su Relación con el TLC	11
	A. La Importancia Social y Económica del Agua	11
	B. Relación del Recurso Hídrico con el TLC	12
SECCIÓN IV	Análisis de los Capítulos del TLC Relacionados con el Recurso Hídrico	13
	A. Capítulo 3: Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado	13
	B. Capítulo 9: Contratación Pública	15
	C. Capítulo 10: Inversión	18
	D. Capítulo 11: Comercio Transfronterizo de Servicios	22
	E. Capítulo 17: Ambiente	24
	F. Capítulo 21: Excepciones	26
SECCIÓN V	Análisis de las Medidas Disconformes Relacionadas con el Recurso Hídrico	27
	A. Costa Rica	28
	B. El Salvador y Guatemala	29
	C. Honduras	29
	D. Nicaragua	29
SECCIÓN VI	Conclusiones y Recomendaciones	31
Bibliografía		34
ANEXO A	Medidas disconformes, lista de cada Parte	35
ANEXO B	Actividades incluidas en el Anexo II	43

SIGLAS

AED	Altos Ejecutivos y Directorios
Centroamérica	Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua
EE.UU.	Estados Unidos de América
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de la Organización Mundial del Comercio
GWP-CA	Global Water Partnership Centroamérica
ICC	Iniciativa de la Cuenca del Caribe
NAFTA	Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Estados Unidos, México y Canadá, por sus siglas en inglés
NMF	Trato de Nación Más Favorecida
PL	Presencia Local
RRD	Requisitos de Desempeño
TLC	Tratado de Libre Comercio Centroamérica – República Dominicana – Estados Unidos
TN	Trato Nacional
OMC	Organización Mundial del Comercio
PIB	Producto Interno Bruto
USITC	United States International Trade Commission

SECCIÓN I

Introducción

Este estudio es una iniciativa de la Asociación Mundial para el Agua, Centroamérica (GWP-CA, por sus siglas en inglés) y tiene como fin realizar un análisis de los capítulos del Tratado de Libre Comercio Centroamérica – República Dominicana – Estados Unidos (TLC), relacionados con el recurso hídrico.

El estudio surge como respuesta a inquietudes señaladas por varios sectores, en el sentido que una serie de disposiciones del TLC podrían estar relacionadas con el agua, por lo que se requiere que los países involucrados cuenten con un análisis técnico sobre su impacto real.

Diversos sectores le han atribuido al TLC diferentes restricciones sobre la capacidad de los Estados de regular el acceso al recurso hídrico, y por lo tanto, resulta fundamental analizar el tema para determinar la verdadera relación entre las disposiciones comerciales y el recurso hídrico.

Dentro de las preocupaciones manifestadas, se manejan variados argumentos relacionados con la capacidad de los inversionistas para demandar a los Estados, el impacto sobre los servicios públicos, y se critica el hecho de que el agua sea tratada como una mercancía. Por otro lado, existen argumentaciones ideológicas que muchas veces buscan un sustento técnico en contra del comercio, sobre todo cuando la relación comercial es con los Estados Unidos, quien por su condición de potencia política, militar y económica, inspira serias preocupaciones. Otra línea de argumentación ha advertido de problemas que el TLC podría traer, por ejemplo, relacionándolo con dificultades propias entre Estados Unidos y Canadá o Estados Unidos y México (quienes cuentan con un tratado de libre comercio entre ellos), y que por su naturaleza de países fronterizos, comparten un cauce fluvial, situación que evidentemente no es el caso en esta relación comercial.

Este tipo de acuerdos comerciales, aunque sea con países como Estados Unidos, los cuales no necesariamente tienen el mismo nivel de protección ambiental que los países centroamericanos, o que no han suscrito el mismo número de convenios internacionales en la materia, pero que sí son más poderosos que nosotros, lo que buscan es proteger al más pequeño. Esa protección se da, cuando al no contar el país pequeño con un brazo económico, ni militar, ni político para que prevalezcan sus intereses, se debe apoyar en disposiciones legales que generan derechos y obligaciones recíprocas.

Las preocupaciones identificadas tienen relación con los capítulos de trato nacional y acceso de mercancías al mercado, compras del sector público, inversión, servicios y el capítulo de materia ambiental del TLC.

Es fundamental otorgarle al agua y al recurso hídrico el valor económico que tienen e identificar las medidas necesarias para seguir permitiendo que las personas, empresas o estados, sigan teniendo acceso a ese recurso de manera sostenible.

El estudio comprende una sección donde se analizan los antecedentes, contenido, alcance y aplicación del TLC. Además se destaca la importancia social y económica del agua y se hace una relación con el TLC, indicando en cuáles aspectos puede estar relacionado este tema con la materia comercial.

Posteriormente se entra al análisis de aquellos capítulos que pueden estar o están relacionados con el TLC y se realiza un estudio de las medidas disconformes que los países de Centroamérica listaron como excepciones a los principios que establecen los capítulos de inversión y servicios, y que están relacionados con el agua y el recurso hídrico. Esa parte del trabajo contiene un análisis de los anexos específicos de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua, específicamente en los Capítulos sobre Inversión y Servicios donde se analizan los anexos que enmarcan las medidas disconformes de cada país y su relación con el recurso hídrico.

La razón por la cual se hace ese estudio es precisamente porque dada la jerarquía interna de las normas, un tratado es superior a una ley, y por lo tanto, la manera de salvaguardar la aplicación de las leyes que son contrarias al TLC es “aclarando en el texto mismo del tratado la posibilidad de que una o varias de sus obligaciones no se apliquen a dichas leyes o decretos disconformes”².

El TLC lo suscribieron siete países³, no obstante, como se ha indicado, el presente estudio se circunscribe al análisis de las disposiciones del TLC con respecto al recurso hídrico para el caso de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua.

² Echandi, Roberto (2005), ¿Cómo leer el TLC?, en González, A. (ed), Estudios Jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, AseTLC, San José, Costa Rica. p. 59.

³ Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Honduras, Guatemala, República Dominicana y Nicaragua.

SECCIÓN II

El Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos

A. Antecedentes

Los tratados de libre comercio representan un instrumento dentro de la política comercial de un país, y regulan la relación comercial entre los países que son socios comerciales. Son un esfuerzo, a su vez, dentro de la política económica de una nación, la cual puede ser impulsada a través de diferentes mecanismos, como son la apertura unilateral, la participación en foros multilaterales y la suscripción de acuerdos de comercio e inversión.

El TLC no representa por si solo la política de desarrollo de un país, sino que es únicamente uno de sus elementos. Esa política de desarrollo debe ir acompañada de otras políticas económicas, que pretendan generar riqueza y empleo, tales como políticas monetarias, fiscales y comerciales; políticas sociales, que busquen una mejor distribución de la riqueza creada; políticas ambientales, que busquen que ese desarrollo sea sostenible; y acciones para preservar la política propiamente dicha, que busca mecanismos adecuados y sostenibles para que la sociedad civil pueda tomar decisiones en el campo público y privado, y que abarca la gobernabilidad, partidos políticos, participación de la sociedad civil, etc.

El TLC con los Estados Unidos es un acuerdo comercial internacional entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, que busca principalmente tres grandes objetivos:

- 1) reducir recíprocamente las barreras al comercio de bienes, servicios y la inversión;
- 2) establecer reglas claras en una serie de áreas importantes para regular, desde el punto de vista normativo, el comercio entre los países que suscriben el acuerdo; y
- 3) establecer un mecanismo jurídico para solucionar las diferencias que surjan de la aplicación de las disposiciones del tratado.

El establecimiento de un mecanismo jurídico para solucionar controversias puede ser uno de los logros más importantes para países pequeños y en desarrollo, como los centroamericanos, pues las diferencias comerciales dejan de ser debatidas en el plano político, para ser solucionadas en el ámbito jurídico. Sin duda, este tipo de disposiciones amparan al más pequeño, pues su capacidad política y económica es limitada.

La relación comercial con los Estados Unidos es muy importante para Centroamérica y no es nueva. Como puede apreciarse en el cuadro 1, en promedio, más de la mitad de las exportaciones de la región centroamericana están destinadas al mercado de los Estados Unidos, lo cual lo ubica como principal socio comercial de la región. Por su parte, Estados Unidos es el inversionista más grande en Centroamérica, representando, por ejemplo, un 67.5% de la participación de la inversión extranjera directa en Costa Rica, un 32.6% en El Salvador y un 60.1% en Honduras.⁴

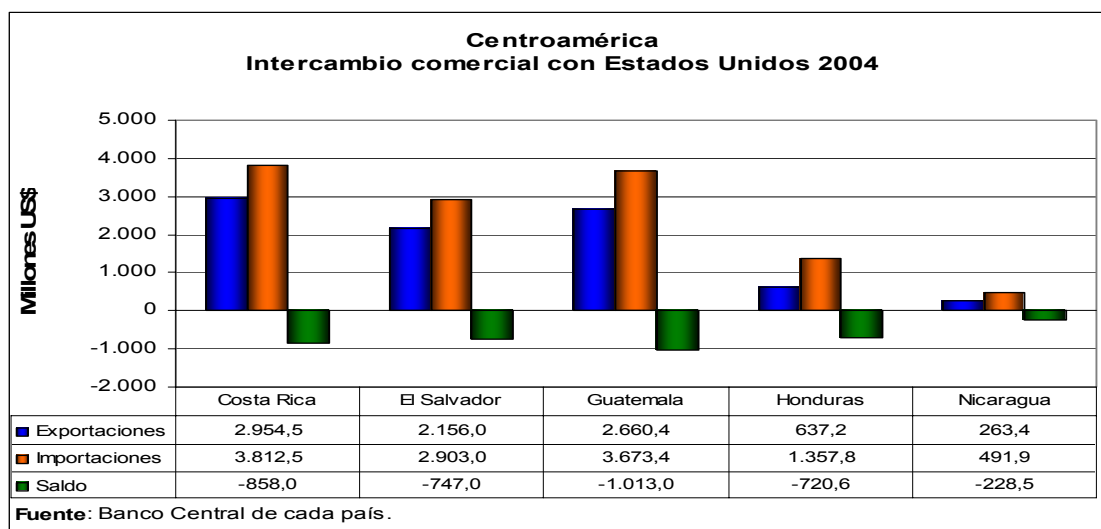
⁴ Según los datos de los Bancos Centrales de cada país. Para Costa Rica y El Salvador, son datos del 2004, en el caso de Honduras, datos del 2003. No aparecen datos recientes para Guatemala y Nicaragua.

**Cuadro No. 1: Centroamérica
Intercambio comercial con EE.UU. - 2004
En millones US\$**

Socio comercial	Export	Import	Saldo
Costa Rica	2.954,5	3.812,5	-858,0
El Salvador	2.156,0	2.903,0	-747,0
Guatemala	2.660,4	3.673,4	-1.013,0
Honduras	637,2	1.357,8	-720,6
Nicaragua	263,4	491,9	-228,5
<i>% part. EE.UU. con respecto al total</i>			
Costa Rica	46,9%	46,1%	--
El Salvador	65,4%	46,3%	--
Guatemala	52,8%	38,8%	--
Honduras	56,2%	43,9%	--
Nicaragua	34,9%	22,2%	--

Fuente: Banco Central de cada país

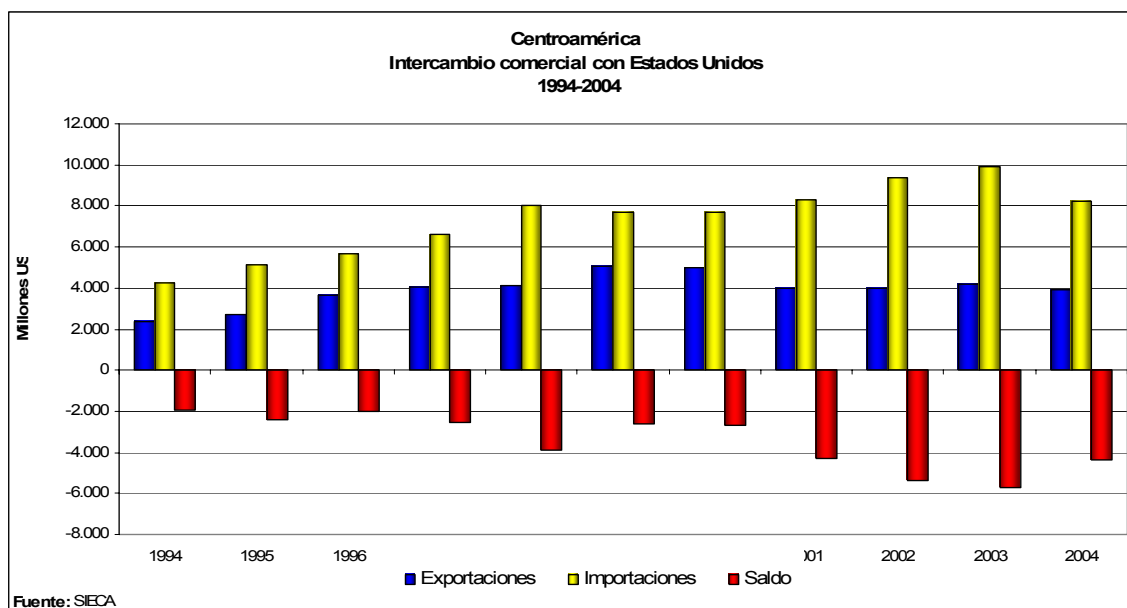
Como puede observarse, en términos cuantitativos Costa Rica es el país que más comercia en la región con los Estados Unidos, mientras que Nicaragua es el que menos lo hace, seguida de Honduras. No obstante, si se relacionan esos montos con el porcentaje de participación de Estados Unidos con respecto al total de las exportaciones, se puede observar que El Salvador es el país que envía el mayor porcentaje de sus exportaciones a los Estados Unidos, seguido de Honduras, Guatemala, Costa Rica y Nicaragua.



Históricamente, tal y como lo demuestra el cuadro 2, el intercambio comercial entre la región y los Estados Unidos ha mostrado un comportamiento ascendente a lo largo de la década pasada. Por ejemplo, las exportaciones costarricenses han crecido a una tasa promedio de 13.3%, en tanto que las importaciones lo han hecho en 13.7%.⁵

⁵ <http://www.comex.go.cr/difusion/otros/USAexplicativo.pdf>, página 13.

Cuadro 2



A pesar de que esta relación comercial entre Centroamérica y los Estados Unidos no es nueva, la misma no es una relación amparada a reglas claras ni a un marco legal que genere derechos y obligaciones recíprocos. No obstante, algunos sectores han señalado que Centroamérica no tiene ninguna ganancia derivada del TLC, pues ya cuenta con un acceso preferencial al mercado estadounidense. Ciertamente este ha sido un argumento político dentro de los Estados Unidos, el cual señala que es ese país el que gana acceso preferencial que no tenía anteriormente en Centroamérica y República Dominicana.

Es cierto que Centroamérica cuenta actualmente con un nivel de acceso preferencial al mercado estadounidense. No obstante, ese acceso es solo para un porcentaje de las exportaciones centroamericanas hacia ese destino, el cual se logra a través de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC).

La ICC consiste en una serie de preferencias⁶ dentro del programa unilateral del Gobierno de los Estados Unidos, para incentivar el crecimiento económico de la cuenca del Caribe, creada a través de una ley del Congreso de ese país. Mediante la ICC, el Congreso faculta al Presidente de los Estados Unidos para otorgar o eliminar los beneficios a una lista de países previamente identificados por el Congreso. Si bien es cierto, la iniciativa es creada por una ley del Congreso de los Estados Unidos, es el Presidente quien está facultado para decidir el incluir a un país o el apartarlo de ser elegible para obtener los beneficios.

La elegibilidad de los países depende de una serie de criterios, una evaluación que conduce la Administración de los Estados Unidos para determinar la conformidad con esos criterios, y de la aprobación del Presidente de los Estados Unidos. Dentro de los criterios se incluye, entre otros, protección efectiva a la propiedad intelectual y derechos de los trabajadores, así como participación en la Organización Mundial del Comercio (OMC).

⁶ Las preferencias que otorga la Iniciativa de la Cuenca del Caribe se recogen legalmente en dos leyes del Congreso de los Estados Unidos, llamadas: *Caribbean Basin Economic Recovery Act* (CBERA) de 1983 y *Caribbean Basin Trade Partnership Act* (CBTPA) del 2000.

La ICC es un esquema unilateral, que nació en 1984, cuya cobertura no es total y sus beneficios son únicamente arancelarios. Es decir, el programa aplica en una sola vía y lo único que hace es eliminar los impuestos de importación para un grupo limitado de productos, y no para todo el universo arancelario. Adicionalmente, la ICC no incluye un mecanismo de solución de diferencias.

La razón por la cual se sostiene que la cobertura de la ICC no es total, es porque, según los datos de comercio (fuente USITC) el porcentaje del total de las importaciones centroamericanas a los Estados Unidos, que ingresó bajo esta iniciativa es:

- » Costa Rica: 33,3% (2003); 33,4% (2004)
- » El Salvador: 58,6% (2003); 54,6% (2004)
- » Guatemala: 36,8% (2003); 37,6% (2004)
- » Honduras: 65,2% (2003); 63% (2004)
- » Nicaragua: 32,6% (2003); 33,6% (2004)

Lo anterior demuestra que gran parte del comercio entre Estados Unidos y Centroamérica no está amparado a este sistema de preferencias y tiene el mismo tratamiento que Estados Unidos le otorga al resto del mundo. En cambio, el TLC otorga ventajas en esos porcentajes no cubiertos y consolida los beneficios de la ICC en un instrumento legal que confiere derechos y obligaciones recíprocas.

Algunos consideran que la ICC es un sistema que no será cancelado por el simple hecho de no aprobarse el TLC, y que Estados Unidos seguirá dando esos beneficios a los países. No obstante, históricamente Estados Unidos había solicitado autorización a la OMC para aplicar estas preferencias por períodos de 10 años, los cuales renovaba por 10 años más. En la última revisión que se hizo sobre este esquema en esa organización, Estados Unidos solicitó la renovación por únicamente 3 años más. Esos 3 años se vencen en el 2008. Tal y como lo apunta Jokisch y Marín, "estas medidas son unilaterales, lo cual crea a partir del 2008 cuando se vence la aplicación de la ICC, una incertidumbre para la región."⁷

La necesidad de firmar un tratado de libre comercio surge desde hace mucho tiempo en Centroamérica, principalmente desde que se negoció el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Estados Unidos, México y Canadá. Desde ese momento, los países Centroamericanos y la República Dominicana continuaron solicitando a los Estados Unidos no solo una paridad con el tratamiento otorgado a México para sus preferencias arancelarias, sino también un tratado de libre comercio, mediante el cual existieran obligaciones y derechos recíprocos entre las Partes. Lo anterior debido a que el tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, desplazaba a los productos centroamericanos, pues no gozaban de las mismas preferencias que México, quien es uno de sus competidores directos.

Esa insistencia se traduce en un inicio para los países centroamericanos, y posteriormente para la República Dominicana, en la disposición de los Estados Unidos de iniciar una etapa exploratoria tendiente al lanzamiento oficial de las negociaciones. Centroamérica y los Estados Unidos inician así una etapa que consistía en diálogos técnicos a través de los cuales se intercambió información relevante que permitió la definición del marco de negociación. El 8 de enero del 2003, se lanzó oficialmente el proceso de negociación y se dio inicio a las reuniones entre las Partes.

Durante el proceso de negociación, la República Dominicana manifestó su interés por sumarse a las negociaciones, lo cual fue recibido positivamente por todos. Una vez concluida la negociación entre Centroamérica y los Estados Unidos, la República Dominicana acordó aceptar las disposiciones normativas y celebrar negociaciones con los Estados Unidos y Centroamérica a efectos de acordar el acceso de sus productos al mercado. Entre Centroamérica y la República

⁷ Jokisch, W. Marín, R, Red de Medio Ambiente. Sub-región Mesoamericana, documentos de insumo para la reunión subregional (17 de enero del 2005 Aeropuerto Internacional de El Salvador) en preparación de la IV Reunión Regional (Marzo 2005), Tema de la reunión subregional: comercio y medio ambiente, desarrollado bajo el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo, Diálogo Regional e Política, página 7.

Dominicana lo que se buscó fue mejorar el nivel de acceso acordado en virtud del Tratado de Libre Comercio existente. Luego de varios meses de trabajo y revisión legal de los textos para efectos de claridad y consistencia entre las versiones en inglés y español, el TLC, se firma el 5 de agosto del 2004⁸.

Para Centroamérica, esta negociación representa consolidar, desde el punto de vista legal, una serie de beneficios con su principal socio comercial, pues los beneficios que eran unilaterales y limitados, ahora son recíprocos, al mismo tiempo que se ampliaron los productos cubiertos a todo el universo arancelario, incluyendo los servicios, las contrataciones públicas y la posibilidad de solucionar diferencias comerciales a través de un mecanismo claro y justo, pues ya no se depende del poder político o económico para influenciar la solución de diferencias.

B. Contenido y Alcance del TLC

Tal y como se indicó en la parte A de esta sección, el TLC es parte de la política comercial que está contenida dentro de la política económica de un país, la cual tiene como objetivo primordial generar desarrollo en el país. El TLC tiene como fin crear una zona de libre comercio entre los países que lo suscribieron⁹, y tiene como objetivos específicos:

- “(a) estimular la expansión y diversificación del comercio entre las Partes;
- (b) eliminar los obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de mercancías y servicios entre los territorios de las Partes;
- (c) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
- (d) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
- (e) proteger en forma adecuada y eficaz y hacer valer los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada Parte;
- (f) crear procedimientos eficaces para la aplicación y el cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta, y para la solución de controversias; y
- (g) establecer lineamientos para la cooperación bilateral, regional, y multilateral dirigida a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.”¹⁰

El TLC contiene veintidós capítulos normativos y sus respectivos anexos. Los capítulos tratan los temas de:

1. Disposiciones Iniciales,
2. Definiciones Generales,
3. Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado,
4. Administración Aduanera y Facilitación del Comercio,
5. Reglas de Origen y Procedimientos Aduaneros,
6. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias,
7. Obstáculos Técnicos al Comercio,
8. Defensa Comercial,
9. Contratación Pública,
10. Inversión,
11. Comercio Transfronterizo de Servicios,
12. Servicios Financieros,
13. Telecomunicaciones,
14. Comercio Electrónico,
15. Derechos de Propiedad Intelectual,
16. Laboral,

⁸ El texto completo del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, se encuentra disponible en la página web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica en los siguientes enlaces: <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/texto/default.htm>.

⁹ Cfr. Artículo 1.1, Establecimiento de la Zona de Libre Comercio, Capítulo 1, Disposiciones Iniciales.

¹⁰ Artículo 1.2, Objetivo, Capítulo 1, Disposiciones Iniciales.

17. Ambiental,
18. Transparencia,
19. Administración del Tratado,
20. Solución de Diferencias,
21. Excepciones, y
22. Disposiciones Finales.

Esos 22 capítulos pueden ser agrupados en cinco partes, relacionada la primera con la parte institucional y de administración del TLC. En esa primera parte se ubican los capítulos afines con disposiciones iniciales, definiciones generales, transparencia, administración del tratado, solución de diferencias, excepciones y disposiciones finales. Lo que busca esta parte es crear la zona de libre comercio, definir los objetivos y términos generales que se utilizan en el Tratado, y establecer los mecanismos de coordinación, administración y seguimiento de la relación que se enmarca en este instrumento. Como elemento a destacar se encuentra la creación de un mecanismo ágil, justo y efectivo para solucionar las diferencias que surjan de la aplicación del TLC.

En la segunda parte, se pueden ubicar todos los capítulos que pretenden regular el comercio de bienes. En esta parte se ubican los capítulos relacionados con trato nacional y acceso de mercancías al mercado, reglas de origen, procedimientos aduaneros, medidas sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio y defensa comercial. El objetivo de estos capítulos es definir las condiciones de acceso al mercado de los bienes de las Partes, así como las condiciones especiales aplicables a los bienes agrícolas y textiles. Adicionalmente se definen los criterios y reglas para determinar el origen de las mercancías, así como los procedimientos aduaneros necesarios para la administración de esas reglas, junto a aquellos mecanismos necesarios para promover y fortalecer el proceso de modernización aduanera. Por su parte, se establecen mecanismos para defender la producción nacional en caso de un aumento masivo en las importaciones o como consecuencia de prácticas de comercio desleal.

La tercera parte tiene que ver con la contratación pública de bienes y servicios, puesto que en un mercado el comprador más grande es el propio Estado. Por lo tanto, existe un interés por establecer los principios y ciertas reglas de procedimiento aplicables a las contrataciones públicas de las Partes, de manera que los proveedores tengan acceso a esas compras.

La cuarta parte agrupa los capítulos relacionados con la inversión, comercio transfronterizo de servicios y algunas disposiciones sectoriales particulares como es el caso de los servicios financieros, telecomunicaciones y comercio electrónico. Estos capítulos tienen como objetivo establecer el marco jurídico que proteja a los inversionistas y sus inversiones, así como la regulación clara y precisa del comercio de servicios entre las partes.

La última parte en que se pueden agrupar los capítulos del TLC tiene que ver con aspectos que pueden tener un impacto en el comercio, como son la protección a los derechos de propiedad intelectual, los temas relacionados con el ambiente y aquellos relacionados con aspectos laborales. El objetivo de incluir temas como el de propiedad intelectual busca, principalmente, mejorar la protección de los derechos de propiedad intelectual y fortalecer los mecanismos de observancia, al mismo tiempo que se mantenga un balance entre los derechos de los titulares y los usuarios del sistema. Por su parte, los capítulos relacionados con el tema ambiental y laboral, tienen como objetivo establecer un marco normativo que promueva la aplicación de la legislación que cada país escoge en esas materias, de manera que no se dejen de aplicar los estándares laborales y ambientales para promover el comercio y la inversión.

Las disposiciones normativas son comunes a todos los países, mientras que las particularidades de cada uno o relaciones especiales se tratan en los anexos y apéndices, los cuales, de conformidad con el artículo 22.1¹¹ del TLC, constituyen parte integral del mismo.

¹¹ Artículo 22.1: Anexos, Apéndices y Notas al Pie de Página. “Los Anexos, Apéndices y las notas al pie de página de este Tratado constituyen parte integral del mismo.”

C. Aplicación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos

El TLC es, por regla general, de aplicación multilateral, es decir, sus disposiciones aplican a todas las Partes¹² y son idénticas para todas ellas. Los principios y excepciones generales contenidas en los capítulos deben ser respetados por, y aplican para, todos. No obstante, existen algunas obligaciones que no son iguales a todas las Partes, ya que “dependen del contenido de los compromisos específicos negociados, así como el régimen jurídico vigente en los temas indicados que cada país consolida en su anexo.”¹³

En las negociaciones comerciales, a la luz de las obligaciones comunes y dependiendo de la legislación de cada Parte, se podrán tomar reservas o áreas en las que no se aplicarán las disposiciones porque de una u otra manera son contrarias a la legislación nacional y por lo tanto, un país toma la decisión de sacarlas de la cobertura del TLC, de manera que se mantiene la aplicación de la legislación nacional.

¹² De conformidad con el Artículo 2.1, Partes es “todo Estado respecto del cual haya entrado en vigor este Tratado”.

¹³ González, Anabel, La aplicación del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos. En González, A (Ed) *Estudios Jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*, San José, Costa Rica, 2005, Asociación para el estudio jurídico del Tratado de Libre Comercio con EEUU, p. 180.

SECCIÓN III

La Importancia Social y Económica del Agua y su Relación con el TLC

A. Importancia Social y Económica del Agua

Como punto de partida, es trascendental reconocer que el agua no solamente tiene un valor social, sino que también posee un valor económico y que desde la Agenda 21¹⁴ y los Principios de Dublín¹⁵, ha sido reconocida como un bien económico.¹⁶

Diferentes instrumentos internacionales¹⁷ reconocen el valor del agua. No obstante, la Declaración de Dublín es reconocida por sintetizar cuatro principios fundamentales, entre los cuales se destacan dos para efectos de este estudio: 1) el reconocimiento del agua como recurso finito y vulnerable, esencial para la vida, el desarrollo y el ambiente¹⁸, y 2) que el agua tiene un valor económico en todos sus usos y debe ser reconocida como un bien económico¹⁹. “Dentro de este principio, es vital reconocer el derecho humano a tener acceso al agua limpia a un precio razonable. El fracaso en reconocer el valor económico del agua ha llevado al desperdicio y a usos ambientalmente dañinos. La gestión del agua como un bien con valor económico es una forma importante de lograr un uso eficiente y equitativo y de promover la conservación y protección del recurso hídrico.”²⁰

Con el fin de aprovechar el recurso hídrico, diferentes instrumentos legales en toda Centroamérica permiten su explotación a través de concesiones, asignaciones o permisos. La figura jurídica que se utilice permite el aprovechamiento de aguas, materiales y bienes conexos a:

¹⁴ La Agenda 21 es un plan de acción desarrollado por las Naciones Unidas y comprende acciones de tipo global, nacional y local que deben tomar las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, los Gobiernos y Grupos, en todos los aspectos en que la actividad humana tiene un impacto sobre el medio ambiente. La Agenda 21, junto con otros instrumentos, fue adoptada por la Conferencia en Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de Junio de 1992.

¹⁵ Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible:

<http://www.wmo.ch/web/homs/documents/espanol/icwedecs.html>

¹⁶ Rogers, Meter, et.al, El agua como un bien económico y social: Como poner los principios en práctica. TAC Background papers No. 2 de la Asociación Mundial para el Agua (GWP) y el Comité Técnico Asesor (TAC), Agosto 2001.

¹⁷ Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972), Plan de Acción de Mar del Plata, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua (1977), Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sostenible (1992), Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), Declaración de París (1998).

¹⁸ Principio No. 1, Declaración de Dublín: “Dado que el agua es indispensable para la vida, la gestión eficaz de los recursos hídricos requiere un enfoque integrado que concilie el desarrollo económico y social y la protección de los ecosistemas naturales. La gestión eficaz establece una relación entre el uso del suelo y el aprovechamiento del agua en la totalidad de una cuenca hidrológica o un acuífero.”

<http://www.wmo.ch/web/homs/documents/espanol/icwedecs.html>

¹⁹ Principio No. 4, Declaración de Dublín: “En virtud de este principio, es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible. La ignorancia, en el pasado, del valor económico del agua, ha conducido al derroche y a la utilización de este recurso con efectos perjudiciales para el medio ambiente. La gestión del agua, en su condición de bien económico, es un medio importante de conseguir un aprovechamiento eficaz y equitativo y de favorecer la conservación y protección de los recursos hídricos.”

<http://www.wmo.ch/web/homs/documents/espanol/icwedecs.html>

²⁰ Aguilar Alejandra, et. al, Manual de Regulaciones Jurídicas para la Gestión del Recurso Hídrico en Costa Rica. CEDARENA, 2001, p. 9.

- personas privadas, físicas o jurídicas, a través de la concesión;
- instituciones estatales y de participación estatal por medio de la asignación; y
- personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuando se trate de labores transitorias o especiales, a través de permisos.

El agua como recurso, debe entenderse como aquellas aguas de dominio público del cauce o del subsuelo, las aguas subterráneas y los materiales que se utilizan para la construcción y la industria (arena, piedra y grava), existentes en los cauces de dominio público. Existen servicios públicos ligados al recurso hídrico como el suministro de agua potable, la generación hidroeléctrica autónoma o paralela y el riego y avenamiento.

B. Relación del Recurso Hídrico con el TLC

La relación que tenga el recurso hídrico con el TLC depende del uso económico y comercial que se le puede dar al recurso y la capacidad que tienen los Estados de regular el acceso al mismo. Debe analizarse también desde el punto de vista del *status quo*, en el sentido de si el TLC cambia de alguna manera la situación actual y además, desde una perspectiva de las medidas que regulan la prestación de esos servicios públicos, si están o no cubiertos por el TLC y el mantenimiento de las condiciones que conserva cada país para poder prestar esos servicios. Por ejemplo, actualmente existen empresas que pueden obtener una concesión para explotar un manantial, embotellando el agua y comercializándola tanto a nivel nacional, como internacional. Esta situación es válida y actual y el TLC no viene a innovar en esos campos.

SECCIÓN IV

Análisis de los Capítulos del TLC Relacionados con el Recurso Hídrico

A continuación, se desarrolla una explicación de las disposiciones de aquellos Capítulos que se han relacionado o están relacionados con el recurso hídrico y la normativa que existe en cada país para regular el acceso al mismo. Adicionalmente, se analizan los anexos que contienen algunos de esos capítulos para determinar la relación que existe entre ellos y la legislación nacional que regula el recurso.

Los capítulos identificados son el Capítulo 3, Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado, por cuanto los países comercian o pueden comerciar agua; el Capítulo 9, Contratación Pública, por cuanto existen entidades cubiertas por este capítulo que tienen como objetivo otorgar concesiones, permisos o autorizaciones relacionadas con el recurso hídrico; el Capítulo 10 y 11 sobre inversión y comercio transfronterizo de servicios, respectivamente, por la inversión que puede hacerse en el recurso hídrico y los servicios asociados a su explotación; el Capítulo 17 Ambiental, por la relación de la legislación ambiental con el recurso hídrico; y el Capítulo 21 Excepciones, pues existen excepciones generales aplicables a todos los capítulos.

A. Capítulo 3: Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado

Este capítulo tiene como objetivo primordial definir las condiciones generales de acceso al mercado de los bienes de las Partes, y de manera especial, establece condiciones adicionales para los bienes agrícolas y textiles. Dentro de las principales disposiciones del capítulo se encuentra lo relacionado con trato nacional y la desgravación arancelaria²¹. Por trato nacional se entiende que cada país otorgará a los bienes de las otras Partes, un trato no menos favorable que aquel que otorga a los productos similares de origen nacional. En cuanto a la desgravación arancelaria, en el artículo se establece un programa mediante el cual los países indican el tratamiento arancelario que le darán a los bienes de los otros países y se comprometen a no adoptar ningún arancel aduanero nuevo, ni incrementar el tratamiento existente.

A nivel nacional e internacional, las personas pueden comerciar con el agua, y en efecto, existe un comercio de agua. A nivel mundial, el agua se encuentra clasificada dentro del *Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías* dentro de la partida²² 22.01 y se describe como “Agua, incluidas el agua mineral natural o artificial y la gaseada, sin adición de azúcar u otro edulcorante ni aromatizada; hielo y nieve”.

Existen algunos grupos que han externado su preocupación por esta situación, señalando la deshumanización que existe en el TLC sobre el agua, porque la califica como una mercancía. Otros grupos indican que el TLC no permite prohibir la exportación de agua, y por lo tanto, señalan que el país ha perdido su soberanía sobre el recurso y su patrimonio.

El reconocimiento del agua como un bien comercial o mercancía se hace en la región desde hace mucho tiempo. Inclusive, proyectos de ley actuales relacionados con el tema son muy claros en calificar al agua como un bien comercial y permiten concesiones precisamente para explotar el recurso dentro de esa actividad. Pero no debería existir esa preocupación si el permiso estatal que permite la explotación del recurso está acompañado de políticas de conservación y el pago que se recibe por el derecho de explotar el recurso es un cobro basado en costos reales, y no simplemente un cobro representativo. La posibilidad de cobrar un canon por explotación no se ve afectada por el TLC, siempre y cuando el monto o la forma de establecer el canon no sean discriminatorios entre nacionales y extranjeros. La discusión debería centrarse entonces en

²¹ Cfr. Artículos 3.2 y 3.3.

²² La “partida” arancelaria se refiere a los primeros cuatro dígitos del número de clasificación arancelaria del Sistema Armonizado.

establecer los controles necesarios y requisitos ambientales suficientes para permitir una explotación sostenible, donde exista un beneficio para el país, a través del cobro por la explotación del recurso y que ese cobro al mismo tiempo se destine a actividades de conservación.

Sobre la imposibilidad de prohibir la exportación de agua, eso es una realidad actual que no se deriva del TLC, ya que en lo que al comercio internacional respecta, debe tenerse en cuenta el compromiso multilateral de no establecer restricciones cuantitativas²³ al comercio. Es decir, no se podrá prohibir ni restringir la importación de un producto del territorio de cualquier país que sea miembro de la OMC, o la exportación hacia cualquiera de esos territorios, ya sea a través de contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de cualquier otra medida.

En Centroamérica, el agua es clasificada según se indicó en la partida 22.01 y paga un promedio de 15% de arancel de importación²⁴ y a través del programa de desgravación arancelario, se acordó reducir ese arancel de la siguiente manera:

- para el caso de Costa Rica, Guatemala y Nicaragua, en 15 etapas anuales iguales a partir de la entrada en vigencia del tratado; y
- para el caso de El Salvador y Honduras, en 10 etapas anuales iguales a partir de la entrada en vigencia del tratado.

Por su parte, la importación de agua clasificada dentro de la partida 22.01 en los Estados Unidos se encuentra libre de aranceles de importación.

Ahora bien, aunque este capítulo regula las condiciones de acceso del producto en cuestión, deben tenerse en cuenta las disposiciones del mismo tratado que establecen una supremacía de las medidas ambientales sobre la inversión que pueda llevarse a cabo en esta actividad, tal y como se desarrolla en la sub-sección relacionada a la inversión (aparte C de esta sección). Básicamente, si existen “inquietudes”²⁵ en materia ambiental, las mismas pueden traducirse en medidas para que una inversión tome en cuenta esas inquietudes, y lo establecido en el capítulo sobre inversión no podrá interpretarse como un impedimento para realizar o llevar a cabo esas acciones.

Si bien es cierto el comercio de agua dentro de la partida 22.01 es una realidad actual y seguirá siendo factible a través del TLC, existen preocupaciones ambientales relacionadas con la conservación del recurso hídrico y la explotación del mismo. Algunos grupos han manifestado su preocupación en torno a las tarifas bajas que se pagan en algunos países por explotar un manantial, por ejemplo, y argumentan que a través del TLC existirá una explotación masiva del recurso sin ninguna consideración de carácter ambiental. Sobre este particular, es necesario reiterar que el Estado mantiene la posibilidad de definir las tasas o cánones que pagarán los concesionarios del recurso hídrico y que la única condición que se podría atribuir al TLC, es que esas disposiciones sean aplicadas de manera no discriminatoria entre nacionales y extranjeros.

Por otro lado, el tratado reconoce la importancia de la legislación ambiental y establece excepciones que podrán aplicarse para preservar y proteger la salud y la vida de las personas y de los animales y vegetales, así como las relativas para la conservación de los recursos naturales agotables²⁶, tal y como se discute en las sub-secciones relacionadas con la materia ambiental (aparte E de esta Sección) y de excepciones (aparte F de esta Sección).

²³ Cfr. Artículo XI.1 del GATT.

²⁴ En Guatemala el agua mineral y el agua gaseada paga el 5%.

²⁵ En la sección sobre inversión se desarrolla el uso del término “inquietudes” el cual está contenido en el TLC y ha generado preocupaciones por no estar definido y, según algunos sectores, no usarse el término legislaciones. No obstante, tal y como se argumenta en la sección citada, el término “inquietudes” resulta ser beneficioso desde el punto de vista ambiental, pues no se requiere que exista una ley en alguna materia para poder regular una inversión, sino que únicamente se requiere una inquietud, considerada de manera amplia, para que un Estado pueda tomar acciones y medidas al respecto.

²⁶ Cfr. A. 21.1.1 y Artículo XX.a) y g) del GATT.

B. Capítulo 9: Contratación Pública

Este Capítulo tiene como objetivo primordial establecer los principios y ciertas reglas de procedimiento aplicables a las contrataciones públicas de las Partes. Las disposiciones aplican a cualquier medida, entendida como cualquier acto o directriz de una Parte, relacionada con la contratación pública. Es decir, aplica a la contratación de mercancías, servicios, o ambos, realizada a través de cualquier medio contractual, siempre y cuando se cumplan tres condiciones: 1) que sea realizada por una entidad cubierta; 2) que el monto de la contratación sea superior a los montos acordados (montos que se conocen como umbrales); y 3) que no esté excluida de la cobertura.

El Capítulo desarrolla los principios de trato nacional, nación más favorecida y transparencia en la contratación pública. El Capítulo contiene obligaciones aplicables a todas las contrataciones cubiertas, la cobertura, entendida como las entidades cubiertas, los montos a partir de los cuales aplica el Capítulo y las exclusiones, la determinan los anexos. Los anexos son diferentes para las relaciones entre:

- Centroamérica y los Estados Unidos,
- los países de Centroamérica, y
- Centroamérica y la República Dominicana.

Esta diferenciación de anexos radica en el nivel de acceso que cada país estuvo dispuesto a otorgar a sus contrapartes y dependió de lo que se recibió a cambio. Por lo tanto, existen estos tres anexos, pues Centroamérica estuvo dispuesta a dar un acceso relevante a nivel intra-centroamericano, un punto medio con respecto a República Dominicana y en menor porcentaje a Estados Unidos.

Asimismo, los anexos contienen umbrales que determinan el monto a partir del cual una contratación realizada por una entidad listada en los anexos está cubierta por las reglas del Capítulo. La aplicación de umbrales es diferenciada durante un período de transición durante el cual Centroamérica aplicará umbrales correspondientes al doble del umbral aplicado por Estados Unidos, con el fin de permitir que las entidades cubiertas se familiaricen con la cobertura del Capítulo.

Los umbrales aplicables son para el caso de las entidades del Gobierno de nivel central, para las contrataciones de mercancías y servicios \$ 58.550,00 (el umbral diferenciado que se mencionó anteriormente es de 171.100,00), y para las contrataciones de servicios de construcción \$6.725.000,00 (el umbral diferenciado es de ocho millones de dólares). Para las entidades gubernamentales a nivel sub-central, para las contrataciones de mercancías y servicios el umbral es \$ 477.550,00 (el umbral diferenciado que se mencionó anteriormente es de \$ 650.000,00) y para las contrataciones de servicios de construcción \$ 6.725.000,00 (el umbral diferenciado es de ocho millones de dólares). Por su parte, las demás entidades cubiertas tienen un umbral para las contrataciones de mercancías y servicios de \$ 250.000,00 o \$ 538.000,00, el cual depende de las entidades cubiertas, y para las contrataciones de servicios de construcción \$ 6.725.000,00 (el umbral diferenciado es de ocho millones de dólares).

Para el caso de las relaciones entre Centroamérica, por un lado y Centroamérica con República Dominicana, por otro lado, no existe aplicación de umbrales. Para estos casos, se hace una referencia a los umbrales que aplican en las relaciones con los Estados Unidos para indicar que sobre los mismos, aplica el Capítulo y por debajo de los mismos, aplican las disposiciones de la legislación interna de cada país. El objetivo de esta disposición busca simplificar la aplicación del TLC, de manera que apliquen las disposiciones para las mismas contrataciones. Esto es relevante para aquellos países que tengan algún procedimiento de contratación que no se ajuste a las disposiciones del capítulo, por ejemplo, y que a raíz del TLC tenga que hacer cambios en su legislación. De esta manera los cambios los tendrá que hacer de forma horizontal.

El Capítulo desarrolla las garantías mínimas que las Partes deberán otorgar a los proveedores, bienes y servicios de las otras Partes, al efectuar las contrataciones públicas, basándose en los principios fundamentales de apertura, transparencia y debido proceso, proporcionando cobertura integral de los mercados de contratación pública de las Partes.

El acuerdo garantiza los principios de trato nacional²⁷, no-discriminación²⁸, transparencia y publicidad en las contrataciones públicas de las Partes²⁹; se debe invitar a proveedores interesados a presentar ofertas en las contrataciones cubiertas;³⁰ se asegura tiempo suficiente para que los proveedores puedan preparar y presentar ofertas para participar en las contrataciones públicas cubiertas³¹ y tiempo suficiente para que puedan presentar impugnaciones ante autoridades administrativas o judiciales imparciales e independientes³²; se establece el compromiso de las Partes de aplicar procedimientos de licitación abiertos al realizar sus contrataciones³³; se establecen disposiciones para garantizar la integridad de los funcionarios públicos involucrados en los procesos de contratación pública³⁴; y se garantiza la facultad de las Partes de adoptar o mantener medidas necesarias para proteger la moral, la seguridad o el orden públicos, la salud o la vida y la propiedad intelectual³⁵, entre otros.

En cuanto a los procedimientos de licitación abiertos, es importante resaltar que éste término se define como cualquier tipo de modalidad de contratación de una Parte, siempre que dicha modalidad garantice los principios generales establecidos en el Capítulo, con lo cual se garantiza que las Partes podrán seguir aplicando las diferentes modalidades de contratación establecidas en su respectiva legislación interna.

Existen preocupaciones sociales que manifiestan que el Estado pierde su capacidad de regular los requisitos para otorgar una concesión a través de este Capítulo, pues debe dar un tratamiento igual a nacionales y extranjeros en la participación. No obstante, es importante diferenciar entre los procedimientos para contratación de bienes, servicios, o ambos, por parte de la administración pública con el fin de cumplir con sus objetivos, por un lado, y las concesiones, permisos y autorizaciones que la administración otorga como parte de su función y en ejercicio de su potestad de imperio. El capítulo solo cubre la contratación de bienes y servicios, o ambos, que realice la administración, y no cubre los procedimientos que empleen las entidades públicas para el manejo del recurso hídrico, ni el otorgamiento de permisos y concesiones.

Es decir, si una entidad del Gobierno central o una entidad autónoma o descentralizada tiene dentro de sus funciones la administración del recurso hídrico, y está cubierta por las disposiciones del Capítulo, la misma deberá llevar a cabo su proceso de contratación pública para adquirir bienes y servicios, cuando el monto de la contratación sobrepase los umbrales establecidos, de conformidad con los principios que se desarrollan en el Capítulo. Es decir, se debe publicar toda ley y reglamento relacionado con la contratación pública, debe existir una invitación pública, tiempo suficiente para los interesados para preparar sus ofertas, conocimiento de las razones que llevaron a la administración a una adjudicación, posibilidad de acudir ante autoridades imparciales e independientes para impugnar las adjudicaciones, etc. Esto no afecta la manera en que se otorgan las concesiones, permisos y asignaciones para explotar el recurso hídrico, ni tampoco los requisitos que se solicitan para obtener esas autorizaciones.

También es fundamental referirse al servicio público que dicha entidad presta o el permiso que

²⁷ cfr. A. 9.2.1

²⁸ cfr. A. 9.2.2

²⁹ cfr. A. 9.3

³⁰ cfr. A. 9.4

³¹ cfr. A. 9.5

³² cfr. A. 9.15

³³ cfr. A. 9.9

³⁴ cfr. A. 9.13

³⁵ cfr. A. 9.14

otorga. En cuanto a la prestación del servicio público, debe considerarse además, lo establecido en el Capítulo 11 sobre Comercio Transfronterizo de Servicios que especifica que el mismo no es aplicable a la contratación pública.³⁶

Por su parte, el Capítulo sobre inversión establece que los artículos relacionados con el trato nacional, nación más favorecida y altos ejecutivos y juntas directivas no son aplicables a la contratación pública.³⁷ Esto quiere decir que las disposiciones o garantías a la inversión y tratamiento de los servicios no se aplican a la contratación pública.

Adicionalmente, algunos países excluyeron en los anexos de cobertura del Capítulo de Contratación Pública del TLC, lo relacionado a los servicios públicos. Las concesiones, asignaciones o permisos que la administración pública otorga para el uso y aprovechamiento del recurso hídrico no clasifican como contrataciones cubiertas por el Capítulo 9 del TLC.

En cuanto a los anexos de cada país, Costa Rica incluye a nivel de Gobierno Central a todo el poder ejecutivo, incluido el Ministerio de Ambiente y Energía; a nivel sub-central, todas la municipalidades; y con relación a otras entidades cubiertas, incluye al Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA). Esto quiere decir que las adquisiciones de bienes y servicios que estas entidades realicen dentro del curso normal de sus funciones, deben ajustarse a los principios del Capítulo.

Adicionalmente, para el caso de Costa Rica, se encuentran excluidos expresamente los servicios públicos, entendidos, entre otros, como los servicios de distribución de electricidad, servicios de distribución de agua y gas por medio de tuberías; servicios de administración pública y otros servicios para la comunidad en general; servicios de seguridad social de afiliación obligatoria; servicios de educación (educación pública); servicios sociales y de salud; y servicios de alcantarillado y eliminación de residuos, servicios de saneamiento y similares.

El capítulo no cubre las concesiones, asignaciones o permisos que se otorguen en relación con el recurso hídrico puesto que dichos actos no están incluidos dentro de la contratación cubierta, la cual se circunscribe a la contratación de mercancías, servicios, o ambos. En el caso de Costa Rica, este capítulo no se aplica a la contratación entre entidades públicas, ni a los programas de compras de la Administración Pública para favorecer a las pequeñas, medianas y micro empresas.

Dentro de la cobertura de El Salvador se incluyen al Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales, a 25 municipalidades³⁸, la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa y la Superintendencia General de Energía y Telecomunicaciones.

El Salvador no excluyó ningún servicio de la cobertura del Capítulo. No obstante, cualquier servicio contratado está sujeto a lo mencionado en el capítulo de servicios. Por su parte, en el capítulo sobre servicios, se excluye específicamente de su cobertura a la contratación pública. El capítulo no cubre las concesiones, asignaciones o permisos que se otorguen en relación con el recurso hídrico, puesto que dichos actos no están incluidos dentro de la contratación cubierta, la cual se circunscribe a la contratación de mercancías, servicios o ambos. Las contrataciones que una entidad salvadoreña realice o adquiera de otra entidad salvadoreña, no están cubiertas por este Capítulo.

Por su parte, Guatemala incluye dentro de la cobertura a 34 entidades del Gobierno Central, como los Ministerios de Energía y Minas, y Ambiente y Recursos Naturales y se incluyeron 30

³⁶ cfr. A. 11.1.4(c).

³⁷ cfr. A. 10.13.5(a).

³⁸ San Salvador, Mejicanos, Ilopango, Santiago Texacuangos, Santa Ana, Seseor, Nueva Guadalupe, Santa Tecla, Ciudad Arce, Santa Elena, San Agustín, Estancuelas, Mercedes Humana, Alegría, Nueva Granada, Sonsonete, Acajutla, San Julián, La Unión, San Alejo, Cochagua, Bolívar, San Rafael Obrajuelo, Tejuela, y La Reina.

municipalidades³⁹. Guatemala excluye de la cobertura del capítulo los servicios públicos, entendidos, entre otros, como los servicios de distribución de electricidad, servicios de distribución de agua y gas por medio de tuberías; servicios de administración pública y otros servicios para la comunidad en general; servicios de seguridad social de afiliación obligatoria; servicios de educación (educación pública); servicios sociales y de salud; y servicios de alcantarillado y eliminación de residuos, servicios de saneamiento y similares.

El capítulo no cubre las concesiones, asignaciones o permisos que se otorguen en relación con el recurso hídrico, puesto que dichos actos no están incluidos dentro de la contratación cubierta, la cual se circunscribe a la contratación de mercancías, servicios o ambos. El Capítulo no aplica a las contrataciones entre entidades gubernamentales, la compra de bancos de materiales destinados a la construcción de obras públicas y cuando existan programas y así sea acordado, aquellos que se destinen para la protección de minorías, micro, pequeñas y medianas empresas.

Honduras incluyó dentro de las entidades del Gobierno Central a 16 Secretarías de Estado, dentro de las cuales se encuentra la Secretaría de Estado en los Despachos de Recursos Naturales y Ambiente y 142 Municipalidades a nivel sub-central. Es importante destacar que en Honduras son las municipalidades las encargadas de prestar el servicio de distribución de agua. En ese sentido, Honduras también excluyó los servicios de distribución de electricidad, servicios de distribución de agua y gas por medio de tuberías. El capítulo no cubre las concesiones, asignaciones o permisos que se otorguen en relación con el recurso hídrico, puesto que dichos actos no están incluidos dentro de la contratación cubierta, la cual, se circunscribe a la contratación de mercancías, servicios o ambos. Las compras entre entidades gubernamentales no están cubiertas.

Las entidades cubiertas del Gobierno Central nicaragüense son 15, dentro de las cuales se encuentra el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales; mientras que a nivel sub-central se incluyen 88 municipalidades. Por su parte, también se incluye a la Comisión Nacional de Energía.

Para Nicaragua, el capítulo no se aplica a los servicios públicos, entendidos, entre otros, como los servicios de distribución de electricidad, servicios de distribución de agua y gas, por medio de tuberías; servicios de administración pública y otros servicios para la comunidad en general; servicios de seguridad social de afiliación obligatoria; servicios de educación (educación pública); servicios sociales y de salud; y servicios de alcantarillado y eliminación de residuos, servicios de saneamiento y similares.

El capítulo no cubre las concesiones, asignaciones o permisos que se otorguen en relación con el recurso hídrico, puesto que dichos actos no están incluidos dentro de la contratación cubierta, la cual se circunscribe a la contratación de mercancías, servicios o ambos. El capítulo tampoco se aplica para las contrataciones entre entidades gubernamentales y los programas de precios preferenciales para pequeñas, medianas y micro empresas.

C. Capítulo 10: Inversión

El objetivo del capítulo de inversión es establecer un marco jurídico claro y preciso que proteja a los inversionistas y sus inversiones.

Algunos grupos ambientalistas han manifestado preocupaciones por la relación de una inversión con el ambiente y el impacto negativo que esta pueda causarle. Adicionalmente, argumentan preocupaciones relacionadas con la posibilidad de los inversionistas de demandar a los Estados a

³⁹ Fraijanes, San Juan Sacatepéquez, San Pedro Sacatepéquez, San Raymundo, San Pedro Ayampuc, Chinautla, Santa Catalina Pinula, Guatemala, Mixto, Villa Nueva, Quetzaltenango, Coatepeque, Chiquimulilla, Santa Lucía Cotzumalguapa, Escuintla, Puerto San José, Zacapa, Río Hondo, Teculután, Chiquimula, Santa Cruz del Quiché, Flores, San Benito, Guastatoya, Puerto Barrios, Huehuetenango, Jalapa, Jutiapa, Cobán, y Salamá.

raíz de decisiones que éstos tomen en materia ambiental, y preocupaciones relacionadas con la prohibición de establecer requisitos de desempeño a las inversiones.

Una de las preocupaciones sociales más fuertes y constantes relacionadas con el TLC se esboza en torno a la posibilidad de que empresas multimillonarias demanden al país aduciendo que normas ambientales transgreden su derecho, o que, como ha sucedido en el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre México, Canadá y Estados Unidos, se argumente que disposiciones ambientales causan una expropiación indirecta y por lo tanto, un Estado sea objeto de una demanda millonaria. Asimismo, existe preocupación por la posibilidad de acudir a un tribunal arbitral a dirimir diferencias relacionadas con una inversión, no por el costo que tienen estos procedimientos, sino porque existen casos internacionales donde se ha condenado a un país porque supuestamente pretendió regular de alguna manera el tema ambiental o llevar a cabo un ordenamiento urbano.

Si bien es cierto, los ejemplos que se exponen por algunas organizaciones podrían ser alarmantes, los mismos no se exponen en su totalidad, y se tratan de explicar como una violación a normas ambientales, lo cual, si fuera cierto, sería muy preocupante. Pero no es así. Tal es el caso de la demanda de 231 millones de dólares que la empresa Ethyl Corp, interpuso contra el Gobierno de Canadá alegando que una ley que prohibía el uso de un aditivo para gasolina, conocido como MMT, le causaba una expropiación indirecta. El asunto fue resuelto entre el Estado canadiense y la empresa sin que se llegara a dictar una resolución de un panel, pues el Gobierno de ese país pagó 13 millones de dólares y anuló la legislación. Pero lo sucedido se basa en que muchas veces las leyes no responden a argumentos sanos de política pública, ni a preocupaciones ambientales reales, sino a cabildos e intereses que no necesariamente responden al interés público.

La ley que dio sustento a la demanda fue impulsada por las tres compañías de automóviles más grandes de Estados Unidos, porque argumentaban que el uso del MMT tenía un efecto negativo sobre los sistemas de diagnóstico de última generación de sus vehículos, sin que hubiera una argumentación ambiental o de salud sólida en contra de este aditivo que se usó como sustituto del plomo.

Existe otro caso que se cita en los argumentos que plantean preocupaciones relacionadas con la posibilidad de inversionistas de demandar a un Estado, que tampoco se explica en su totalidad. Este es el caso de Metalclad contra San Luis Potosí, un Estado mexicano y la construcción de un relleno de desechos tóxicos. Este caso se trata de un tema relacionado con permisos y autorizaciones que fueron otorgadas a una empresa mexicana, que posteriormente fue adquirida por Metalclad, momento en el cual empezaron los problemas y se anularon los permisos.

Estos dos ejemplos demuestran como el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, lejos de haber sido una pérdida de jurisdicción, ha sido un mecanismo efectivo para evitar daños a raíz de medidas que no han sido técnicas, sino, producto de un cabildeo ajeno al interés público. El mecanismo también demuestra que cuando un Estado toma acciones basadas en intereses ambientales, dichas acciones se encuentran amparadas por el TLC, como es el caso de la demanda contra el Estado de California, en los Estados Unidos, por prohibir el uso de un aditivo altamente tóxico, llamado methanol, y que el panel arbitral dijo que ese Estado estaba en todo su derecho de hacerlo y que con esas medidas no violaba las disposiciones del NAFTA, inclusive condenando en costas al inversionista.

El capítulo relacionado con la inversión del TLC aplica a cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica relacionados con los inversionistas o sus inversiones, que pongan en vigor o ejecuten los países parte del TLC⁴⁰. No obstante lo anterior, si existiera alguna inconsistencia entre el capítulo sobre inversiones y cualquier otro capítulo del TLC, prevalecerá el otro capítulo con respecto a esa inconsistencia⁴¹. Es decir, si alguna disposición sobre inversión es contraria a una

⁴⁰ cfr. A. 10.1

⁴¹ cfr. A. 10.2.1

disposición del capítulo ambiental, tiene supremacía el capítulo ambiental sobre el de inversión. Esto es importante, desde el punto de vista del recurso hídrico, por la relación que necesariamente debe existir entre una inversión y la materia ambiental, y la manera en que esta última se regule en cada país.

Adicionalmente, el Estado no pierde, a través de las disposiciones del TLC, su capacidad regulatoria, y por el contrario, en materia ambiental, se reconoce en el Artículo 10.11 que el capítulo no representa un impedimento para que un país pueda adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

Algunas personas han manifestado preocupación por el uso de la palabra “inquietudes”, cuando en realidad esa palabra resulta suficientemente amplia para cubrir no solamente legislación, sino que también, preocupaciones o inquietudes en esta materia; es decir, el TLC no prejuzga la forma legal que deben tomar esas medidas. Por supuesto, que esas medidas deberán ser aplicadas de manera no discriminatoria. Por ejemplo, una medida que elimine el porcentaje de vertidos en los ríos puede ponerse en vigencia, y la única condición que exige el TLC es que aplique igual para nacionales y extranjeros; o el nivel de emanaciones contaminantes de una fábrica puede seguir regulándose, pero no pueden establecerse porcentajes diferentes a nacionales y extranjeros, pues eso si atendería contra los principios de no discriminación que se otorgan a través del tratado.

En cuanto a esos principios de no discriminación, el capítulo 10 del TLC se basa en los principios de trato nacional⁴² y nación más favorecida⁴³. A través de esos principios se pretende garantizar a las inversiones y los inversionistas de otra Parte, con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en el territorio de una Parte, un trato no menos favorable que el que se otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas e inversiones, o al de otras Partes o terceros países. Esto significa que con respecto a extranjeros, un país deberá darle el mismo trato que a sus nacionales o al que otorgue a nacionales de otros países, cualquiera que sea más ventajoso.

El capítulo incluye, adicionalmente, disposiciones sobre expropiación e indemnización⁴⁴, donde se reconoce que las expropiaciones deberán tener un propósito público, realizarse de una manera no discriminatoria, ser objeto de un pago pronto, adecuado y efectivo, y con apego al debido proceso. Es decir, debe existir dentro del procedimiento de expropiación una decisión que esté debidamente fundamentada con un fin claro, y que otorgue oportunidad a los interesados para recurrir y hacer valer sus derechos.

Otra de las disposiciones regula el tema de las transferencias⁴⁵, garantizando que las transferencias de capital, utilidades, dividendos, ganancias, intereses y otros, puedan hacerse libremente y sin demora, tanto desde, como hacia el territorio de cada Parte.

Por otro lado, el capítulo prohíbe la imposición de una lista taxativa de requisitos de desempeño en el Artículo 10.9. Sobre este particular, se ha querido relacionar esa prohibición de imponer requisitos de desempeño como un menoscabo a la capacidad de los estados de regular el acceso al recurso hídrico. Sobre este hecho, debe analizarse primero qué son requisitos de desempeño para luego determinar si existe un impacto sobre el recurso hídrico o no.

Los requisitos de desempeño deben ser entendidos como aquellos que pretendan imponer a una inversión o hacer cumplir cualquier requisito a la misma, para:

- “(a) exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios;
- (b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;

⁴² cfr. A. 10.3

⁴³ cfr. A. 10.4

⁴⁴ cfr. A. 10.7

⁴⁵ cfr. A. 10.8

- (c) comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio;
- (d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
- (e) restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas;
- (f) transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad; o
- (g) actuar como el proveedor exclusivo desde el territorio de la Parte de las mercancías, que tal inversión produce o los servicios que suministre para un mercado regional específico o al mercado mundial⁴⁶.

En el TLC los países se comprometen a no condicionar la existencia de una inversión a esos requisitos. Es decir, no se puede obligar a que se exporte determinado nivel o porcentaje, o que utilice recursos locales en su producción, o que relacione o ligue sus importaciones con sus exportaciones para efectos de balanza de pagos, o que no pueda vender su producción en el territorio de la Parte donde se realiza la inversión, o que debe transferir tecnología localmente, o bien exigirle que se desempeñe como proveedor exclusivo en otro mercado. Todo lo anterior no es permitido, a no ser que el país haya tomado alguna reserva a este principio, como es el caso del requisito que mantiene Costa Rica y Nicaragua con relación a las zonas francas y perfeccionamiento activo, que establece un porcentaje de venta local permitido. Como vemos, esta es una lista taxativa y por el nivel de disposición, no existe un impacto sobre el recurso hídrico, puesto que son requisitos para el establecimiento de una inversión y no para la explotación del recurso. El Estado mantiene su capacidad de regular la forma en que se permitirá la explotación del recurso.

Adicionalmente, el tratado también establece que no se podrán condicionar ventajas al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:

- “(a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- (b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o a adquirir mercancías de personas en su territorio;
- (c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o
- (d) restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o suministra, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas⁴⁷.

No obstante lo anterior, según el Artículo 10.9.3(a) esas condiciones no se interpretarán como impedimento a que un país “condicione la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción, (...), al cumplimiento de un requisito de que ubique la producción, suministre servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.”

Lo cierto del caso es que la facultad estatal de regular y establecer requisitos para la explotación de una concesión no se ve menoscabada con el TLC. Adicionalmente, no es posible interpretar que los requisitos de:

- alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; o
- comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio; o

⁴⁶ cfr. A. 10.9.1

⁴⁷ cfr. A. 10.9.2

- transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad;
- impidan a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental, relativas a la preservación de recursos naturales vivos o no vivos.⁴⁸

A pesar de que el capítulo sobre inversión establece una serie de principios⁴⁹, los países pueden tomar excepciones a esos principios, ya que en sus leyes pueden existir medidas que van en contra del espíritu de los mismos. Esas medidas se conocen como disconformes. Lo que se busca al listar una medida contraria, es continuar con la posibilidad legal de seguir aplicando esa norma disconforme con los principios del TLC. Esas excepciones a los principios se listan en un anexo de cada país, y ahí se identifican aquellas leyes, decretos, reglamentos o cualquier otra norma que es contraria y que un país ha identificado como tal y pretende, a pesar de las disposiciones del capítulo, seguir aplicando. Esa lista se ubica en el Anexo I que es común a los capítulos sobre inversión y comercio transfronterizo de servicios.

Las medidas que se incluyen dentro del anexo I no pueden hacerse más restrictivas, pero si pueden mantenerse o reformarse para hacerlas menos restrictivas. Adicionalmente, existe un Anexo II que contiene aquellos sectores en los cuales un país prefiere reservarse cualquier acción presente o futura.

Estas medidas disconformes se listan en un anexo conjunto para los capítulos de inversión y comercio transfronterizo de servicios, por lo que su análisis en este estudio se hace en la Sección V.

D. Capítulo 11: Comercio Transfronterizo de Servicios

El capítulo 11 del TLC tiene por objetivo establecer un marco normativo claro y preciso para regular el comercio de servicios entre los países parte, y contiene una serie de obligaciones que aplican al suministro de servicios en todos los sectores de la economía. Esas obligaciones se fundamentan en el principio de no discriminación, el cual se traduce en dos normas, la del trato nacional⁵⁰ y la del trato de nación más favorecida⁵¹.

Las preocupaciones relacionadas con este capítulo giran en torno a la liberalización del comercio de servicio y la posibilidad de que inversionistas extranjeros puedan prestar ciertos servicios como el de alcantarillado público y suministro de agua que se encuentran reservados a los Estados. Esas preocupaciones argumentan que a través de los principios de trato nacional y nación más favorecida se permitirá la actividad de privados en estos campos.

No obstante, el capítulo contiene excepciones que se encuentran en el mismo texto del capítulo y en los anexos que enmarcan la aplicación del mismo, que son diferentes para cada país, pues los mismos reflejan las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas nacionales, es decir, las medidas, que pueden ser inconsistentes con alguna obligación del tratado, razón por la cual se les conoce como medidas disconformes. Esos anexos son los mismos que se explicaron al final del aparte C de esta sección, pues son anexos compartidos por los capítulos de inversión y servicios y que se analizan en la Sección V de este estudio. Pero antes de pasar a esa sección, es importante explicar el alcance de las disposiciones y la cobertura del capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios.

⁴⁸ cfr. A. 10.9.3(c)(iii)

⁴⁹ Los de trato nacional, nación más favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y juntas directivas.

⁵⁰ La obligación de trato nacional pretende garantizar que cada país otorgará a los proveedores de servicios de los demás, cuando se encuentren en circunstancias similares, un trato no menos favorable que aquel que otorga a sus propios proveedores de servicios.

⁵¹ Significa que cada país otorgará a los proveedores de servicios de los demás, cuando se encuentre en circunstancias similares, un trato no menos favorable que aquel que otorga a nacionales de las otras Partes, o terceros países que no sean Parte.

El capítulo 11 sobre servicios aplica a las medidas, entendidas como leyes, reglamentos, procedimientos, requisitos o prácticas⁵², que afecten el comercio transfronterizo de servicios, por un proveedor de servicios de otra Parte, incluidas las medidas que afecten la producción, comercialización, distribución, venta y suministro de un servicio.

El comercio transfronterizo de servicios incluye el suministro desde el territorio de una Parte al territorio de otra Parte; en el territorio de una Parte, por una persona de esa Parte, a una persona de otra Parte; o por un nacional de una Parte en el territorio de otra Parte. Lo que se conoce en el comercio internacional como los modos de prestación 1, 2 y 4 respectivamente, pues el modo de prestación 3 que es el suministro de un servicio en el territorio de una Parte por un inversionista de la otra Parte, es decir, que un proveedor de servicios de una Parte, tiene presencia comercial en el territorio de otra Parte, está cubierto por el capítulo 10 del TLC.

El Capítulo no aplica, de conformidad con el Artículo 11.1.6, a los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales. Un “servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales” incluye todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios. El Capítulo tampoco impone obligaciones con respecto al mercado laboral ni acceso al mismo.⁵³

Por su parte, en el Artículo 11.4 se regula lo relativo a las limitaciones que puede imponer una parte a la hora de suministrar un servicio, aclarando que no se permitirán aquellas restricciones que pretendan regular: el número de proveedores de servicios; el valor total de los activos o transacciones de servicios; el número total de operaciones de servicios; o el número total de personas naturales que puedan emplearse en un determinado sector. Tampoco se permite restringir o establecer el tipo de figura jurídica que debe adoptarse para suministrar un servicio.

El capítulo también prohíbe exigir el establecimiento de una oficina comercial como condición para prestar el servicio; y en cuanto a las personas no se podrá exigir la residencia como condición para el suministro de un servicio.

Ahora bien, a pesar de que esos principios se aplican a todos los sectores de la economía, existen en cada país disposiciones que pueden ser contrarias a los principios establecidos. Estas disposiciones contrarias se conocen como “medidas disconformes” o reservas.

El Artículo 11.6 establece que los artículos relacionados con el trato nacional, nación más favorecida, acceso a los mercados y presencia local, no se aplican a cualquier medida que una Parte haya incluido en su lista del Anexo I a nivel central de Gobierno o aquellas que existan a nivel sub-central. Esas medidas podrán renovarse o modificarse, siempre y cuando dicha modificación no sea más gravosa.

Adicionalmente, existen sectores que se listan en el Anexo II en cuyo caso las medidas pueden renovarse o reformarse de cualquier manera. Estas medidas disconformes se listan en un anexo conjunto para los capítulos de inversión y comercio transfronterizo de servicios, por lo que su análisis en este estudio se hace en la Sección V. La prestación de servicios relacionados con el agua, estará enmarcada por este capítulo y deberá ser analizada desde el puntos de vista de las medidas disconformes que haya listado una Parte, pues será en ese contexto que se conocerá si existen regulaciones discriminatorias relacionadas con la prestación de un servicio en particular.

El capítulo también establece mecanismos de consulta para que aquellas personas interesadas puedan plantear sus dudas⁵⁴. Por otro lado, se establece que cuando existan requisitos necesarios para obtener una autorización estatal para el suministro de un servicio, esos requisitos deberán ser

⁵² cfr. Definición de “medida” contenida en el Artículo 2.1.

⁵³ cfr. A. 11.1.5

⁵⁴ cfr. Artículo 11.8

objetivos y transparentes y tener como fin asegurar la calidad del servicio; además, deberán ser aplicados a través de un procedimiento claro y previsible, donde se de oportunidad a los interesados para conocer la decisión que se tome sobre su solicitud⁵⁵.

Cuando existan procedimientos de reconocimiento⁵⁶ de licencias o certificados extranjeros, se deberá dar oportunidad a las otras Partes para que logren un reconocimiento de sus licencias o certificados, sin que esto signifique obligación de hacerlo de manera automática.

Los pagos y transferencias relacionados con la prestación de servicios se permitirán sin demora desde y hacia el territorio de las Partes, pudiendo usar una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado de la transferencia. Esas transferencias o pagos pueden intervenir de manera equitativa, no discriminatoria y de buena fe, cuando se esté ante casos de quiebra, insolvencia o para proteger derechos de acreedores; infracciones penales; garantías de cumplimiento de órdenes o fallos en procedimientos judiciales o administrativos; entre otros.⁵⁷

Existen por último obligaciones en el sentido de que las Partes se consultarán entre ellas sobre la forma en que implementarán el capítulo; denegación de beneficios derivados del capítulo cuando el servicio sea suministrado por personas de un país que no es Parte o que es nacional de un país con el cual no se mantienen relaciones diplomáticas, o bien porque no tiene actividades económicas sustanciales en el territorio de ninguna Parte.

E. Capítulo 17: Ambiente

Dentro de los objetivos que las Partes se plantean dentro del TLC en el tema ambiental se encuentra el de proteger y conservar el medio ambiente y mejorar los medios para hacerlo, incluso mediante la conservación de los recursos naturales en sus territorios. Esos objetivos que se plasman en el Capítulo 17 del TLC, el cual "consta de 13 artículos y un anexo, doce relativos a los niveles de protección ambiental, aplicación y observancia de la legislación ambiental, estructura institucional, mecanismos de consulta, participación pública y cooperación, entre otros, un artículo relativo a definiciones y un anexo sobre cooperación ambiental.

El propósito del Acuerdo de Cooperación Ambiental - ACA-, es apoyar el mejoramiento de la protección ambiental en sus territorios y favorecer el crecimiento del comercio e inversión en bienes y servicios ambientales. En este las Partes identifican las prioridades de cooperación ambiental. Asimismo, se establece el Consejo de Asuntos Ambientales, compuesto por los Ministros Competentes en el tema de cada país, cuya función principal es supervisar la implementación y avance del Capítulo ambiental, así como la cooperación en esta materia."⁵⁸

El Capítulo reconoce el derecho de cada Parte de establecer sus propios estándares y niveles de protección⁵⁹. Ese derecho que tienen las Partes se traduce en la posibilidad de desarrollar sus propias políticas y prioridades de desarrollo ambiental y las faculta inclusive, a adoptar o modificar sus leyes y políticas ambientales para alcanzar esos fines. "Estas obligaciones se asumen dentro de un marco de autodeterminación de las Partes (...) Se reconoce pues la soberanía de los Estados Partes, así como las diferencias que existen entre ellos en cuanto a los niveles de desarrollo, no imponiendo la adopción de una normativa propiamente ambiental, específica e igual para todos."⁶⁰

⁵⁵ cfr. Artículo 11.8

⁵⁶ cfr. Artículo 11.9

⁵⁷ cfr. Artículo 11.10.3(a)-(e)

⁵⁸ Jokisch, W, Op. Cit, página 12.

⁵⁹ Cfr. A. 17.1

⁶⁰ Germain Lefevre, A. y Aguiñada, S., Hacia el fortalecimiento de capacidades legales y técnicas de las organizaciones sociales frente a los tratados de libre comercio. Iniciativa Mesoamericana de Comercio, Integración y Desarrollo, CID, FUNDE. Página 6.

Adicionalmente, las Partes deberán garantizar que sus leyes busquen altos estándares ambientales y deberán buscar mejorar constantemente sus leyes y políticas en la materia. En virtud de la anterior, un país no podrá disminuir sus estándares o dejar de aplicar su legislación ambiental de manera que se afecte el comercio entre las Partes⁶¹, y se reitera que promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de protecciones ambientales no es apropiado.

Una de las críticas más fuertes a este capítulo por parte de grupos ambientalistas es que su cobertura es muy limitada, ya que comprende únicamente aquella legislación relacionada con la conservación y que el impacto que puede tener un acuerdo de esta naturaleza trasciende el tema ambiental. Se argumenta que el efecto que puede tener una inversión sobre el ambiente puede ser de tal magnitud que se destruyan riquezas invaluable en materia de recursos naturales, y que tomen años para poder recuperar los niveles destruidos.

Sobre este particular, es importante reconocer que existe una amenaza para el ambiente en cualquier actividad y que la amenaza no es causa directa del TLC, sino de una mala regulación y supervisión por parte de las autoridades. El desafío está en poder aplicar efectivamente la legislación que el país escogió y entender los vínculos en materia comercial entre los diferentes capítulos del TLC para diferenciar entre amenazas, desafíos y realidades.

Ahora bien, por legislación ambiental efectivamente se entiende “cualquier ley o regulación de una Parte, o disposición de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humana, animal o vegetal, mediante:

- (a) la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;
- (b) el control de químicos, sustancias, materiales y desechos ambientalmente peligrosos o tóxicos y la diseminación de información relacionada con ello; o
- (c) la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial,

En áreas con respecto a las cuales las Partes ejercen soberanía, derechos de soberanía o jurisdicción, pero no incluye ninguna ley o regulación, o ninguna disposición de las mismas, relacionados directamente con la seguridad o salud de los trabajadores”.

Para mayor certeza, “legislación ambiental” no incluye ninguna ley ni regulación o disposición de los mismos, cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de los recursos naturales, o la recolección con propósitos de subsistencia o recolección indígena, de recursos naturales.”⁶²

Es decir, la legislación ambiental es aquella relacionada con la conservación y no la que regula el acceso al recurso hídrico, ya que eso consiste en una actividad económica, lo cual es diferente al fin mismo del derecho ambiental. No obstante, requisitos de carácter conservacionista dentro de una ley que regula el acceso al recurso, sí clasifican, y por lo tanto, pueden gozar de la protección que establece el capítulo.

También se garantiza que los procedimientos administrativos, cuasi judiciales y judiciales, estarán abiertos al público⁶³ y serán justos, equitativos y transparentes, previendo sanciones y

⁶¹ Cfr. A. 17.2.1(a).

⁶² Cfr. A. 17.1.1

⁶³ No solamente se garantiza que las personas interesadas puedan solicitar a las autoridades que investiguen o aquellas que tengan un interés jurídicamente reconocido conforme al derecho de cada país, tengan adecuado acceso a los procedimientos, sino que también se garantiza, a través del artículo 17.6, que existan oportunidades para la participación pública en asuntos relacionados con el capítulo, debiéndose recibir y considerar cualquier comunicación y comunicando a las demás Partes las mismas.

reparaciones⁶⁴ que tomen en consideración la magnitud de la infracción, daño causado, beneficio adquirido y otros factores. A los procedimientos, las personas con interés tendrán acceso y las reparaciones podrán incluir demandas por daños, solicitar multas, clausuras o suspensión temporal de actividades, acciones para cumplir con la legislación y medidas precautorias.⁶⁵

Sobre la aplicación del Capítulo 17 se han manifestado preocupaciones relacionados con la necesidad de reformar la legislación para cumplir con el TLC o poder competir en el mercado internacional. Lo cierto del caso es que el TLC, por el contrario, sanciona que se desmejoren los estándares para atraer inversión o generar comercio, por un lado, y por el otro, incentiva a que se continúen mejorando y elevando los estándares.

Desde el punto de vista de la inversión y su relación con el medio ambiente, y considerando preocupaciones que se han externado relacionadas con potenciales demandas internacionales por incumplimiento de contratos de concesión que por inquietudes ambientales no se han desarrollado, es importante reconocer que el TLC establece que las inquietudes ambientales se encuentran por encima de la inversión, pero también es posible y deseable imaginar una responsabilidad estatal mayor al proponer proyectos de explotación o concesión que tengan un impacto ambiental, de manera que cuando se tomen las decisiones, las mismas sean concensuadas y permitan desarrollar los contratos (si es que se decide llevarlos a cabo) de manera responsable y ordenada. De esta manera la sociedad civil podrá estar tranquila y vigilante, y el inversionista confiado en que las reglas del juego no le cambiarán en el camino.

Tal y como lo menciona un estudio que pretende dar instrumentos a las organizaciones sociales frente a los tratados de libre comercio, el mismo “puede convertirse por tanto en un estímulo para la observancia de la legislación ambiental interna de los Estados Parte, en cuanto vincula los beneficios comerciales con el efectivo cumplimiento de aquella. El riesgo de una sanción para el Estado y, en consecuencia, las limitaciones para las oportunidades de expansión de ciertas empresas centroamericanas hacia el mercado estadounidense, pueden motivar una aplicación más eficaz y rigurosa de la legislación ambiental, como también una mayor disposición a su cumplimiento.”⁶⁶ El reto está en preparar adecuadamente a los servidores públicos para que tomen decisiones coordinadas que maximicen el crecimiento sostenible, sobre todo en la región centroamericana, donde, tal y como apunta el estudio, la mayor parte de su oferta exportadora la constituyen actividades económicas altamente riesgosas para el medio ambiente.

F. Capítulo 21: Excepciones

Este capítulo contiene 6 artículos y tiene por objeto delimitar los casos de excepción a los que los países pueden recurrir. Sobre este capítulo no existen preocupaciones planteadas.

Para el objeto de este análisis, cabe destacar que en cuanto al comercio de mercancías se incorpora el artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y con respecto al comercio de servicios se incorpora el artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC.

Ambos artículos se refieren a las excepciones generales y se aplican siempre y cuando no constituyan un medio de discriminación arbitrario e injustificable, o como una restricción encubierta al comercio entre los países. Las excepciones que se permiten a través de la incorporación de estos artículos, son, entre otras y para lo que interesa en este análisis, aquellas necesarias para proteger la moral pública, salud y vida de las personas, animales y vegetales, y aquellas relativas a

⁶⁴ Podrán incluir, de acuerdo con el artículo 17.3.1(c) (ii), sanciones y acciones civiles y penales, incluyendo pagos por el daño ocasionado al ambiente.

⁶⁵ No obstante, el tratado no faculta a examinar si los tribunales judiciales, cuasi judiciales o administrativos han aplicado apropiadamente su propia legislación, sino que una diferencia se basaría en determinar si ha existido incumplimiento con las disposiciones del TLC.

⁶⁶ Germain Lefevre, A. et al. Op Cit. Página 8.

la conservación de los recursos naturales agotables. En algunos casos, deben ser parte de un programa, como las relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, las cuales son permitidas a condición de que se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional, para lograr esa protección y conservación del recurso natural agotable.

SECCIÓN V

Análisis de las Medidas Disconformes Relacionadas con el Recurso Hídrico

Tal y como se especificó en la Sección IV apartes C y D, si bien es cierto que las disposiciones contenidas en el Capítulo sobre Comercio Transfronterizo de Servicios se aplican a todos los sectores de la economía, y las que contiene el Capítulo sobre Inversión se aplican a todas las medidas relacionadas con la inversión y los inversionistas de otra Parte, existen en cada país disposiciones que pueden ser contrarias a los principios establecidos. Estas disposiciones contrarias a los principios de los capítulos, se conocen como “medidas disconformes”. Se llaman disconformes, precisamente por su no conformidad con las disposiciones del tratado.

Dada la jerarquía interna de las normas, y tomando en cuenta la tradición legal de Centroamérica, un tratado es superior a una ley, y por lo tanto, la manera de salvaguardar la aplicación de estas leyes que son contrarias al TLC es “aclarando en el texto mismo del tratado la posibilidad de que una o varias de sus obligaciones no se apliquen a dichas leyes o decretos disconformes”⁶⁷.

El artículo 10.13 del capítulo 10 establece que los artículos relacionados con el trato nacional, trato de nación más favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y juntas directivas, no se aplican a cualquier medida que una Parte haya listado en su lista del Anexo I. Por su parte, el artículo 11.6 relacionado con el comercio transfronterizo de servicios, establece que los artículos que regulan el trato nacional, nación más favorecida, acceso a los mercados y presencia local, no se aplican a cualquier medida que una Parte haya incluido en su lista del Anexo I. Las listas de cada país son comunes a los capítulos de inversión y servicios, pues recordemos que a nivel de comercio de servicios se reconocen cuatro modos de prestación, siendo uno de ellos la presencia comercial o la inversión.

Ambos artículos también excluyen de la aplicación de los principios mencionados aquellas disposiciones a nivel de gobierno local, sin la necesidad de listarlos como se hace con las disposiciones que aplican en el nivel central de Gobierno. No obstante, aunque no se listen las medidas a nivel local, existe una consolidación de las mismas, lo que quiere decir que no se podrán hacer más gravosas, pero sí podrán mantenerse. Es decir, un país podrá mantener y renovar esas medidas disconformes, pudiendo modificarlas siempre y cuando no sean más restrictivas; y, para el caso de las medidas a nivel central, en el tanto y en el cuanto, las haya listado en ese Anexo I.

También hacen referencia esas normas a un Anexo II, en el cual los países listaron aquellas actividades en las que se podrán mantener medidas existentes, o adoptar nuevas medidas o más restrictivas en las actividades y la prestación de servicios en los sectores a los que se refiera la discriminación. Este anexo contiene, por lo tanto, los sectores en los que los países se reservan el derecho de hacer cualquier modificación, inclusive más restrictiva, a pesar de las disposiciones del TLC.

En los Anexos no se encontrarán enlistadas todas las leyes o decretos que regulen un sector, sino solamente aquellas medidas que resulten contrarias a las disposiciones contenidas en el capítulo sobre inversión o sobre comercio transfronterizo de servicios.

A continuación se describen las medidas disconformes que Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua introdujeron en sus listas de Anexos I y II, que tiene relación con el recurso hídrico. El Anexo A de este trabajo contiene una lista de todos los sectores donde cada país de Centroamérica tomó reservas y por lo tanto listó esas medidas disconformes y el Anexo B de este trabajo, contiene un cuadro con los sectores y las reservas que se tomaron en Centroamérica.

⁶⁷ Echandi, Roberto (2005), Op. Cit. p. 59.

Para tener una visión completa del nivel de discriminación existente, es necesario leer la ficha de cada país teniendo en cuenta la relación que existe entre los diferentes elementos que cada una contiene y la manera para interpretar las obligaciones relevantes de los capítulos con respecto a los cuales se formula una ficha, a continuación, se ofrece un resumen de los mismos.

A. Costa Rica

En los sectores de riego y avenamiento, servicios de tratamiento de desechos sólidos y servicios marítimos, de acuerdo con la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Costa Rica se reserva el derecho de limitar el número de concesiones para el suministro del servicio, con base en la demanda de esos servicios, dando prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrándolo.

Con respecto a la zona marítimo terrestre, tal y como lo establece la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, se requiere concesión para realizar cualquier tipo de desarrollo o de actividad en esa zona, dentro de la cual no se otorgará ninguna concesión dentro de los primeros 50 metros contados desde la línea de pleamar, ni en el área comprendida entre esa línea y la línea de marea baja. Por otro lado, la concesión no se otorgará o ni podrá mantenerse en poder de (a) extranjeros que no hayan residido en el país por lo menos durante cinco años; (b) empresas con acciones al portador; (c) empresas domiciliadas en el exterior; (d) empresas constituidas en el país únicamente por extranjeros; o (e) empresas cuyas acciones o cuotas de capital, pertenecen en más de un 50 por ciento a extranjeros.

En la prestación de servicios de transporte por vía acuática, existen medidas disconformes que requieren que exista una concesión que será otorgada con base en la demanda del servicio, dando prioridad a los concesionarios que se encuentren suministrándolo. El cabotaje se encuentra reservado a los costarricenses o empresas cuyo capital está constituido por un 60% de acciones en manos de nacionales costarricenses. El cabotaje comercial y turístico de puerto a puerto costarricense solo podrá realizarse en embarcaciones de matrícula nacional. El registro de las embarcaciones solo puede realizarse por empresas costarricenses, a no ser que se trate de embarcaciones menores de 50 toneladas para uso no comercial. Existen requisitos de garantía económica para extranjeros y porcentajes mínimos en la tripulación en embarcaciones de tráfico internacional de matrícula costarricense que atraque en puertos nacionales.

Sobre los servicios relacionados con la minería, hay requisitos de presencia local en el sentido de que si se recibe una concesión para la exploración de hidrocarburos u otros servicios relacionados con la minería de hidrocarburos, se deberá contar con una sucursal y un representante legal en Costa Rica. Cuando se trate de concesiones para minería y exploración de minerales diferentes a los hidrocarburos, los concesionarios extranjeros deberán nombrar un representante en Costa Rica. Lo mismo sucede cuando se suministren servicios de investigación científica y bioprospección con respecto a la biodiversidad.

La soberanía completa y exclusiva de aguas territoriales, en su plataforma continental y en su zócalo insular es ejercida por el Estado. Las embarcaciones para pesca deben estar registradas en Costa Rica y ser de empresas constituidas en el país.

En cuanto a la energía eléctrica, Costa Rica se reserva el derecho de otorgar por legislación concesiones para la transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica sobre la base de demanda por el servicio. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentren suministrándolo. Los particulares podrán invertir en actividades para la operación de centrales eléctricas de capacidad limitada que no exceda de 20.000 kW siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. Cualquier energía hidráulica generada por aguas de dominio público deberá ser suministrada únicamente por el Estado o por particulares que tengan una concesión, de conformidad con la Constitución.

Para obtener concesiones para el desarrollo de marinas y atracaderos turísticos, las empresas cuyo asiento principal de negocios esté en el exterior, deberán establecerse en Costa Rica. Los nacionales extranjeros deberán nombrar un representante en Costa Rica. Toda embarcación de bandera extranjera que emplee servicios ofrecidos por una marina podrá permanecer en la zona económica exclusiva costarricense por un período de 2 años, prorrogables por períodos iguales. Existen limitaciones para esas embarcaciones y su tripulación extranjera para prestar servicios de transporte acuático, pesca, buceo u otras actividades afines al deporte y turismo, excepto los cruceros turísticos.

En cuanto a las reservas que mantiene Costa Rica relacionadas con el Anexo II, es decir, aquellas áreas en que podrá modificar sus medidas, haciéndolas inclusive más restrictivas, e introducir medidas nuevas que sean restrictivas, se incluyeron para todos los sectores, y en lo relacionado con este estudio, la posibilidad de acordar ventajas para otros países, sin necesidad de otorgarlas a los países del TLC en el área de pesca y asuntos marítimos, incluyendo el salvamento. Igualmente Costa Rica se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida respecto a una serie de actividades, siendo las que interese relacionadas con el recurso hídrico, los servicios de alcantarillado público y servicios de suministro de agua.

B. El Salvador y Guatemala

En el caso de estos dos países, no existen medidas disconformes relacionadas con el tema en el Anexo I. En cuanto a las reservas que mantienen relacionadas con el Anexo II, es decir, aquellas áreas en que podrá modificar sus medidas, haciéndolas inclusive más restrictivas, e introducir medidas nuevas que sean restrictivas, se incluyeron para todos los sectores, la posibilidad de acordar ventajas para otros países, sin necesidad de otorgarlas a los países del TLC en el área de pesca y asuntos marítimos, incluyendo el salvamento.

C. Honduras

La transmisión de energía eléctrica, conducción de la operación del sistema de transmisión y centro de despacho está reservada a la Empresa Nacional de Energía Eléctrica.

Solamente el Estado Hondureño, a través de las municipalidades, puede proveer servicios públicos de distribución de agua, tratamiento de desechos y servicios de sanidad e higiene. Las municipalidades son las responsables de la construcción de acueductos, del mantenimiento y administración del agua potable, alcantarillado sanitario, drenaje y la promoción y desarrollo de proyectos relacionados. Las discriminaciones que existan a nivel local no se detallan en el TLC, pues no existía esa obligación al nivel local, pero existe una consolidación del estatus quo tal y como se explicó anteriormente.

Por otro lado, solamente los hondureños nacionales residentes en Honduras y las empresas con una participación de nacionales de al menos un 51%, pueden realizar pesca comercial en aguas, mares, ríos y lagos situados en Honduras. Solamente las embarcaciones con bandera hondureña pueden realizar actividades de pesca comercial, y sus capitanes solamente pueden ser nacionales hondureños por nacimiento.

La navegación de cabotaje con finalidad mercantil está reservada a buques hondureños. La propiedad de las embarcaciones debe ser como mínimo del 51% de nacionales hondureños y la empresa debe estar domiciliada en Honduras.

En cuanto a las reservas que mantiene Honduras relacionados con el Anexo II, las mismas son iguales que las listadas por El Salvador y Guatemala.

D. Nicaragua

Para prestar servicios de distribución de energía eléctrica; o de exploración y análisis de hidrocarburos; o de exploración de minerales metálicos y no metálicos, una empresa debe estar constituida bajo las leyes de Nicaragua. Los extranjeros que deseen realizar estudios de investigación de hidrocarburos⁶⁸, o de exploración de minerales metálicos y no metálicos, deben designar un representante legal con domicilio permanente en Nicaragua.

El procesamiento, empaque y otros servicios relacionados con los productos pesqueros deberá ser efectuado por empresas organizadas bajo las leyes de Nicaragua. El procesamiento y empaque para la exportación de productos pesqueros capturados en aguas territoriales nicaragüenses deberá ser efectuado en empresas de Nicaragua. Solamente los nicaragüenses pueden desempeñar la pesca artesanal cuando se realiza con fines de subsistencia como empresa familiar.

En el ámbito del transporte marítimo, para actuar como armador o empresa naviera; operar como agente marítimo, agente naviero general o agente naviero consignatario de buques; u obtener una concesión de ruta para dedicarse al transporte marítimo en Nicaragua, una persona debe ser de nacionalidad nicaragüense y una empresa debe estar organizada bajo las leyes de Nicaragua. El cabotaje está reservado exclusivamente para empresas establecidas en Nicaragua. Solo los nacionales nicaragüenses podrán ser nombrados como pilotos oficiales de cualquier puerto en Nicaragua. La administración y operación de los puertos de interés nacional existentes está reservada a la Empresa Portuaria Nacional.

El establecimiento, construcción y explotación de obras públicas destinadas al abastecimiento y distribución de agua potable, y la recolección y disposición de aguas servidas, solamente pueden ser realizados por la *Empresa Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados*, (ENACAL). ENACAL es la entidad del Estado responsable de brindar agua potable y recolectar y disponer de residuos líquidos y tiene las funciones siguientes:

- (a) Captar, tratar, conducir, almacenar, distribuir y comercializar agua potable; y recolectar, tratar y disponer finalmente de los residuos líquidos.
- (b) Comprar agua cruda, comprar y vender agua potable, así como comercializar los servicios de recolección, tratamiento y disposición final de los residuos líquidos.
- (c) Tomar todas las medidas necesarias para que las descargas residuales de líquidos tratados minimicen el impacto ambiental.
- (d) Elaborar el Plan de Expansión de la Empresa para el corto, mediano y largo plazo.
- (e) Investigar, explorar, desarrollar y explotar los recursos hídricos.
- (f) Cualquier otra actividad necesaria para su desarrollo.

En cuanto a las reservas que mantiene Nicaragua relacionadas con el Anexo II, son idénticas que las que listaron El Salvador, Guatemala y Honduras.

⁶⁸ Tales como estudios geológicos, geofísicos, levantamiento de planos topográficos, trabajos sísmicos o estudios geoquímicos.

SECCIÓN VI

Conclusiones y Recomendaciones

Existe una amenaza en pensar que el TLC es, en sí mismo, la política de desarrollo de un país. Es necesario que la sociedad centroamericana comprenda que este es un instrumento que deberá acompañarse de un esfuerzo en cada uno de los países de la región, en varias áreas, como educación, para poder maximizar sus beneficios. Existe una gran preocupación por, y amenaza en, los bajos índices de desarrollo económico y humano que tiene la región Centroamericana. La amenaza para la región radica en no elevar los estándares e indicadores de cada país, ni desarrollar las políticas que permitan una distribución más equitativa de la riqueza. El TLC es un instrumento de la política económica de los países, que pretende generar riqueza, las políticas tendientes a repartir esa riqueza, educar mejor a la población y convertirse en una sociedad más justa e inclusiva no se pueden descuidar.

El aprovechamiento y éxito del TLC dependerá en gran medida de las políticas que tomen los estados para mejorar la competitividad de cada país, en particular, y la región como un todo. Caminos, aeropuertos, puertos, educación, salud, gobernabilidad, son algunos de las áreas en las que se deben continuar esfuerzos. Especial mención requiere la institucionalidad en Centroamérica, ya que si la misma es débil, existe el riesgo que se descuiden los intereses públicos. En materia de recurso hídrico, una institucionalidad es crucial para que desarrolle sus políticas de manera que no violente los compromisos internacionales adquiridos, pero al mismo tiempo busque el beneficio colectivo y sostenibilidad del recurso. Es de la mayor importancia que cada institución relacionada con el recurso estudie las implicaciones del TLC, y coordine con las autoridades encargadas de la negociación e implementación en cada uno de ellos, a fin de coadyuvar en el diseño y desarrollo de políticas públicas que permitan un manejo adecuado a los intereses nacionales del recurso.

Vistos los capítulos del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos relacionados con contratación pública, inversión, servicios, ambiente y excepciones, y su relación con el agua, es importante enfatizar que el TLC no afecta la capacidad de los Estados de otorgar concesiones, permisos o asignaciones para que un particular explote el recurso hídrico, siendo la administración pública libre de establecer los requisitos que considere pertinentes para realizar dichos actos. La verdadera amenaza radica en que estos principios no se apliquen de manera transparente, y bajo los principios de igualdad y debido proceso, debido a que en esos casos sí podríamos vernos ante demandas. La oportunidad que se presenta es que el país desarrolle de manera no discriminatoria los requisitos para optar por esas concesiones y que los administrados conozcan dichos requisitos, los cuales deberán incluir disposiciones en materia de conservación para realizar cualquier actividad de manera sostenible.

Igualmente, el TLC no afecta la capacidad de establecer los estándares y niveles de protección ambiental que cada uno quiera tener, inclusive, alienta a las Partes a mejorar cada día sus estándares. Por otro lado, aclara el TLC que cuando existan asuntos ambientales de interés, éstos estarán por encima de las disposiciones que el TLC regula en materia de inversiones, y además, se reconoce que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en la legislación interna de cada país. Por otra parte, existe la posibilidad de que cada país tome las acciones que considere necesarias, incluidas acciones en materia ambiental, para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal. Adicionalmente, dependiendo de la legislación de cada país, cada uno hizo reservas adicionales dentro de sus anexos relacionados con medidas disconformes reflejando así su legislación nacional.

La verdadera amenaza en materia ambiental radica en que los países no apliquen efectivamente su legislación, y que ante esa situación los mismos sean objeto de una demanda por no cumplir con su propia normativa. Es decir, los insuficientes y deficientes mecanismos institucionales, de no mejorarse, podrían poner en riesgo a la región por la no aplicación efectiva de compromisos internacionales.

La otra gran amenaza a nivel centroamericano es la falta de legislación en materia de recurso hídrico en algunos países, lo cual genera incertidumbre pues no queda claro el marco legal aplicable. Por otro lado, las organizaciones sociales manifiestan preocupación al señalar el débil rol de las municipalidades encargadas de la gestión del recurso hídrico en algunos países. Lo anterior se agudiza cuando reconocen que existe un creciente interés del sector privado (sea nacional o extranjero) en participar de la explotación del recurso hídrico, dada la influencia que pueden ejercer sobre las autoridades las empresas.

No es correcto pensar que el TLC traerá mayores estándares en materia ambiental y esto repercutirá en empresas regionales que se verán afectadas en su competitividad. La razón por la cual no es correcto pensar eso, es porque el TLC, tal y como se demostró, obliga a cada país a cumplir su propia legislación ambiental, y por lo tanto, dependerá de cada uno desarrollar sus estándares.

La verdadera oportunidad que se presenta ante el TLC, es para mejorar la observancia y aplicación de las leyes en esta materia, y por otro lado la creación de consensos en la sociedad civil para aplicar medidas efectivas y sostenibles que permitan una explotación de los recursos de manera responsable. Existe además un componente de orgullo nacional en este campo, ya que muchos critican que sea a través del TLC, que contiene multas para los países que no apliquen su legislación ambiental, que se deba crear una verdadera observancia de las leyes o por lo menos la conciencia de aplicarlas efectivamente ante la amenaza de una demanda.

Otros critican que la multa que se establece no es suficiente para parar el daño ambiental que causan las empresas. Lo anterior resulta una verdadera amenaza, en el sentido de que los estados no tomen acciones suficientes y efectivas para menoscabar los daños ambientales que se causan. Si bien es cierto el monto de la multa podría ser pequeño ante un impacto ambiental grande, es solo una de las acciones. Otra crítica es que la multa la pagan los Estados y no las empresas que contaminan. Recordemos que la multa es producto de la no observancia de las leyes ambientales, diferentes son los mecanismos que deben establecerse para cobrar a las empresas por el daño ambiental. Existe una verdadera amenaza en que no se desarrollen mecanismos efectivos para que las empresas paguen por el daño ambiental, pero esta amenaza trasciende el TLC, ya que con o sin él, deben establecerse los mecanismos.

En cuanto al nivel de "reservas" que tomaron los países, llama la atención el nivel de discriminaciones reflejadas por El Salvador y Guatemala, ya que en esta materia no existen medidas disconformes por dos razones, ya sea porque en la legislación interna no existen medidas discriminatorias o bien, porque los países tomaron la decisión de eliminarlas como parte de la negociación. Es importante que la sociedad civil, sector privado y gubernamental de cada país, conozca esta situación y entiendan sus consecuencias, lo cual podría alcanzarse llevando a cabo talleres nacionales con los diferentes actores, incluyendo sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, empresa privada y gobierno, para analizar en cada país el marco regulatorio y explicar los alcances del tratado. De esta manera la comunidad podrá estudiar el alcance y diferenciar entre mitos y realidades, al mismo tiempo que participar en las acciones que deban tomarse en beneficio de todos.

Por su parte, Costa Rica, Honduras y Nicaragua, reflejaron en sus anexos su estado actual en esta materia, y cada uno lo hizo de distintas maneras, por ejemplo Costa Rica lo estableció en el Anexo II, mientras que Nicaragua lo hizo consolidándolo en el Anexo I y Honduras aclaró que es materia municipal. Es importante que cada país tenga clara la consecuencia de haberlo establecido en el Anexo I o II, tal y como se explicó en la Sección V.

Algunos grupos muestran preocupación y le asignan al tratado acciones o consecuencias de situaciones que ya suceden, como por ejemplo el comercio del agua. En realidad comerciar agua, por ejemplo, no está mal, lo que si es equivocado es pretender prohibir la importación o exportación de ese bien vital para el ser humano, cuando en realidad deberían enfocarse los esfuerzos por crear políticas ambientales que garanticen la explotación sostenible del recurso. Por lo tanto, desde el punto de vista de política pública y la participación de grupos de presión, la respuesta no está en oponerse al TLC y prohibir la comercialización del agua, sino debe estar dirigida a establecer tarifas acordes con su valor, encausar adecuadamente los recursos para preservar el recurso y por parte del Gobierno, dictar políticas y medidas de conservación efectivas.

Para evitar demandas frívolas de inversionistas contra los Estados en materia ambiental (y en otros sectores también), existen en el TLC varios filtros y disposiciones a favor de los países. No obstante, también existe cierta responsabilidad estatal y madurez del país, para evitar entrar en proyectos sin haberlos consultado adecuadamente de manera que una vez adjudicados o autorizados se cambien las reglas del juego, creando situaciones incómodas y no cumpliendo con compromisos internacionales, de manera que un país pueda ser objeto de demandas internacionales.

Existe una amenaza en que puedan existir demandas de inversionista-Estado o de naturaleza entre Estados, debido a la aplicación de una disposición que tenga que ver con el recurso hídrico, la oportunidad radica en que los funcionarios públicos conozcan de antemano estas situaciones para evitar comprometer la responsabilidad estatal a través de acciones que no sean transparentes o basadas en principios de no-discriminación, y que los países conozcan la relación que existe entre inversión y ambiente para llevar a cabo sus defensas.

Sobre los ejemplos que a menudo se citan en materia de solución de diferencias entre inversionista-Estado, es importante que aprendamos de los mismos y saquemos nuestras propias enseñanzas, en el sentido de que muchos de esos ejemplos se deben no a la aplicación efectiva de leyes, sino a cabildos que llevan a los estados a tomar medidas que no son transparentes o justas.

En cuanto al manejo del recurso hídrico como un bien económico, debe tenerse en cuenta la realidad legal de cada país, donde se permite ejercer hoy día esa actividad.

Existen países a nivel centroamericano en donde no hay un marco legal claro y todos deben tener en cuenta que las disposiciones futuras deben basarse en principios de igualdad y transparencia.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Alejandra, et. al, Manual de Regulaciones Jurídicas para la Gestión del Recurso Hídrico en Costa Rica. CEDARENA, 2001

Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972)

Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sostenible (1992)

Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992)

Declaración de París (1998).

Echandi, Roberto (2005), ¿Cómo leer el TLC?, en González, A. (ed), Estudios Jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, AseTLC, San José, Costa Rica.

Germain Lefevre, A. y Aguiñada, S., Hacia el fortalecimiento de capacidades legales y técnicas de las organizaciones sociales frente a los tratados de libre comercio. Iniciativa Mesoamericana de Comercio, Integración y Desarrollo, CID, FUNDE.

Jokisch, W. Marín, R, Red de Medio Ambiente, Sub-región Mesoamericana, documentos de insumo para la reunión subregional (17 de enero del 2005 Aeropuerto Internacional de El Salvador) en preparación de la IV Reunión Regional (Marzo 2005), Tema de la reunión subregional: comercio y medio ambiente, desarrollado bajo el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo, Diálogo Regional e Política

Plan de Acción de Mar del Plata, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua (1977)

Rogers, Meter, et.al, El agua como un bien económico y social: Como poner los principios en práctica. TAC Background papers No. 2 de la Asociación Mundial para el Agua (GWP) y el Comité Técnico Asesor (TAC), Agosto 2001.

ANEXO A

Medidas disconformes

Lista de Costa Rica, Anexo I

Sector	A. 10.3 Trato Naciona l	A. 10.4 Trato de Nación Más Favorecid a	A. 10.9 Requisitos de Desempeño	A. 10.10 Altos Ejecutivo s y Juntas Directivas	A. 11.2 Trato Naciona l	A. 11.3 Trato de Nación Más Favorecid a	A. 11.4 Acceso a los Mercado s	A. 11.5 Presenci a Local
Servicios de riego y avenamiento							√	
Servicios de Tratamiento de Desechos Sólidos							√	
Servicios marítimos y Servicios Aéreos Especializados							√	
Servicios Profesionales					√	√		√
Zona Marítimo Terrestre	√				√		√	√
Servicios de Transporte por Vía Terrestre – Transporte de Pasajeros	√	√			√	√	√	
Servicios de Transporte por Vía Terrestre – Transporte de Carga	√	√		√	√	√	√	
Servicios de Transporte por Vía Acuática	√				√		√	√
Servicios Aéreos Especializados					√	√		√
Servicios de Transporte Aéreo	√	√		√				
Guías de Turismo					√			
Agencias de Viaje y Turismo							√	
Servicios de Transporte – Agentes Aduaneros – Auxiliares de Agente Aduanero – Transportistas Aduaneros					√			√
Servicios Relacionados con las Telecomunicacione s – Radio y Televisión	√	√		√	√	√	√	
Distribución al Detalle y al Por Mayor – Petróleo Crudo y sus Derivados							√	
Servicios Relacionados con Minería –								√

Sector	A. 10.3 Trato Naciona l	A. 10.4 Trato de Nación Más Favorecid a	A. 10.9 Requisitos de Desempeñ o	A. 10.10 Altos Ejecutivo s y Juntas Directivas	A. 11.2 Trato Naciona l	A. 11.3 Trato de Nación Más Favorecid a	A. 11.4 Acceso a los Mercado s	A. 11.5 Presenci a Local
Exploración de Hidrocarburos								
Minería y Servicios Relacionados con Minería – Minerales diferentes a los Hidrocarburos	√				√		√	√
Servicios Científicos y de Investigación								√
Zonas Francas			√					
Servicios Relacionados con la Agricultura y la Silvicultura					√			
Pesca y Servicios Relacionados con la Pesca	√		√					
Energía Eléctrica	√				√		√	√
Servicios de Enseñanza Superior	√			√	√			
Servicios Profesionales en Salud Humana – Médicos y Cirujanos, Cirujanos Dentistas, Microbiólogos, Farmacéuticos, Enfermeras y Nutricionistas					√			
Audiovisuales – Publicidad – Servicios de Cine, Radio, Televisión y otros Espectáculos	√	√	√		√	√	√	√
Servicios de Agencias de Noticias						√		√
Servicios Deportivos y otros Servicios de Esparcimiento	√				√		√	√
Ferrocarriles, Puertos y Aeropuertos							√	√
Servicios Inalámbricos	√	√			√	√	√	
Suministro de Licores para el Consumo en las Instalaciones							√	
Servicios de Venta de Lotería							√	

Lista de El Salvador, Anexo I

Sector	A. 10.3 Trato Nacional	A. 10.4 Trato de Nación Más Favorecida	A. 11.2 Trato Nacional	A. 11.3 Trato de Nación Más Favorecida	A. 11.4 Acceso a los Mercados	A. 11.5 Presencia Local
Todos los sectores (propiedad de bienes rústicos)	√	√				
Todos los sectores (comercio, industria y la prestación de servicios en pequeño)	√	√				
Sociedades de producción cooperativa	√					
Centros Comerciales y Establecimientos Libres de Impuestos	√					
Servicios Aéreos: servicios aéreos especializados			√	√		
Servicios aéreos: reparación de aeronaves y servicio de mantenimiento durante los cuales la aeronave se retira de servicio, y pilotos de servicios aéreos especializados			√	√		
Servicios de comunicaciones: servicios de publicidad y promoción para radio y televisión			√	√		
Servicios de Comunicación: servicios de transmisión por televisión y radio	√					
Artes Escénicas			√			
Circos			√			
Artes Escénicas			√			
Construcción y Servicios de Ingeniería Relacionados	√	√	√	√		√
Contaduría Pública y Auditoría Pública	√	√	√	√		
Servicios Profesionales: servicios de arquitectura, ingeniería, ingeniería integrados, planificación urbana y paisaje			√			√
Servicios Profesionales: servicios de salud (incluye pero no se limita a: servicios de medicina general y especializada, dentales, veterinarios, paramédicos, y los prestados por psicólogos, parteras, enfermeras, fisioterapeutas, químicos y técnicos calificados en laboratorio clínico, técnicos y auxiliares)			√	√		√
Servicios profesionales: servicios legales (Notario Público)			√	√		√
Servicios Profesionales: maestros			√			
Servicios Profesionales: agentes aduaneros	√	√	√	√		
Servicios de Transporte: servicios de transporte terrestre	√		√			
Energía					√	
Transporte Terrestre					√	

Lista de Guatemala, Anexo I

Sector	A. 10.3 Trato Nacional	A. 10.10 Altos Ejecutivos y Juntas Directivas	A. 11.2 Trato Nacional	A. 11.3 Trato de Nación Más Favorecida	A. 11.5 Presencia Local
Todos los sectores (títulos de propiedad, arrendamiento o usufructo de tierras nacionales en el Departamento de Petén)	√				
Todos los sectores (titulación supletoria)	√				
Todos los sectores (tierras propiedad del Estado)	√				
Todos los sectores (tierra a 15 KM de las fronteras)	√				
Todos los sectores (establecimiento de empresas)	√				
Forestal	√				
Servicios Profesionales – Notarios			√		√
Servicios Profesionales prestados por empresas	√				
Entretenimiento cultural			√		√
Guías de Turismo			√		√
Servicio Aéreo Especializado				√	
Servicio Aéreo Especializado			√		
Transporte Aéreo	√	√			

Lista de Honduras, Anexo I

Sector	A. 10.3 Trato Nacional	A. 10.4 Trato de Nación Más Favorecida	A. 10.10 Altos Ejecutivos y Juntas Directivas	A. 11.2 Trato Nacional	A. 11.3 Trato de Nación Más Favorecida	A. 11.4 Acceso a los Mercados	A. 11.5 Presencia Local
Todos los sectores (tierras del Estado, tierra común, tierra privada a 40 KM de las fronteras y línea costera, y tales tierras en islas, callos, arrecifes, escolladeros, peñones, sirtes y bancos de arena)	√						
Todos los sectores (industria y comercio en pequeña escala)	√	√					
Todos los sectores (cooperativas)	√	√					
Agentes y Agencias Aduaneras	√			√			
Agrícola	√						
Servicios de Comunicaciones - Correos				√			
Radio, televisión y periódicos			√				
Telecomunicaciones (participación de Gobiernos extranjeros)				√			
Telecomunicaciones (servicios de telecomunicaciones nacionales e internacionales, tales como: servicios portadores, telex, telefonía y telegrafía)						√ *hasta 24 diciembre de 2005	
Servicios de construcción o consultoría y servicios de ingeniería conexos – Ingeniería Civil	√			√	√	√	√
Servicios de Distribución – Productos derivados del Petróleo (combustible líquido, aceite automotriz, Diesel, Kerosén, y LPG)	√						√
Electricidad						√	
Loterías						√	
Servicios de Educación – Servicios privados de educación preescolar, primaria y secundaria			√	√	√		√
Servicios de Entretenimiento - Músicos	√			√			
Campeonatos y Servicios de juegos de fútbol				√	√		√
Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos – Casinos de juegos de envite o azar (abarca juegos de ruleta, damas, baraja, punto y banca, bacará, máquinas tragamonedas y otros similares)	√						√

Sector	A. 10.3 Trato Nacional	A. 10.4 Trato de Nación Más Favorecida	A. 10.10 Altos Ejecutivos y Juntas Directivas	A. 11.2 Trato Nacional	A. 11.3 Trato de Nación Más Favorecida	A. 11.4 Acceso a los Mercados	A. 11.5 Presencia Local
Servicios Ambientales						√	
Distribución Venta al por mayor y Venta al por menor – Armas, municiones y otros artículos relacionados						√	
Servicios de Investigación y Seguridad	√		√				
Industria Pesquera	√						
Servicios Profesionales				√	√		√
Transporte Aéreo	√		√				
Transporte Aéreo				√	√		√
Transporte Marítimo – Navegación de Cabotaje	√	√		√	√		√
Transporte Terrestre	√			√	√		√
Trasporte - ferrocarril	√		√				
Otros servicios comerciales – almacenes generales de depósito						√	
Servicios de consultoría en Administración de Empresas				√	√	√	
Servicios de Consultoría Económicos							√
Ingeniería Agrícola y Agronomía				√	√		
Ingenieros forestales				√			√
Médicos veterinarios				√	√		√
Microbiólogos y clínicos				√			
Notarios				√			
Servicios de energía eléctrica						√	
Telecomunicaciones						√*hasta 24 diciembre de 2005	
Contadores Públicos							√
Arquitectos							√

Lista de Nicaragua, Anexo I

Sector	A. 10.3 Trato Nacional	A. 10.9 Requisitos de Desempeño	A. 10.10 Altos Ejecutivos y Juntas Directivas	A. 11.2 Trato Nacional	A. 11.3 Trato de Nación Más Favorecida	A. 11.4 Acceso a los Mercados	A. 11.5 Presencia Local
Músicos y artistas				√	√		
Turismo – Hoteles, Restaurantes, Guías Turísticos, Rent-a-Car y otras actividades relacionadas con el turismo				√	√		
Servicios relacionados con la construcción				√			√
Distribución de fuegos artificiales, armas de fuego y municiones				√			√
Servicio de Seguridad Privada				√			√
Radiodifusión sonora, televisión de libre recepción	√			√			
Comunicaciones – Servicios profesionales de radiodifusión y televisión				√	√		
Distribución de Electricidad							√
Servicios Incidentales a la Minería - Hidrocarburos							√
Servicios Incidentales a la Minería – Minerales metálicos y no metálicos							√
Pesca, acuicultura y actividades relacionadas con la pesca	√	√		√			√
Transporte Terrestre				√	√		√
Transporte Marítimo				√			
Puertos						√	
Transporte Aéreo – Servicio de Reparación y Mantenimiento, Servicios Aéreos Especializados				√	√		√
Transporte Aéreo	√		√				
Servicios Profesionales				√	√		√
Servicios de Contabilidad Pública y Auditoría Prestados a las Empresas				√			√
Servicios Profesionales - Notariado				√	√		
Agentes Aduaneros				√	√		√
Servicios de investigación científica							√
Régimen de Zonas Francas y Régimen de Perfeccionamiento Activo		√					
Telecomunicaciones (telefonía básica, telefonía local, larga				√		√* hasta 13 de abril 2005	

Sector	A. 10.3 Trato Nacional	A. 10.9 Requisitos de Desempeño	A. 10.10 Altos Ejecutivos y Juntas Directivas	A. 11.2 Trato Nacional	A. 11.3 Trato de Nación Más Favorecida	A. 11.4 Acceso a los Mercados	A. 11.5 Presencia Local
distancia nacional e internacional, suministros de enlaces de televisión y telegrafía)							
Elaboración de mapas						√	
Agua potable, Alcantarillados Sanitarios, Recolección de Aguas Servidas y Disposición de Aguas Servidas						√	
Aeropuertos						√	
Energía						√	
Administración de loterías						√	
Servicios de comunicación social						√	

ANEXO B

Sectores dentro del Anexo II

Sector	Costa Rica	Honduras	Nicaragua	El Salvador	Guatemala
Todos los sectores (trato diferencial a países conforme a cualquier tratado internacional bilateral o multilateral vigente o que se suscriba con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del CAFTA-DR)	NMF (1)				
Aviación, pesca y asuntos marítimos, incluyendo salvamento	NMF				
Industrias culturales	NMF				
Servicios Sociales: Ejecución de leyes y suministro de servicios de readaptación social, Seguro o seguridad de ingreso, servicios de seguridad social, bienestar social, Educación pública, capacitación pública, Salud, atención infantil	TN, NMF, PL, RRD, AED, AM				
Servicios Sociales: Servicios de alcantarillado público y servicios de suministro de agua					
Asuntos Relacionados con Minorías y Poblaciones Indígenas en Desventaja		TN, PL, RRD, AED Nicaragua incluye además: NMF			
Servicios de Transporte: Servicios de Transporte por Carretera (1)				TN* NMF* PL	
Transporte Marítimo					TN, NMF, PL, RRD, AED
Participación en la propiedad o intereses en una empresa del Estado (2)		TN** AM	TN** AED		
Ingenieros Agrónomos Químicos y farmacéuticos		TN* NMF* PL			
Trabajadores sociales		TN*			
Espectro de radio, acceso al mercado con respecto a la transmisión satelital en una vía de servicios de televisión audiodigitales "directo a casa" (DTH) y de "difusión directa" (DBS)			NMF		
Tierras costeras, islas y bancos fluviales			TN		

Notas:

- TN: Trato Nacional (As. 10.3 y 11.2)
 TN*: Trato Nacional (A. 11.2)
 TN**: Trato Nacional (A. 10.3)
 NMF: Trato de Nación Más Favorecida (As. 10.4 y 11.3)
 NMF*: Trato de Nación Más Favorecida (A. 11.3)
 PL: Presencia Local (A. 11.5)
 RRD: Requisitos de Desempeño (A. 10.9)
 AED: Altos Ejecutivos y Directorios (A. 10.10)
 AM: Acceso a los Mercados (A. 11.4)
 RD: República Dominicana
 EEUU: Estados Unidos de América
 (1): Excepción para EEUU y RD
 (2): En el caso de Honduras solo para la Empresa Hondureña de Telecomunicaciones