

el TLC: sus implicaciones para el uso y gestión de los recursos hídricos



© Foro de los Recursos Hídricos, 2005
Todos los derechos reservados.
Primera edición, diciembre 2005
1000 ejemplares

Redacción del texto
Juan Fernando Terán

Edición
Aline Arroyo

Diseño de la colección
Verónica Ávila / Activa Diseño Editorial

Ilustraciones
Cristhian Díaz / Activa Diseño Editorial

Fotografía de portada
Archivo Activa

Impresión
Rispergraf

Durante la última década, empujados por la necesidad de sobrevivir a una crisis económica interminable, los ecuatorianos hemos prestado oídos a las seductoras palabras que nos anunciaban un futuro mejor a la vuelta de la esquina. Una y otra vez, sin embargo, hemos sido defraudados. A fines del 2005, aprovechando nuestra angustia para hacernos caer en una nueva trampa para incautos, los políticos y los grandes empresarios nos ofrecen una nueva esperanza: el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLC).

Según los discursos reproducidos por la prensa, este acuerdo es una “gran oportunidad” para aumentar nuestras exportaciones, para vender nuestros productos a mejores precios, para crear más puestos de trabajo en todas las regiones, para lograr remuneraciones más altas y estables, para importar materias primas y productos finales más baratos, para crear empresas de todos los tamaños y para reducir la pobreza.

¡¡ Cuidado !!... la necesidad no es buena consejera



Sean o no ciertas tantas maravillas, aquellos discursos nos hacen creer que, ante todo y principalmente, el TLC es un acuerdo mediante el cual Ecuador y Estados Unidos se comprometerán a eliminar las trabas a la exportación de los productos ecuatorianos y a la importación de productos estadounidenses. Esta creencia es infundada y peligrosa.

La creación de facilidades para el movimiento de mercancías entre ambos países es solamente el aspecto más visible de una telaraña de normas. El TLC incluye también disposiciones sobre temas como: acceso a mercados, normas de origen, administración aduanera; regímenes aduaneros especiales; medidas sanitarias y fitosanitarias; obstáculos técnicos al comercio; salvaguardias; contratación pública y compras del sector público; inversiones; servicios públicos y privados; regulación de la competencia; monopolios y empresas públicas; propiedad intelectual; asuntos laborales y ambientales; y mecanismos para la solución de controversias comerciales. Al firmar ese acuerdo internacional, Ecuador quedará comprometido a modificar todas las instituciones, leyes y políticas internas relacionadas con aquellos asuntos.

Sin lugar a dudas, el TLC cambiará múltiples aspectos de la vida cotidiana de todos los ecuatorianos. Sus efectos no serán sentidos ni única ni exclusivamente por los compatriotas dedicados a la producción de bienes o a la provisión de servicios. En buena medida, las transformaciones que experimentaremos todos serán consecuencia de las limitaciones que los gobiernos nacionales, provinciales y municipales tendrán para desarrollar políticas públicas que respondan a nuestras realidades e intereses.

Una definición sencilla, pero mañosa



Por eso, este folleto estará dedicado a presentar los elementos necesarios para visualizar cómo el TLC podría reducir nuestra capacidad para definir las formas de gestión de los recursos hídricos, para determinar los derechos de uso del agua para actividades agrícolas, para ampliar el acceso de los pobres a los servicios de agua potable o para regular el impacto ambiental de las actividades de las empresas. Para poder apreciar estas circunstancias, necesitamos familiarizarnos con algunas definiciones utilizadas en los textos de los acuerdos de libre comercio. Solo así podremos ubicar cómo podrían ser afectados nuestros derechos al agua para consumo doméstico, agrícola e industrial.

*

Un "Tratado de Libre Comercio" (TLC) es un acuerdo para eliminar todas las **medidas** que los **reguladores** utilizan para restringir el **comercio** de bienes y **servicios**. Esta definición parece muy simple y clara pero no es así. Ante todo, un TLC es un documento jurídico que puede ser interpretado de múltiples maneras según las destrezas de los gobiernos, las empresas y sus abogados. Dependiendo de cuáles sean las interpretaciones que los inversionistas estadounidenses hagan prevalecer como "las más adecuadas", Ecuador tendrá mayores o menores facultades para decidir sobre el uso y la regulación de sus recursos hídricos.

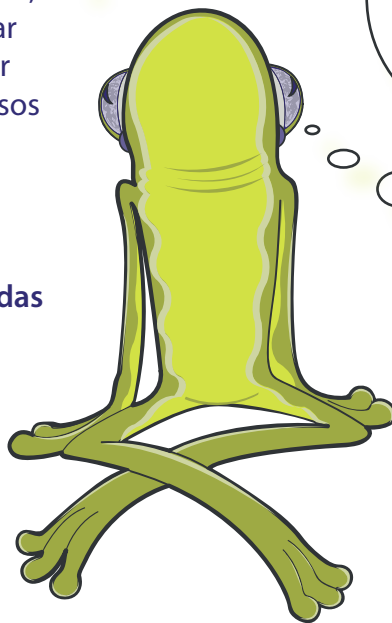
En aquella definición inicial, los términos “medidas”, “reguladores”, “comercio” y “servicios” constituyen cuatro potenciales fuentes de perjuicio a los intereses y derechos de los ciudadanos ecuatorianos. Empecemos analizando esas palabras con mayor detenimiento.

*

En un TLC, se considera como “medidas” a todas las **leyes, regulaciones, ordenanzas, procedimientos, decisiones o acciones administrativas o cualquier otra forma** que no favorezcan el intercambio económico. Gracias a esta definición tan extensa de “medidas”, en la práctica, un TLC les prohíbe a los países no desarrollados realizar una multiplicidad de acciones que les podrían permitir controlar quiénes, cómo y cuándo se utilizan los recursos hídricos. Pero el problema no queda ahí.

También, un TLC busca eliminar las “**medidas encubiertas**”. Este término constituye otro cajón de sastre donde se incluyen a las **regulaciones relacionadas con la producción, el ambiente, la salud pública o la protección del consumidor**. Todas nuestras normas relacionadas con estos ámbitos pueden ser interpretadas como “medidas encubiertas” que afectan a las actividades de las empresas estadounidenses que operan en Ecuador. Según esta lógica, por ejemplo, una ordenanza municipal para disminuir las descargas contaminantes sobre los ríos podría ser interpretada como una “medida encubierta” que atentaría contra los compromisos adquiridos en el TLC.

¿Qué se entiende por “medidas”?



*

En el TLC, se considerarán como “reguladores” al Estado ecuatoriano, los gobiernos provinciales, los gobiernos municipales, las juntas parroquiales o “cualquier otra instancia del sector público”. También serán tratados como reguladores las **organizaciones no gubernamentales, las organizaciones de primer grado, las organizaciones de segundo grado, las fundaciones, los consorcios u “otras entidades” del sector privado y de la sociedad civil** que realicen acciones a nombre de los gobiernos nacionales, provinciales y municipales.

¿A quiénes se considera como “reguladores”?

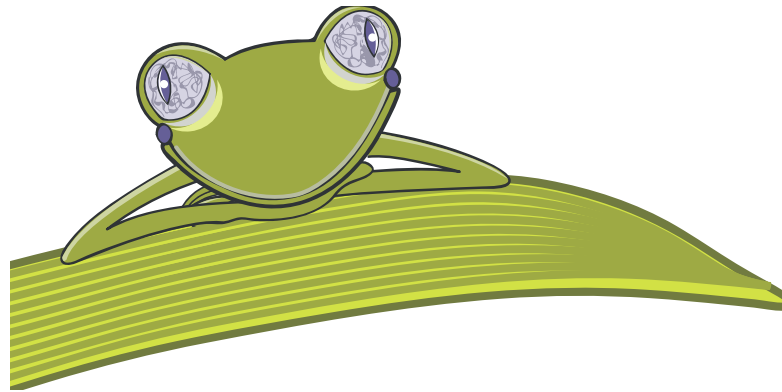
Por ejemplo, supongamos que un gobierno municipal delega el manejo de una cuenca hídrica a una empresa autónoma de agua y saneamiento. Amparándose en esta delegación de autoridad, esta empresa implementa acciones de control en la cuenca. Si alguna de estas acciones afecta a la operación de una empresa estadounidense ubicada en dicha cuenca, entonces, la acción de la empresa autónoma podrá ser impugnada por contraria al TLC.

¿Qué se entiende por “servicios”?

En el TLC, se considerará que los ecuatorianos recibimos “servicios” cuando una empresa estadounidense exporta una mercancía hacia nuestro país, establece una filial en nuestro país o envía a su personal a nuestro país. Por ello, Ecuador podría violar el TLC si nuestros gobiernos establecen cualquier medida que le impida o le dificulte a una empresa estadounidense suministrarnos bienes, establecerse en el país o enviar a su personal. Gracias a esta definición amplia de lo que constituye un servicio, el TLC les permitirá a las empresas y a los ciudadanos estadounidenses ofrecer diversos tipos de servicios a las empresas y a los ciudadanos ecuatorianos.

Por ello, tal tratado incluirá normas relacionadas con: servicios profesionales y jurídicos; servicios de construcción y de ingeniería; servicios de planificación y arquitectura urbana; servicios de investigación, desarrollo y consultoría científica y tecnológica; servicios de ensayos y análisis técnicos; servicios relacionados con la agricultura, la caza, la silvicultura, la pesca, la minería, las manufacturas y la distribución de energía; servicios de contratación de obras y prestación de servicios para la industria minera, petrolera, petroquímica y similares; servicios relacionados con el medio ambiente; servicios de alcantarillado, saneamiento y eliminación de desperdicios; servicios de salud; servicios de turismo, etc.

Una vez firmado el TLC, los gobiernos nacionales, provinciales y municipales ecuatorianos no podrán negarse a que una empresa o ciudadano estadounidense proporcione servicios en cualquiera de las áreas antes mencionadas.



¿Qué se entiende por “comercio”?

En el TLC, el término “comercio” se aplicará no solo al **movimiento real de mercancías entre Ecuador y Estados Unidos,**

sino también a la “presencia comercial” de un inversionista estadounidense en nuestro país. Por ello, el TLC contemplará normas para determinar cómo Ecuador deberá regular a las actividades de los inversionistas y empresas estadounidenses que operen en nuestro territorio. Esta definición ampliada de “comercio” es importante para comprender una situación aparentemente extraña.

Muy posiblemente, las palabras “agua” o “recursos hídricos” no aparecerán en ninguna parte del texto final del TLC. Tampoco este tratado contendrá disposiciones para incitar a la exportación de “agua cruda” ecuatoriana en grandes cantidades hacia Estados Unidos. Sin embargo, gracias al concepto amplio de “comercio”, las normas del TLC para facilitar la “presencia comercial” de los inversionistas y empresas estadounidenses deberán ser aplicadas a las actividades relacionadas con la gestión de los recursos hídricos, la provisión de agua potable para consumo humano o el manejo del riego para agricultura.

Por ejemplo, para crear “libre competencia” al interior de nuestro país, el TLC les exigirá a las autoridades ecuatorianas que permitan el establecimiento de empresas estadounidenses en cualquier actividad económica.

¿Cómo operan las transnacionales y los mecanismos de arbitraje?

El caso de Aguas del Tunari

- ✦ A fines de los 90, mediante amenazas de retener ayuda destinada al alivio de la carga de la deuda y a otros proyectos de desarrollo, el Banco Mundial presionó a Bolivia para que privatizara el sistema público del agua en Cochabamba.
- ✦ En 1999, la empresa estadounidense Bechtel obtuvo un arrendamiento por 40 años para hacerse cargo del sistema del agua en Cochabamba a través de su filial, Aguas del Tunari.
- ✦ Apenas comenzó sus operaciones, Bechtel aumentó los precios del agua potable dejando a los sectores más pobres de la población sin acceso al agua. Se generaron multitudinarias manifestaciones de protesta que fueron reprimidas violentamente.
- ✦ Debido a las imparable protestas sociales, en el 2000, Bolivia rescindió el contrato con Bechtel. Esta empresa emprendió una acción judicial contra Bolivia exigiéndole 25 millones de dólares por indemnización, una cifra mucho mayor que la inversión realizada durante su breve período de operaciones.
- ✦ Amparándose en la existencia de un tratado bilateral de inversiones entre Bolivia y Holanda, Bechtel puso su demanda ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID), una institución auspiciada por el Banco Mundial.
- ✦ Aunque Bechtel es estadounidense, aquella empresa tenía un apartado de correos en Holanda. Esto le bastó para poder acogerse a los mecanismos para la protección de inversionistas considerados en el tratado bilateral.
- ✦ El ICSID opera de manera hermética y no ofrece la posibilidad de participación o escrutinio públicos. Hasta la fecha, el tribunal de arbitraje ha rechazado una demanda de participación presentada por la sociedad civil y los medios de comunicación bolivianos

Basado en: Centro de Derecho Internacional Ambiental, 2003, Siguiendo la corriente: cómo el comercio, las finanzas y los regímenes de inversión internacionales influyen sobre el suministro de agua a los pobres.

Esta exigencia implicará que el Estado ecuatoriano no podrá ejercer el derecho de “reservar” una determinada actividad económica para que en ésta solo puedan instalarse empresas públicas, mixtas, comunitarias o privadas ecuatorianas. Por ello, los gobiernos nacionales, provinciales y municipales ecuatorianos deberán permitir que las empresas estadounidenses nos proporcionen servicios de agua y saneamiento si éstas así desean hacerlo.

El acceso a los servicios públicos es el problema de fondo

*
En un país donde la provisión de servicios básicos es pésima, ineficiente e insuficiente, ¿en qué podría perjudicarnos el ingreso de empresas estadounidenses? Todos estamos hastiados de la situación actual... nadie lo niega. Sin embargo, nuestras insatisfacciones no deben hacernos perder de vista aquello que está en juego.

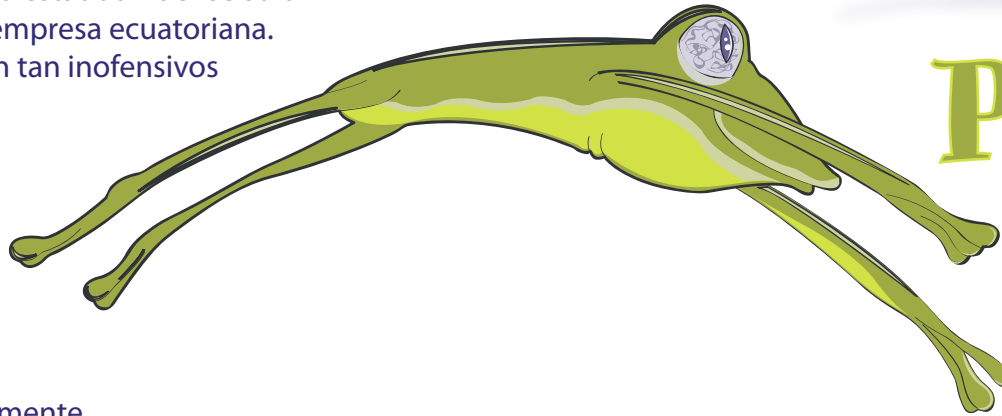
Al firmar un TLC, el gobierno nacional, los consejos provinciales y los municipios ecuatorianos se comprometerán a permitir que los servicios sean proporcionados a un “precio de mercado”, es decir, a un precio que les garantice a las empresas estadounidenses recuperar sus costos y satisfacer sus expectativas de ganancia. Ciertamente, en el caso de muchas actividades relacionadas con la provisión de servicios, este compromiso no implicará mayor problema para los sectores populares ecuatorianos.



Por ejemplo, los derechos de los ciudadanos ecuatorianos no serán afectados, ni inmediata ni directamente, cuando una empresa ecuatoriana contrate a una empresa estadounidense para que ésta le proporcione servicios de asesoría jurídica. Y ello en razón de que, en este caso de un contrato entre particulares, el precio de los servicios proporcionados por la empresa estadounidense solo beneficiará o perjudicará a la empresa ecuatoriana. Pero, no todos los servicios son tan inofensivos como éste.

La provisión de agua potable y alcantarillado, la recolección y distribución de agua para usos agrícolas o la construcción de infraestructura rural son, también, servicios. Tradicionalmente, en nuestro país, estos servicios han sido considerados como “servicios públicos” que merecen un tratamiento especial porque benefician a la colectividad. Por ello, los gobiernos ecuatorianos han establecido políticas y medidas especiales para lograr que la mayoría de ciudadanos puedan acceder a tales servicios. En la práctica, debido a esta visión, los servicios públicos no han adquirido precios de mercado. Esta circunstancia, sin embargo, cambiará.

En el fondo, un TLC no establece distinciones entre servicios públicos y servicios no públicos. Simplemente, todos los servicios son considerados como iguales y, por tanto, todos los servicios podrían adquirir precios de mercado. **Un TLC no se preocupa porque los ciudadanos ecuatorianos puedan o no puedan pagar esos servicios.**



¿Podremos evitar la inclusión del agua?

Para garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso a agua potable y saneamiento a precios módicos, para asegurarnos que los precios por el agua de riego puedan ser pagados por los agricultores pequeños y medianos, ¿por qué mejor no firmamos un TLC que no incluya a los servicios públicos?. Lamentablemente, esto no es tan fácil como parece.

El TLC no podrá contener disposiciones contrarias a los compromisos que Ecuador adquirió ante el **Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS)**. En este acuerdo, nuestro país ya aceptó la presencia de empresas extranjeras en la provisión de servicios relacionados con el sector hídrico... y aquellos compromisos no pueden ser ignorados pues fueron pensados como una “base” para mayores liberalizaciones posteriores. Por ello, Estados Unidos no le permitirá a Ecuador que el TLC le quite derechos adquiridos en otros acuerdos internacionales.

Siendo así, a futuro, para evitar que un TLC con Estados Unidos o con cualquier otro país incluya a los servicios relacionados con el sector hídrico, Ecuador tendría que retirarse de la Organización Mundial del Comercio (OMC), una alternativa difícilmente aceptable para nuestros políticos y grandes empresarios.

¿Cómo las disposiciones sobre inversión contenidas en un TLC pueden afectar a los recursos hídricos?

El caso de Sun Belt contra Canadá

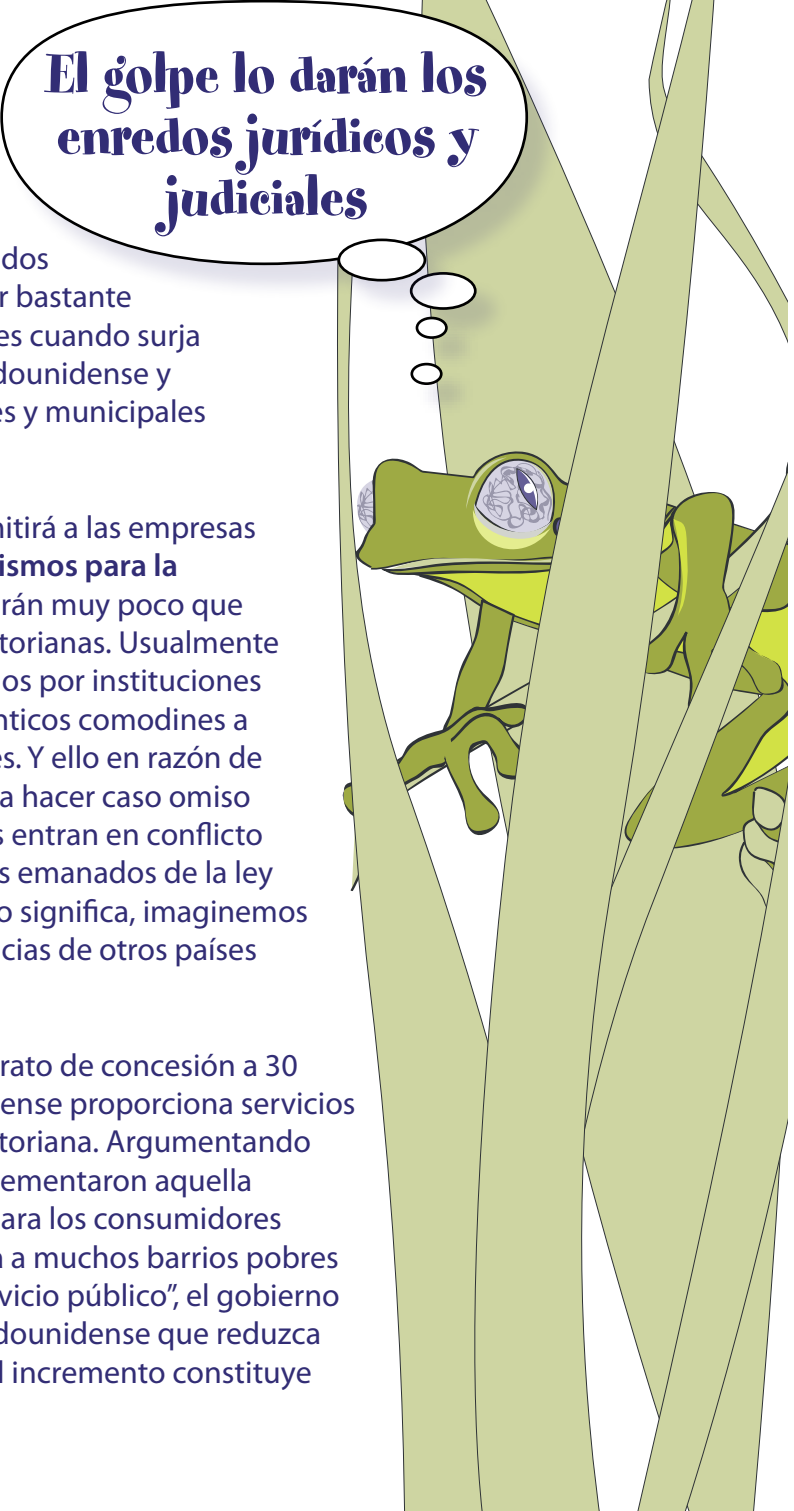
- ✦ A fines de los ochentas, debido a una acuciante sequía en California, el municipio de la ciudad de Santa Bárbara expresó interés por importar agua dulce. En 1990, la empresa estadounidense Sun Belt se unió con la empresa canadiense Snowcap Waters pues ésta poseía una licencia para exportar agua desde Canadá. Una vez asociadas, ambas empresas solicitaron una licencia para exportar grandes cantidades de agua desde la provincia canadiense de British Columbia hacia Estados Unidos.
- ✦ En 1991, debido a las protestas de sus ciudadanos, el gobierno de British Columbia impuso una moratoria temporal a la concesión de nuevas licencias para el transporte transfronterizo de agua. Dos años después, Sun Belt y Snowcap demandaron al gobierno de British Columbia ante las cortes canadienses.
- ✦ En 1995, el gobierno de British Columbia estableció una moratoria definitiva a la exportación de agua, buscando así proteger los recursos hídricos canadienses en el nuevo contexto jurídico creado por el Acuerdo de Libre Comercio de Norte América (NAFTA). Según este acuerdo, no se puede prohibir la exportación de un bien que ha sido previamente exportado. Por tanto, si las autoridades canadienses permiten la exportación de agua dulce aunque sea por una sola vez, aquellas no podrán negarse a permitir nuevas exportaciones a futuro.
- ✦ En 1996, en las cortes canadienses, el gobierno de British Columbia llegó a un acuerdo por 245 mil dólares con la empresa Snowcap pero no logró ningún arreglo con Sun Belt. Al interior de Canadá, la empresa estadounidense había perdido la batalla.
- ✦ En 1999, amparándose en la vigencia del NAFTA, la empresa estadounidense presentó una demanda de arbitraje por daños debido a la pérdida permanente de oportunidades de negocios ocasionada por la moratoria definitiva establecida por el gobierno canadiense. Esta demanda fue presentada ante la Comisión de las Naciones Unidas sobre Ley Comercial Internacional (UNCITRAL). En la notificación de la reclamación y en la solicitud de arbitraje, Sun Belt solicitó hasta 10 mil millones de dólares por daños y pérdidas de ganancias a largo plazo. En sus argumentaciones, Sun Belt recurre a los siguientes principios comerciales:
 - *Tratamiento nacional*: Sun Belt reclama que la empresa canadiense recibió un trato preferencial por parte de las autoridades canadienses.
 - *Nivel internacional mínimo de trato*: Sun Belt alega que algunos procedimientos del gobierno de British Columbia exhiben falta de respeto a sus garantías legales y falta de trato justo y equitativo.
 - *Expropiación*: Sun Belt alega que el retiro de la licencia y la imposición de la prohibición permanente de exportación de agua dulce constituyen un caso de “expropiación” según el Capítulo XI del NAFTA.
- ✦ El caso no ha proseguido formalmente hacia la etapa de arbitraje. En 1994, cuando se firmó el NAFTA, México, Estados Unidos y Canadá acordaron que el TLC no influiría en la gestión nacional del agua dulce. Sin embargo, si el caso llega a resolverse, sus resultados sentarán un precedente sobre el alcance potencial del NAFTA en la gestión ambiental doméstica.

Basado en: Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, 2001, Derechos privados, problemas públicos. Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas; y Public Citizen, 2005, NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases. Lessons for the Central America Free Trade Agreement.

Ante todo, los TLC son textos jurídicos. Por ello, aun cuando fuesen redactados lo más nítidamente posible, aquellos tratados siempre dejan abierta la posibilidad para poder ser interpretados a futuro. Esta circunstancia podría ser bastante perjudicial para los sectores populares cuando surja una disputa entre una empresa estadounidense y los gobiernos nacionales, provinciales y municipales ecuatorianos.

Con absoluta certeza, el TLC les permitirá a las empresas estadounidenses acogerse a “**mecanismos para la solución de controversias**” que tendrán muy poco que ver con las leyes e instituciones ecuatorianas. Usualmente estos mecanismos son proporcionados por instituciones internacionales y operan como auténticos comodines a favor de las empresas transnacionales. Y ello en razón de que tales mecanismos acostumbran a hacer caso omiso de las leyes domésticas cuando éstas entran en conflicto con los derechos de los inversionistas emanados de la ley internacional. Para ilustrar lo que esto significa, imaginemos una situación basada en las experiencias de otros países latinoamericanos.

Supongamos que, mediante un contrato de concesión a 30 años plazo, una empresa estadounidense proporciona servicios de agua potable en una ciudad ecuatoriana. Argumentando que sus costos de producción se incrementaron aquella empresa eleva los precios del agua para los consumidores finales. Dado que esta elevación deja a muchos barrios pobres sin posibilidad de acceder a este “servicio público”, el gobierno municipal le exige a la empresa estadounidense que reduzca los precios del agua, alegando que el incremento constituye



El golpe lo darán los enredos jurídicos y judiciales

una violación al contrato original. Si el concesionario estadounidense no quiere hacerlo, entonces, se establecerá una disputa entre empresa y Estado. ¿Dónde, quiénes y cómo se resolverá este conflicto?

Acogiéndose a sus derechos consagrados en el TLC, la empresa estadounidense podrá exigir que un **Tribunal de Arbitraje Internacional** resuelva si la elevación de precios es o no justificada. Si así sucede, el gobierno municipal no podrá exigir que nuestras cortes sean las encargadas de tramitar la controversia. Una vez colocada la disputa fuera del ámbito nacional, los miembros de aquel tribunal tomarán una resolución interpretando lo que dice el contrato de concesión y el TLC. Los miembros del tribunal de arbitraje no tienen la obligación de hacer prevalecer las leyes ecuatorianas. Tampoco tienen la obligación de decirle a la ciudadanía ecuatoriana cómo y por qué efectuaron ciertas interpretaciones jurídicas. Cuando el Tribunal llegue a una decisión, ésta será obligatoria para la empresa estadounidense y para el gobierno ecuatoriano. Este resultado no podrá ser apelado, aunque sea desfavorable para los ciudadanos ecuatorianos.

¿Llegaremos a experimentar circunstancias como estas? Lamentablemente, los precedentes sobre disputas hídricas no son favorables para los países no desarrollados. Hasta fines del 2005, se registraban ocho casos de arbitraje internacional relacionados con las privatizaciones de los servicios de agua potable. En éstos, el Estado Argentino fue demandado por las empresas Aguas de Aconquija, Vivendi, Azurix, Aguas Provinciales de Santa Fe, Sociedad General de Aguas de Barcelona, Interagua, Aguas Cordobesas, Suez, Aguas Argentina y Saur. En todos estos casos, las empresas transnacionales lograron llevar las querellas hacia tribunales internacionales.

**¿Y dónde quedan la justicia,
la equidad o la solidaridad?**



Un TLC es un instrumento para promocionar el intercambio de mercancías y de servicios entre países... y ¡punto final!. En su texto, un TLC no contiene ninguna norma que les obligue a los inversionistas y empresas extranjeras a contribuir con sus acciones al logro inmediato, directo y contundente de objetivos sociales en los países no desarrollados. Por el contrario, durante la última década, los TLC se han convertido en mecanismos para hacer prevalecer los intereses de los inversionistas extranjeros. ¿Cómo sucede esto?

El TLC contendrá normas relacionadas con “**el principio de expectativas legítimas o razonables del inversionista**”. Según éste, se deberá otorgar preferencia a las aspiraciones de ganancia que el inversionista estadounidense tenía cuando ingresó al Ecuador para producir un bien o proporcionar un servicio. Si sucedió algún evento económico o político que disminuyó las expectativas iniciales de ganancia del inversionista estadounidense, entonces, el gobierno ecuatoriano deberá compensarlo adecuadamente por esa merma.

Para ilustrar este punto, supongamos que una empresa estadounidense recibió una concesión para extraer

minerales en la provincia del Napo. Como consecuencia de su actividad extractiva, aquella empresa arroja sustancias contaminantes que se filtran hacia los acuíferos subterráneos y se desplazan hacia los ríos. Inicialmente, este perjuicio ambiental no es observable. Con el paso de los años, sin embargo, esta circunstancia comienza a afectar severamente a las poblaciones humanas, animales y vegetales. En respuesta a esta afectación, el consejo provincial o los municipios de Napo emiten disposiciones que prohíben la utilización de aquellas sustancias contaminantes en las extracciones mineras. Pero, dado que la extracción de minerales solamente puede realizarse utilizando aquellas sustancias, la empresa estadounidense no está muy dispuesta a cumplir con las nuevas normas ambientales pues hacerlo implicaría reducir su producción y, por tanto, sus ganancias. ¿Qué podría hacer esta empresa para evadir sus responsabilidades o para mantener su rentabilidad?

Amparándose en sus derechos consagrados en el TLC, la empresa estadounidense podría argumentar que, cuando decidió invertir en la provincia del Napo, no existían esas disposiciones. Por eso, justamente, aquella empresa ingresó al territorio ecuatoriano porque éste le proporcionaba la expectativa de lograr altos niveles de ganancias. Por tanto, si los gobiernos ecuatorianos desean que las nuevas disposiciones sean cumplidas, la empresa estadounidense deberá ser compensada monetariamente por las ganancias que no podrá percibir a futuro debido a las regulaciones ambientales emitidas con posterioridad a la firma del TLC. Si nuestras autoridades no aceptan o no pueden efectuar esta compensación, la empresa estadounidense podría acogerse a los procedimientos del TLC para cuestionar la legitimidad de las nuevas regulaciones ambientales. Pero eso no es todo.

Si esta disputa llega a mayores, la víctima podría convertirse en victimario: el Estado ecuatoriano podría ser demandado por el incumplimiento de acuerdos internacionales. ¿Cómo? Usualmente, cuando las leyes domésticas y las normativas internacionales entran en contradicción, los mecanismos para la resolución de disputas hacen prevalecer la ley internacional. Para legitimar su proceder, los Tribunales de Arbitraje suelen amparar sus decisiones en “la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados”. En esta convención, se establece claramente que el contenido de las leyes domésticas no es una excusa legítima para transgredir los compromisos internacionales... y ¡¡ el TLC entre Ecuador y Estados Unidos es, precisamente, un compromiso internacional !!

El Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA):

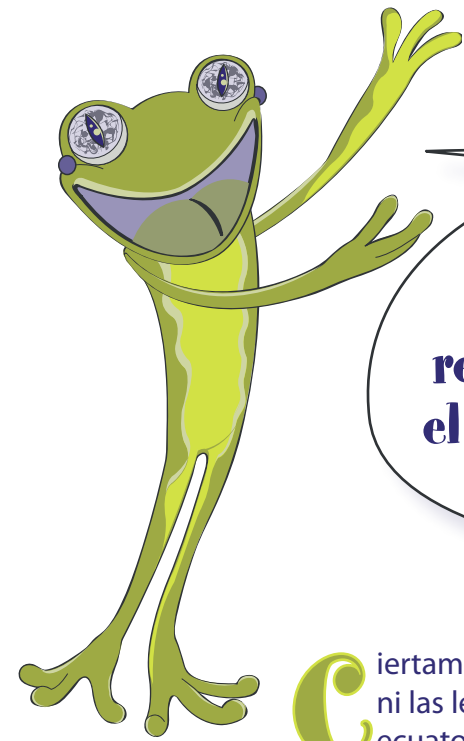
Algunas de sus perlas:

- ✦ Se establece que ningún país puede “emprender acciones para hacer cumplir leyes ambientales en el territorio de la otra parte”. Por ello, el gobierno federal de Estados Unidos no puede obligar a una empresa estadounidense a cumplir normas y estándares ambientales estadounidenses cuando aquella empresa opera en un país centroamericano.
- ✦ Se define como “ambiental” a cualquier estatuto, regulación o provisión cuyo propósito primario sea proteger el ambiente o prevenir daños a la salud o la vida. Cualquier otro objetivo de política pública que no caiga “primariamente” en el ámbito anterior, se considerará como “no ambiental”. Por ello, si un país

centroamericano le exige a una empresa estadounidense un estudio de impacto antes de concederle un permiso de extracción de agua subterránea, esta exigencia puede ser impugnada por considerársela como una barrera injustificada al comercio.

- ✦ Se considera como “comercial” a cualquier estatuto, regulación o provisión cuyo propósito primario sea el manejo de explotaciones comerciales de bienes agrícolas y recursos naturales. Por tanto, las medidas “injustificadas” para la conservación o protección de recursos hídricos pueden ser llevadas a un panel internacional de disputas comerciales porque, en última instancia, el agua es un recurso natural.
- ✦ Los países y municipalidades centroamericanos no pueden establecer límites al número de proveedores estadounidenses de servicios, al valor de las transacciones realizadas por las empresas estadounidenses de servicios, al número de operaciones de servicios realizadas por los inversionistas estadounidenses y al tipo de entidad legal utilizada por los empresarios estadounidenses para proporcionar un servicio. Estas disposiciones se aplican también al sector de agua y saneamiento.
- ✦ Debido a las disposiciones relacionadas con “servicios proporcionados en el ejercicio de la autoridad gubernamental”, las empresas públicas podrán proporcionar servicios de agua potable y saneamiento si lo hacen gratuitamente. Si cobran a los usuarios, las empresas municipales estarían operando en términos comerciales y su actividad entraría dentro de las regulaciones del acuerdo. Por tanto, si un gobierno municipal no permite la operación de una empresa privada en la provisión de agua potable y saneamiento, aquel gobierno estará trasgrediendo los derechos de los inversionistas estadounidenses.
- ✦ Se utiliza el término “equivalente a expropiación”. Por ello, una empresa estadounidense puede reclamar indemnización si una autoridad centroamericana establece leyes o regulaciones que, directa o indirectamente, amenazan las ganancias actuales o potenciales de esa empresa.

Basado en: David Beck, 2004, Water and the US-Central American Free Trade Agreement.



¿Podremos establecer normas, leyes o regulaciones para controlar el uso de nuestros recursos hídricos?

Ciertamente, el TLC no suprimirá ni las leyes ni las instituciones ecuatorianas preexistentes. Pero, al firmar ese compromiso internacional, el Estado ecuatoriano se comprometerá a no emprender acciones, a no tomar medidas y a no promulgar leyes que pongan en desventaja a las empresas e inversionistas estadounidenses.

Según las normas vigentes en el comercio internacional, se consideraría que Ecuador actúa en contra de una empresa o inversionista estadounidense si: (a). nuestros gobiernos nacionales, provinciales o municipales no les tratan a las empresas estadounidenses como si fuesen empresas ecuatorianas; y (b). nuestros gobiernos nacionales, provinciales o municipales les imponen trabas o requisitos “innecesarios” a las empresas estadounidenses que desean ingresar a nuestro territorio para producir bienes o proporcionar servicios.

Por ello, a futuro, antes de crear una norma administrativa, antes de emitir una ley o antes de establecer una regulación, nuestras autoridades deberán tomar en cuenta si esa norma, ley o regulación atenta contra los derechos consagrados a los inversionistas y empresas estadounidenses en el TLC. Mientras no atentemos contra esos derechos, podremos hacer lo que queramos. Pero, ¿cómo saber si estamos actuando en contra de los inversionistas extranjeros? Lamentablemente, la respuesta depende de cuán hábiles sean los abogados de las empresas extranjeras para interpretar las normas internacionales a su favor.



El “Trato Nacional”, una prebenda para los estadounidenses

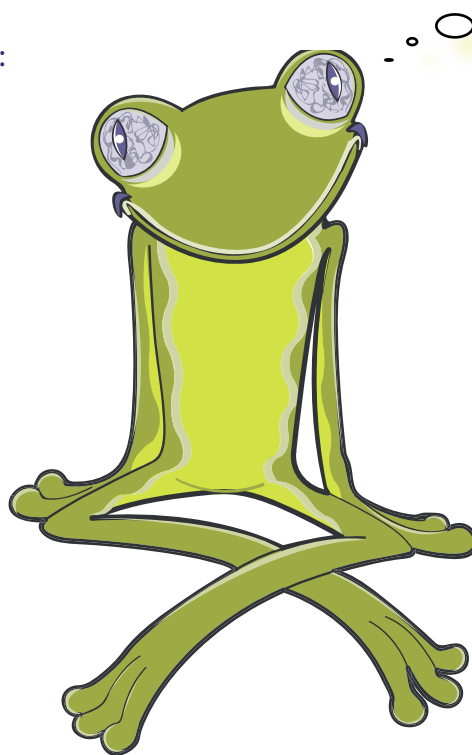
¿Qué significa tratarles a las empresas estadounidenses como si fuesen ecuatorianas?

Al concederles “el principio de trato nacional” a las empresas estadounidenses, el Estado ecuatoriano se comprometerá a otorgarles a las empresas foráneas cualquier ventaja que les otorgue a las empresas nacionales. Por ejemplo, supongamos que, para favorecer la producción de bienes agropecuarios en la cuenca del Guayas, el gobierno nacional emite un decreto ejecutivo para condonar las deudas de los productores ecuatorianos que no han pagado puntualmente sus planillas de agua de riego. Debido al principio de “trato nacional”, aquella ventaja deberá ser concedida también a cualquier empresa agrícola estadounidense que opere en territorio ecuatoriano. No hacerlo sería violar un compromiso internacional.

Pero eso no es todo pues el principio de trato nacional puede ser interpretado en otra forma: el gobierno ecuatoriano no podrá imponer “desventajas” a las empresas estadounidenses si esas desventajas no son aplicadas también a las empresas nacionales. Por ejemplo, supongamos que, para evitar el rápido agotamiento de los recursos hídricos en la provincia de Cotopaxi, el gobierno ecuatoriano toma medidas administrativas o legales para limitar las concesiones de agua otorgables a empresas florícolas con capital extranjero. Una vez firmado el TLC, tales medidas serían inadmisibles porque “discriminan” a las empresas estadounidenses. Para que puedan ser admisibles como mecanismos de protección ambiental, las disposiciones estatales deberían limitar las concesiones de agua otorgables a cualquier empresa independientemente de cual fuese su nacionalidad.

También, en virtud del principio de “trato nacional”, los gobiernos nacionales, provinciales y municipales ecuatorianos adquirirán compromisos como los siguientes:

- No se les podrá exigir a las empresas estadounidenses que, para proporcionar servicios relacionados con el sector hídrico, se asocien obligatoriamente con empresas públicas, mixtas, comunitarias o privadas ecuatorianas.
- No se podrán otorgar subsidios, préstamos preferenciales o garantías para préstamos exclusivamente a empresas públicas, mixtas, comunitarias o privadas ecuatorianas.
- No se les podrá exigir a las empresas estadounidenses que contraten trabajadores, técnicos o gerentes ecuatorianos.



- No se les podrá exigir a las empresas estadounidenses que ofrezcan entrenamiento al personal o a los trabajadores ecuatorianos.
- No se les podrá exigir a las empresas estadounidenses que transfieran tecnología, equipos o conocimientos a las empresas públicas, privadas, mixtas o comunitarias ecuatorianas.
- No se les podrá exigir a las empresas estadounidenses que establezcan precios diferenciados y especiales para los consumos realizados por entidades públicas, privadas, mixtas o comunitarias ecuatorianas.
- No se les podrá otorgar a las empresas privadas, mixtas o comunitarias ecuatorianas ningún tipo de preferencia al momento de concesionar cualquier tipo de servicio relacionado con el sector hídrico.

¿Serán necesarias las evaluaciones de impacto ambiental?

El TLC podría disminuir las capacidades de los gobiernos nacionales, provinciales y municipales ecuatorianos para exigir evaluaciones de impactos ambientales como condición previa a la concesión de licencias o al establecimiento de empresas en cualquier actividad económica.

En el ámbito del sector hídrico, estas normativas podrían afectar a la construcción y operación de represas, oleoductos u otras instalaciones, así como a los proyectos de extracción de aguas superficiales y subterráneas.

Amparándose en el TLC, un inversionista estadounidense podría sostener que tales evaluaciones constituyen **“barreras al comercio”** o **“requisitos innecesarios”** indebidamente planteados por las autoridades ecuatorianas. También, cuando quieran obtener o renovar una licencia, las empresas estadounidenses podrían alegar que solo están obligadas a proporcionar **“información razonable, a una sola entidad reguladora y por una sola ocasión, a un solo cuerpo administrativo oficial y de la manera más simple posible”**.

Obligado por las cláusulas sobre “expectativas legítimas”, Ecuador deberá garantizar todos los medios necesarios para que las empresas estadounidenses puedan operar y alcanzar los niveles esperados de ganancia... y el agua es, precisamente, un insumo de producción en múltiples actividades industriales y agrícolas. Por ello, por ejemplo, una empresa agroindustrial estadounidense podría alegar que, al momento de radicarse en nuestro país, sus legítimas expectativas contemplaban un adecuado abastecimiento de agua. A futuro, si las autoridades ecuatorianas crean normas, regulaciones o leyes para limitar o reasignar los

¿Quién podría acceder a mayores cantidades de agua?



derechos de agua, tales disposiciones violarían el principio de “legítimas expectativas”.

En la práctica, una vez firmado el TLC, un inversionista estadounidense disfrutará de muchas facilidades para proteger o ampliar sus asignaciones previas de agua. En cambio, los productores ecuatorianos no tendrán esa misma posibilidad. El “trato nacional”, las “expectativas de ganancia” u otros bondadosos principios contenidos en un TLC, lamentablemente, no se aplicarán a las personas y empresas ecuatorianas que residen y operan en Ecuador. Si un productor ecuatoriano desea gozar de los mismos favores que nuestros gobiernos les conceden a los estadounidenses, entonces aquel compatriota debería mejor invertir en Estados Unidos. Solo residiendo en ese país, el productor ecuatoriano podría reclamar por los daños a sus “expectativas de ganancia” causados por las disposiciones ambientales estadounidenses.

Poco importa que el agua sea un “bien público”

Si nuestra Constitución establece que el Estado ecuatoriano tiene la propiedad de los recursos naturales, entonces ¿por qué nuestras autoridades no podrán reasignar el agua según aquello más conveniente para el bienestar de las personas y de los ecosistemas ecuatorianos?. Para poder favorecer a las empresas estadounidenses, el TLC no requiere que el agua deje de ser concebida como un “bien público”. A futuro, este simbolismo podrá sobrevivir, aunque sea como letra muerta, en las normas ecuatorianas. Lo importante es otra cosa.

Aunque permita que los recursos hídricos sean concebidos como una propiedad pública, un TLC exige **nuevas formas de asignación de los derechos de uso del agua**. Según la lógica de la liberalización de bienes y servicios, los recursos deben ser asignados a través de mecanismos de mercado y sin discriminar a los inversionistas extranjeros. ¿Qué podría constituir una discriminación? Básicamente, cualquier medida que establezca preferencias especiales para personas, grupos o empresas ecuatorianas. Por ello, el TLC creará inseguridad para los derechos y atribuciones previamente otorgados a las comunidades campesinas, a las agrupaciones de regantes o a las nacionalidades indígenas ecuatorianas. Ninguno de estos grupos podrá atribuirse potestades especiales en materia de uso, acceso, gestión y control de recursos hídricos.

Una vez firmado el TLC, las autoridades ecuatorianas perderán la posibilidad de ejercer algún control significativo de los contratos de concesión. Cualquier nueva regulación podría entrar en contradicción con las disposiciones sobre “acceso a mercado”, “medidas discriminatorias”, “tratamiento nacional”, “regulaciones domésticas” o “acuerdos de licenciamiento”. Acogiéndose a estas normativas, una empresa estadounidense podría sostener que, mediante consideraciones ambientales indebidas e injustificadas, los gobiernos nacionales,

Los TLC están diseñados para apoyar los contratos internacionales



provinciales o municipales están creando limitaciones a la participación del capital extranjero en la economía ecuatoriana.

Por ejemplo, una empresa estadounidense podría impugnar y eliminar una regulación ambiental ecuatoriana argumentando que la medida reduce el número de empresas estadounidenses de servicios que pueden operar en una cuenca hídrica; que la medida limita el valor que podría alcanzar la producción estadounidense de bienes y servicios; o que la medida disminuye la cantidad de transacciones económicas que las empresas estadounidense podrían realizar.

Las alternativas quedarán sin piso

Durante la última década, los movimientos sociales e indígenas han planteado la constitución de empresas comunitarias, mixtas o municipales para garantizar el acceso de los pobres a los servicios básicos. Estas alternativas ya no serán económicamente viables.

Ciertamente, el TLC no nos impedirá crear empresas públicas, comunitarias, mixtas o municipales para la provisión de agua para consumo doméstico o agrícola. Sin embargo, éstas empresas deberán operar “en términos comerciales”, es decir, estableciendo precios de mercado que permitan la plena recuperación de costos. Si proporcionan servicios gratuitos o subsidiados, nuestras empresas crearán una “distorsión en la competencia” que perjudicaría a las empresas estadounidenses.

¿Cómo les perjudicaría? Según la lógica de los acuerdos internacionales para la liberalización comercial, el perjuicio sucedería en dos sentidos. Por un lado, la gratuidad de los servicios o el subsidio a los servicios hacen que los ciudadanos ecuatorianos prefieran consumir los servicios proporcionados por nuestras empresas públicas, comunitarias, mixtas o municipales. Debido a esta preferencia, las empresas estadounidenses asentadas en nuestro país no podrían ampliar su oferta de servicios ni, tampoco, sus ganancias. Por otro lado, la gratuidad de los servicios o el subsidio a los servicios crearían, en los hechos, una “traba” al ingreso de nuevas empresas estadounidenses a nuestro país.



Se volverá más difícil imponer “estándares técnicos”

Nunca los impactos ambientales de una actividad económica pueden ser apreciados anticipadamente en todas sus formas y en toda su extensión.

Por ello, los gobiernos nacionales, provinciales y municipales acostumbran cambiar frecuentemente los “estándares técnicos” que deben ser satisfechos por una actividad productiva para evitar que ésta cause daños a personas y ecosistemas. Por ejemplo, en el sector hídrico, debido a las frecuentes variaciones de la cantidad y calidad del agua disponible, las autoridades suelen cambiar las normas técnicas que deben ser cumplidas por las empresas dedicadas a captación y distribución de agua o, también, por las empresas industriales o agrícolas que descargan contaminantes en las cuencas.

A futuro, antes de poder cambiar aquellas normas destinadas al control de los impactos ambientales, las autoridades públicas ecuatorianas deberán “demostrarles” a los inversionistas estadounidenses que sí se requiere establecer nuevos estándares técnicos. Si las nuevas regulaciones no satisfacen las “pruebas de necesidad” demandadas por el TLC, entonces aquellas no serían admisibles ni ejecutables. A su vez, antes de establecer nuevos estándares ambientales, los gobiernos ecuatorianos deberán demostrar que se propone el nuevo estándar porque no existe ninguna otra “alternativa razonable” para proteger el ambiente.

¿Ante quién deberán efectuar nuestros gobiernos estas demostraciones?. Dependiendo del texto final del TLC, la prueba de necesidad podría efectuarse ante un panel de resolución de disputas, una comisión ambiental bilateral u otros arreglos “ad hoc”. Sea cual fuere el caso, las autoridades ecuatorianas se comprometerán a conferirle a estas instituciones la atribución de determinar si nuestros nuevos estándares técnicos son o no adecuados.

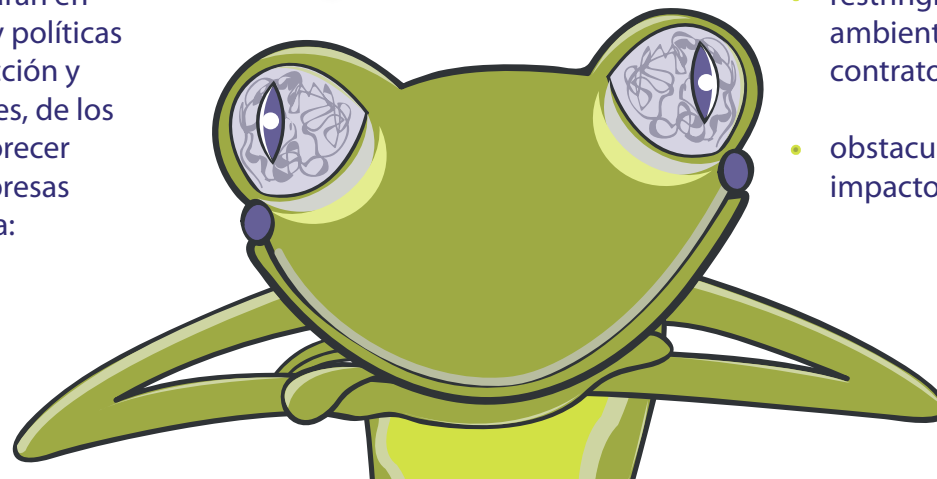
Con la firma del TLC, Estados Unidos no busca acceder a un nuevo y apetitoso mercado compuesto por apenas 12 millones de habitantes. Para Estados Unidos, Ecuador no ha sido, no es, ni será un mercado importante: aquel país vende menos del 0.4% de toda su producción anual en nuestro territorio. El objetivo de la política exterior estadounidense es, en realidad, otro.

El propósito de los “tratados de libre comercio de nueva generación” es evitar que los países no desarrollados implementen decisiones lo suficientemente autónomas y soberanas como para alterar la arquitectura de la economía y las finanzas internacionales. Por ello, el principal impacto del TLC será la creación de un “candado” de compromisos que les impedirá a nuestros gobiernos nacionales, provinciales y municipales crear programas, proyectos, políticas, instituciones y normas que respondan a nuestras necesidades, intereses y visiones.

Una vez firmado el TLC, nos enfrentaremos a compromisos internacionales que entrarán en conflicto con las instituciones, normas y políticas ecuatorianas relacionadas con la protección y conservación del agua, de los humedales, de los páramos y de los ecosistemas. Para favorecer los intereses de los inversionistas y empresas estadounidenses, aquel candado podría:

**En resumen,
el TLC es un
“candado”**

- afectar las políticas para regular la concesión de derechos de agua.
- prohibir las medidas para evitar la sobre-explotación de recursos hídricos.
- limitar las políticas de conservación basadas en la regulación del uso y propiedad de la tierra.
- generar inseguridad legal para las acciones públicas destinadas a la protección de los ecosistemas y los grupos sociales más vulnerables;
- cuestionar las regulaciones para controlar el impacto que las operaciones de los proveedores de servicios tienen en la cantidad y calidad del agua.
- generar limitaciones para que los reguladores ecuatorianos puedan establecer y verificar las calificaciones profesionales de los proveedores de servicios.
- limitar las capacidades ecuatorianas para usar licencias, permisos, regulaciones técnicas o estándares para proteger el agua.
- restringir la incorporación de consideraciones ambientales al momento de establecer licencias y contratos de concesión hídrica;
- obstaculizar las solicitudes de evaluaciones de impactos ambientales.



Bibliografía

Este documento ha sido elaborado tomando como referencia los documentos mencionados a continuación. Se recomienda revisarlos para profundizar en el debate sobre las implicaciones de un TLC.

Abugattas Majluf, Luis, *América Central: Servicios Ambientales, el AGCS, y el CAFTA*. UNCTAD, 2005.

Beck, David, *Water and the US-Central American Free Trade Agreement*. AFSC, 2004 .

Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable, *Derechos privados, problemas públicos. Una guía sobre el controvertido capítulo del TLCAN referente a los derechos de los inversionistas*, 2001.

Mann, Howard, *International Economic Law: Water For Money's Sake?* Ponencia presentada en Primer Seminario Latino-Americano de Políticas Publicas en Recursos Hídricos Brasilia, Brasil, Septiembre, , 2004.

Ostrovksy, Aaron, GATS, *Water and the Environment. Implications of the General Agreement on Trade in Services for Water Resources*, WWF, 2003.

Public Citizen, *NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases. Lessons for the Central America Free Trade Agreement*. PC, 2005.

Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, *Análisis del Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos*. CAN, 2004.

Análisis del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos. CAN, 2003.

Terán, Juan Fernando, *Limpiando la maleza para mirar el bosque: algunos elementos para una evaluación dinámica de los tratados de libre comercio con Estados Unidos*. Revista Jurídica. UASB, 2005.

La sequedad del ajuste. Implicaciones de la gobernanza global del agua para la seguridad humana en Ecuador. CEN, 2005.

 **Foro de los
Recursos Hídricos**

El Foro de los Recursos Hídricos está coordinado por el CAMAREN.
Av. Eloy Alfaro y Amazonas,
Ed. MAG 7° piso, Quito - Ecuador
Telf: (593-2) 2563 485
Fax: (593-2) 2563 419
E-mail: foros@camaren.org
Web: www.camaren.org



Auspician





Desde tiempos remotos, en muchas culturas de nuestra América, la rana ha sido pregonera de la lluvia. Desde siempre ha estado íntimamente ligada al agua. Los aríbalos (vasijas) en que los incas transportaban el agua tenían, en su parte posterior, una argolla en forma de rana. Por ella pasaban la cuerda con la que amarraban el aríbalo a la espalda. Por ello la hemos escogido como símbolo de estos *Cuadernos Populares del Agua*.

Los *Cuadernos Populares del Agua* surgen como una necesidad de entregar a las organizaciones populares las reflexiones realizadas al interior del Foro de los Recursos Hídricos. Son escritos utilizando un lenguaje sencillo y cotidiano, para que puedan ser comprendidos por todos. Buscan promover el análisis y la discusión de los problemas del agua en las organizaciones. Pretenden que un mayor conocimiento que podamos adquirir sobre el agua se transforme en propuestas. Buscan mejorar la gestión de este recurso que es fuente de vida.



Foro de los Recursos Hídricos

Es un espacio abierto, democrático, plural. En él participan: organizaciones populares, organizaciones gremiales, ONGs, instituciones gubernamentales, universidades, juntas de riego y de agua potable, gobiernos locales y regionales, todos quienes quieren aportar al análisis de la situación de los recursos hídricos y a formular propuestas para mejorar su manejo. El Foro Nacional de los Recursos Hídricos es un espacio para construir juntos y para juntos proponer alternativas para el manejo de nuestros recursos naturales. El Foro desplegó sus actividades, a nivel regional y a nivel nacional, desde julio del 2001. Se han constituido Mesas de Trabajo en 17 provincias del país.

**Todos
porel agua
el agua
para todos**