

AGUA Y LIBRE COMERCIO

Guía N°3

Marco Normativo sobre Aguas e Impactos del TLC en Ecuador, Bolivia y Perú



AGUA Y LIBRE COMERCIO GUÍA n° 3

:: Marco Normativo sobre Aguas e Impactos del TLC en Ecuador, Bolivia y Perú ::

:: INDICE

1. PRESENTACIÓN p. 3

2. AGUA Y TLC EN ECUADOR

Juan Fernando Terán p. 4

La lógica del régimen jurídico del agua en vigencia
Creación de un ambiente adecuado para la inversión extranjera
Ecuador no protegió al agua en el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS o GATS)
La expresión doméstica de los compromisos ante la OMC
Los acuerdos bilaterales de inversión firmados por Ecuador
Impactos Previsibles del ALCEUSA
Participación privada en agua y saneamiento

3. VINCULOS DEL AGUA CON EL TLC ANDINO EN EL CASO DE BOLIVIA

Carlos Crespo y Oscar Campanini p. 14

Compromisos y Riesgos en la Aplicación del TLC Andino en el Sector Agua
Impactos previsibles del TLC Andino en el Marco Legal del Agua en Bolivia
Sobre la exportación de agua: La Experiencia del Sudoeste de Potosí
Sobre las restricciones a la comercialización de agua
Generalización de Derechos por el Principio de Trato Nacional o de Nación Más Favorecida
Mecanismos de Examen Normativo y de Resolución de Controversias
Marco Regulatorio y Jurisdiccional
Tratados Bilaterales de Inversión (TBI con Holanda y Francia)
Conclusiones

4. MARCO NORMATIVO SOBRE AGUAS E IMPACTOS POSIBLES DEL TLC EN EL PERU

Guillermo Rebosio Arana p. 25

El marco constitucional
Las principales políticas sobre gestión y uso del agua
TLC Andino y Agua: Impacto sobre las políticas públicas
Capítulo de Inversiones del TLC
Un balance preliminar: ¿Qué nos exige el TLC Andino?

5. GLOSARIO DE TERMINOS Y SIGLAS p. 31

:: 1. PRESENTACIÓN

El Proyecto Visión Social del Agua desarrollado por la institución AGUA SUSTENTABLE con el apoyo de International Development Research Centre (IDRC) ha desarrollado varias guías sobre el tema de Agua y Libre Comercio en base a diversas investigaciones realizadas principalmente en países andinos entre 2004 y 2007. El objetivo de estas investigaciones fue determinar el tratamiento que los Acuerdos y Tratados de Libre Comercio hacen del agua y los servicios de agua potable. Los resultados de las investigaciones permitieron diseñar una serie de documentos didácticos destinados principalmente a operadores públicos, negociadores estatales en acuerdos de libre comercio, autoridades públicas nacionales e internacionales con facultades para tomar decisiones sobre el tema, académicos y asesores, y representantes o líderes de la sociedad civil.

La presente Guía contiene tres documentos sobre Agua y TLC en Ecuador, Bolivia y Perú, los mismos que son resúmenes de las siguientes investigaciones:

1. “El Acuerdo de Libre Comercio entre Ecuador y Estados Unidos: Una Aproximación a sus Eventuales Consecuencias para la Gobernanza de Los Recursos Hídricos Ecuatorianos.” Diciembre de 2005, Juan Fernando Terán, con la Asistencia de Alex Zapata.
2. “Efectos del Tratado de Libre Comercio Andino en el Uso y Gestión del Agua en los Países de Los Andes. Caso Bolivia”, 2005, Carlos Crespo y Oscar Campanini.
3. “Efectos del TLC Andino en el Uso y Gestión del Agua. Caso Perú.” Guillermo Rebosio Arana.

Los documentos de investigación fueron elaborados en calidad de consultorías encomendadas a los citados investigadores en el marco del Proyecto Visión Social del Agua. Los resúmenes fueron editados por un equipo de Agua Sustentable, en coordinación con los autores. Las opiniones y análisis de los mencionados autores expresadas en esta publicación, corresponden exclusivamente a los mismos.

La presente Guía denominada “Marco Normativo sobre Aguas e Impactos del TLC en Ecuador, Bolivia y Perú”, tiene como objetivo central abrir debate sobre los siguientes temas: i) el marco jurídico e institucional sobre aguas en los tres países; ii) estado de situación de las negociaciones respecto al TLC en los tres países; iii) análisis sobre los impactos previsibles de los TLC en los regímenes de derechos, el marco institucional y legal de los tres países.

Las investigaciones que constituyen la fuente documental de los resúmenes aquí presentados por los autores concluyeron en 2005, por lo que corresponde circunscribir las conclusiones y los antecedentes sobre los temas tratados a ese momento histórico.

Agua Sustentable



:: 2. AGUA Y TLC EN ECUADOR

Juan Fernando Terán

La lógica del régimen jurídico del agua en vigencia

Para fines analíticos, los actuales cuerpos jurídicos ecuatorianos sobre aguas podrían ser diferenciados en “tres niveles”: i) el dominio sobre los recursos hídricos; ii) los derechos de uso y aprovechamiento de las aguas; y iii) la prestación de los servicios emanada del aprovechamiento del agua.

De manera formal, el derecho de los ciudadanos al agua parecería estar suficientemente consagrado en la normativa ecuatoriana. El artículo 247 de la Constitución de la República, los artículos 2, 3 y 4 de la Ley de Aguas y el artículo 42 de la Ley de Desarrollo Agrario definen a los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público. No obstante, esta consagración doctrinaria suele entrar en contradicción con las leyes, reglamentos y prácticas estructuradas en función de garantizar el beneficio privado de los recursos hídricos. En los últimos años, esta contradicción se ha expresado a través de las disputas en torno a las sutiles modificaciones introducidas a las normas vigentes por la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional.

Originalmente, el Artículo 5 de la Ley de Aguas definía por “derecho de aprovechamiento” a la AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA para el uso de las aguas. El año 2004, en virtud de una codificación publicada en el Registro Oficial No. 339 del 20 de mayo, aquel artículo adquirió la siguiente formulación: “Por DERECHO DE APROVECHAMIENTO se entenderá la autorización administrativa, intransferible, para el uso de las aguas con los requisitos prescritos en esta Ley; salvo el caso de transferencia de dominio, con la sola presentación del título de propiedad del predio por parte del adquirente, el Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) traspasará automáticamente la concesión del derecho de uso del agua en forma total o proporcional a la superficie vendida al nuevo titular (...) Las aguas destinadas a un inmueble o industria, podrán ser usadas por el mero tenedor de éstas, en las mismas condiciones y con las limitaciones que tuvo el titular del derecho de aprovechamiento (...) Se respeta el derecho adquirido de las actuales concesiones legalmente otorgadas, las mismas que están sujetas a los derechos y condiciones establecidas en la presente Ley y sus Reglamentos”.

Mediante estas formulaciones, se acomodó la Ley de Aguas a las disposiciones de la Ley de Desarrollo Agrario de 1994, un instrumento jurídico cuyos propósitos son, por un lado, facilitar la transferencia automática de los derechos de agua y, por el otro, crear soportes para el concepto de seguridad jurídica sobre los derechos de agua.



En enero del 2005, con el apoyo del Foro Nacional de los Recursos Hídricos, las organizaciones ecuatorianas de usuarios urbanos y rurales demandaron la inconstitucionalidad de la codificación, argumentando que la comisión legislativa había reformado la ley, e introducido figuras inexistentes como aquella relacionada con “los derechos adquiridos”. En respuesta a la reacción ciudadana, el Consejo Consultivo de Aguas resolvió aclarar lo dispuesto previamente y emitió una nueva disposición según la cual los derechos de aprovechamiento de aguas perdurarán mientras dure “la vida económicamente útil de la empresa”. Empero, esta nueva resolución amplificó aún más la controversia pues mantenía el mismo espíritu de la disposición anterior, a saber, garantizar las concesiones de agua por tiempo indefinido.

DISPUTAS POR CONCESIONES DE AGUA

En Ecuador, una vez que la reforma agraria fue clausurada formalmente, el conflicto redistributivo ha tendido a estructurarse bajo la forma de disputas por las concesiones de agua entre los grandes y los pequeños productores agrícolas.

De esta manera, los agentes económicos oligopólicos pudieron consolidar jurídicamente la inequidad del sistema de distribución de aguas por el acaparamiento de facto de tierras, pues “entre el 50 y 60% de los caudales disponibles estaban controlados por el 1-4% del número de los beneficiarios, grupo éste compuesto básicamente por grandes hacendados (Terán J., (2005). “La sequedad del ajuste. Implicaciones de la gobernanza global del agua para la seguridad humana en Ecuador”, CEN, Quito, Ecuador)

En 1993, se promulgó la Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, creándose así la entidad encargada de la privatización de las empresas y servicios públicos, a saber, el Consejo Nacional de Modernización del Estado (CONAM). Esta ley institucionalizó como política de Estado la delegación a la empresa privada de la prestación de servicios públicos.

PRIVATIZACION DE SERVICIOS PUBLICOS

La Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada establece en su artículo 42, dos procedimientos para su aplicación: (a). la reestructuración administrativa y reforma financiera de aquellas entidades, e instituciones de derecho público que deban permanecer como parte del Estado, incluyendo la reforma de sus directorios, cambio de su adscripción, nombre y ejercicio de sus competencias; y, (b). la delegación total o parcial, o la transferencia definitiva al sector privado, de la gestión que desarrollan.

Para implementar estos procedimientos, el Artículo 43 de la mencionada Ley, establece las siguientes modalidades: 1) aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones; 2) arrendamiento mercantil; 3) concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo; 4) venta; 5) transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas; y, 6) cualquier otra modalidad efectuada mediante decreto ejecutivo y amparada por la ley ecuatoriana.

En 1998, la Asamblea Constituyente le confirió sustento constitucional a la Ley de Modernización. El Artículo 249 de la nueva Constitución señala que: “Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la

propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”

En 2000, la Ley para la Inversión y Participación Ciudadana complementó el marco legal favorable a la participación privada en la prestación de servicios públicos. Gracias a este cuerpo jurídico, se ratificó la posibilidad de conformar asociaciones público-privadas a nivel subnacional en el sector hídrico. En 2004, se comenzó a debatir la propuesta de Ley Orgánica de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento, un instrumento que permitiría introducir tres sistemas de prestación de servicios, a saber: 1) la prestación directa por intermedio de las “unidades municipales de gestión desconcentrada”, 2) la prestación indirecta mediante concesiones al sector privado, y 3) la prestación comunitaria por intermedio de entidades prestadoras comunitarias.

Creación de un ambiente adecuado para la inversión extranjera

Desde principios de los noventa, Ecuador inició un proceso de adaptación anticipada de sus leyes e instituciones en consonancia con un enfoque de atracción de inversiones. Por ello, las empresas estadounidenses ya tienen un “clima adecuado”, a pesar del fracaso del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), del estancamiento de las negociaciones del ALCA o del atraso en la concreción del GATS.

A fines del 2005, el régimen ecuatoriano para inversiones extranjeras estaba definido básicamente a partir de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones (Ley PGI), la Ley de Comercio Exterior e Inversiones (Ley CEI) y las Decisiones 291 y 292 de la CAN.

Con respecto al tratamiento de las inversiones extranjeras, la Ley PGI concede a los inversionistas extranjeros las mismas facilidades otorgables a las personas naturales o jurídicas ecuatorianas, entre las cuales se encuentra la exoneración de autorizaciones gubernamentales previas al establecimiento de una inversión.

FUENTES DE AGUA Y CONCESIONES EN AREAS PROTEGIDAS

- Se han otorgado concesiones para actividades privadas al interior de las reservas naturales y áreas protegidas, estableciéndose así precedentes que podrían ser esgrimidos por los inversionistas estadounidenses para reclamar derechos de operación en los ecosistemas generadores de flujos hídricos.
- La Constitución no contempla explícitamente las nociones de “seguridad ambiental” y/o “seguridad hídrica”. Tampoco considera que la actividad privada sea contraria a objetivos de sustentabilidad pues admite la participación privada en la gobernanza del sistema nacional de áreas protegidas.

Por otra parte, en lo relativo a la protección de los inversiones externas, se observa que:

- Los inversionistas extranjeros pueden someterse al “régimen de estabilidad tributaria” y, de esa manera, congelar su impuesto a la renta al monto existente al momento del registro de la inversión.
- Los inversionistas extranjeros pueden suscribir un “contrato de inversión” con el Estado que les permite: asegurar que sus derechos no serán perjudicados en ninguna forma y serán garantizados incluso mediante convenios internacionales; y, obtener “garantías de estabilidad jurídica específica” que congelan la aplicación de la ley al marco legal vigente al momento de realizar la inversión.

Ecuador no protegió al agua en el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS o GATS)

Hasta fines del 2005, Ecuador no había expresado su voluntad de participar en ninguno de los acuerdos plurilaterales de la OMC. Tampoco había presentado su oferta para las negociaciones de servicios dentro del programa de Doha. Estas abstenciones y retrasos parecerían insinuar que Ecuador todavía cuenta con márgenes de maniobra para definir las obligaciones que desea asumir sin perder capacidades para estructurar una gobernanza del agua favorable a sus necesidades e intereses nacionales. Sin embargo, cuando se observan los compromisos ya adquiridos por Ecuador en el GATS, tal apariencia se desvanece. Y ello en razón de que, debido a la incidencia de las normativas no ambientales admitidas por los gobiernos ecuatorianos, no queda mucho por hacer para evitar la apertura a la inversión extranjera y al libre comercio de la provisión de agua, saneamiento y riego.

En el sector de “servicios relacionados con el medio ambiente”, en los modos de suministro 1, 2 y 3, Ecuador se comprometió a ofrecer “pleno acceso a mercados” y “pleno trato nacional” en: alcantarillado, eliminación de desperdicios, saneamiento y similares, limpieza de gases de combustión, amortiguamiento de ruidos, protección del paisaje y “otros”. Consecuentemente, gracias a los compromisos específicos ante el GATS, las empresas estadounidenses ya cuentan con pleno acceso a mercados y pleno trato nacional si su actividad está relacionada con la provisión de servicios en los subsectores antes mencionados.

SERVICIOS RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE. MODOS DE SUMINISTRO

En el GATS, el modo de suministro 1 corresponde a “suministro transfronterizo”, el modo 2 versa sobre “consumo en el extranjero” y el modo 3 refiere a “presencia comercial”.

En lo relativo a los sectores en los cuales Ecuador NO estableció ningún compromiso bajo el GATS, se observa que la mayoría de protecciones todavía utilizables por el país refieren al modo de suministro transfronterizo de servicios.

La expresión doméstica de los compromisos ante la OMC

Ecuador adquirió compromisos ante la OMC que aparecerán necesariamente reflejados en los anexos del Acuerdo de Libre Comercio entre Ecuador y Estados Unidos (ALCEUSA).

Con respecto a normas y reglamentos técnicos, dado que Ecuador no ha presentado su notificación sobre la aplicación del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (TBTA por su sigla en inglés) ante la OMC, se entiende que la normalización, metrología, certificación y verificación deberán efectuarse tomando como referencia a normativas tales como: la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la Ley de Pesas y Medidas, la Decisión 419 sobre el “Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología”, la Decisión 506 sobre “Reconocimiento y Aceptación de Certificados de Productos que se Comercialicen en la Comunidad Andina de Naciones (CAN)”; y la Decisión 562 sobre “Directrices para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la CAN” y a nivel Comunitario (OMC, Ecuador: examen de las políticas comerciales. Informe de la Secretaría 2005: 51).

Este conjunto de leyes podría ser importante para controlar los abusos en la provisión de servicios de agua potable y saneamiento. Sin embargo, en este aspecto, Ecuador se adelantó también a las eventuales demandas estadounidenses pues: (a). desde el 2003, los reguladores ecuatorianos no adoptan medidas técnicas obligatorias; (b). hasta el año 2006, las medidas obligatorias preexistentes serán convertidas en normas voluntarias; y, (c). las actuales normativas permiten que los importadores

presenten un "certificado de conformidad" con una norma extranjera de reconocido prestigio, sin demandarse la verificación de equivalencia de esta norma extranjera a la norma ecuatoriana.

Queda pendiente la pregunta sobre si la concesión de trato nacional a empresas extranjeras de servicios implica que éstas podrían recibir los subsidios que el Estado ecuatoriano conceda a los proveedores domésticos de servicios.

Con respecto a la tributación, gracias a la "Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático", los exportadores están exentos del pago del impuesto a los consumos especiales y del impuesto al valor agregado. De manera más general, los exportadores se benefician de diversos regímenes de concesiones fiscales. En el caso de la maquila, Ecuador puede suspender temporal o definitivamente su operación si producen "sustancias o elementos contaminantes o nocivos para la salud y el medio ambiente". No obstante, el régimen de maquilas permite la importación de desperdicios al territorio aduanero del Ecuador, después del pago de derechos arancelarios y otros impuestos. Nótese que, debido a su carácter laxo y tributarista, esta disposición facilita la generación de externalidades ambientales.

En lo que se refiere a promoción de la competencia, la Constitución, la Ley de Comercio Exterior, la Ley de Compañías y otras leyes sectoriales contienen disposiciones para evitar las prácticas restrictivas de la libre competencia; empero, además de ser demasiado laxas, tales disposiciones no están acompañadas por la existencia de alguna institución especializada en la vigilancia de los monopolios ni por una ley de competencia. Por tanto, no existen las condiciones institucionales y jurídicas adecuadas para evitar la conformación de situaciones oligopólicas en agua, saneamiento y riego.

En lo relativo a fijación de precios, si bien las normativas existentes no le permiten al Estado establecer precios, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor faculta fijar temporalmente los precios de bienes y servicios "en casos especiales de excepción". Estas situaciones excepcionales, empero, no están claramente delimitadas.

Con respecto a regulación de actividades económicas que consumen ingentes cantidades de agua, en Ecuador, las normas e instituciones no son suficientes para evitar impactos severos en la calidad y cantidad de los recursos hídricos. En las actividades relacionadas con la minería, la electricidad y el petróleo, las instituciones ambientales tienen un papel regulatorio y punitivo bastante limitado. Propiamente, la definición de las políticas mineras, energéticas y petroleras suele realizarse desde instituciones como el Ministerio de Energía y Minas, el Consejo Nacional de Electricidad, el Banco Central y el Ministerio de Economía y Finanzas. Estas políticas adquieren objetivos delimitados en función de la provisión de servicios para el desarrollo económico, la promoción de la competitividad y de las inversiones privadas, la protección de los derechos de los consumidores. Los objetivos de sustentabilidad ambiental están subordinados a estos propósitos. Adicionalmente, la operación de empresas extranjeras extractivas puede ser autorizada si éstas están domiciliadas en Ecuador. Debido al relajamiento de las normativas, a su vez, se aprecian concesiones privadas en áreas de reserva minera y en zonas restringidas.



Los acuerdos bilaterales de inversión firmados por Ecuador

Hasta fines del 2005, Ecuador mantenía tratados bilaterales de inversión con Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, China, Chile, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Nicaragua, Paraguay, Perú, Rumania, Suiza, Uruguay y Venezuela.

En su mayoría, los acuerdos ecuatorianos duran diez años y se renuevan automáticamente por un período similar. Ecuador se compromete a proteger a las inversiones realizadas por diez años después de la notificación. En el acuerdo con Alemania, las inversiones quedarán protegidas hasta después de quince años.

APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE INVERSIÓN/INVERSIONISTA

Con respecto a tipos de personas cubiertas por el concepto de “inversión”, en general, Ecuador aplica el término “inversionista” a personas, empresas, sociedades, compañías, asociaciones, “establecimientos”, fundaciones u “otras organizaciones” extranjeras que: (a). realicen actividades con fines de lucro o sin fines de lucro; (b). tengan su domicilio en el territorio de una de las partes; y (c) sean constituidas conforme a la legislación de una de las partes.

En el acuerdo con Chile, se especifica que el término inversionista se aplicará a quienes realicen actividades económicas reales. En el acuerdo con China, no se explicita si el inversionista debe tener efectivamente su sede en ese país ni, tampoco, si debe realizar actividades económicas reales.

Las inversiones extranjeras suelen ser protegidas mediante cláusulas relacionadas con: la concesión de “trato justo y equitativo” en todo momento; la concesión de “plena protección legal” a las inversiones una vez que éstas han sido admitidas en el país; y, la concesión de “tratamiento no menos favorable”.

EXPROPIACIÓN Y ARBITRAJE

Los acuerdos firmados por Ecuador incluyen las figuras de expropiación directa y expropiación indirecta, empleándose las formas internacionales convencionales sobre: las razones para la expropiación, los procedimientos de compensación, y las valoraciones de mercado para la expropiación.

En el acuerdo con España, se aclara que el arbitraje deberá basarse en las disposiciones del tratado bilateral de inversión, en el derecho nacional de cada parte contratante, y en “las reglas y principios de Derecho Internacional generalmente admitidos”.

Sobre los conflictos comerciales entre Estados, se permite remitir a un Tribunal Arbitral las controversias relacionadas con la aplicación e interpretación del acuerdo. El procedimiento de remisión sigue los cánones acostumbrados, a saber: (a). inicialmente, las controversias intentarán solucionarse por la vía diplomática; (b). si la controversia no pudiere ser dirimida así en un plazo de seis meses, aquella será sometida a un Tribunal Arbitral a petición de cualquiera de las Partes; (c). el Tribunal Arbitral será constituido para cada caso particular; y (d). cada parte designará un miembro del Tribunal.

Cuando las controversias se dan entre inversionista y Estado, se acoge el procedimiento típico de los acuerdos bilaterales, estableciéndose que: (a). “en la medida de lo posible”, se intentará resolver la controversia mediante consultas amistosas; (b). si la controversia no hubiera sido resuelta en seis meses, el inversionista extranjero podrá someterla a tribunales internacionales; y (c). las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias.

Sobre las potestades otorgadas al tribunal arbitral, en la mayoría de sus acuerdos, Ecuador le concede al tribunal facultades para fijar su propio procedimiento.

En cuanto a restricciones no permitidas por el acuerdo, en general, los tratados no permiten ninguna forma de trato desigual o trato menos favorable a las inversiones extranjeras, es decir, se aplican el principio de la Nación Más Favorecida y el principio del Trato Nacional.

EL TERMINO "INVERSION" Y SUS IMPLICACIONES EN EL MARCO DEL TRATADO ECUADOR-EE.UU. DE 1997

Desde 1997, se encuentra vigente el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones (ABIEUSA), un instrumento enmarcado dentro de la filosofía del Programa Estadounidense de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). Se especifica que el término "inversión" abarca a: "todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte, esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende: i). los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas; ii). las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos; iii). el derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión; iv). la propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a: las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras, los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano, los diseños industriales, las obras de estampado de semiconductores, los secretos comerciales, los conocimientos técnicos, la información comercial confidencial, las marcas registradas, las marcas de servicio, los nombres comerciales; y v). todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley."

A su vez, las prohibiciones sobre los requisitos de desempeño podrían ser utilizadas por los inversionistas estadounidenses para evitar que sus inversiones se alineen con objetivos de política social. Si se consideran simultáneamente los principios sobre trato nacional y nación más favorecida, los inversionistas estadounidenses no podrían ser excluidos de participar en ciertas intervenciones de política pública encaminadas a generar efectos macroeconómicos. Los gobiernos ecuatorianos no podrían realizar programas preferenciales de política pública sin extender las preferencias a las empresas estadounidenses. Más concretamente, la construcción, rehabilitación u operación de sistemas de riego no podría concedérseles exclusivamente a los empresarios nacionales, a las "empresas comunitarias" o a los "pequeños proveedores" de servicios.



Impactos Previsibles del ALCEUSA

En ninguno de sus compromisos internacionales, Ecuador aceptó “compromisos previos al establecimiento” de una inversión extranjera. Por ello, si Estados Unidos presiona lo suficiente, en el marco del ALCEUSA podría demandar que los inversionistas estadounidenses que “aspiran”, “pretenden” o “buscan” invertir reciban plenos derechos en acceso al mercado, Trato Nacional (TN) o tratamiento de la Nación Mas Favorecida (NMF).

En el caso del ALCEUSA, las potestades para generar una gobernanza doméstica del agua podrían disminuir si la definición de “compromisos previos al establecimiento” del acuerdo, no está acompañada por una “Lista Positiva” en virtud de la cual Ecuador delimite claramente que la concesión de compromisos previos sólo opera para ciertos sectores económicos.

Supongamos que los gobiernos ecuatorianos intentaran generalizar los esquemas de “pagos por servicios ambientales”, creando para tal efecto un fondo para la protección de una cuenca hídrica, un fondo para la reducción de gases invernadero o un fondo para la conservación de la belleza escénica de los páramos. Operativamente hablando, estas intervenciones podrían implicar un esquema de servidumbre hídrica en el cual, por un lado, los campesinos localizados en las zonas de montaña reciben una retribución económica a cambio de modificar el uso de sus tierras suprimiendo o limitando la producción agrícola y adoptando la producción forestal; y, por el otro, los compradores de este “servicio ambiental” son los usuarios del agua “río abajo”, entre los cuales podrían encontrarse las empresas primarias, secundarias o terciarias, así como los consumidores domésticos de agua.

Una vez firmado el ALCEUSA, tal esquema de servidumbre hídrica no podría ser ejecutado sin incurrir en controversia entre inversionista y Estado. Usualmente, en los acuerdos de inversión y de comercio bilaterales de última generación, se encuentra la prohibición de exigirles a las empresas extranjeras comprar bienes o usar servicios proporcionados en el territorio del país receptor de la inversión. Interpretando en su propio beneficio esta normativa relacionada con los “requisitos de desempeño”, una empresa estadounidense podría rehusarse a contribuir al financiamiento del esquema de pago por servicios ambientales, ello en razón de que los servicios “proporcionados” por los campesinos río arriba son, por definición, servicios producidos localmente. Si este conflicto tiene una resolución favorable para el inversionista extranjero, se establecerá un precedente que reducirá las capacidades de los gobiernos ecuatorianos para obligarles a las empresas a que contribuyan a la reforestación de laderas, a la recuperación de cuencas, al manejo de bosques o a la conservación de páramos.

Pero eso no es todo. Veamos ahora un ejemplo en sentido contrario. Supongamos que Ecuador adopta normativas que les otorgan a las personas y empresas jurídicas el derecho a recibir una retribución por implementar “medidas” de conservación de los ecosistemas generadores de servicios hidrológicos. En la práctica, esta retribución tendría que ser concedida a quienes posean propiedades o concesiones dentro o cerca de los ecosistemas. En virtud de los principios de trato nacional y similares, las autoridades ecuatorianas podrían ver limitada la posibilidad de otorgar esas retribuciones exclusivamente a los pueblos indígenas, a las comunidades de páramos, a los pequeños campesinos o a los empresarios nacionales. Acogiéndose al ALCEUSA, una empresa estadounidense podría demandar que se le retribuya también por haber plantado árboles o por haber colocado guardianía en zonas ambientalmente frágiles. En este caso, aprovechando la indefinición conceptual sobre lo que constituyen bienes y servicios ambientales, la empresa en cuestión podría apropiarse de rentas extraordinarias mediante la confusión entre quien ofrece un servicio ambiental (el ecosistema) y quien es propietario de los activos naturales generadores del servicio (la empresa).



TRATAMIENTO DE “SERVICIOS AMBIENTALES” EN PROYECTOS DE LEY

En el proyecto de “Ley para el Desarrollo Forestal Sustentable de Ecuador”, se reconoce que se deberán pagar los bienes de los bosques (madera y productos no maderables), así como los servicios generados por los bosques (captación de carbono, producción de agua, conservación de la biodiversidad). En segundo lugar, en el artículo 101 del anteproyecto de “Ley Especial para la Conservación y uso sustentable de la Biodiversidad”, presentado públicamente en mayo del 2001, se establece que se “promoverá y regulará el pago a los propietarios de predios donde existan bosques y otros ecosistemas nativos por los servicios ambientales que generen con su conservación”. También, en el artículo 105 y 106, se contempla la creación del “Fondo para conservación y uso sustentable de la biodiversidad, para el financiamiento de las actividades de conservación y manejo sustentable de la biodiversidad”. En ninguna de estas dos propuestas se efectúan mayores precisiones.

Ecuador ha estado preocupado básicamente por establecer su posición con respecto a “los servicios relacionados con el ambiente” proporcionados por las empresas. Pero, no ha expresado mayor preocupación por los servicios de los ecosistemas. En la mayoría de sus modalidades existenciales, estos servicios ecosistémicos podrían ser convertidos en mercancías.

Los servicios ecológicos relacionados con las cuencas hídricas aparecen implicados en actividades económicas o en políticas públicas sobre:

- 1) adquisición de terrenos;
- 2) arrendamiento de tierras con protección de cuencas;
- 3) arrendamientos o concesiones para conservación;
- 4) canjes de deuda por naturaleza;
- 5) contrato de restauración de los hábitat de especies acuáticas;
- 6) contratos de manejo;
- 7) contratos de mejor práctica de administración de tierras;
- 8) créditos de calidad del agua;
- 9) créditos de hábitat de especies acuáticas;
- 10) créditos o compensaciones para la biodiversidad;
- 11) créditos para reducir la salinidad del agua y el suelo;
- 12) derechos de agua;
- 13) derechos de bioprospección en ecosistemas especiales;
- 14) derechos de desarrollo;
- 15) emisión de acciones de empresas dedicadas a operaciones comerciales de biodiversidad;
- 16) licencias o permisos para realizar operaciones económicas que reducen la disponibilidad de agua para usuarios río abajo;
- 17) permisos para la investigación;

En todos estos ámbitos, el ALCEUSA podría crear condiciones para una menor capacidad regulatoria doméstica.



Participación privada en agua y saneamiento

Debido a estos u otros factores similares, en Ecuador, las políticas e iniciativas públicas suelen devenir fácilmente en mecanismos para facilitar la acumulación privada y entorpecer la provisión de bienes públicos. Por ello, los ciudadanos deberían impulsar reformas institucionales y jurídicas encaminadas a:

- 1) impedir asignaciones de agua que discriminen a los consumidores rurales, agrícolas y domésticos;
- 2) fomentar una gobernanza de los recursos hídricos basada efectivamente en una participación ciudadana informada;
- 3) mantener los subsidios mientras las condiciones macroeconómicas sean contrarias al acceso al agua por parte de las familias de bajos ingresos y de los productores campesinos.
- 4) asegurar que la representación de los intereses del sector público y de la sociedad civil sea mayoritaria en los programas, proyectos, empresas o asociaciones público-privadas;
- 5) garantizar la presencia campesina e indígena en cualquier proyecto que vincule la oferta hídrica para las ciudades con la conservación de áreas rurales generadoras de agua;
- 6) garantizar el financiamiento de las empresas públicas de servicios utilizando fondos generados con los ingresos petroleros y no petroleros del gobierno central.

Para evitar mayores perjuicios a los pobres a partir de las actuales o futuras concesiones de servicios de agua potable, se plantea que los contratos de participación privada no incluyan disposiciones para:

- 1) obligar a las instituciones públicas a compensar a las empresas privadas por aquellas inversiones realizadas que no pudieron ser recuperadas mediante los ingresos por tarifas;
- 2) definir los objetivos de las políticas tarifarias en función de la eliminación de subsidios cruzados;
- 3) utilizar mecanismos discrecionales, poco transparentes y no concertados para la revisión de tarifas;
- 4) fijar criterios laxos o “renegociables” para la localización de las nuevas conexiones;
- 5) permitir a las empresas concesionarias definir sus propios criterios de desempeño para la provisión de servicios;
- 6) desautorizar a las instituciones y leyes domésticas mediante la estipulación de un arbitraje internacional; y
- 7) vincular el financiamiento de las agendas reguladoras a los ingresos obtenibles por la concesionaria.

:: 3. VINCULOS DEL AGUA CON EL TLC ANDINO EN EL CASO DE BOLIVIA

Carlos Crespo y Oscar Campanini

El TLC-andino (AFTA por sus siglas en inglés) fue diseñado como un conjunto de acuerdos comerciales que EEUU negoció con Colombia, Ecuador y Perú desde el 18 de mayo de 2004, como una medida sustitutiva para una aplicación gradual del ALCA (Área de Libre Comercio para las Américas). Bolivia, asistió, hasta antes del gobierno de Evo Morales, a las rondas de negociación en calidad de “observador”, sin voz ni voto, debido a que EEUU condicionó la firma del TLC a cambio de que se sancione una Ley de Hidrocarburos que refleje seguridad jurídica para la inversión extranjera, entre otras exigencias, tema que fue parte de la agenda de los últimos años.

Los gobiernos anteriores a Evo Morales (particularmente de Carlos Mesa y Rodríguez Beltzé), constituyeron un organismo llamado Oficina del Programa del TLC —dependiente del Ministerio de Desarrollo Económico—; esta Oficina funcionó desde octubre de 2004, aunque oficialmente fue establecida a través del Decreto Supremo 28083 de 13 de abril de 2005.

Compromisos y Riesgos en la Aplicación Del TLC Andino en el Sector Agua

Como se sabe, el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS o GATS, por su sigla en inglés) abarca todos los servicios y es el marco en el que algunos gobiernos andinos y estadounidense elaboran el horizonte del TLC en lo referido a servicios.

El agua no está explícitamente considerada en los compromisos que Bolivia asumió en el AGCS, sin embargo, el objetivo del AGCS, según la propia página web oficial de la OMC, “es hacer avanzar el proceso de liberalización de los servicios. [...]” (http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/s_negs_s.htm). Las directrices subrayan la importancia de la liberalización en general y de que los proveedores extranjeros de servicios tengan un acceso efectivo a los mercados.

De comprometerse el agua, el camino sería “irreversible”, ya que dentro el GATS los compromisos claramente definidos están consolidados: al igual que los aranceles consolidados en el caso del comercio de mercancías; estos compromisos únicamente pueden modificarse tras celebrar negociaciones con los países afectados. En una palabra: la idea de la “progresiva liberalización de los servicios” no excluye los recursos hídricos, más bien los incluye de una forma general y ambigua que permitirá el ingreso del agua, en sus múltiples usos, a la lógica del mercantilismo.

Los últimos seis años, Bolivia ha modificado varios aspectos del marco legal e institucional del sector agua y sus servicios, a partir de presiones, gestiones y propuestas de movimientos sociales, orientados fundamentalmente a proteger los derechos de los usuarios y mejorar la transparencia en la gestión. En el marco del TLC Andino, estos avances corren el riesgo de ser revertidos.

Impactos previsibles del TLC Andino en el Marco Legal del Agua en Bolivia

En Bolivia la ley de Dominio y Aprovechamiento de Aguas tiene origen en un Decreto del 8 de Septiembre de 1879, y elevada a rango de Ley el 28 de Noviembre de 1906, es decir, la principal norma sobre el recurso hídrico tiene mas de un siglo desde su elaboración. La ley de aguas de 1906 ha sido, sin embargo, derogada a lo largo de los últimos cien años en varias de sus disposiciones por diferentes normas sectoriales y modificaciones constitucionales, al punto que en la práctica no existe una norma para el recurso hídrico sino una multiplicidad de disposiciones en diferentes normas sectoriales o principios constitucionales dispersos, incompletos y no interrelacionados.

El uso del agua en Bolivia está concentrado en el uso agrícola y doméstico. En el primer caso compuesto en su mayor parte por pequeños productores agropecuarios y en el segundo caso por los centros urbanos

grandes e intermedios. En ambos casos la participación del Estado ha sido efectivamente nula o muy débil.

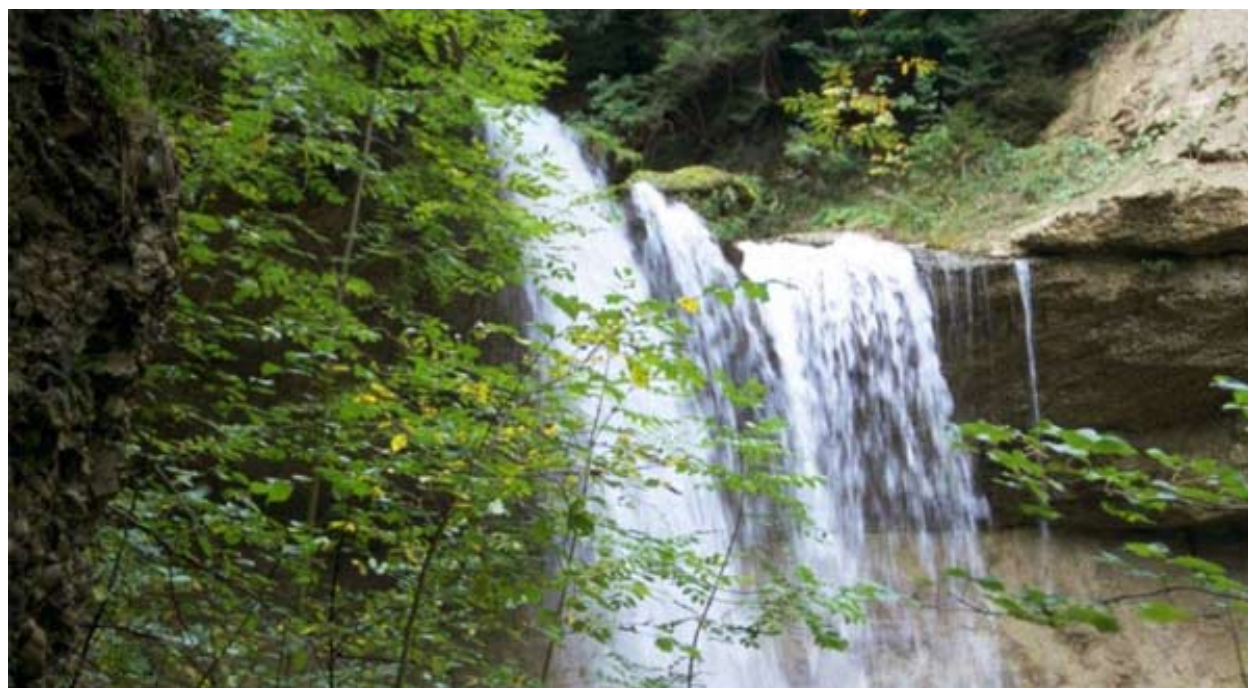
En el sector de riego los diferentes sistemas de riego son sistemas tradicionales, construidos con esfuerzo de las propias comunidades campesinas. En el caso de los sistemas de agua potable en los grandes centros urbanos sí existió inversión del Estado, pero la gestión se desarrolla principalmente a nivel regional o municipal, mientras que en los centros intermedios y algunos grandes centros urbanos las iniciativas son esfuerzo de los usuarios (a través de cooperativas y comités de agua potable).

Son estas razones que caracterizan la gestión del agua en Bolivia como una gestión principalmente local, desarrollando derechos en muchos casos basados en principios y valores culturales locales.

Sobre la exportación de agua: La Experiencia del Sudoeste de Potosí

En Bolivia no existe la figura legal de exportación de aguas, ni tampoco un marco legal explícito sobre ésta, constituyéndose así en un vacío legal que podría ser completado por el TLC, si Bolivia lo firmara tal como está diseñado. Sin embargo, el frustrado intento de exportación de aguas subterráneas del Sudoeste de Potosí constituye la única experiencia en la que se conformó un marco legal de exportación de aguas, siendo éste derogado, dejando así nuevamente el vacío mencionado.

En base a la vigencia parcial de la Ley de Aguas de 1906 y los derechos que el Código Minero otorga a los concesionarios mineros, la empresa CORPORACION BOLIVIANA DE RECURSOS HIDRICOS (COBOREH S.A.), como parte de un ambicioso proyecto de comercialización de aguas subterráneas del sudoeste de Potosí a Chile para uso doméstico y minero, promovió la aprobación de una norma que autorice esta exportación. Estas gestiones generaron conflictos regionales y nacionales que resultaron en la aprobación de la Ley 2267 de “Prioridad Nacional de Estudios de prospección, cuantificación, evaluación, aprovechamiento óptimo de los recursos hídricos en el Sudoeste del Departamento de Potosí”. No obstante los eufemismos de “estudios” y “aprovechamiento óptimo”, esta Ley establecía la posibilidad de exportar aguas en caso de existir remanentes de aguas. Ante el desacuerdo de las organizaciones campesinas y originarias de la región (organizadas en la Federación Regional Única de Trabajadores Campesinos del Sudoeste de Potosí, FRUTCAS) y con el apoyo de organizaciones nacionales (como la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia, CSUTCB) se logró promulgar la Ley 2704 que abrogó la Ley 2267. En esta nueva ley se determinó declarar como “Prioridad Nacional el Desarrollo Integral del Sudoeste Potosino”, estipulando la prohibición de comercialización o exportación de las aguas subterráneas o superficiales de esta zona.



AGUA Y MINERIA

El Código Minero confiere a los concesionarios mineros derechos al uso y aprovechamiento del agua que pasa por el área de la concesión minera sino incluso la facultad de cambiar el curso de los ríos cuando así lo precisen las actividades productivas.

Código Minero.

Artículo 36.- Los concesionarios mineros, para la realización de sus actividades pueden usar y aprovechar las aguas de dominio público y las que se alumbren o discurran por sus concesiones, con la obligación de protegerlas y restituir las a su cauce o cuenca natural, cumpliendo con lo establecido en el presente Código, la Ley de Aguas, la Ley del Medio Ambiente, sus reglamentos y otras disposiciones referentes a los recursos hídricos.

Artículo 38.- Cuando el concesionario minero necesite variar un curso de aguas lo hará saber por escrito a los propietarios del suelo, a los concesionarios mineros colindantes, a los propietarios de plantas de beneficio o fundición y a los colindantes y vecinos, si los hubiere. Si en el transcurso de noventa días de su notificación ninguno de ellos se presentare ante el Superintendente de Minas de la jurisdicción a reclamar su derecho a usarlas, se entenderá que renuncian a éste.

PROHIBICION DE EXPORTACION DE AGUAS ESTABLECIDA EN LA LEY 2704

“Art. 2.- Por razones de protección ambiental, las aguas subterráneas y superficiales del Sudoeste del Departamento de Potosí, no podrán ser comercializadas ni exportadas, debiendo ser utilizadas exclusivamente en proyectos de desarrollo de la región”. Ley 2704 “Prioridad Nacional el Desarrollo Integral del Sudoeste Potosino”.

La aplicación del TLC no obligaría de inmediato a la exportación de aguas, no obstante, una vez que el agua entrara en el comercio, no se podría restringir este ni imponer condiciones de exportación. La Ley 2267 hubiera sido ya considerada una restricción al libre comercio de aguas al establecer como condición de exportación los resultados de estudios por razones ambientales, económicas y sociales y al aplicarse sólo a una empresa.

EL AGUA ENTRA EN LOS TLC CUANDO YA ES COMERCIALIZADA EN ALGUNA DE SUS FORMAS

“Cuando el agua es comercializada es un bien, todas las provisiones de los tratados comerciales de bienes aplican”. (Declaración del Representante de Comercio de los Estados Unidos, Mickey Kantor en 1993)

“A menos que el agua, en cualquiera de sus formas, entre en el comercio y se transforme en mercancía, no está cubierto por ninguna de las provisiones de ningún tratado de comercio, incluyendo el TLCAN”. (Declaración de los presidentes de México, Canadá y EE.UU. realizaron en 1993)

Sobre las restricciones a la comercialización de agua

La Constitución Política del Estado de Bolivia (CPE) establece que el agua es de dominio originario del Estado, razón por la cual, en nuestra interpretación, no se podría comercializar este recurso, no obstante,

existen intenciones o tendencias que buscan convertir el agua en un bien que se comercialice libremente. La ley de Dominio y Aprovechamiento de Aguas de 1906 establecía que el agua era un bien accesorio a la tierra, adquiriendo el carácter de propiedad privada al igual que ésta. Si bien las disposiciones en este sentido fueron modificadas por la CPE de 1938 y por la Ley de Reforma Agraria de 1953 que prohibía la venta o comercialización, los últimos proyectos de Ley de Aguas impulsados por el gobierno de Banzer Suárez a finales de los años 90, establecían la libre comercialización de concesiones de aguas, la creación de un mercado de derechos de aguas y de un mercado de aguas.

LEY DE AGUAS DE 1906

“Todo lo dispuesto en este Reglamento es sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad a su publicación, así como también del dominio privado que tienen los propietarios de acequias y de fuentes manantiales, en virtud del cual las aprovechan, venden o permutan como propiedad particular.” Art. 293

LEY 3464 DE REFORMA AGRARIA DE 1953

“Se prohíbe la venta o comercialización de las aguas, debiendo, las que resultasen sobrantes en una zona o propiedad, pasar libremente a beneficiar las zonas o propiedades que, careciendo de agua propia, se hallen en condiciones de aprovechar tales sobrantes.” Art. 154

MERCADOS DE DERECHOS DE AGUAS EN EL PROYECTO DE LEY DE AGUAS DE 1999

II. Las concesiones podrán ser objeto de transferencia previa autorización de la Superintendencia de Aguas dentro de los límites, condiciones y procedimientos establecidos en la presente ley y disposiciones legales conexas. Asimismo podrán ser objeto de pignoración” Art. 53 del Anteproyecto de Ley de Aguas
 “La concesión podrá ser transferida a cualquiera título previa autorización de la Superintendencia de Aguas, manteniendo su uso actual y los derechos y obligaciones establecidas en el Título de Aguas, acreditando el pago de patentes, tasas y demás obligaciones pecuniarias, con las restricciones previstas en la presente ley y su reglamento”. Art. 56 del Anteproyecto N° 32 de Ley de Aguas.

Algunas organizaciones han avanzado aun más allá de la suspensión del tratamiento de estos proyectos de ley e iniciaron un largo proceso de construcción de propuestas de ley de derechos de aguas y Ley de Riego. Estas propuestas finalmente se concretizaron en la Ley 2878 de Promoción y Apoyo al Sector Riego para la Producción Agropecuaria y Forestal correspondiente a 2004, que establece la prohibición de la comercialización del agua.

Generalización de Derechos por el Principio de Trato Nacional o de Nación Más Favorecida

Algunas medidas tanto restrictivas, normativas o de apoyo a la gestión del agua mediante el uso, derechos, impuestos, subvenciones, atribuciones o medidas específicas que alguna instancia pueda asumir podrían ser consideradas restricciones al comercio o tratos no iguales en los que se aplicarían los principios de “Trato Nacional” y de “Nación mas favorecida”. En este sentido las incongruencias en los marcos legales sobre el agua de los diferentes sectores (tanto de producción como de servicios) quedarían consolidadas, generalizándose la norma “mas favorable” entre usuarios (por ejemplo mineros)

y los respectivos derechos (concesiones o autorizaciones). En este sentido los derechos sobre los recursos hídricos que otorga el Código Minero para el caso de empresas explotadoras de minerales y la Ley de Electricidad para empresas generadoras de electricidad, derechos que les otorga a los titulares facultades como las de desviar el curso de ríos o solicitar la declaratoria como área protegida de la cabecera de cuenca de la cual aprovechan el agua, podrían ser generalizados a otros los sectores.

LEY 1604 DE ELECTRICIDAD

Art. 37. (DECLARATORIA DE AREA PROTEGIDA).- En aplicación a lo dispuesto en la Ley 1333 (Ley del Medio Ambiente) de fecha 15 de junio de 1992, el titular de Licencia de Generación tiene derecho a solicitar la declaratoria de área protegida a la zona geográfica de la cuenca aguas arriba de las obras hidráulicas para el uso y aprovechamiento de los recursos hídricos inherentes a la respectiva Licencia. El titular tendrá la obligación de administrar y preservar a su costo el área protegida.

Asimismo el titular podrá solicitar el derecho de uso a título gratuito de los bienes de dominio público y la imposición de servidumbres sobre bienes de propiedad privada de entidades públicas o de entidades autónomas en el área protegida

Concepto de Inversión

La definición de inversión en el TLC (versión...) es la siguiente:

"...inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

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

En el caso del agua vemos que esta definición incluye los derechos de aguas que se pueda otorgar a un inversionista extranjero. Derechos no sólo referidos a servicios en los que el agua natural es el insumo principal como es el caso de agua potable, sino a los demás sectores: riego, industrial, minero, electricidad, forestal, etc. Como en el caso de mercancías y servicios, en lo relativo a inversiones, se aplicarían los principios de Trato Nacional (Art. 10.3), Trato de Nación Mas Favorecida (Art. 10.4) y Nivel Mínimo de Trato (Art. 10.5) además de establecer como derechos del inversionista las prohibiciones sobre los requisitos de desempeño (Art. 10.9) y las prohibiciones sobre la expropiación (Art. 10.7).

Una de las críticas más importantes de los movimientos sociales a los enfoques legislativos sobre aguas de los gobiernos anteriores al de Evo Morales, es que éstos planteaban un tratamiento homogenizante de los usuarios y sectores de uso, estableciendo un solo tipo de condiciones de acceso a derechos, y de regulación; no se puede tratar de la misma forma a un pequeño comité de agua potable, a una empresa transnacional o a una comunidad del área rural. Por esta razón se aprobó, después de una ardua negociación durante la Guerra del Agua, la Ley 2066 de servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario (que modificó 36 artículos de la Ley 2029 del período neoliberal en el sector de agua potable),

estableciéndose derechos diferenciados pensando justamente en la diversidad de prestadores de servicios e intentando compensar las diferencias que en el momento de acceder al derecho o en el momento de la regulación se convertirían en desventajas; estos derechos son la concesión, la licencia y el registro.

Las figuras jurídicas que otorgan ventajas a algunos sujetos (por ejemplo, los comités de agua potable que obtienen licencia o los sistemas comunitarios campesinos que obtienen registro, no pagan tasa de regulación a diferencia de las empresas que tienen concesión) podrían ser derogadas en base a los principios de trato nacional. Así la concesión es el único derecho al cual se accede vía licitación pública, se paga una tasa de regulación y tiene un tiempo máximo de duración, mientras que la licencia y el registro, no pagan ningún tipo de tasa y son prácticamente indefinidos. Algunas condiciones que exigen cierta eficiencia y control adicional para la concesión como es la obligación de solicitar Opinión Técnica Fundamental (OTF) al Gobierno Municipal antes de definir estructuras tarifarias, comisiones revisoras con cierta participación social durante el proceso de licitación, entre otras condiciones, igualmente podrían ser modificadas o convertidas en reglas para todas las entidades prestadoras de servicios de agua potable y alcantarillado o, a la inversa, podrían ser eliminadas generalizando los derechos de titulares de licencia y registro, a los de la concesión.

En el caso de la ley 2878 de Promoción y Apoyo al Sector Riego producto de un largo proceso de discusión y análisis de organizaciones regantes, se establecen como derechos la autorización (aplicable a empresas agropecuarias, por ejemplo) y el registro (aplicable a organizaciones campesinas e indígenas); eliminando la concesión. La autorización establece condiciones más estrictas para su otorgación. Aquí también podría plantearse el mismo criterio dado el trato discriminatorio, en sentido positivo, que hace la ley a favor de Registros.

Mecanismos de Examen Normativo y de Resolución de controversias

Otro elemento importantísimo del capítulo X del frustrado TLC Andino, es la resolución de controversias ya que instaura instancias de arbitraje internacional.

Con el argumento de lograr transparencia entre las partes firmantes del TLC, se establece la obligatoriedad de instituir como procedimientos administrativos, mecanismos de información sobre leyes, decretos, reglamentos o procedimientos administrativos que puedan afectar a la otra parte o “sus intereses” en el marco del Tratado, e incluso cuando no sea compatible con este (Art. 18.3 y 18.4 del TLC). Se establece también que en caso de revisión y/o impugnación de cualquiera de estas medidas (leyes, normas, etc. por promulgar), las decisiones que tomen los tribunales sean consideradas como resoluciones definitivas y se apliquen conforme a este carácter (Párrafo 3 Art. 18.5 del TLC).

De esta forma cualquier decisión plasmada ya sea en leyes, modificaciones constitucionales, decretos o simples decisiones administrativas producto de un largo proceso de discusión y consenso entre la multiplicidad de actores nacionales deberá ser consultada con instancias internacionales; en caso de considerar que cualquiera de estas que afecte sus intereses se resolverá el conflicto en instancias arbitrales internacionales.

Marco regulatorio y jurisdiccional

El actual marco regulatorio en Bolivia fue creado por la ley 1600 del Sistema de Regulación Sectorial SIRESE el año 1993 durante el gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada. Esta ley crea las Superintendencias constituyéndose en órganos autárquicos que cubren prácticamente los ámbitos más importantes de la economía, controlándolos, supervisándolos y regulándolos, definiendo tarifas, patentes, tasas, distribuyendo derechos de acceso y aprovechamiento de recursos a través de concesiones, autorizaciones, permisos y licencias; además tienen atribuciones jurisdiccionales y administrativas, esto

significa que tienen la capacidad de tomar decisiones y de resolverlas en caso de desacuerdos o conflictos. En el caso de resolución de controversias o conflictos, la mencionada norma establece un mecanismo con 3 instancias: superintendencia sectorial, superintendencia general y finalmente Corte Suprema de Justicia.

En lo que se refiere a la Ley 2878 de Promoción y Apoyo al Sector Riego, como resultado de las propuestas de las organizaciones regantes se constituyó un marco institucional regulatorio con funciones similares a las Superintendencias pero con amplia participación de organizaciones sociales en el Directorio marcando diferencias con el modelo de superintendencias, nos referimos a los Servicios Nacional y Departamentales de Riego (SENARI y SEDERI respectivamente).

Tanto en las Superintendencias como en el caso de los Servicios de Riego, se establecen tres pisos en el procedimiento de resolución de controversias, cuando el procedimiento conciliatorio no es viabilizado por las partes: i) recurso de revocatoria ante la superintendencia sectorial o el servicios departamental de riego correspondiente; ii) recurso jerárquico superior ante la superintendencia general o el servicio nacional de riego; y finalmente iii) contencioso administrativo ante la Corte Suprema de Justicia, donde se agotaría el caso. Este procedimiento que primero agota el marco institucional administrativo para luego ingresar a la institucionalidad judicial (directamente a la máxima autoridad de este poder), implica de manera formal la existencia de tribunales independientes de los organismos administrativos (es decir, de las Superintendencias). Las disposiciones del TLC establecen que las controversias no pueden resolverse en los dos primeros niveles mencionados, con el argumento que no podrían establecerse en una misma instancia las funciones administrativas y las de resolución de conflictos.

ENFOQUE SOBRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES EN EL TLC

“Cada Parte establecerá o mantendrá tribunales o procedimientos judiciales, cuasijudiciales, o de naturaleza administrativa para efectos de la pronta revisión y, cuando se justifique, la corrección de las acciones administrativas definitivas relacionadas con los asuntos comprendidos en este Tratado. Estos tribunales serán imparciales y no estarán vinculados con la dependencia ni con la autoridad encargada de la aplicación administrativa de la ley, y no tendrán interés sustancial en el resultado del asunto.” Art. 18.5



IMPACTOS PREVISIBLES DE LA APLICACIÓN DEL TLC SOBRE LA NORMATIVA DE AGUAS

	¿QUÉ DICE?	¿QUÉ NO DICE?	IMPACTOS DEL TLC
Sobre la propiedad	El agua es de dominio originario del Estado (Art. 136 de la CPE)		Si bien el agua es de dominio originario de Estado, los derechos de uso y aprovechamiento (concesiones, autorizaciones, por ejemplo) pueden constituirse en una forma de "propiedad imperfecta" transferible o sujeto a comercio.
Sobre los derechos de uso y aprovechamiento del recurso hídrico	<p>Sector minero: (Código de Minería) Otorga un derecho de aguas con la facultad de cambiar el curso de ríos o vertientes si así requiere la actividad productiva (art. 36 y 37)</p> <p>Sector saneamiento básico: (Ley de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario) Otorga derechos de uso y aprovechamiento mediante autorizaciones y registros de uso de recursos hídricos de forma conjunta con los derechos de prestación de servicios de agua potable. (Art. 31, 47 y 50)</p> <p>Sector de generación de electricidad (Ley de Electricidad) Otorga un derecho de aguas con la facultad de solicitar la declaración de áreas protegidas en cabecera de cuenca. (Art. 37)</p> <p>Sectores eléctrico, minero, agrario, saneamiento básico Se establecen tasas o patentes para los derechos específicos de cada actividad.</p>	No hay un solo tipo de derecho ni de adjudicación de este, la normativa de cada sector establece el tipo de derecho, así como las características de éste y la forma de adjudicación. No existe una priorización en cuanto a los diferentes usos	<p>Por el principio de trato nacional cualquier inversor podría exigir un derecho con las características más favorables actualmente establecidas para determinados sectores o entidades adjudicatarias de este. Algunas de estas características son:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tiempo indefinido - Capacidad de cambiar el curso de ríos o vertientes. - Adjudicación por simple solicitud o reconocimiento de forma automática al adjudicarse derechos para otras actividades donde el agua es un insumo (minería, hidrocarburos, industria, agricultura, turismo) - Exención de pago de cualquier tasa o patente por el uso del agua. - Transferibilidad del derecho. - Capacidad de solicitar la declaratoria de áreas protegidas en cabecera de cuenca (el caso de operadores hidroeléctricos) y adjudicarse la administración de la misma. Estos derechos construidos a partir de las leyes sectoriales podrían generalizarse a otros operadores amparados en el TLC.
Sobre las obligaciones de tasa o patente	<p>Sector eléctrico, minero, agrario, servicios: En el caso de los diferentes sectores, el derecho al agua es un "derecho accesorio". En el sector agrario se diferencia como sujeto de reconocimiento del derecho del territorio o Tierra Comunitaria de Origen (en el cual se incluyen los recursos naturales) a los pueblos indígenas (Art. 3 ley INRA).</p> <p>Sector servicios básicos: Se identifica claramente un tipo de derecho para determinado tipo de usuarios: así, el registro o licencia se aplica a pueblos y comunidades Indígenas, Originarias, Campesinas, Comités de Agua, pequeños sistemas urbanos independientes,</p>	No se precisa una tasa o patente por el uso del recurso hídrico en la mayor parte de los sectores	Se generalizaría el no pago de cualquier tasa o patente por los principios de trato nacional.

	¿QUÉ DICE?	¿QUÉ NO DICE?	IMPACTOS DEL TLC
	juntas vecinales (art. 8 ley 2066).		
Sobre los medios y sujetos de adjudicación de estos derechos	<p>Sector de riego: De igual forma se diferencia el tipo de sujeto del derecho entre pueblos y comunidades indígenas, Originarios, comunidades campesinas y grandes empresas agropecuarias ajustándose el registro para los primeros y la autorización para el último tipo de sujeto de derecho.</p> <p>Existen normas y proyectos de normas que establecen la prohibición de la comercialización del recurso hídrico, incluyendo su exportación (art. 2 ley 2704, art 11, 15 y 20 de la propuesta de reglamento de la ley 2878)</p>	No existe una diferenciación en todos los sectores de los sujetos de derechos. Si bien de forma mas o menos generalizada el reconocimiento de pueblos indígenas y de sus derechos está presente en varias normas; no ocurre lo mismo con el resto de lo sujetos	La definición amplia de “empresa” y de “inversión” o “inversor”, puede incluir a otras entidades como ser asociaciones, agrupaciones productivas, comités de agua potable, y otras formas organizativas incluso pueblos indígenas y originarios. Este concepto podría conllevar la homogeneización de derechos, sin que se pueda mantener diferencias o preferencias dado el enfoque de igualdad jurídica de inversores en el marco del principio del trato nacional.
Sobre la comercialización y exportación de aguas	En cada sector existe una superintendencia. Las competencias referidas al agua se repiten en cada superintendencia.	No existen disposiciones sobre la comercialización del agua.	Existe el riesgo que las normas y propuestas que impidan la comercialización y exportación de aguas sean modificadas o se introduzcan otras que viabilicen la exportación.
Sobre transferencias de derechos	Se permite la transferencia de autorizaciones y concesiones de fuentes de agua asociadas a derechos otorgados para operaciones mineras, petroleras, etc.	Las diferentes normas sectoriales no establecen restricciones sobre la transferencia de derechos de aguas. En casi todos los sectores se permiten transferencias de derechos para el sector específico (minero, eléctrico, agua potable, etc.) sin que exista disposición específica sobre los derechos de aguas relacionados a estos.	No se podrían establecer restricciones o prohibiciones futuras para la libre transferencia de derechos de uso y aprovechamiento de aguas, consolidándose el régimen existente.

Fuente: elaboración propia

Tratados Bilaterales de Inversión (TBI con Holanda y Francia)

Los TBI con Francia y Holanda fueron aprobados en el contexto del Ajuste estructural, aprovechando las mayorías parlamentarias de los gobiernos de turno, y excluyendo a la sociedad civil de su consulta y discusión pública.

Los TBI tienen la función de facilitar y promover las inversiones a través de mecanismos como el tratamiento justo y equitativo, el trato similar a nacionales y tratamiento de la nación más favorecida. Pero fundamentalmente estos BITs buscan proteger las inversiones extranjeras, mediante la aplicación de medidas de Protección en caso expropiaciones/nacionalizaciones o de conflictos, la libre transferencia de ganancias y dividendos, introducir los panel arbitrales como mecanismo de resolución de controversias en los mismos términos que os TLC.

Amparándose en el BIT entre Bolivia y Holanda, Aguas del Tunari- Bechtel habiendo cambiado de residencia jurídica, de las Islas Caimán (lugar donde originalmente se creó AT) a Holanda, el año 2002 inició una demanda al gobierno boliviano ante el CIADI, demandando una compensación por \$US 25 millones por las pérdidas económicas, presentes y futuras (bajo la figura de lucro cesante o ganancias expectables), ocasionadas por la rescisión del contrato de concesión de agua potable en Cochabamba, producto de la llamada Guerra del Agua de abril de 2000. Esta decisión generó una gran solidaridad internacional, demandando transparentar el proceso. Si bien Bechtel aceptó negociar la compra de las acciones por parte del gobierno boliviano a un precio simbólico, el proceso resultante del conflicto es muy aleccionador al momento de analizar los vínculos del agua con los tratados de libre comercio.

En algún momento incluso, Aguas del Illimani S.A. (AISA), cuyo socio mayoritario es la empresa francesa Suez, envió una carta a la Superintendencia anunciando que inicia el plazo de seis meses, señalado en el BIT con el gobierno de Francia, antes de llevar el caso ante el CIADI. El argumento es que Bolivia habría decidido unilateralmente terminar el contrato, vulnerando los términos del contrato de concesión.

Ambos casos muestran que los BITs funcionan como dispositivos de poder, orientados a proteger, en este caso los intereses de las inversiones privadas en el sector agua.

Conclusiones

Legislación Nacional con TLC: pulseta internacional y pérdida de soberanía

Algunos de los efectos sobre la normativa referida al agua que conllevaría una modificación o derogación de la legislación existente, la inviabilidad de proyectos de legislación aun en discusión y la inviabilidad de propuestas de diferentes sectores, son los siguientes:

1.- Trato Nacional: desaparición de conquistas sociales y generalización de las concesiones

El "Trato Nacional" obliga a dar a las empresas extranjeras, al menos el mismo trato que a las empresas nacionales. Por tanto las condiciones diferenciadas impuestas a los tipos de derechos ya sean de protección, apoyo, control, etc., pueden ser consideradas un trato no favorable; exigiendo de esta forma que el comercio de productos, servicios transfronterizos o inversiones sean liberados de restricciones y se les aplique beneficios. Esto implicaría que los derechos y las condiciones impuestas a estos deberían ser "normalizados".

2.- Legislación, Marco institucional regulatorio y judicial nacional sujeto a decisiones internacionales

La aplicación del TLC podría transformar la estructura institucional regulatoria, reduciendo sus atribuciones y dejando las funciones referidas a resolución de controversias al ámbito judicial que además no necesariamente comprende la jurisdicción nacional sino también instancias internacionales, transformando de esta forma la jurisdicción nacional en opcional. La participación social y la aplicación de mecanismos de resolución de conflictos propios de organizaciones que gestionan el agua.

Esta facultad de elegir las instancias arbitrales internacionales como la comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo Mercantil internacional (CNUDMI) o el Centro Internacional de arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), donde las inversiones transnacionales tienen un panorama más favorable, quita a los Estados y a instancias judiciales y administrativas nacionales la facultad de exigir a inversores extranjeros que agoten la jurisdicción nacional; en otras palabras los Estados nacionales, una vez ingresados en el TLC, pierden soberanía jurídica, administrativa y judicial; decimos “pérdida de soberanía jurídica” porque no sólo se limita a la resolución de conflictos sino incluso a la posibilidad de establecer cambios en la legislación específica o relacionada a las inversiones, e incluso políticas que impliquen ciertas determinaciones (a manera de ejemplo normas o políticas ambientales, impositivas, etc.) podrán ser sujetas de demanda arbitral en instancias internacionales.

3.- Libre comercialización y exportación de aguas y derechos de aguas

El TLC se convertiría en el marco legal de exportación de aguas por los vacíos legales en Bolivia; esto implicaría la imposibilidad de restringir su comercialización. Al liberar estas restricciones existe la posibilidad que no se pueda limitar la exportación de aguas por razones de carácter ambiental o social. Esta posibilidad tendría graves impactos en situaciones similares a la vivida en el Sudoeste Potosino donde la región tiene un ecosistema sensible (la precipitación pluvial es bajísima y por tanto la recarga de acuíferos subterráneos bastante lenta) y la exportación de aguas subterráneas proyectada en algún momento hubiera provocado un impacto ambiental considerable.

Las consideraciones realizadas sobre la restricción de comercio o “inversión” por razones ambientales o sociales tiene también validez para diversos productos y actividades en cuya producción el agua interviene de forma directa o indirecta. Nos referimos principalmente a los productos agrícolas, piscícolas y otros (manufacturas, minería, etc.).



:: 4. MARCO NORMATIVO SOBRE AGUAS E IMPACTOS POSIBLES DEL TLC EN EL PERU

Guillermo Rebosio Arana

El marco constitucional

La Constitución peruana vigente fue aprobada en 1993, bajo el gobierno de Alberto Fujimori, y profundiza los principios básicos del modelo aplicado desde 1990.

Es importante ubicar los textos constitucionales en el entorno político que los generó. Mientras que la posibilidad de otorgar concesiones en las constituciones de 1933 y 1979 no planteaba la creación de un mercado de derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales, en la Constitución de 1993 los artículos incorporaban conceptos en este sentido, como parte de un proceso de reformas estructurales encaminadas a promover la “privatización” del agua y a convertirla en un recurso susceptible de ser transado libremente en el mercado. En tal sentido, se habla directamente de la concesión a particulares para su aprovechamiento económico.

Las principales políticas sobre gestión y uso del agua

No obstante las modificaciones constitucionales efectuadas en el año 1993, la Ley de Aguas vigente data de 1969, y se elabora en el marco de la Constitución de 1933.

La Ley General de Aguas (Ley N° 17752, 25.07.1969) establece el régimen de aprovechamiento de este recurso, siendo aplicable a las aguas marítimas (comprendiendo las 200 millas de mar territorial), terrestres y atmosféricas del territorio nacional, en todos sus estados físicos.

En su Artículo 1º, la Ley declara que “las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado y su dominio es inalienable e imprescriptible” y que “no hay propiedad privada de las aguas, ni derechos adquiridos sobre ellas”. De acuerdo al Artículo 26º de la Ley General de Aguas, el orden de preferencia para el uso de las aguas es el siguiente:

- 1) Necesidades primarias y abastecimiento de poblaciones;
- 2) Cría y explotación de animales;
- 3) Agricultura;
- 4) Usos energéticos, industriales y mineros; y,
- 5) Otros usos.

Sin embargo, la Ley General de Aguas contempla la posibilidad de modificar el orden (a partir del tercer lugar), de acuerdo a una evaluación especial de las necesidades y factores como: características de la cuenca, disponibilidad de aguas, interés social y económico, entre otros.

El aprovechamiento del recurso requiere un permiso, autorización o licencia (según el caso), emitida por la Autoridad de Aguas, en tanto no impida la satisfacción de requerimientos establecidos anteriormente, no contamine o deteriore el recurso, las aguas sean apropiadas al uso al que se destinarán y no afecten otros usos públicos contemplados en la Ley. Del mismo modo, es preciso que las actividades que requieran el uso de aguas cuenten con la aprobación de las obras de infraestructura que sean necesarias para el uso solicitado.

El Estado asume directamente la responsabilidad de formular la política para el aprovechamiento de los recursos hídricos, de manera que se logre un uso racional y económicamente eficiente, teniendo en cuenta los múltiples sectores que demandan este recurso. Ello implica además llevar a cabo acciones o programas para “conservar, preservar o incrementar dichos recursos”, requiriéndose inventarios y evaluaciones actualizadas permanentemente.

FACULTADES DEL ESTADO SOBRE AGUAS

Es importante destacar que el Estado, aparte de reservarse la propiedad del recurso, según el Artículo 7º de la Ley General de Aguas tiene ciertas facultades para:

1. Reservar aguas para cualquier finalidad de interés público;
2. Reorganizar zonas, cuencas o valles para mejorar o hacer más eficiente el uso del agua;
3. Declarar zonas de protección donde se podrá regular o prohibir cualquier actividad que afecte el recurso;
4. Autorizar el desvío de aguas de una cuenca a otra;
5. Sustituir fuentes de abastecimiento, garantizando a los usuarios similar cantidad y calidad, para promover un aprovechamiento más eficiente del agua;
6. Declarar estados de emergencia cuando sea necesario, por razones de escasez, exceso de contaminación u otras causas.

Aplicar este marco legal la Ley crea dos tipos de Autoridad: Sanitaria y de Aguas.

La Autoridad Sanitaria es el Ministerio de Salud y sus dependencias, quienes tienen la responsabilidad de velar por la preservación del recurso, especialmente en lo que se refiere al control de emisiones de residuos contaminantes que causen daños a los seres humanos o al medio ambiente. Establece las condiciones para manejar estos desechos y, si es necesario, puede solicitar a la Autoridad de Aguas que suspenda el suministro de agua al infractor, en tanto se toman las medidas correctivas.

La Autoridad de Aguas está a cargo de los Ministerios de Agricultura y de Pesquería, aunque en la práctica el primero asumió esta función a través de su Dirección General de Agua, Suelos e Irrigaciones. En este sentido, el Artículo 19º dice que “la Autoridad de Aguas dictará las providencias y aplicará las medidas necesarias para evitar la pérdida de agua por escorrentía, percolación, evaporación, inundación, inadecuado uso u otras causas, con el fin de lograr la máxima disponibilidad de los recursos hídricos y mayor grado de eficiencia en su utilización”. Actualmente esta función ha recaído en la Intendencia de Recursos Hídricos (creada mediante Decreto Supremo N° 066-2002-AG, 01.01.2003), perteneciente al Instituto Nacional de Recursos Naturales – INRENA. Esta autoridad tiene también la función de señalar las prioridades para la inversión según sistemas hidrográficos, cuencas, valles y distritos de riego, en el marco de las políticas de desarrollo nacionales y los factores económicos y sociales. Bajo estas condiciones, los sectores que representan la mayor parte de los usos consuntivos del agua son agricultura y saneamiento.

Uso Agrícola del Agua

La gestión del agua para uso agrícola se basa en dos normas principales: la Ley General de Aguas y la Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario (Decreto Legislativo N° 653, 30.07.1991).

El Administrador Técnico del Distrito de Riego es la Autoridad Local de Aguas, teniendo como funciones “administrar las aguas de uso no agrario y agrario, de acuerdo a los Planes de Cultivo y Riego aprobados, teniendo en cuenta las realidades hidrológicas, agrológicas y climatológicas en el ámbito geográfico de su competencia” (Artículo 54º del D.L. N° 653).

El espacio geográfico que le corresponde será determinado por el Ministerio de Agricultura. El otorgamiento de cuotas de agua por parte de la Autoridad Local está sujeto a “las disponibilidades del recurso y las necesidades reales del objeto al que se destinen. Todo

otorgamiento de nuevos derechos requerirá del incremento previo de la disponibilidad del recurso agua” (Artículo 51º de la Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario).

Los usuarios del agua, por su parte, en cumplimiento del Artículo 136º de la Ley General de Aguas, deben organizarse en juntas “en las que la mayoría se computará por personas, teniendo representación la minoría”. El D.L. N° 653 recuerda que es obligatorio organizarse.

Si bien los usuarios de un Distrito de Riego deben organizarse en una Junta de Usuarios, aquellos que utilizan agua con fines agrarios deben conformar además una Comisión de Regantes para cada sector y subsector de riego. Ambas organizaciones tienen como objetivo “promover la participación activa y permanente de sus integrantes en la operación, mantenimiento, desarrollo y uso racional de los recursos agua y suelo, en concordancia con las disposiciones emanadas de la Autoridad de Aguas a nivel local y nacional”.

Actualmente, muchos detalles de aspectos relacionados a la gestión del agua y las organizaciones de usuarios están normados por el Reglamento de Organización Administrativa del Agua (Decreto Supremo N° 057-2000-AG, 08.10.2000), que modifica algunos puntos muy precisos de la normatividad hasta entonces vigente.

De acuerdo a esta norma, la Junta de Usuarios debe incluir a uno o dos representantes de las Comisiones de Regantes de su ámbito, así como a representantes de cada uno de los otros usos no agrarios (Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento, mineros, etc.). Destaca, sin embargo, el énfasis en la distinción entre “usuario de agua” y “usuario de agua hábil”, donde este último es “aquel que está al día en el pago de su tarifa por uso de agua” (Artículo 1º). Esto es importante, porque más adelante la norma precisa las obligaciones de los usuarios en general pero sólo reconoce derechos al usuario hábil. Esta diferenciación tiene efectos decisivos en aspectos de organización interna como el funcionamiento de la Asamblea General, cuyo quórum se computa exclusivamente de acuerdo a los usuarios hábiles.

Igualmente es importante lo que determina el Artículo 50º de este Reglamento para los usuarios agrarios: “el número de votos a que tiene derecho cada usuario de agua hábil, está únicamente en relación a la suma total de hectáreas bajo riego con régimen de licencia que figuren en el Padrón Electoral”. A éstos se les aplica una escala diferenciada para diversos rangos, fijando además un mínimo para aquellos que poseen menos de una hectárea. El régimen anterior puede variar en ciertos casos, ya que el D.L. N° 653 contempla la posibilidad de crear una Autoridad Autónoma de Cuenca Hidrográfica.

NORMAS SOBRE INVERSIÓN PRIVADA EN OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS

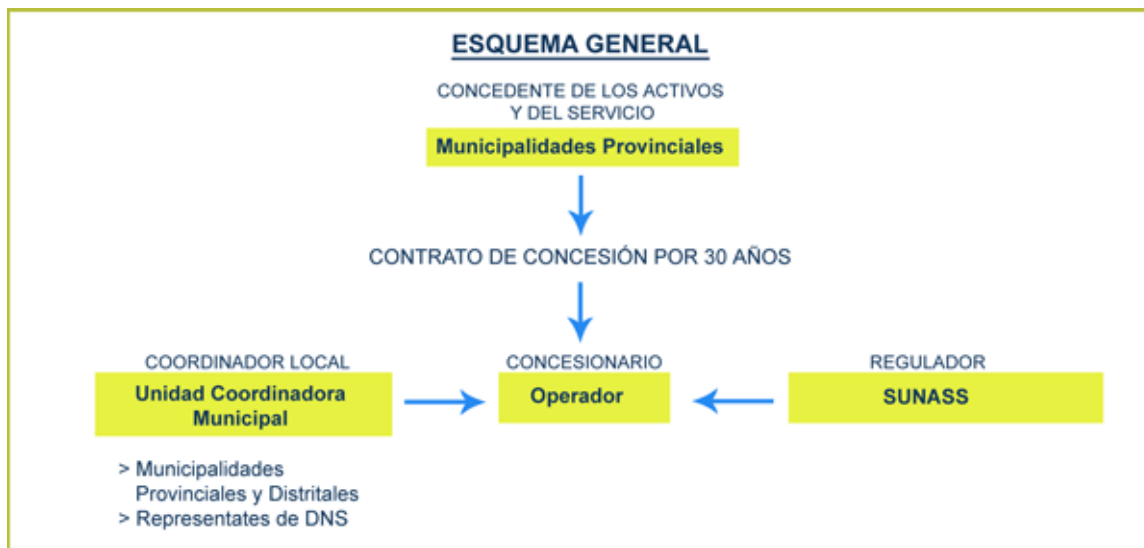
Norma	Contenido
Decreto Legislativo N° 758	Dicta normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos.
Decreto Legislativo N° 839	Aprueba ley de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos
Decreto Supremo N° 059-96-PCM	Texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.
Decreto Supremo N° 060-96-PCM	Reglamento del texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.
Decreto Supremo N° 132-97-EF	Aprueban reglamento de los beneficios tributarios para la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos .
Ley N° 26885	Aprueban ley de incentivos a las concesiones de obras de infraestructura y de servicios públicos .
Ley N° 27332	Ley marco de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos

FUENTE: PROINVERSION

Se deben destacar las siguientes normas específicamente dirigidas a la reformulación de la política de saneamiento:

- Decreto Legislativo N° 697 (07.11.1991).- Promueve la inversión privada en el campo del saneamiento, a nivel de explotación de los servicios, dejando la decisión del otorgamiento del correspondiente permiso a los Municipios.
- Decreto Ley N° 25965 (19.12.1992).- Crea la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento como el organismo encargado de proponer las normas para la prestación de los servicios de saneamiento, fiscalizar la prestación y promover el desarrollo de los mismos, así como resolver en última instancia los reclamos de los usuarios.
- Ley N° 26338 (24.07.1994).- Establece las competencias de las instituciones involucradas en el sector, determina los deberes y derechos de los usuarios y las Entidades Prestadoras, define el régimen tarifario, establece las condiciones y modalidades de la participación privada, entre otras cosas.
- Decreto Legislativo N° 908 (03.08.2000).- Denominada “Ley de Fomento y Desarrollo del Sector Saneamiento”, establece un nuevo esquema de regulación para el sector y amplía las modalidades de participación del sector privado en saneamiento.

Cuadro 2



FUENTE: PROINVERSION

Se puede observar, en el caso del servicio de saneamiento, que se cuenta con un marco legal y programas que tienen como objetivo captar la participación del sector privado en esta actividad.

TLC Andino y Agua: Impacto sobre las políticas públicas

Teniendo en cuenta los antecedentes reseñados anteriormente, es posible intentar una aproximación a los posibles impactos que tendría el TLC Andino sobre la gestión del agua, debiéndose señalar que el caso peruano parece guardar algunas diferencias sustanciales con los otros países andinos, ya que varios principios de la posición promovida por OMC y/o EE.UU. ya han sido asimilados.

El contexto para el inversionista extranjero en el marco del TLC se caracteriza entonces, por lo siguiente:

1. El derecho de recibir un trato no discriminatorio frente al inversionista nacional.
2. La libertad de comercio e industria, y la libertad de exportación e importación.
3. La posibilidad de remesar libremente al exterior las utilidades o dividendos, previo pago de los impuestos que le correspondan.
4. El derecho a utilizar el tipo de cambio más favorable existente en el mercado para el tipo de operación cambiaria que se trate.
5. El derecho a la libre reexportación del capital invertido, en el caso de venta de acciones, reducción de capital o liquidación parcial o total de las inversiones.
6. El acceso irrestricto al crédito interno, bajo las mismas condiciones que el inversionista nacional.
7. Libre contratación de tecnología y remesa de regalías.
8. Libertad para adquirir acciones de propiedad de inversionistas nacionales.
9. Posibilidad de contratar en el exterior seguros para su inversión.
10. Posibilidad de suscribir con el Estado, Convenios de Estabilidad Jurídica, para su inversión en el país.

Sin embargo, esto no significa que el TLC Andino no incluya algún efecto negativo marginal que debilite nuestros instrumentos de política o exponga a nuestros usuarios de agua a situaciones donde el interés privado predomine sobre el social, como podría ocurrir en los casos de servicios públicos que constituyen un tipo de monopolio.

Capítulo de Inversiones del TLC

El Capítulo de Inversiones de un Tratado de Libre Comercio intenta garantizar un conjunto de garantías mínimas al inversionista de una de las partes que intenta desarrollar actividades en la otra parte. Entre los principios mínimos que se busca establecer podemos mencionar:

a) Trato nacional: “Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio”.

b) Trato de nación más favorecida: “Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión,

administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio”.

Un balance preliminar: ¿Qué nos exige el TLC Andino?

El TLC Andino no sólo implica cambios en los mecanismos comerciales sino que también impone una serie de restricciones a las políticas públicas.

Pese a su importancia, el tema del agua no ha tenido mayor protagonismo en el debate de este tratado, que se ha centrado preferentemente en temas como propiedad intelectual y agricultura. Esto se explica por las diferentes exigencias del TLC en cada área.

Sin embargo, no puede obviarse la sensibilidad de la ciudadanía frente a este recurso imprescindible para la vida humana, por lo que lo más recomendable es sumar este elemento a los otros puntos críticos del TLC.

Como resultado de una decisión unilateral y su participación en espacios multilaterales como la OMC, el Perú adoptó tempranamente muchas de las disciplinas y principios promovidos por la OMC y ahora exigidos por los EE.UU. Estas políticas incluyeron el otorgamiento de trato nacional a los inversionistas extranjeros, el establecimiento del Artículo 55°: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

Sin embargo, algunas áreas de la gestión del agua difícilmente serán objeto de cambios sustanciales en su manejo, como el uso agrario, que gira alrededor de una compleja estructura de Juntas de Usuarios con un grado de organización y capacidad de movilización relativamente altos.

En cambio, sí se han observado avances significativos en la aprobación de un marco legal que permite la participación privada en áreas como infraestructura hidráulica y servicios de saneamiento. Si este marco no ha sido plenamente aplicado ha sido por falta de voluntad política y la extrema sensibilidad de la ciudadanía ante el temor de una elevación de las tarifas de agua.

El gobierno peruano, en este lapso, ha optado por reducir sus esfuerzos para rescatar o fortalecer a las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento, a cargo de las municipalidades, propiciando el surgimiento de corrientes de opinión que propugnan la privatización de esas empresas como única salida a la crisis de abastecimiento de agua a nivel local.

Bajo estas condiciones, el TLC Andino no exige un cambio sustantivo en las políticas hídricas en el área de saneamiento, puesto que la apertura del sector al capital privado se aceptó previamente y viene avanzando lentamente.



::5. GLOSARIO DE TERMINOS Y SIGLAS

ABIEUSA – Acuerdo Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos de Norteamérica

AGCS - Acuerdo General sobre Comercio de Servicios

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

ALCEUSA - Acuerdo de Libre Comercio entre Ecuador y Estados Unidos de Norteamérica

AMI - Acuerdo Multilateral de Inversiones

GATT - Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles de la OMC

W/120 - Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios

CAFTA – Central America Free Trade Agreement, Acuerdo de Libre Comercio de Centro América

CAN – Comunidad Andina de Naciones

CCP - Clasificación Central Provisional de Productos

CIADI - Centro Internacional de arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CIAMA – Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente de Dublín de 1992.

CNRH – Consejo Nacional de Recursos Hídricos de Ecuador.

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

CONAM – Consejo Nacional de Modernización del Estado del Ecuador

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

Dec. 292 - Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas

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

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

Dec. 507 - Actualización de la Nomenclatura NANDINA

FMI – Fondo Monetario Internacional

GWP – Global Water Partnership

HTS - Harmonized Tariff Schedule de Estados Unidos

IED – Inversión Extranjera Directa

INRENA – Instituto

MERCOSUR – Mercado común del Sur

NAFTA – North America Free Trade Agreement, Acuerdo de Libre Comercio de Norte América

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

OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development, Organización Para la Cooperación Económica y el Desarrollo

OMC – Organización Mundial de Comercio

PDESC – Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales

RADDHH - Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos ()

SA – Sistema Arancelario

TBI – Tratado Bilateral de Inversión

TLC – Tratado de Libre Comercio

TLCAN - Tratado de Libre Comercio de América del Norte

UNCITRAL - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional





Es una publicación de:

Agua Sustentable

realizada con el
apoyo de:



WWW.LAGUAVISIONSOCIAL.ORG



Av. Vera # 6766
(Irapu) La Paz, Bolivia
Teléfono/Fax: (591-2) 2151744
Cajilla de correo: 13078

Av. Hernando Siles Esq. Calle 9 # 3360
Zona Alto TEMPORAL
Cochabamba, Bolivia
Teléfono/Fax: (591-4) 4473381
(591-4) 4473825

e-mail: info@aguesustentable.org
www.aguesustentable.org