

Documento de Discusión

América Central: Servicios Ambientales, el AGCS, y el CAFTA

Luis Abugattas Majluf

Marzo 2005

División de Comercio de Bienes, Servicios y Productos Básicos

TNCDB

UNCTAD

América Central: Servicios Ambientales, el AGCS, y el CAFTA

Introducción

El Párrafo 31 de la Declaración Ministerial de Doha (DMD) destaca el objetivo de los países Miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC) de propender hacia a una mayor liberalización del comercio de bienes y de servicios ambientales mediante la reducción, y de ser apropiado, la eliminación de los aranceles y de las barreras no-arancelarias al comercio. No obstante, en el contexto de la actual ronda de negociaciones comerciales multilaterales, desarrollándose con base en el Programa de Trabajo de Doha, no se ha establecido un canal particular para negociaciones al amparo de este párrafo; y en el caso de los servicios ambientales estos se encuentran inmersos en las negociaciones que se vienen desarrollando en el marco del proceso que fuera lanzado en febrero del 2000 en virtud el mandato del Artículo XIX del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) Los servicios ambientales han mantenido un elevado perfil en estas negociaciones. Durante las etapas iniciales del proceso de negociación se presentaron siete propuestas referentes a los servicios ambientales, tanto por parte de países desarrollados como en desarrollo, constituyendo este sector uno de los sectores de servicios con mas actividad en este sentido. Asimismo, los principales países desarrollados han incorporado los servicios ambientales de manera preferente en las peticiones presentadas a los Miembros de la OMC con la finalidad de que se asuman mayores compromisos de liberalización durante la actual ronda de negociaciones.

La liberalización del comercio de servicios ambientales se propugna con base en que el libre comercio de estos servicios constituye un marco idóneo para la transferencia de tecnología protectora del medio ambiente, en los efectos favorables en cuanto a precio y eficacia de estos servicios, y debido a las posibilidades que el libre comercio puede ofrecer para incrementar los flujos de capital hacia países en desarrollo que permitirían realizar las inversiones necesarias para hacer frente a las crecientes demandas tanto por parte de la población como de los diferentes sectores productivos. En consecuencia los países desarrollados vienen impulsando la adopción de mayores compromisos por parte de los países Miembros de la OMC que conlleven a una efectiva liberalización de los mercados para estos servicios. La adopción de compromisos vinculantes en el marco del AGCS se espera que incremente la transparencia y la previsibilidad de los marcos regulatorios nacionales en beneficio tanto de los propios países que adopten compromisos, como de los operadores económicos en el ámbito internacional. La Comunidad Europea, entidad que ha demostrado un claro interés en este tema a lo largo del proceso de negociación, por ejemplo ha incorporado ambiciosas peticiones sobre los servicios ambientales en las peticiones iniciales presentadas a 72 de los 109 Miembros que recibieran petición por parte de dicha entidad. El interés en los servicios ambientales por parte de la Comunidad Europea fue reiterado en una segunda petición presentada a los Miembros

de la OMC en febrero 2005. Demandas para la liberalización de los servicios ambientales se han presentado aun a los países menos adelantados (PMA's) Las presiones para profundizar la liberalización de los servicios ambientales es uno de los temas que ha causado mayor preocupación a instituciones de la sociedad civil debido a su posible impacto sobre el bienestar, en particular de los segmentos más pobres de la población.

Durante la Ronda Uruguay un limitado numero de países asumieron compromisos específicos en el marco del AGCS con respecto a los servicios ambientales. Solo 38 de los Miembros de la OMC incorporaron algún compromiso sobre servicios ambientales en las Listas Nacionales. Estos comprenden a la mayoría de los países desarrollados, países de Europa del Este y algunos países del Africa. Los países desarrollados asumieron compromisos significativos sobre servicios ambientales comprometiendo un marco regulatorio vigente bastante liberal. Solo 2 países de América Latina y del Caribe, Colombia, y El salvador, y 2 del Asia asumieron compromisos sobre estos sectores, aunque de carácter limitado.¹ Colombia y El Salvador solo asumieron compromisos sobre "otros servicios ambientales". A diferencia de lo ocurrido durante la Ronda Uruguay, en la actual ronda de negociaciones sé esta ejerciendo presión sobre los países en desarrollo para que adquieran compromisos significativos en el caso de los servicios ambientales. La mayoría de los países desarrollados, entre otros los Estados Unidos, la UE, Noruega, Suiza, Australia, y Nueva Zelanda, han incorporado los servicios ambientales en las peticiones presentadas a los Miembros de la OMC. Así mismo, estos países han presentado algunas modificaciones de sus compromisos en las ofertas iniciales, en algunos casos solo con la finalidad de adaptar los compromisos existentes a una nueva clasificación. Un numero limitado de países en desarrollo, solo tres, han asumido nuevos compromisos en servicios ambientales en las ofertas iniciales presentadas hasta la fecha en las actuales negociaciones.

En la OMC, de manera paralela con las negociaciones al amparo del Artículo XIX del AGCS, se vienen desarrollando negociaciones en los órganos Subsidiarios al Consejo sobre el Comercio de Servicios (CCS) Estas negociaciones se encuentran íntimamente entrelazadas con el proceso de petición-oferta para la adopción de nuevos compromisos específicos sobre acceso a mercado y trato nacional, y pueden conllevar importantes implicaciones para el caso de los servicios ambientales. Las negociaciones sobre regulación domestica que se llevan a cabo en el Grupo de Trabajo sobre regulación Domestica (GTRD) al amparo del Artículo VI.4 del AGCS, y las negociaciones sobre normas desarrollándose en el Grupo de Trabajo sobre Normas (GTN), que comprenden negociaciones sobre medidas de salvaguardia urgentes bajo el Artículo X del AGCS, contratación publica bajo el Artículo XIII del AGCS, y subvenciones al amparo del Artículo XV, pueden tener un importante efecto sobre el marco de normas y disciplinas multilaterales en el cual se desenvolverá el comercio de servicios ambientales en el futuro. No obstante, hasta la fecha no se verifica ningún avance significativo en estas negociaciones, a pesar de que se iniciaran ya hace mas de una década.

Adicionalmente a una activa participaron en las negociaciones en curso en la OMC, los países de América Latina y del Caribe se encuentran en la actualidad comprometidos en un complejo escenario de negociaciones comerciales que

¹ Ecuador, en el marco del proceso de negociación para acceder a la OMC adopto compromisos significativos en todas las categorías de servicios ambientales.

involucran la liberalización del comercio de servicios. Los países de la región vienen participando en las negociaciones para el establecimiento del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA); aunque el futuro de dicho proceso es aún totalmente incierto. Se han suscrito acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos con Chile y Centro América (CAFTA), al que se ha acoplado la República Dominicana; y se encuentran en proceso de negociación acuerdos entre los Estados Unidos con Panamá y con algunos países andinos -Colombia, Ecuador y Perú, acuerdo que se espera que Bolivia se incorpore en su momento. De manera paralela se vienen desarrollando otros procesos de negociación en los que participan países del hemisferio, tales como las negociaciones entre Canadá con CARICOM y Costa Rica; las negociaciones en curso entre MERCOSUR y CARICOM con las Comunidades Europeas, la última en el marco del Acuerdo de Cotonou; y se han anunciado el inicio de conversaciones entre la Comunidad Europea con Centro América y con la Comunidad Andina tendientes a la suscripción de ambiciosos acuerdos comerciales. Adicionalmente países de la región han iniciado un número de iniciativas comerciales bilaterales tanto en el ámbito regional como con países de otras regiones.

En el ámbito sub-regional se viene implementando la liberalización del comercio de servicios al interior de las diferentes agrupaciones de países. En la Comunidad Andina, según lo estipulado en las Decisiones 439 y 510 de la Comisión de la Comunidad Andina, la liberalización del comercio de servicios debe haberse perfeccionado para el 2005 aunque se observa un sensible retraso en el proceso. De igual manera los países del MERCOSUR vienen desarrollando acciones en el marco del Protocolo de Montevideo tendientes a la liberalización del comercio de servicios. Por su parte CARICOM viene implementando las disposiciones del Capítulo III del Tratado de Chaguaramas con el objeto de garantizar el derecho a establecimiento y la libre movilidad de capitales, servicios y personas al interior del bloque. En el caso del Mercado Común de Centro América (MCCA) no se ha adoptado un régimen propio para la liberalización del comercio de servicios, incluyéndose el comercio de servicios entre los países Centro Americanos dichos países bajo la cobertura del CAFTA.

Los diferentes procesos encaminados a la liberalización del comercio de servicios se encuentran estrechamente entrelazados configurando un complejo entorno en el cual deben desenvolverse los países de la región. En este marco la negociación de acuerdos bilaterales con los Estados Unidos constituye un elemento de gravitante importancia. Los acuerdos bilaterales vienen extendiendo progresivamente el modelo NAFTA para la liberalización del comercio de servicios, con algunas modificaciones, a toda la región. Estos acuerdos establecen precedentes y afectan los espacios de negociación de los países en otros procesos de negociación, en particular en el ALCA en caso que dicho proceso continúe dentro del esquema originalmente concebido. Con respecto a su contenido es de esperar que en principio los acuerdos aspiren a la introducción de disciplinas que a la vez que les confieran individualidad con respecto a las normas y disciplinas multilaterales permitan refinar y aclarar algunos de los aspectos que evidentemente no están del todo claros en el AGCS y que han generado ya diferentes interpretaciones. Así mismo, los acuerdos regionales y bilaterales deberían tender a avanzar en determinadas áreas más allá de las obligaciones dimanantes del AGCS, y abordar aquellos aspectos que la experiencia en el ámbito multilateral han demostrado que requieren un mayor desarrollo, para garantizar la eficacia de los compromisos de liberalización asumidos. Sin embargo, del análisis del contenido de los acuerdos bilaterales que se presenta en este Capítulo se desprende que estas condiciones no necesariamente se han alcanzado.

En este capítulo se abordan algunos aspectos concernientes a las disciplinas sobre el comercio de servicios incorporados en el CAFTA. El objetivo del capítulo es analizar a la luz de las provisiones del AGCS, y de otros acuerdos vigentes en la región, las implicancias de algunas de las provisiones contenidas en el CAFTA, abordando al mismo tiempo el significado de dichas provisiones para el caso particular de los servicios ambientales. No obstante que el CAFTA se ha moldeado a la luz del NAFTA, existen algunas diferencias con dicho acuerdo y también existen importantes diferencias entre diferentes acuerdos bilaterales recientemente suscritos por los Estados Unidos. No se pretende un análisis exhaustivo de los estos acuerdos. Se hace referencia a ellos exclusivamente en aquellos casos en que existen diferencias relevantes para el objeto del análisis.

En la primera sección del capítulo se presenta un breve análisis de la dinámica del mercado de los servicios ambientales en el ámbito mundial, abordando al mismo tiempo la discusión sobre temas de clasificación sobre lo cual se ha centrado gran parte de la atención en las negociaciones en la OMC. La segunda sección del capítulo analiza las provisiones del CAFTA a la luz de las del AGCS evaluando sus implicaciones para el caso particular de los servicios ambientales. En la tercera sección se presentan algunas observaciones generales a modo de conclusión.

1. Los Servicios Ambientales²

Los servicios ambientales constituyen parte de la denominada industria ambiental. La industria ambiental, que comprende bienes y servicios ambientales y la comercialización de recursos -entre otros, venta de material reciclado y agua- ha experimentado un rápido crecimiento durante las últimas dos décadas. Se ha estimado que los ingresos de la industria ambiental se incrementarían de los 470 billones de dólares alcanzados en 1997, a más de 600 billones de dólares para el 2010.³ En términos generales la industria ambiental rivalizaría en importancia con la industria farmacéutica y de las tecnologías de la información en el ámbito internacional. Los servicios ambientales representan aproximadamente el 50 por ciento del total de la industria ambiental en el mundo.

Los servicios ambientales han sido definidos como aquellas actividades generadoras de ingresos relacionadas con el cumplimiento de regulación ambiental, evaluación ambiental, análisis, protección y control de la contaminación, manejo de desperdicios, remedio de daño ambiental, y la provisión de recursos ambientales tales como agua, material reciclado y energía limpia, y actividades para incrementar la eficiencia de recursos y energía, incrementar la productividad y permitir el desarrollo

² Para una discusión amplia de la estructura y dinámica de los servicios ambientales referirse a: UNCTAD (2003) *Energy and Environmental Services: Negotiating Objectives and Development Priorities*, Edited by Simonetta Zarrilli, También; OMC (1998) *Environmental Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/46*, July; y, OECD (2000) *Environmental Goods and Services, Benefits of Further Global Trade Liberalization*, Paris, COM/TD/ENV(2000)86/FINAL, 5 de octubre.

³ OMC (1998) *Environmental Benefits of removing Trade Restrictions and Distortion*, Note by the Secretariat (Addendum), WT/CTE/W67/Add.1, marzo. Existen diferentes estimados con respecto al tamaño del mercado de la industria ambiental en el ámbito internacional dependiendo, entre otros factores, en el método de cuantificación y de las actividades que se consideran dentro de esta industria para tal efecto. El mercado generalmente se estima en función de las ventas de equipo, servicios y recursos ambientales. Por ejemplo, la Comunidad Europea estima que el mercado solo de los servicios ambientales alcanzara 640 mil millones de US \$ en el 2010. Ver; OMC, S/CSS/W/38 del 22 diciembre de 2000.

sustentable.⁴ Según estimados el mercado mundial de servicios ambientales se distribuye de la siguiente manera: el 26 por ciento de los ingresos están generados por los servicios de purificación y distribución de agua y un 14 por ciento por el tratamiento de aguas servidas. Así el 40 por ciento del mercado constituye el manejo del agua. Un 22.6 por ciento está representado por el manejo de residuos sólidos, el 6 por ciento por servicios de consultoría e ingeniería ambiental, y un 3.5 por ciento por actividades de remedio ambiental y servicios ambientales industriales. El 28 por ciento restante corresponde a una amplia variedad de diversas actividades consideradas como servicios ambientales.⁵ El 85 por ciento del mercado para servicios ambientales se encuentra en los países desarrollados, Estados Unidos representando casi el 50 por ciento del total del mercado mundial. Las principales empresas oferentes de servicios ambientales son empresas de países desarrollados. Los servicios ambientales han venido experimentando en el ámbito mundial una tasa de crecimiento anual del orden de 10 por ciento.

Se presentan diferencias significativas en la estructura y comportamiento de los mercados entre los países desarrollados y los en desarrollo. En el primer caso la industria presenta hoy en día, características de un sector maduro con desaceleración del crecimiento, incremento de la competencia, reducción significativa de la rentabilidad, presión sobre los precios, mayor sofisticación del consumidor, incremento de la concentración y la progresiva consolidación en el mercado de las empresas más grandes mediante fusiones y adquisiciones. El crecimiento del sector de los servicios ambientales en las economías desarrolladas se ha reducido progresivamente al madurar el sector. De una tasa de crecimiento promedio anual de 10-15 por ciento durante 1985/90, esta disminuyó a un rango de 2-5 por ciento durante 1991/99, estimándose en la actualidad una tasa de crecimiento del orden del 1.2 por ciento. Al mismo tiempo la rentabilidad se ha contraído de los niveles alcanzados durante los ochentas, tasa superior al 10 por ciento, a niveles del orden del 2 al 3 por ciento sobre ingresos en la actualidad. Las actividades de servicios ambientales reflejan aun un reducido nivel de internacionalización. En los casos de la Comunidad Europea y Japón solo entre el 15 y 20 por ciento del total de los ingresos de la industria se genera por actividades fuera del mercado doméstico, y en el caso de los Estados Unidos solo un 10 por ciento. No obstante, en este último caso el 50 por ciento del crecimiento del sector en los últimos años se explica por incremento de las exportaciones de servicios ambientales, destacando el creciente papel de la internacionalización para el desarrollo de estas actividades.

La situación del mercado para servicios ambientales en los países en desarrollo es diferente. El mercado se encuentra en rápida expansión con tasas de crecimiento de entre el 10 y el 15 por ciento anual. La participación de los países en desarrollo en el mercado mundial de servicios ambientales se ha incrementado del 7 por ciento en 1996, a un 10 por ciento en 1994 y se estima que representará el 15 por ciento del mercado mundial en el 2010. La demanda por servicios ambientales responde, entre otros, a dos factores fundamentales. Por un lado al crecimiento de la población y la urbanización, y por otro al establecimiento de regulación ambiental que genera una demanda inducida por servicios para adecuarse a dicha regulación. Estos factores son los que explican el rápido crecimiento del sector en los países en desarrollo, que experimentan rápida urbanización y crecimiento poblacional a la vez

⁴ US Environmental Industry.

⁵ Ferrier, Grant. (2003), *The Environmental Industry and the Prospects for Building Capacity in Developing Nations*, en UNCTAD (2003) op.cit

que se encuentran implementando nueva regulación ambiental; a diferencia del caso de los países desarrollados en los cuales el proceso de implementación de regulación y la necesaria adecuación de los agentes económicos se encuentra en una etapa bastante avanzada. Adicionalmente, la creciente preocupación por el impacto ambiental de la actividad humana ha generado una fuerte presión pública para enfrentar este problema, contribuyendo significativamente a generar una demanda por los servicios ambientales.

El estancamiento del mercado en los países desarrollados por efecto de saturación, que responde en gran medida al efecto de la progresiva reducción del efecto inducido por regulación, y el rápido crecimiento de la demanda en los países en desarrollo es lo que ha motivado a las empresas de servicios ambientales a incursionar más agresivamente en el mercado internacional, en particular a buscar oportunidades en los países en desarrollo. Así mismo, esta realidad explica las presiones en los diferentes foros de negociación para que los países en desarrollo asuman compromisos vinculantes de liberalización de sus mercados para los servicios ambientales. Los compromisos relacionados con temas ambientales incorporados en los acuerdos comerciales, como el Capítulo sobre Medio Ambiente del CAFTA, tendrán el efecto de impulsar nueva regulación y garantizar su cumplimiento, con lo que es de esperarse que la demanda por servicios ambientales inducida por regulación se incremente como resultado de la implementación de dichos compromisos.

Es menester destacar el hecho que los servicios ambientales comprenden una heterogénea gama de actividades que difieren tanto en la estructura de la industria y comportamiento de los mercados, como en los requerimientos de regulación. Estas diferencias no pueden soslayarse en el análisis de la situación de estos servicios en países en desarrollo, y en la evaluación de las opciones de política, incluyendo de comercio exterior, orientadas a potenciar la contribución de estas actividades al desarrollo sustentable y consecución de objetivos sociales. Los servicios ambientales comprenden tres grandes grupos de actividades.

Una primera categoría que podría definirse como servicios ambientales de naturaleza infraestructural con características de "*merit goods*".⁶ En esta categoría se incluye los servicios de alcantarillado y saneamiento, y de ser el caso purificación y distribución de agua. Estos servicios representan el 62 por ciento del mercado mundial de servicios ambientales. Con respecto a los servicios de índole infraestructural el "servicio universal", la accesibilidad en términos de costo, y la calidad del servicio constituyen los temas de preocupación central de la sociedad. Estos servicios requieren del establecimiento de un marco de regulación efectivo que garantice el logro de los objetivos de cobertura y accesibilidad. La demanda por estos servicios es función del crecimiento poblacional y de la urbanización. Los mayores desafíos que enfrentan los países en desarrollo con respecto a estos servicios son fundamentalmente de capacidad administrativa y gerencial para el manejo del servicio y la disponibilidad de recursos financieros para llevar a cabo los niveles de inversión que se requieren frente a una creciente demanda. En éste caso los aspectos tecnológicos, si bien importantes se considera no constituyen una seria limitación.⁷ Otro desafío es la capacidad de

⁶ Estos constituyen bienes y servicios que independientemente de cualquier otra consideración, como sería el tema de externalidades, la sociedad considera que deben estar al alcance de toda la población y su suministro asegurado.

⁷ UNCTAD (2003) Report on the Expert Meeting on Environmental Goods and Services in Trade and Sustainable Development. TD/B/COM.1/EM.21/2.

implementar y administrar una debida regulación en caso de abrirse estas actividades a la participación privada en la provisión de servicios.

La provisión de estos servicios de carácter infraestructural, tanto en países desarrollados como países en desarrollo, esta aun dominada en la gran mayoría de los casos por el Estado, aunque se verifica diferentes roles para los gobiernos locales, estatales o central dependiendo del país. En los Estados Unidos, por ejemplo, mas del 90 por ciento de la provisión de agua para consumo humano es realizada por entidades publicas, y el 95 por ciento del manejo de aguas servidas. Sin embargo, una tendencia manifiesta, tanto en países desarrollados como en países en desarrollo es la progresiva apertura a la participación del sector privado en la provisión de alguno de estos servicios. La participación del sector privado se viene promoviendo bajo diferentes modalidades, incluyendo contratos de servicios o de administración de entidades publicas, leasing, contratos BOT, concesiones y la privatización de activos públicos. No obstante, los casos de privatización total o extensa de estos servicios, tal como los casos del Reino Unido, Chile o Francia, son aun contados.⁸

Un segundo grupo de actividades puede clasificarse como servicios ambientales comerciales que incorporar actividades relacionadas con el manejo de la contaminación, aquellas relacionadas con tecnologías limpias orientadas a reducir el impacto ambiental de tecnologías procesos y productos; y, actividades de manejo de recursos orientadas al uso eficiente y sustentable de estos. La demanda por estos servicios es básicamente regulación-inducida, y su provisión por lo general, tanto en países desarrollados como en desarrollo se realiza a través del mercado. La demanda por estos servicios proviene principalmente de empresas en diferentes sectores de la actividad económica y del gobierno en sus diferentes niveles, central, estatal o local. Finalmente, existe un conjunto de servicios relacionados que tienen, entre otros usos, un componente ambiental. Esta ultima categoría incluiría una amplia gama de servicios, entre otros, servicios tales como ingeniería, diseño, construcción, consultoria y laboratorios de prueba. Este ultimo tipo de servicios comparte las características del grupo anterior. La principal diferencia radica en que los anteriores constituyen servicios ambientales centrales, en cambio esta categoría podría ser considerada como actividades asociadas de cuyo concurso se requiere para el suministro de servicios ambientales.

Temas de clasificación

Existe un creciente consenso con respecto a que las clasificaciones existentes de los servicios ambientales no reflejan de manera adecuada la actual estructura de la industria y el funcionamiento de los mercados. En consecuencia se han adelantado propuestas alternativas para clasificar estos servicios, incluyendo propuestas en el marco de las negociaciones en el AGCS para ser consideradas en la consignación de compromisos específicos.⁹ En efecto gran parte de la discusión sobre servicios ambientales en las negociaciones en la OMC se han centrado sobre el tema de clasificación. No se ha logrado consenso hasta la fecha sobre una nueva clasificación a ser utilizada en el AGCS.¹⁰ En la actualidad existen tres clasificaciones de servicios

⁸ Para una relación de diferentes experiencias con respecto a la apertura del sector a la participación del sector privado referirse a: OECD (2000) op.cit.

⁹ Un trabajo muy influyente ha sido el de la OCDE y Eurostat. OECD/Eurostat (1999); Environmental Goods and services Industry Manual for the Collection and Analysis of Data.

¹⁰ El tema de la discusión sobre la clasificación de servicios ambientales es ampliamente abordado en Vikhlyaev Alexey; Environmental Goods and Services: Defining Negotiations or Negotiating Definitions, en UNCTAD Trade and Environment Review 2003, Nueva York y Ginebra 2004.

sancionadas oficialmente de alguna manera. La Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios (W/120), adoptada en el marco de las negociaciones del AGCS durante la Ronda Uruguay¹¹; La Clasificación Central Provisional de Productos (CCP) de 1991; y, la Clasificación Central de Productos de 1997. La Tabla 1 presenta la cobertura de los servicios ambientales en cada una de estas clasificaciones.

Tabla 1
Clasificación de los Servicios Ambientales

W/120	CCP Provisional 1991	CCP 1997
A. Servicios de Alcantarillado (9401)	9401 Servicios de Alcantarillado	941 Servicios de Alcantarillado 94110 Tratamiento de aguas servidas 94120 Limpieza y vacío de tanques.
B. Servicios de eliminación de residuos (9402)	9402 Servicio de eliminación de residuos	942 Servicio de eliminación de residuos 94211 Recojo de desperdicios no peligrosos 94212 Tratamiento y deshecho de residuos no peligrosos 94221 Recojo de desechos peligrosos 94222 Tratamiento y deshecho de residuos peligrosos.
C. Servicios de saneamiento y similares (9403)	9403 Servicios de saneamiento y similares	943 Servicios de saneamiento y similares 94310 Servicios de limpieza y remoción de nieve 94390 Otros servicios de saneamiento
D. Otros servicios (9409)	9404 Servicios de limpieza de gases de escape 9405 Servicios de lucha contra el ruido 9406 Servicios de protección de la naturaleza y el paisaje 9409 Otros servicios n.e.o.p	949 Otros servicios de protección ambiental n.e.o.p

La propuesta de clasificación presentada en el marco de las negociaciones en el AGCS por la Comunidad Europea, basada en trabajo previo realizado por al OCDE, se ha venido imponiendo, de alguna manera, en el proceso.¹² No obstante, la incorporación de los servicios de captación, depuración y distribución de agua para consumo humano en dicha propuesta ha sido un tema altamente contencioso y no ha sido aceptado por los países desarrollados, menos por los en desarrollo. Suiza también presentó una propuesta similar, pero sin incluir agua para consumo humano.¹³ La propuesta Europea considera siete categorías de servicios ambientales básicos, y un conjunto de subsectores relacionados con el medio ambiente que podrían ser objeto de una negociación por grupos juntos con los servicios comprendidos en la clasificación ambiental. Estos subsectores comprenden servicios prestados a las empresas, servicios

¹¹ OMC. MTN.GNS/W/120 de 1991.

¹² OMC. S/CSS/W/38, 22 de diciembre de 2000. Esta propuesta ha sido apoyada por otros países desarrollados como los Estados Unidos, Australia, y Suiza con algunas reservas menores. Algunos países han utilizado esta propuesta para reestructurar en las ofertas iniciales presentadas los compromisos asumidos en el AGCS.

¹³ OMC. S/CSS/W/76, 4 de mayo de 2001.

de investigación y desarrollo, servicios de consultoría, contratación e ingeniería, servicios de construcción, servicios de distribución, de transporte y otros servicios, todos estos en el extremo que incluyen un componente ambiental. La Tabla 2 presenta las categorías de servicios ambientales según la propuesta de la Comunidad Europea..

Tabla 2
Clasificación de los Servicios Ambientales
S/CSS/W/38 Propuesta Comunidad Europea

Clases de Servicios	CPC 1991	CCP Versión 1 1997
6A) Agua para consumo humano y gestión de aguas residuales. -Servicios de captación, depuración y distribución de agua por tubería, excepto vapor y agua caliente. - Servicios de alcantarillado	Parte del 1800 9401, 94010	69210, 86223, parte del 94900 9411, 94110, 94120
6B) Manejo de Desechos sólidos/peligrosos - Servicios de eliminación de residuos - Servicios de saneamiento y similares	94020 94030	94211, 94212, 94221, 94222. 94010, 94390
6C) Protección del aire, ambiente y clima - Servicios para reducir los gases de combustión y otros emisores y mejorar la calidad del aire-	94040	Parte del 94900
6D) Restablecimiento y limpieza del suelo y agua	Parte del 94060	Parte del 94900
6E) Reducción del ruido y las vibraciones	94050	Parte del 94900
6F) Protección de la diversidad biológica y del paisaje	Parte del 94060	Parte del 94900
6G) Otros servicios ambientales y auxiliares	Parte del 94090	Parte del 94900

2. La Liberalización del Comercio de Servicios en el CAFTA a la luz del AGCS: El caso de los servicios ambientales

Para efecto de analizar el contenido del CAFTA, y las diferencias más resaltantes con el AGCS, se ha utilizado el marco lógico que informa, por lo general, los acuerdos para la liberalización del comercio de servicios. Los acuerdos se estructuran alrededor de cuatro componentes básicos: (i) alcance y cobertura; (ii) los principios de liberalización que se incorporan en el acuerdo; (iii) el mecanismo para la adopción de compromisos; y, (iv) las disciplinas conexas que se incorporan para garantizar la eficacia de los compromisos y salvaguardar algunas sensibilidades de los participantes. Dependiendo de la naturaleza de las disciplinas que se adopten con

respecto a estas áreas se pueden estructurar diferentes tipos de acuerdos para la liberalización del comercio de servicios.¹⁴

2.1 Alcance y Cobertura

El alcance y la cobertura de un acuerdo se define por tres elementos sustantivos: las medidas cubiertas por el acuerdo, los modos de suministro comprendidos, y la cobertura sectorial. Una comparación con respecto al alcance y la cobertura del CAFTA y del AGCS demuestra que existen algunas importantes diferencias sobre las cuales es pertinente hacer algunas precisiones, indicando al mismo tiempo lo relevante para el caso de los servicios ambientales.

Medidas Cubiertas por el Acuerdo

El AGCS no contiene una definición de que son los servicios; y a su vez el Organismo de Apelación, en los casos ventilados hasta la fecha, no ha estimado necesario definir el término en abstracto y ha optado por una aproximación pragmática indicando que sector en concreto fue el afectado en el respectivo caso. El AGCS, según lo establecido en el Artículo 1.1, "se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten el comercio de servicios". En el CAFTA y en los otros acuerdos bilaterales de los Estados Unidos se ha incorporado una fórmula derivada del NAFTA, estableciendo que el Capítulo de servicios se aplica a las "medidas que adopte o mantenga una Parte que afectan el comercio transfronterizo de servicios por un proveedor de servicios de otra parte", ampliándose así mismo la lista indicativa de las medidas con respecto a lo establecido en el Artículo XXVIII del AGCS.¹⁵ En los acuerdos bilaterales, como el CAFTA, se precisa que el acuerdo abarca las medidas que afecten el comercio mediante su efecto sobre el proveedor de servicios.¹⁶

En el marco del AGCS se ha producido alguna discusión sobre el alcance del término "afecten el comercio de servicios" en virtud de que resulta difícil establecer una línea divisoria respecto al ámbito de aplicación de las disciplinas con respecto a las medidas comprendidas. El rango de medidas comprendidas bajo el alcance de un acuerdo dependerá de la interpretación de dicho término. La dificultad de interpretación ya se ha puesto en relieve en los primeros grupos especiales e inclusive en recomendaciones del Organismo de Apelación (OA) que ha formulado interpretaciones muy amplias sobre el alcance de la palabra *afectan*, denotando la intención de dar un amplio campo de aplicación al AGCS. Según recientes conclusiones del OA, la palabra *afectar* en su sentido corriente denota una medida que tiene *efecto sobre* y ello implica un amplio campo de aplicación superando, al igual

¹⁴ Este tema ha sido desarrollado en Abugattas, Luis y Stephenson, Sherry (2002); "Liberalization of Trade in Services: Options and Implications", en Diana Tussie (ed) Trade Negotiations in Latin America: Problems and Prospects.

¹⁵ Se precisa que el acuerdo incluye medidas que afecten la producción, distribución, comercialización, venta y suministro de un servicio, y el otorgamiento de una fianza u otra forma de garantía financiera como condición para la prestación de un servicio. Así mismo, se reformula lo establecido en el Artículo XXVIII c) ii) del AGCS precisando que incluye medidas que afecten el acceso y uso de sistemas de distribución y transporte, o de redes de telecomunicaciones y los servicios relacionados con el suministro de un servicio. Esta formulación precisa el alcance del acuerdo aun más que lo establecido en el NAFTA.

¹⁶ El alcance de esta precisión es relevante con respecto a medidas que afectan directamente al consumidor en lo referente al suministro de un servicio en el territorio de un miembro a un consumidor de cualquier otro miembro (Modo 2) En el caso del AGCS el alcance del Modo 2 se definió en las Directivas para la Consignación de Compromisos Específicos (S/L/92) párrafos 29-31. Se aclara que las obligaciones y los compromisos del acuerdo se refieren directamente al tratamiento de los servicios y los proveedores de servicios.

que conclusiones equivalentes sobre interpretaciones en cuestiones del GATT, el alcance de términos tales como "regular" o "regir".¹⁷ En términos de esta interpretación amplia, el ámbito de las medidas relacionadas con los servicios ambientales que estarían bajo el alcance del acuerdo, en el extremo que afectan el comercio de servicios, es sumamente extenso. En el CAFTA, al igual que en otros acuerdos bilaterales, no se ha introducido mayor claridad con respecto a este tema quedando igualmente abierta la interpretación del alcance del término "afectan el comercio de servicios", y por lo tanto el ámbito efectivo de las medidas comprendidas bajo los acuerdos.

La definición incorporada de "medida" en el CAFTA y en los otros acuerdos bilaterales de los Estados Unidos es similar a la comprendida en el Artículo XXVIII del AGCS y la utilizada en algunos de los acuerdos sub-regionales vigentes, tales como la Decisión 439 de la Comunidad Andina y el Protocolo de Montevideo. El término "medida" comprende toda disposición, independientemente de su forma jurídica y del nivel de gobierno de que emanen, incorporando también aquellas que emanan de instituciones no gubernamentales con facultades delegadas por cualquier nivel de gobierno. No obstante, si bien es cierto que las medidas emanadas de los gobiernos locales son incorporadas en la definición de medida en el CAFTA y otros acuerdos bilaterales, en la práctica son excluidas de su alcance mediante una provisión expresa.¹⁸ En este sentido los acuerdos bilaterales tienen un alcance más limitado que el AGCS, en el cual las medidas en el ámbito de gobierno local se encuentran comprendidas, salvo limitación expresa, en los compromisos específicos de los Países Miembros. Esto es relevante en la medida en que los servicios ambientales se encuentren bajo la jurisdicción de los Gobiernos locales, tal como es el caso de los servicios de saneamiento en muchos países. Mas aún, en las reservas inscritas por los Estados Unidos en el Anexo I del CAFTA sobre medidas no conformes, dicho país se ha reservado para todos los sectores todas las medidas disconformes en el ámbito regional en todos los Estados, el Distrito de Columbia y Puerto Rico. Por lo tanto la cobertura en este caso se limita a medidas emanadas del Gobierno Federal incrementando así la discrepancia con la cobertura del AGCS. Dado que en dicho país, en gran medida, muchos de los servicios ambientales, en particular los infraestructurales pero no exclusivamente ellos, son regulados por las autoridades locales o Estatales, estas reservas tienden a excluir en la práctica dichos servicios de cualquier obligación derivada de los acuerdos.

El CAFTA y otros acuerdos bilaterales han excluido de su cobertura determinado tipo de medida. El CAFTA explícitamente excluye de los alcances del acuerdo "los subsidios o donaciones otorgados por una Parte, incluyendo los préstamos, garantías y seguros apoyados por el Estado".¹⁹ En esta área igualmente se observa, en estos acuerdos, un alcance más limitado que el establecido en el AGCS. Los subsidios se encuentran comprendidos bajo el alcance del AGCS en cuyo marco un Miembro que comprometa trato nacional, si no inscribe la reserva expresa con respecto a los subsidios, deberá dar el mismo trato a los proveedores de servicios

¹⁷ El análisis sobre el alcance del término "afectan" se ha producido en el contexto de los casos EC-Bananas III y Canadá-Autos 2000. Para un análisis legal del concepto referirse a: Drager, Fidler, Correa, et.al (2003). Legal Review of the GATS from a Public Health Perspective. Mimeo.

¹⁸ En el CAFTA el Artículo 11.6 sobre Medidas Disconformes establece que las obligaciones sustantivas del capítulo no se aplican a cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por una Parte en un gobierno a nivel local.

¹⁹ Artículo 11.1 del CAFTA. El Acuerdo con Chile precisa adicionalmente que quedan excluidos los subsidios y donaciones por una empresa del Estado.

extranjeros.²⁰ Adicionalmente, el Artículo XV del AGCS dispuso negociaciones para establecer disciplinas con miras a elaborar disciplinas multilaterales necesarias para evitar distorsiones en el comercio de servicios. Las negociaciones se vienen llevando a cabo en el Grupo de Trabajo sobre Normas del AGCS (GTN) y deben concluir antes de la finalización de la actual ronda de negociaciones multilaterales. La exclusión de los subsidios del alcance del acuerdo significa eliminar aun la posibilidad de desarrollar disciplinas para evitar los efectos perversos de estas medidas sobre el comercio de servicios.

Existe evidencia de la utilización de subsidios por parte de los principales países exportadores de servicios ambientales con la finalidad de apoyar la incursión de sus empresas en el mercado internacional.²¹ Al respecto, por ejemplo se ha señalado que muchos países refuerzan la posición competitiva de sus proveedores de servicios ambientales a través de incentivos tales como "ayuda atada" y generosos paquetes financieros a potenciales clientes. Adicionalmente, algunos países ofrecen análisis o servicios de administración sin costo para atraer negocios.²² Así mismo, los proveedores de servicios ambientales de países desarrollados acceden a un conjunto de programas de desarrollo de mercados que confieren beneficios apoyando la internacionalización de sus actividades. La racionalidad económica que sustenta las disciplinas sobre subsidios en el caso del comercio bienes tiene plena validez para el caso del comercio de servicios, por lo que esta exclusión en los acuerdos bilaterales es difícilmente justificable.

Modos de Suministro

Una de las principales contribuciones del AGCS constituyó la incorporación en el léxico comercial de la noción de modos de suministro de servicios, definiendo a través de ellos lo que constituye el comercio de servicios.

El Artículo 1 del AGCS define el comercio de servicios como el suministro de un servicio:

- a) Del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro;
- b) En el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro;
- c) Por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro;
- d) Por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro.

Modo 1

Con respecto a la provisión de servicios del territorio de una Parte al territorio de otra Parte (Modo 1), los acuerdos bilaterales incorporan obligaciones adicionales a

²⁰ En el contexto de las discusiones en el Grupo de Trabajo sobre Normas del AGCS algunos Miembros han sugerido que los subsidios no están comprendidos bajo las disciplinas generales ni en los compromisos específicos asumidos por los Miembros.

²¹ Para un análisis de las medidas de apoyo estatal a los servicios ver: Abugattas Luis (20054) State Support for Services: An Exploratory Assesment with Scanty Data, Marzo (mimeo)

²² USAITC (1999) Annual Report. Tambien referirse a OCDE (2000). Op.cit

las contenidas en el AGCS mediante la inclusión de un capítulo sobre Comercio Electrónico.²³ Este Capítulo se aplica a la provisión electrónica de servicios los cuales, según corresponda, igualmente están sujetos a las obligaciones contenidas en los capítulos de inversiones, sobre comercio transfronterizo de servicios y del capítulo sobre servicios financieros, sujeto a cualquier medida disconforme que una Parte mantenga o a las excepciones aplicables a dichas obligaciones. Las obligaciones específicas que se desprenden del capítulo sobre comercio electrónico son, entre otras: (i) la proscripción de la aplicación de tarifas u otros derechos o cargas a, o en relación con, la importación o exportación de "productos electrónicos", independientemente de si ellos son transmitidos vía electrónica o fijados en un medio material,²⁴; y, (ii) el trato no-discriminatorio -NMF y trato nacional- a dichos productos. El comercio electrónico y el alcance y la naturaleza de posibles disciplinas multilaterales es un tema que aún se encuentra en debate en la OMC. La definición de productos electrónicos incorporada en el CAFTA, y otros acuerdos bilaterales, es sin perjuicio de las discusiones la OMC con respecto a si los productos transmitidos electrónicamente constituyen comercio de bienes o de servicios.

Las obligaciones derivadas del capítulo sobre comercio electrónico son relevantes para ciertos tipos de servicios ambientales susceptibles a ser comercializados a través de fronteras por medios electrónicos; entre otros, servicios tales como especificaciones arquitectónicas y de ingeniería y diseños para proyectos ambientales, reportes de consultores ambientales especializados, pruebas de calidad ambiental y análisis de resultados, y modelos de simulación computacionales.²⁵ En la medida en que no se han registrado medidas disconformes en el respectivo Anexo del CAFTA, en particular sobre requisitos de presencia local o referentes a la obligación de certificación nacional y registro de proveedores de este tipo de servicio, o los países no han reservado el derecho a aplicar nuevas medidas en el futuro, el comercio de este tipo de servicio queda totalmente liberalizado y sujeto adicionalmente a las disciplinas del Capítulo sobre comercio transfronterizo.

Modo 2

En el caso de los servicios ambientales las transacciones mediante el Modo 2, cuando el consumidor se desplaza al territorio de otro país a adquirir un servicio, incluirían, por ejemplo, los casos en que un funcionario de una empresa localizada en el territorio nacional se desplaza a otro país a adquirir algún servicio tal como consultoría sobre regulación ambiental o tecnologías ambientales, o cuando una muestra de tierra o agua es enviada al exterior para ser analizada por laboratorios especializados. Con respecto a consumo en el exterior (Modo 2) los acuerdos bilaterales han incorporado la formulación del NAFTA que tiene una sutil pero importante diferencia con la contenida en el AGCS. Consumo en el exterior se define como la prestación de un servicio "en el territorio de una Parte *por personas de esa Parte* a personas de otra Parte". En el AGCS el Modo 2 se define como el suministro de un servicio en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro. En el AGCS no existe calificación alguna del prestador suministrando el servicio a consumidores de otros Miembros.

²³ Capítulo 14 en el caso del CAFTA.

²⁴ Mediante esta provisión se consolida en el ámbito bilateral la moratoria propuesta por los Estados Unidos en la OMC con respecto al comercio electrónico.

²⁵ OCDE (2000) Environmental Goods and Services: An assessment of the environmental, economic and development benefits of further global trade liberalization: Joint Working Party on Trade and Environment, October 3 2000.

La fórmula incorporada en los acuerdos bilaterales limitaría el alcance del Modo 2, y por lo tanto del acuerdo, en relación con lo establecido en el AGCS. Sólo las transacciones entre un proveedor de la Parte en cuyo territorio se presta el servicio y consumidores de la otra parte están cubiertas por él capítulo. La formulación incorporada sobre consumo en el exterior deriva, en parte, del hecho que el Capítulo sobre servicios no incluye el suministro de un servicio en el territorio de una Parte por un inversionista de otra Parte. Por lo tanto, es evidente que la prestación de un servicio a un consumidor de la Parte A, en el territorio de la Parte B por un proveedor de servicios del país C, y aun de la misma Parte A, establecidos en B no estaría cubierta por él capítulo, sino más bien por él capítulo de inversiones. En este contexto la definición de "personas de esa Parte" deviene en crucial para evaluar los alcances del Modo 2 en tanto comercio transfronterizo de servicios. El término como tal no se define en los acuerdos. Los acuerdos bilaterales en el Artículo sobre definiciones incorporan la definición de *empresa de una Parte y proveedor de servicios de una Parte*. El segundo caso no contribuye a aclarar el alcance de la formulación ya que se define como "una persona de la Parte que pretenda suministrar o suministra un servicio". Queda por lo tanto la definición de empresa de una parte que es "una empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de esa parte, y las sucursales localizadas en el territorio de una Parte, y que lleven a cabo actividades comerciales en ese territorio"²⁶. Por lo tanto lo que quedaría excluido de los alcances del Modo 2 en los acuerdos bilaterales, y que sí está incluido en los alcances del Modo 2 en el AGCS, es la prestación de servicios a consumidores de una parte (A) en el territorio de la otra Parte (B) mediante la presencia temporal de personas naturales de una parte distinta a aquella en cuyo territorio se presta el servicio (A).

Modo 3

La mayor parte del comercio internacional de servicios ambientales se lleva a cabo mediante la presencia comercial en el territorio del país donde se pretende suministrar servicios. En particular los servicios ambientales de carácter infraestructural demandan presencia comercial en el mercado, acompañado de la posibilidad de movilizar el personal técnico especializado extranjero necesario para tal propósito. En los acuerdos bilaterales siguiendo la tradición del NAFTA se limita él capítulo sobre servicios al comercio transfronterizo de estos, remitiendo el tratamiento de la presencia comercial, Modo 3 según el AGCS, al capítulo sobre inversiones. Es evidente que las disciplinas sobre inversión en el CAFTA y otros acuerdos bilaterales recientes han evolucionado con respecto a la formulación original del NAFTA. Con respecto al debate suscitado en el marco de las negociaciones del ALCA sobre la ubicación del establecimiento comercial en un futuro acuerdo, que lo que es realmente relevante son las disciplinas que se aplicaran al establecimiento comercial y no necesariamente la ubicación en el marco general del acuerdo. Ambas formulas permiten alcanzar compatibilidad con el Artículo V del AGCS y lograr los diferentes objetivos que al respecto tengan los países.

En el capítulo sobre inversión las obligaciones generales hacia el inversionista y la inversión, tal como es definida, comprenden, además del trato nacional y la Nación Más Favorecida (NMF), el "estándar mínimo de tratamiento",

²⁶ Según lo establecido en el Párrafo 6 del Artículo V del AGCS los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro que sean personas jurídicas constituidas con arreglo a la legislación de una Parte de un acuerdo para la liberalización del comercio de servicios tendrán derecho al trato concedido en virtud de tal acuerdo, a condición de que realicen operaciones comerciales substanciales en el territorio de las partes en el acuerdo.

comprometiendo a las Partes a un trato "justo y equitativo" y a garantizar "protección plena y seguridad" de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. El inversionista y la inversión en actividades de servicios se encuentran cubiertos adicionalmente, por referencia expresa en los acuerdos bilaterales, por las disciplinas sobre regulación doméstica del capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios.²⁷ Sin embargo, como se discute *infra* el alcance de las disciplinas sobre regulación doméstica en los acuerdos bilaterales es más limitado que en el caso del AGCS. Es importante destacar el hecho que el CAFTA, al igual que otros acuerdos bilaterales, excluyen del mecanismo de solución de controversias Inversionista-Estado todas las disposiciones del capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios, y explícitamente, entre otros artículos, el referente a regulación doméstica.²⁸ Esta exclusión puede ser muy relevante en términos de salvaguardar el derecho de los países a regular los servicios, en particular los servicios ambientales, derecho explícitamente consagrado en el AGCS. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en el caso del NAFTA debido a la interpretación dada de algunas de sus provisiones en controversias inversionista-estado se ha cuestionado, en algunos casos, el derecho mismo a regular de los Estados.²⁹

El Artículo XIX: 2 del AGCS explícitamente reconoce el derecho de los países en desarrollo de fijar condiciones cuando otorguen acceso a sus mercados a los proveedores extranjeros de servicios encaminadas al logro de los objetivos a que se refiere el Artículo IV. En términos generales los requisitos de desempeño son un instrumento que ha sido utilizado por los países para promover objetivos de desarrollo; en particular para promover la transferencia de tecnología y las externalidades positivas que pueda generar la presencia de proveedores extranjeros de servicios en su territorio. Así mismo, es un instrumento que puede coadyuvar a la consecución de objetivos sociales, como el "servicio universal" en determinadas actividades de alto impacto en la calidad de vida, entre otros, los servicios ambientales y otros servicios de carácter infraestructural. El capítulo de inversión en los acuerdos bilaterales proscribió cualquier requisito de desempeño, salvo las reservas que cada Parte inscriba, renunciando los países de esta manera a un derecho consagrado en el AGCS. Las disciplinas sobre requisitos de desempeño se aplican a todas las inversiones en el territorio de las Partes, independientemente del país de origen de las inversiones.³⁰ Las implicancias jurídicas, y su posible efecto sobre otros foros de negociación, de este compromiso involucrando terceros países no Partes del acuerdo deben ser cuidadosamente sopesada. Con respecto a los servicios ambientales ningún país centroamericano ha inscrito en el CAFTA reserva salvaguardando el derecho de exigir, en caso de ser esa la opción de política, requisitos de desempeño a proveedores extranjeros.

Modo 4

Con respecto al movimiento temporal de personas naturales o físicas prestadores de servicios (Modo 4) el AGCS cubre todas las modalidades de movimiento y todas las categorías de prestadores de servicios con cualquier nivel de calificación. Los compromisos de los Miembros de la OMC con respecto a este modo de prestación se refieren a la admisión temporal en su territorio de ciudadanos de

²⁷ Nota a pie de página al Artículo 11.1:3 del CAFTA y del acuerdo con Chile.

²⁸ El Acuerdo con Australia, a diferencia de los otros acuerdos bilaterales suscritos por los Estados Unidos, no incorpora obligaciones con respecto a solución de diferencias Inversionista-Estado.

²⁹ Este tema es analizado en IIDS (2001) Derechos Privados Problemas Públicos.

³⁰ Artículo 10.1:2 del CAFTA

otros Miembros, y en determinadas circunstancias de extranjeros residentes permanentes en otro Miembro, para prestar servicios, ya sea a personas naturales o jurídicas, en el país receptor. El AGCS no define lo que constituye temporalidad. La definición de esta modalidad de comercio de servicios se basa en la habilidad del prestador de servicios de cruzar fronteras para prestar el servicio, y no en las condiciones en que dicha movilidad tiene lugar; por lo tanto todas las posibilidades de movimiento temporal en principio están cubiertas por el AGCS. A pesar de no existir ninguna provisión en el AGCS que sugiera que el Modo 4 está limitado a alguna modalidad de movilidad temporal o nivel de calificación del prestador de servicios el alcance del Modo 4 ha sido objeto de diferentes interpretaciones en el contexto del AGCS.³¹

Para muchos países de la América Latina y del Caribe las posibles oportunidades comerciales derivadas de un acuerdo para la liberalización del comercio de servicios radican en el Modo 4. En el caso de los servicios ambientales, tal como se desprende del análisis de las experiencias nacionales presentadas en los otros Capítulos, esta modalidad es percibida como la mejor, si no la única, oportunidad con que cuentan los países de la región para exportar algunos servicios ambientales. Consecuentemente, los países de la región han dado prioridad a este modo de prestación en términos generales en las peticiones presentadas a otros Miembros de la OMC en las negociaciones bajo Artículo XIX del AGCS; y es un tema sobre el cual se insistió en las negociaciones del ALCA. A pesar de la importancia que reviste lograr una liberalización efectiva de la movilidad temporal de personas naturales prestadores de servicios como mecanismo para incrementar la participación de los países de la región en el comercio internacional de servicios, el CAFTA excluye, para todo efecto práctico compromisos en esta área. Sin embargo, existen diferencias substanciales entre los acuerdos suscritos con Chile y Singapur, y los acuerdos suscritos posteriormente por los Estados Unidos, tales como el CAFTA, y los acuerdos con Australia y Marruecos.

En los acuerdos con Chile y Singapur, no obstante que no se logró avanzar significativamente en este campo, se incorporaron algunos compromisos limitados de parte de los Estados Unidos referidos a profesionales otorgando una cuota de 5,400 entradas por año a Singapur y 1,400 en el caso de Chile. Adicionalmente, se incorporó, tal como en el NAFTA, un capítulo sobre entrada temporal de hombres de negocios cubriendo, para todas las actividades económicas "visitantes de negocios", "comerciantes e inversionistas", "transferencias intra-corporativas" y "profesionales".³² En los acuerdos con Chile y Singapur la entrada de personas naturales bajo cuota ha sido sometida a las mismas condiciones contempladas en los compromisos de los Estados Unidos en el marco del AGCS; y un aspecto importante con respecto al capítulo sobre entrada temporal de hombres de negocios es la precisión de que nada en dicho capítulo impone obligaciones o compromisos con respecto a otros capítulos del acuerdo, ni sobre asuntos migratorios. Por lo tanto las obligaciones se limitan a lo establecido en dicho capítulo, excluyendo cualquier aplicación al Modo 4 en la acepción contenida en el capítulo sobre comercio

³¹ La Secretaría de la OMC (WTO S//C/W/75) y algunos analistas, por ejemplo, son de la opinión que aparentemente existiría un espacio de interpretación en el AGCS sobre si el empleo temporal de nacionales de otro Miembro en una empresa del país receptor está cubierto por el Modo 4 o no. Sin embargo, según opinión alternativa el Anexo sobre Movimiento Temporal de Personas Naturales Prestadores de Servicios, parte integrante del AGCS, no elimina en lo absoluto esta posibilidad.

³² Capítulo 14 del Acuerdo USA-Chile.

transfronterizo de servicios. Se asume el compromiso de otorgar permiso de entrada a los visitantes de negocios, inversionistas y comerciantes y a las transferencias intra-corporativas sin requerir permiso de trabajo ni prueba de necesidad económica. En cambio para el caso de los profesionales se precisa el derecho de las partes de requerir el cumplimiento de las leyes de migración. La cobertura de servicios profesionales en el acuerdo con Chile es bastante limitada, se circunscribe a ajustador de reclamación de seguros, consultor en negocios, administrador agrícola y terapeuta físico.

Los acuerdos posteriores suscritos por los Estados Unidos, entre ellos el CAFTA, excluyen completamente compromisos sobre la movilidad temporal de personas naturales prestadores de servicios, siendo por lo tanto de un alcance aún inferior a los compromisos asumidos en el marco del AGCS.³³ Con respecto a este tema un aspecto que debe ser evaluado en toda su dimensión es la limitación impuesta por el Congreso Norteamericano al Representante de Comercio de los Estados Unidos (USTR) para negociar acceso al mercado mediante este modo de suministro. En la oportunidad de considerar la legislación de implementación de los acuerdos con Chile y Singapur el Congreso dejó claramente sentado que no aceptaría otros acuerdos en los cuales se asuman compromisos con respecto a la entrada de personas naturales al territorio de los Estados Unidos. Además de los aspectos de compatibilidad con el artículo V del AGCS derivados del hecho de excluir para todo efecto práctico un modo de prestación de servicios del alcance del acuerdo; la exclusión del Modo 4 afecta seriamente el balance necesario en las concesiones que habría que lograr para incrementar la participación de los países de la región en el comercio de servicios. Adicionalmente, la ausencia de compromisos efectivos sobre movilidad temporal de personas naturales resta relevancia a las provisiones incorporadas sobre reconocimiento; las cuales en todo caso, como se analiza posteriormente, se limitan prácticamente a reproducir lo ya dispuesto en el Artículo VII del AGCS.

Cobertura Sectorial

El término "servicios" en el AGCS comprende todo servicio de cualquier sector. En la práctica, para efectos de la adopción de compromisos específicos, la cobertura sectorial del AGCS se estableció mediante la adopción de la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios, basada en la Clasificación Central Provisional de Productos (CCP)³⁴ La clasificación de los servicios ha devenido en uno de los temas centrales de discusión en el marco del AGCS. El Comité de Compromisos Específicos (CCE) es el órgano subsidiario encargado de abordar temas de clasificación de los servicios; y las discusiones sobre clasificación de algunos servicios han desempeñado así mismo un papel de importancia en el contexto de la ronda de negociaciones lanzada en febrero 2000 al amparo del Artículo XIX del AGCS. Los Miembros han intentado alcanzar consenso sobre temas de clasificación que reflejen adecuadamente las realidades de mercado de diferentes servicios. Sin embargo hasta la fecha no ha sido posible lograr acuerdo sobre una nueva clasificación en aquellos casos de sectores de servicios para los cuales se han presentado diferentes propuestas. Los temas de clasificación tienen importantes implicancias sobre el alcance y la naturaleza de los compromisos que adquirirían los países en los respectivos sectores. En el caso de los servicios ambientales, como se ha discutido en la sección anterior el tema de

³³ Estados Unidos ha consolidado una cuota de 64,000 ingresos al año mediante visas H1B referida a "speciality occupations". El status de las cuotas otorgadas a Chile y Singapur en relación con los compromisos asumidos en el AGCS, que deben ser aplicados bajo NMF, es un tema que amerita mayor análisis.

³⁴ OMC (1991) MTN.GNS/W/120, julio 10 1991.

clasificación ha sido largamente debatido en el marco de las negociaciones. No obstante, al igual que en otros sectores, el consenso ha sido elusivo.

Para efectos de consignación de compromisos específicos en el AGCS la clasificación de sectores o subsectores de servicios debe basarse, en términos generales, en la lista adoptada para tal propósito. Cuando se requiere mayor refinamiento en la clasificación esta debe realizarse con base en la CCP o en otra clasificación internacionalmente reconocida. No obstante, los Miembros pueden utilizar su propia clasificación o definiciones. En este caso se debe indicar la correspondencia con la CCP, y de no ser esto posible se debe proveer de una definición detallada para efectos de evitar cualquier ambigüedad con respecto al alcance de los compromisos.³⁵ Un tema que debe destacarse es el hecho que en el marco del actual proceso de petición-oferta en las negociaciones bajo Artículo XIX los países están utilizando sus propias propuestas de clasificación de los servicios ambientales al realizar sus peticiones a otros Miembros de la OMC, de igual modo al consignar sus ofertas iniciales. Ese ha sido efectivamente el caso con algunas de las ofertas iniciales en las cuales los países se han limitado a traducir los compromisos específicos que adquirieron durante la Ronda Uruguay a una nueva clasificación. Al no existir consenso sobre una nueva clasificación de los servicios ambientales se corre el riesgo que al final del proceso las listas nacionales no serán fácilmente comparables entre sí dada las diferentes nomenclaturas utilizadas por los Miembros de la OMC. Otro tema ha considerar es el posible efecto de la transposición de clasificación sobre el alcance efectivo de los compromisos adquiridos por los Miembros.

Una exclusión que se encuentra en prácticamente todos los acuerdos para la liberalización del comercio de servicios es la referida a los "servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales"; reproduciendo lo establecido en el Artículo I:3 (b) del AGCS. El alcance de esta exclusión puede tener especial relevancia en particular en el caso de los servicios ambientales infraestructurales. Para que un servicio esté amparado por esta exclusión no basta que sea suministrado por el Estado, deben satisfacerse tres condiciones: Debe ser suministrado en ejercicio de autoridad gubernamental, no debe ser suministrado sobre una base comercial, y no debe suministrarse en competencia con uno o más proveedores.³⁶ El alcance de esta exclusión ha sido motivo de debate en el marco del AGCS en el sentido si basta cumplir una de las condiciones para la justificar la exclusión o si las tres condiciones deben ser satisfechas simultáneamente. Así mismo, existen diferentes interpretaciones con respecto a lo que significa "suministrado en condiciones comerciales". La Secretaría de la OMC admite que "no está completamente claro qué significa el término *en condiciones comerciales*".³⁷ Igualmente, la noción de no ser suministrado en competencia con uno o más proveedores de servicios similares está bajo escrutinio.³⁸

³⁵ OMC. Directivas para la Consignación de Compromisos Específicos en el AGCS; S/L/92, Adoptada por el Consejo para el Comercio de servicios el 23 marzo 2001.

³⁶ Para una discusión del alcance de esta exclusión ver:: Krajewski, Markus (2003); *Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework*, en *Journal of International Economic Law* 6(2), Oxford University Press.

³⁷ WTO S/CW/46

³⁸ Por ejemplo en una Nota sobre servicios de salud la Secretaria de la OMC ha opinado que la provisión de tratamiento medico y hospitalario directamente por el Estado libre de costo estaría cubierto por el Artículo I:3 ©, pero que dicha provisión no se aplica a un sistema de salud donde existen proveedores públicos y privados. Referirse a: WTO S/C/W/50

En los acuerdos bilaterales no se ha incorporado mayor claridad con respecto al alcance de la exclusión de los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales. Así el CAFTA se limita a reproducir lo establecido en el AGCS; transfiriendo de esta manera al ámbito bilateral los problemas de interpretación existentes. No obstante, mediante las reservas registradas en el respectivo Anexo II en los acuerdos bilaterales las partes han salvaguardado lo que podría entenderse como algunos servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales.³⁹ Cabe notar que en el caso del CAFTA con respecto a los servicios ambientales solo Costa Rica incorporo el suministro de agua y alcantarillado en la respectiva reserva. Los otros servicios ambientales de carácter infraestructural, en el suministro de los cuales existe una significativa participación del sector público, no fueron consignados en las reservas del Anexo II del CAFTA por ningún país centroamericano.

El CAFTA y los acuerdos bilaterales suscritos, permiten la exclusión de sectores, sub-sectores o actividades de las obligaciones sustantivas del capítulo sobre servicios en la medida que estos sean inscritos en el respectivo Anexo.⁴⁰ En este caso se podrá mantener las medidas existentes e introducir nuevas medidas disconformes en el futuro. El alcance de esta disposición, y de las reservas inscritas, deberá evaluarse en su oportunidad al igual que el total del acuerdo a la luz del Artículo V del AGCS. No obstante, la complejidad que implica la evaluación de la compatibilidad de acuerdos para la liberalización del comercio de servicios con las provisiones del Artículo V ha sido ampliamente destacada en la literatura. Llama la atención, sin embargo, la naturaleza de algunas de las reservas incorporadas en el CAFTA y en los otros acuerdos bilaterales. Con respecto a acceso al mercado, los Estados Unidos por ejemplo, han reservado, para todos los sectores, incluyendo por lo tanto los servicios ambientales, el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que no sea contraria a sus obligaciones bajo el Artículo XVI del AGCS. Con esta reserva se limita y equipara el alcance de los compromisos en el acuerdo bilateral a los compromisos ya asumidos por ese país en el marco del AGCS, y de cierta manera convierte la lista negativa en una lista positiva para el caso de compromisos de acceso a mercado.⁴¹ De igual manera, por ejemplo, en el respectivo acuerdo bilateral, Australia ha reservado el derecho de adoptar o mantener cualquier medida con respecto a un proveedor de servicios de los Estados Unidos mediante la presencia de personas naturales que no sea contraria a sus obligaciones bajo Artículo XVI en el AGCS.

El Capítulo sobre comercio transfronterizo no se aplica a los servicios financieros, banca y seguro, los cuales son cubiertos por un capítulo específico para estas actividades. Este no es el caso de las telecomunicaciones, que si bien es cierto cuentan también con un capítulo específico, no están expresamente excluidas de los alcances del capítulo sobre servicios por lo que sí quedaría sujeto a sus provisiones en lo pertinente, prevaleciendo sin embargo el capítulo sobre telecomunicaciones sobre cualquier otro capítulo del acuerdo.⁴² En esta nota no se analizan los capítulos sectoriales de los acuerdos bilaterales. Sin embargo cabe señalar que en principio

³⁹ Aplicación de la Ley y servicios de rehabilitación, seguro de ingresos, seguro o seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud, y servicios de agua y alcantarillado.

⁴⁰ Artículo 11.6 Párrafo 2 del CAFTA. Las reservas se inscriben en el Anexo II

⁴¹ Como se analiza mas adelante la noción de acceso a mercado en los acuerdos bilaterales difiere de la del AGCS. En el primer caso es referida a medidas cuantitativas no-discriminatorias, mientras que en el segundo se refiere a medidas discriminatorias.

⁴² Costa Rica no esta sujeto a las obligaciones del Capitulo sobre Telecomunicaciones. Los compromisos particulares de Costa Rica están comprendidos en el Anexo 13.

éstos apuntan a una amplia liberalización; no obstante se han registrado un número importante de medidas disconformes con respecto a estas actividades por lo que se tiende a consolidar en la práctica el *status quo*. Los capítulos comprenden obligaciones significativas con respecto a aspectos de regulación doméstica y transparencia. El CAFTA, y los otros acuerdos bilaterales, excluyen así mismo parte de los servicios de transporte aéreo de su cobertura. Los servicios de transporte aéreo nacional e internacional, regulares y no regulares, así como los servicios relacionados a los servicios de transporte aéreo son excluidos. Sólo incluyen los servicios de reparación y mantenimiento de aeronaves durante el período en que se retira una aeronave de servicio, y los servicios aéreos especializados.⁴³ El alcance de esta exclusión sería más amplio que la establecida en el Anexo sobre servicios de transporte aéreo al AGCS.⁴⁴ En el marco del AGCS los servicios de transporte aéreo son examinados periódicamente, por lo menos cada cinco años, con miras a considerar la posibilidad de una mayor aplicación del acuerdo a este sector. En los acuerdos bilaterales el alcance de la exclusión es de carácter permanente.

Las compras públicas no están cubiertas por el capítulo sobre servicios en virtud de que el capítulo sobre compras públicas del Acuerdo cubre tanto bienes como servicios. En el CAFTA, salvo reserva en contrario en el Anexo concerniente al Capítulo sobre Compras Públicas, en lo que concierne a servicios ambientales adquiridos por el Estado, estas transacciones se encuentran sujetas a las provisiones de dicho Capítulo que garantizan el acceso al mercado y el trato nacional a los proveedores extranjeros. En este campo el CAFTA, y los otros acuerdos bilaterales, definitivamente van más allá que el AGCS, en el marco del cual todavía se viene negociando en el GTSN posibles disciplinas para las compras públicas según lo dispuesto por el Artículo XIII. Estas negociaciones no han logrado mayor avance desde que se iniciaran ya hace una década.

2.2 Principios de liberalización

Los acuerdos bilaterales incorporan cuatro obligaciones sustantivas referidas a la liberalización del comercio: Trato de la Nación más Favorecida (NMF), Trato Nacional, Acceso a Mercado y Presencia Local. Estas constituyen obligaciones generales con efecto desde la fecha en que los acuerdos entren en vigor. Todos los sectores y modos de suministro se encuentran bajo el alcance de estas obligaciones,

⁴³ Estos últimos son cualquier servicio aéreo que no sea de transporte, salvo el transporte de troncos y para la construcción y otros servicios aéreos vinculados a la agricultura, industria y de inspección. Dada la amplitud de las reservas inscritas sobre transporte aéreo en el CAFTA, y los requisitos de reciprocidad establecidos, los servicios de transporte aéreo han sido para todo efecto práctico excluidos del acuerdo.

⁴⁴ El AGCS excluye las medidas que afecten a los derechos de tráfico y los servicios directamente relacionados con el ejercicio de los derechos de tráfico. El AGCS no define "los servicios directamente relacionados con el ejercicio de derechos de tráfico". No obstante, en las negociaciones bajo Artículo XIX algunos Miembros en sus peticiones iniciales han incorporado una amplia gama de servicios adelantando una interpretación del alcance de esta exclusión, que sería significativamente más limitada que la que se desprende de la noción de servicios relacionados de apoyo a los servicios aéreos incorporada en los acuerdos bilaterales.⁴⁴ Adicionalmente, el AGCS incorpora expresamente la venta y comercialización de servicios de transporte aéreo y los servicios de sistemas de reservas informatizados (SRI) bajo su cobertura.

salvo las reservas de medidas disconformes que cada Parte haya inscrito en los respectivos anexos según lo establecido en los acuerdos.⁴⁵

Trato Nacional y NMF

En las negociaciones del ALCA la inclusión de trato nacional y NMF fueron elementos de consenso desde el inicio del proceso. Sin embargo, las discusiones se centraron en la formulación de estos principios que debería incorporarse en el futuro acuerdo. En términos generales existen dos fórmulas sobre estos principios que se incorporan en los acuerdos sobre servicios: una reproduce los principios tal como se encuentran en el AGCS, y la otra, derivada de los antiguos acuerdos sobre inversiones, que constituye la fórmula incluida en el NAFTA e incorporada en el CAFTA y los otros acuerdos bilaterales de los Estados Unidos. La diferencia fundamental radica en lo referente al criterio que informa si una Parte está cumpliendo sus obligaciones o no, lo cual constituye un elemento central y con importantes implicancias en futuros casos de solución de controversias. La formulación del AGCS, tanto en el caso del Artículo II como del XVII, contiene como elemento sustantivo la similitud de los servicios y los prestadores de servicios. En el caso de la fórmula incorporada en los acuerdos bilaterales el elemento sustantivo, tanto para trato nacional como para NMF, constituye la similitud de las circunstancias en las que se realiza en comercio.

En el AGCS para evaluar el cumplimiento de las obligaciones habría que determinar en primer lugar que se trata de servicios y prestadores de servicios similares, y de ser el caso si el trato formalmente idéntico o formalmente diferente conferido, modifica las condiciones de competencia a favor de los servicios o proveedores de servicios del Miembro que aplica la medida. En el caso de los acuerdos bilaterales habrá que determinar, adicionalmente, que las circunstancias en las que se está dando el comercio son similares. La formulación del AGCS inequívocamente evoca la incondicionalidad del tratamiento, en cambio la fórmula incorporada en el CAFTA y los acuerdos bilaterales indicaría que el tratamiento sería exigible sólo si las circunstancias en las cuales se produce el comercio son similares. En el futuro los grupos de expertos en los procesos de solución de diferencias tendrán un amplio margen de discreción al evaluar la similitud de las circunstancias en las que se produce el comercio.

En el AGCS el trato NMF es amplio e incondicional, implicando el mejor trato otorgado a otro país Miembro o no de la OMC. El AGCS incorpora tres excepciones al trato NMF: Las excepciones inscritas en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II, en los casos de acuerdos de integración económica según lo dispuesto en el Artículo V, y en el caso de trato otorgado a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios limitados a las zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente. En los acuerdos bilaterales no existen excepciones generales al trato NMF. Sin embargo, cabe destacar el hecho que los acuerdos bilaterales permiten registrar medidas disconformes con respecto a NMF en el respectivo Anexo. En el CAFTA todos los países han inscrito una reserva general con respecto a NMF, cubriendo todos los sectores, en relación con el trato favorable que se otorgue a terceros países al amparo de acuerdos bilaterales o multilaterales en efecto o suscritos antes de la entrada en vigor de los acuerdos

⁴⁵ En el caso del CAFTA corresponde al Anexo I, que incorpora tanto las medidas disconformes con el capítulo sobre inversiones como aquellas referidas al capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios.

bilaterales. Es decir los acuerdos no contemplan una excepción permanente a la NMF para amparar acuerdos que se puedan suscribir en el futuro al amparo del Artículo V del AGCS, tema ampliamente discutido en el marco de las negociaciones del ALCA. Sólo se ha reservado el derecho de otorgar en el futuro un trato preferente a terceros países en las áreas de aviación, pesca y asuntos marítimos. Adicionalmente, República Dominicana ha reservado además futuros acuerdos en telecomunicaciones; Costa Rica futuros acuerdos sobre industrias culturales; y, Nicaragua acuerdos sobre telecomunicaciones, espectro radio magnético, y transmisión de imágenes y audio vía satélite. Salvo la reserva de acuerdos pre-existentes no se ha inscrito ninguna reserva que faculte trato mas favorable en el futuro a ningún servicio ambiental.

Adicionalmente las Partes en el CAFTA y en otros acuerdos bilaterales han incorporado diferentes reservas al trato NMF, algunas sujetas a reciprocidad. Estas reservas se han incorporado de manera permanente en los anexos. En el caso del AGCS las exenciones a NMF inscritas en el Anexo al Artículo II en principio no deberán exceder de un plazo de 10 años y están actualmente sujetas a negociación según lo dispuesto por las Directrices y Procedimientos para las Negociaciones adoptadas por el CCS. (S/L/93) La relación entre las medidas disconformes con trato NMF mantenidas en los acuerdos bilaterales y las obligaciones sobre NMF que derivan del AGCS debe ser cuidadosamente evaluada. En el futuro en el marco del AGCS sólo podrán existir excepciones al trato NMF en virtud del Artículo V y del párrafo 3 del Artículo II.

Acceso a Mercado

En los acuerdos bilaterales el trato nacional esta referido a todas las medidas discriminatorias, cuantitativas o no. En estos acuerdos las obligaciones referentes a acceso al mercado se refieren a las medidas cuantitativas no-discriminatorias enumeradas taxativamente en el capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios, que cubren tanto restricciones mediante contingente o limite numérico así como pruebas de necesidad económica. En relación con acceso al mercado, en el marco del AGCS, no podrán mantenerse ni implementarse medidas cuantitativas discriminatorias si se asumen compromisos específicos al respecto, salvo que se explicita la restricción en la Lista Nacional. Las medidas que limitan el acceso al mercado están taxativamente enumeradas en el Artículo XVI del AGCS. En el AGCS cualquier medida estrictamente no discriminatoria esta sujeta, en principio, solo a las disciplinas sobre regulación domestica. En los acuerdos bilaterales todas las restricciones cuantitativas no-discriminatorias, tal como son definidas, quedan proscritas salvo que se inscriban en el respectivo Anexo de medidas disconformes. Como se ha señalado anteriormente los Estados Unidos en el CAFTA, y en otros acuerdos bilaterales, han inscrito una reserva en el respectivo Anexo cubriendo todos los sectores con respecto a acceso a mercado, salvaguardando así el derecho de mantener en el futuro todas las medidas cuantitativas no discriminatorias vigentes al suscribir los acuerdos y de poder adoptar tales medidas a futuro.

Presencia local

El cuarto principio de liberalización incorporado en los acuerdos bilaterales es el referido a presencia local. Este principio proviene igualmente del NAFTA, y proscribte los requisitos de presencia del proveedor de servicios en el territorio donde se presta o consume el servicio. Este principio se sustenta en el convencimiento de que los proveedores de servicios deben tener la libertad de elegir el modo de prestación preferido para acceder a un determinado mercado, pudiendo de tal manera

utilizar el medio más eficiente. La exigencia de presencia local podría forzar situaciones de sub-óptimo al obligar a los prestadores de servicios a utilizar una modalidad menos eficiente para suministrar un determinado servicio en un mercado, o incrementar innecesariamente los costos de transacción. Este principio atañe fundamentalmente a la liberalización del comercio vía Modo 1 que viene experimentando un crecimiento significativo en el ámbito mundial, involucrando crecientemente una gama más amplia de servicios. Esta obligación se orienta a la eliminación, entre otras medidas, de requisitos de residencia, de establecimiento de una empresa, sucursal u oficina de representación en el territorio donde se presta el servicio, o la obligación de contar con un representante permanente en el mercado objetivo.

La obligación sobre presencia local que se deriva de estos acuerdos es un tema de alta sensibilidad, en el caso de determinadas actividades de servicios, debido a los posibles efectos sobre la debida protección del consumidor, y en relación con las responsabilidades civiles, y aun penal que podrían derivarse de una transacción comercial a través de fronteras. Esto involucra la definición y el manejo del ámbito jurisdiccional para tomar medidas sobre actos realizados en un diferente territorio con efectos domésticos. En el Anexo I del CAFTA Costa Rica a registrado 12 medidas disconformes, entre otras obligaciones, con la obligación sobre presencia local, El Salvador 6 medidas, Guatemala 3, Honduras 13 medidas y Nicaragua 13 medidas. A su vez los Estados Unidos han registrado en el Anexo 5 medidas disconformes con la obligación sobre presencia local.

2.3 Mecanismo para la Adopción de Compromisos

El mecanismo para la adopción de compromisos constituye otro de los elementos centrales de un acuerdo para la liberalización del comercio de servicios sobre el cual no se ha logrado aun consenso en las negociaciones en el ALCA, constituyendo uno de los temas más contenciosos. Las ofertas iniciales han sido presentadas por los países indistintamente bajo la modalidad de “lista positiva” o de “lista negativa”. En términos generales, en los acuerdos sobre el comercio de servicios, en el primer caso tal como en el AGCS, los principios de liberalización no constituyen obligaciones generales, sino son asumidos por los miembros del acuerdo mediante la adopción de compromisos específicos con respecto a sectores de servicios y modos de suministro. La modalidad de lista positiva constituye en la práctica una aproximación híbrida ya que generalmente se permite inscribir reservas con respecto a algunas medidas que afectan los sectores en los cuales se están haciendo compromisos específicos. Estos compromisos, y las restricciones que se mantendrán se inscriben la “lista nacional” En el hemisferio el régimen de MERCOSUR para la liberalización del comercio de servicios ha seguido esta orientación.

En el caso de la lista negativa los principios de liberalización constituyen obligaciones generales del acuerdo que comprometen a los miembros desde su entrada en efecto, salvo que se hayan registrado reservas a dichos compromisos en las listas de reservas de cada miembro. El régimen andino y el de CARICOM para la liberalización subregional del comercio de servicios han adoptado las listas negativas. Cualquiera de las dos modalidades para la adopción de compromisos puede llevar a la una liberalización amplia del comercio de servicios y a la compatibilidad con el Artículo V del GATS.

En el caso de los acuerdos bilaterales, siguiendo el modelo del NAFTA, se ha optado por las listas negativas. Esta modalidad exige un claro compromiso político con la liberalización del comercio de servicios tanto en términos de la profundidad de los compromisos como en términos de la velocidad del proceso. Esto genera beneficios importantes para los operadores económicos y también para la comunidad internacional al proveer de un claro mensaje con respecto a la orientación general de la política comercial en el campo de los servicios. Sin embargo, el nivel de compromisos exigido demanda a su vez un claro consenso en el ámbito nacional con dicha orientación de política, lo cual no siempre se podrá alcanzar debido a la aprehensión de los proveedores de servicios domésticos que podrían percibir en la liberalización un desafío a su posición en el mercado doméstico. Por lo tanto, como puede observarse en los diferentes acuerdos bajo lista negativa, particularmente en el CAFTA, la tendencia es a inscribir todas las medidas disconformes existentes para salvaguardar las diferentes sensibilidades que pudiesen existir.

La lista negativa promueve una liberalización mayor y más rápida del comercio de servicios. Todos los sectores en que no se registran reservas de medidas no-conformes son totalmente liberalizados a la entrada en vigor del acuerdo, o a la fecha que se determine como limite para registrar reservaciones. Por consiguiente se genera un efecto significativo mediante los compromisos de liberalización inicial. Además, mediante esta aproximación todas las medidas no conformes, inscritas como reservas, quedan consolidadas. El grado de disconformidad de estas medidas no puede aumentarse en el futuro salvo que los sectores hayan sido reservados en el respectivo anexo.

Esta modalidad genera un ambiente de mayor transparencia para los operadores económicos. El registro de toda reserva de medidas no-conformes ofrece la información comprensiva sobre las condiciones que un proveedor de servicios encontrará en los mercados de las partes, y que las restricciones no aumentarán en el futuro. Hay certeza además, que en aquellos el sector donde no existen reservas hay completo acceso del mercado y garantía de trato nacional. Esta es la ventaja que más se destaca con respecto a las listas negativas. Sin embargo, del análisis de la naturaleza de algunas de las reservas inscritas en los acuerdos bilaterales, en particular aquéllas de carácter general referidas a todos los sectores, se desprende que la mayor transparencia no necesariamente se logra bajo esta modalidad.

La lista negativa tiende a favorecer a aquellas partes del acuerdo que cuentan con un sistema de regulación mas desarrollado en el área de los servicios, y que han identificado claramente las limitaciones que deben mantener en función de sus objetivos nacionales de política. Los países con menos regulación limitativa, y no necesariamente porque no sería beneficioso para su desarrollo, no podrían registrar ninguna reservación con respecto a sectores en los que no cuentan con un marco regulador. Además, esta modalidad puede conspirar contra países que tienen regímenes liberales para el comercio de servicios mediante una apertura unilateral. Como resultado de los compromisos a asumirse se podría generar una asimetría. Mientras algunos miembros consolidan liberalización amplia otros mantienen una situación restrictiva con gran numero de reservas sobre medidas no-conformes, generándose en consecuencia una situación de intercambio desigual de concesiones.

Mediante las listas negativas se consolida el *status quo* en cada país mediante la inscripción de reservas. Sin embargo, se liberalizarán automáticamente todos los nuevos servicios que podrían desarrollarse en el mercado. Así se comprometen

actividades futuras sin una comprensión clara de los posibles desarrollos en los mercados o de las implicaciones económicas de esos compromisos. Teniendo en cuenta la velocidad de cambio tecnológico en servicios y el hecho que nuevos servicios constantemente están entrando en los mercados, éste es un problema que debe evaluarse cuidadosamente. La adopción de esta modalidad requiere una revisión comprensiva de todas las medidas que afectan el comercio de servicios en el país, y una identificación clara de esas medidas que son restrictivas, ya sea porque ellas limitan el acceso del mercado o niegan el trato nacional. La lógica detrás de esta modalidad es el concepto de "lista o pierde" la medida. Una Parte que no registre una medida disconforme, esa medida deviene automáticamente incompatible con las obligaciones del acuerdo. Por consiguiente, esta modalidad demanda mucho más preparación que la alternativa de lista positiva en la cual sólo se requiere total conocimiento de las medidas vigentes en aquellos sectores donde se pretende hacer compromisos específicos.

Con listas negativas la tarea de evaluar el valor de concesiones dadas y recibidas en una negociación es sumamente compleja. La evaluación tendría que realizarse en términos del valor comercial para cada parte de las reservas registradas por la otra parte, que es un ejercicio muy complicado. Bajo esta modalidad no es factible pretender una negociación equilibrada, en términos de valor de concesiones. Es más el resultado ya estaría preestablecido por el nivel de restricción prevaleciente antes de la firma del acuerdo, limitando el ámbito de las posibles reservas. En el caso de la lista negativa los problemas de clasificación de las actividades de servicios no son tan relevantes como en la modalidad alternativa. El elemento central de los compromisos son las medidas en sí y no tanto los sectores. Lo que se inscribe en las listas de reservas son las medidas no-conformes que cada país se reserva el derecho de mantener, las cuales deben especificar su naturaleza y alcance sectorial.

Otro aspecto importante con respecto a los mecanismos de liberalización constituye el tema de la liberalización futura. Tanto la Decisión 439 de la Comunidad andina como el protocolo de Montevideo y el régimen de CARICOM apuntan a la eliminación casi total de las restricciones al comercio de servicios. En cambio otros acuerdos por ejemplo el NAFTA, y los acuerdos bilaterales, no incorporan elementos para propender a una mayor liberalización que aquellos compromisos asumidos inicialmente. Por lo tanto la compatibilidad con el Artículo V del AGCS en lo referente a la cobertura sectorial substancial y la ausencia o eliminación de sustancialmente toda discriminación en el sentido del Artículo XVII debe cumplirse a la entrada en vigor de los acuerdos.

2.4 Disciplinas Conexas

Los acuerdos para la liberalización del comercio de servicios incorporan un conjunto de disciplinas cuyo objetivo es el de garantizar la eficacia de los compromisos asumidos por las Partes por un lado, y por otro otorgar la debida flexibilidad para que los miembros puedan satisfacer objetivos legítimos de política. En esta sección se analiza el tratamiento de algunas de esas disciplinas en el CAFTA y en otros acuerdos bilaterales de los Estados Unidos.

Transparencia

Los acuerdos bilaterales incrementan el nivel de obligaciones con respecto a la transparencia. Los países de América Latina ya han asumido compromisos sustantivos

en el AGCS, y a su también en los diferentes acuerdos sub-regionales, que involucran la obligación de publicar las medidas que afecten el comercio de servicios y los acuerdos internacionales que cubren el comercio de servicios. Adicionalmente, existe el compromiso de notificar las medidas, o cualquier modificación de ellas, que afecten sectores con compromisos específicos, y a establecer los puntos de contacto según lo dispuesto el Artículo III del AGCS. Con respecto a la transparencia el único tema que fuera de alguna manera contencioso en las negociaciones del ALCA fue sido la propuesta de asumir el compromiso de consulta previa antes de poner en efecto alguna medida que afecte el comercio de servicios. Este es un tema que los Estados Unidos está promoviendo activamente en el ámbito internacional, y lo ha incluido en las peticiones presentadas a todos los Miembros de la OMC en las actuales negociaciones sobre servicios. En dicho foro estaría proponiendo compromisos de alcance aún mayor que convertirían en vinculante la obligación de consulta previa.

Los acuerdos bilaterales incorporan un Capítulo específico, Capítulo 18 en el caso del CAFTA, sobre transparencia, que se aplica a todas las materias cubiertas por el acuerdo, y adicionalmente se incorpora provisiones relativas a este tema en el capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios. Además del compromiso de establecer puntos de contacto para facilitar las comunicaciones entre las partes sobre cualquier materia cubierta por el acuerdo, se incorpora el compromiso de publicar, en la medida de lo posible, medidas propuestas y otorgar una oportunidad razonable a las partes y personas interesadas para comentar sobre tales propuestas.. Igualmente, en la medida de lo máximo posible habrá que notificar a la otra Parte cualquier medida, actual o propuesta que la Parte considera que podría afectar los intereses de la otra Parte. Igualmente, los países se han comprometido que al momento de adoptar regulaciones definitivas sobre servicios cada parte deberá responder por escrito, en la medida de lo posible, incluso bajo solicitud, los comentarios sustantivos recibidos de personas interesadas con respecto a regulaciones en proyecto. El CAFTA incorpora adicionalmente una sección en el Capítulo 18 referida al tema de la corrupción estableciendo algunas obligaciones sustantivas relativas a este tema en materias que afectan el comercio internacional y las inversiones. Otros de los acuerdos bilaterales de los Estados Unidos no han incorporado provisiones similares.

Al margen de los problemas que se pueden suscitar en la práctica para determinar lo que es materialmente posible con respecto a la notificación previa, este compromiso conlleva en la práctica a abrir el proceso legislativo y de toma de decisiones nacionales, en diferentes niveles de Gobierno y entidades reguladoras, a un proceso de consulta previa con los proveedores de servicios, incluyendo con los gobiernos de los países interesados. En muchos países ésta no es la práctica común, y dada la amplitud de la definición de medida incorporada en el capítulo sobre servicios significará un oneroso y complejo proceso administrativo. Adicionalmente, la apertura de los procesos de toma de decisiones en un marco de entidades reguladoras débiles, como es el caso de muchos países en el hemisferio, enfrentando grandes intereses económicos puede devenir fácilmente en la situación que ha sido definida en la literatura como de “reguladores cautivos”, con todas sus posibles consecuencias.

Regulación Domestica

El GATS reconoce explícitamente el derecho de las partes a regular las actividades de servicios, estableciéndose en el Artículo VI.4 que los Miembros establecerán las disciplinas necesarias, con la finalidad de asegurar que los requisitos y procedimientos para calificación, los estándares técnicos y las licencias no

constituyan obstáculos innecesarios al comercio. Este es un tema en el que se viene negociando en el Grupo de Trabajo sobre Regulación Domestica (GTRD) en la OMC en dos grandes líneas de acción. El establecimiento de disciplinas particulares para algunas profesiones, posiblemente con base en las disciplinas adoptadas pero no vinculantes relativas a la contabilidad, y la negociación de posibles disciplinas horizontales sobre regulación domestica. Los acuerdos bilaterales, igual que los otros acuerdos regionales existentes en el hemisferio no han producido disciplinas que vayan mas allá del AGCS. Se establece que las partes evaluarán los desarrollos en la OMC para determinar, con base a los eventuales resultados en ese foro, la posible inclusión de disciplinas al respecto en los acuerdos bilaterales. Es mas, los acuerdos bilaterales limitan en cierta medida el alcance de las disciplinas en relación con lo establecido en el AGCS, limitando las obligaciones a lo establecido en el Artículo VI.4, excluyéndose lo dispuesto en el primer párrafo de dicho artículo referido a las medidas de aplicación general, en virtud del cual en los sectores en los cuales se han asumido compromisos específicos los Miembros deben asegurar que todas las medidas de aplicación general que afectan el comercio de servicios deben administrarse de forma razonable, objetiva e imparcial.

Reconocimiento

El reconocimiento de títulos, certificaciones y estándares es un elemento central para garantizar el libre comercio de servicios, en particular mediante la movilidad temporal de personas naturales calificadas y en aquellos los servicios en los cuales las empresas requieren estar acreditadas para que sus servicios sean reconocidos y aceptados en el mercado. Las obligaciones de los miembros de la OMC se encuentran en el Artículo VII del GATS el cual establece que las partes que reconozcan acreditaciones de otros miembros o que suscriban acuerdos para tal efecto deben conceder una debida oportunidad a todos los miembros de la OMC para demostrar que sus certificaciones son equivalentes o para negociar acuerdos de alcance similar. El CAFTA y los acuerdos bilaterales no avanzan significativamente mas allá de las obligaciones mutuas que las Partes ya tienen en virtud del AGCS. Se incorpora un anexo con directrices para la elaboración de normas para el otorgamiento de licencias y certificados a proveedores de servicios profesionales, lo que constituye el único añadido sobre las obligaciones mutuas de las partes si en virtud del AGCS. No existen compromisos vinculantes al respecto, limitándose a expresiones de mejor esfuerzo para lograr los objetivos propuestos. En la ausencia de compromisos con respecto a la movilidad de personas naturales prestadores de servicios las posibles normas sobre reconocimiento tendrán un limitado impacto sobre el comercio. Este es un campo donde la vocación en el ámbito hemisférico, y en los acuerdos bilaterales, debería ser mucho más ambiciosa de lo que es factible lograr al respecto en el ámbito multilateral.

Otras disciplinas

Como se ha señalado anteriormente los acuerdos bilaterales excluyen los subsidios. Así mismo, estos acuerdos no incorporan provisiones sobre salvaguardias para el caso de los servicios. En el marco del AGCS se viene negociando el establecimiento de disciplinas sobre salvaguardias de emergencia con base en el mandato del Artículo X en el Grupo de Trabajo sobre normas (GTN), y el Artículo XII del AGCS contiene las disposiciones sobre salvaguardia por motivos de balanza

de pagos. En los acuerdos bilaterales sólo se han incorporado este último tipo de salvaguardia para el caso del comercio de bienes.⁴⁶

En el CAFTA los países de Centro América han asumido adicionalmente en el capítulo sobre servicios algunos compromisos específicos, relacionados con "Express delivery services" - comprometiéndose a no mantener ni adoptar ninguna restricción que no se encontrara en vigencia en la fecha de suscripción del acuerdo, a no otorgar subsidios cruzados mediante el desvío de recursos de los monopolios postales para beneficiar estos servicios no obstante que el acuerdo excluye los subsidios, y a asegurar que el proveedor monopólico de servicios postales no abuse de su posición y actúe de manera inconsistente con las obligaciones que se derivan del acuerdo- y con respecto a la protección de los representantes y distribuidores locales de compañías extranjeras.⁴⁷

3. A modo de conclusión

Del análisis preliminar de los acuerdos bilaterales suscritos con los Estados Unidos se desprende que en determinadas áreas se han incorporado disciplinas que van mas allá de los compromisos que se derivan del AGCS, mientras que en otros campos los acuerdos podrían considerarse definitivamente AGCS "menos". En términos de la apertura comercial estos acuerdos a lo más consolidan el *status quo* mediante el registro de las medidas disconformes existentes en los respectivos anexos, no contemplando un mecanismo incorporado en los acuerdos para la liberalización futura, salvo el hecho que las Partes se consultaran anualmente, o de otra forma que acuerden, para revisar la implementación del capítulo sobre servicios y considerar otros asuntos del comercio de servicios que sean de mutuo interés..

⁴⁶ Artículo 21:4 del CAFTA

⁴⁷ Los compromisos se refieren a abrogar o mitigar los efectos de las Leyes que otorgan protección a los representantes y distribuidores locales de empresas en el exterior.