

9

S E R I E

APORTES PARA EL ANALISIS DEL
DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE

**Aportes para el análisis
del Tratado de Libre Comercio entre
Centroamérica, República Dominicana
y los Estados Unidos**

Editor: Eduardo Alonso

Febrero 2005

382.717.372.8

P964a Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible

Aportes para el análisis del Tratado de Libre Comercio Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos / Programa Estado de la Nación. – San José C R : Programa Estado de la Nación, 2005.

230 p. ; 28 cm.

ISBN 9968-806-30-7

1. TRATADOS COMERCIALES. 2. ACCESO A MERCADOS. 3. INVERSIONES. 4. PROPIEDAD INTELECTUAL. 5. CONTRATACIÓN PÚBLICA. 6. TELECOMUNICACIONES. 7. COMERCIO ELECTRÓNICO. 8. AMBIENTE. 9. LABORAL. I. Título.

Serie Aportes al Análisis del Desarrollo Humano Sostenible No9
Programa Estado de la Nación
Apdo. Postal 1174-1200 Pavas
San José, Costa Rica
www.estadonacion.or.cr
Febrero 2005

Diseño y diagramación: Fernando Chacón Solís
Impresión: Lara Segura & Asoc. (506) 256-1664

Indice

Presentación	9
Reconocimientos	11
Introducción y resumen ejecutivo	13
Contexto del TLC-CA: la ICC y las políticas de apertura comercial	13
Principales contenidos del TLC-CA	14
Capítulos referidos a disposiciones generales y administrativas.....	14
Capítulos referidos al acceso a mercados de bienes.....	14
Capítulos referidos al acceso al mercado de servicios.....	18
Otros temas	24
Un componente complementario: cooperación internacional	34
La controversia política en torno al TLC-CA.....	35
Capítulo 1: Disposiciones iniciales	39
Capítulo 2: Disposiciones generales	41
Capítulos 3 al 8: Acceso a mercado	45
1. Introducción	45
2. Objetivos de la Negociación	49
3. Resultados de la Negociación	53
Trato nacional	54
Desgravación arancelaria	54
Contingentes arancelarios y cuotas	60
Productos sensibles	63
Defensa comercial.....	63
Reglas de origen	65
Administración y facilitación del comercio.....	69
Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y obstáculos técnicos al comercio	69
Otros resultados importantes	71
4. Conclusiones	71
Capítulo 9: Contratación pública	73
1. Introducción	73
2. Objetivos de la Negociación	75
3. Resultados de la Negociación	76
Aplicación de lo acordado a cualquier medida, incluyendo cualquier acto o directriz en cada país, que esté relacionada con una contratación cubierta, de una entidad contratante no excluida por la cobertura, ¹⁴ de mercancías, servicios o ambos, incluyendo servicios de construcción, a través de cualquier medio contractual	76
Aplicación de los principios en la contratación pública: igualdad y no discriminación; libre ncurrencia; transparencia; publicidad; eficiencia en la contratación; integridad.	77
Procedimientos de contratación	79
Umbrales (montos mínimos a partir de los cuales se aplica lo acordado).....	81
4. Conclusiones	83

Capítulo 10: Inversiones	85
1. Introducción	85
2. Objetivos de la Negociación.....	90
3. Resultados de la Negociación	92
Trato nacional.	93
Trato de Nación Más Favorecida.....	94
Nivel mínimo de trato.....	94
Procedimientos para la expropiación y para la indemnización.	95
Disposiciones sobre transferencias.	97
Disposiciones sobre requisitos de desempeño.	98
Disposiciones sobre medio ambiente.	100
Excepciones de aplicación de trato nacional, Nación Más Favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y juntas directivas (medidas disconformes).	101
Disposiciones para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado receptor de las inversiones extranjeras.	103
4. Conclusiones	106
Capítulo 11: Comercio transfronterizo de servicios.....	111
1. Introducción	111
2. Objetivos de la Negociación.....	114
3. Resultados de la Negociación	115
Trato nacional	117
Trato de Nación Más Favorecida.....	117
Acceso a mercados.....	117
Presencia local	117
Transparencia en el Desarrollo y Aplicación de las Regulaciones	117
Excepciones de aplicación de lo acordado en trato nacional, nación más favorecida, acceso al mercado y presencia local (medidas disconformes).....	118
Tratamiento relativo a la reglamentación nacional.....	121
Posibilidad de reconocimiento mutuo de los requisitos para operación	121
Compromisos específicos	121
4. Conclusiones	122
Anexo de Medidas Disconformes en Comercio Transfronterizo de Servicios	123
Capítulo 12: Servicios financieros.....	131
1. Introducción	131
2. Objetivos de la Negociación.....	131
3. Resultados de la Negociación	133
Trato nacional	135
Trato de Nación Más Favorecida.....	135
Transparencia	135
Acceso al mercado para las instituciones financieras.....	136
Comercio transfronterizo	137
Excepciones de aplicación de lo acordado en trato nacional, nación más favorecida, acceso al mercado para las instituciones financieras, comercio transfronterizo y altos ejecutivos y juntas directivas (medidas disconformes).....	138
Creación del Comité de Servicios Financieros	140
Solución de Controversias	140
Compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de seguros	142
4. Conclusiones	148

Capítulo 13: Telecomunicaciones	151
1. Introducción	151
2. Objetivos de la Negociación.....	153
3. Resultados de la Negociación	154
El Preámbulo	155
La modernización del ICE	156
Compromisos selectivos y graduales de apertura del mercado.....	157
Principios regulatorios.....	159
4. Conclusiones	163
Capítulo 14: Comercio electrónico	165
1. Introducción	165
2. Objetivos de la Negociación.....	167
3. Resultados de la Negociación	168
Aplicación de las reglas establecidas en otros capítulos del TLC-CA al suministro electrónico de servicios	168
Tratamiento aduanero de los productos digitales	168
Otorgamiento de un trato no menos favorable a productos digitales transmitidos electrónicamente	169
Transparencia en las disposiciones legales en materia de comercio electrónico.....	170
Cooperación para el fomento del desarrollo del comercio electrónico	170
4. Conclusiones	173
Capítulo 15: Derechos de propiedad intelectual.....	175
1. Introducción	175
2. Objetivos de la Negociación.....	178
3. Resultados de la Negociación	180
Disposiciones Generales	180
Ratificación de siete tratados internacionales.....	180
Realización de esfuerzos razonables para ratificar tres convenios internacionales.	184
Marcas	185
Indicaciones geográficas.....	186
Nombres de dominio en Internet	186
Obligaciones sobre derechos de autor y derechos conexos	186
Protección de las señales de satélite codificadas portadoras de programas.	189
Patentes	189
Observancia de los derechos de propiedad intelectual	200
Limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios.....	201
4. Conclusiones	201
Capítulo 16: Laboral	205
1. Introducción	205
2. Objetivos de la Negociación.....	208
3. Resultados de la Negociación	209
Reafirmar las obligaciones como miembros de la OIT y los compromisos asumidos en la Declaración de la OIT	209
Comprometerse a no debilitar ni reducir la protección laboral existente (con el objetivo de pro-mover el comercio o la inversión)	211
Establecer un Consejo de Asuntos Laborales a nivel ministerial	215
Establecer un Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades	215
Realización de Consultas Laborales Cooperativas	216
4. Conclusiones	220

Capítulo 17: Ambiental	223
1. Introducción	223
2. Objetivos de la Negociación	226
3. Resultados de la Negociación	227
Compromiso de aplicación de las leyes ambientales nacionales	227
Compromiso de no debilitar ni reducir la legislación ambiental existente	228
Establecimiento de un Consejo de Asuntos Ambientales a nivel ministerial	229
Creación de un Acuerdo de Cooperación Ambiental	230
Realización de Consultas Ambientales Colaborativas	232
Reconocimiento de los acuerdos ambientales multilaterales	235
4. Conclusiones	235
Capítulo 18: Transparencia	239
1. Introducción	239
2. Objetivos de la Negociación	239
3. Resultados de la Negociación	239
4. Conclusiones	240
Capítulo 19: Administración del tratado y comité para la creación de capacidades relacionadas con el comercio	241
Capítulo 20: Solución de controversias	243
1. Introducción	243
2. Objetivos de la Negociación	243
3. Resultados de la Negociación	244
Mecanismo de solución de controversias Estado– Estado	245
Promover la solución alternativa de controversias comerciales privadas internacionales	249
4. Conclusiones	249
Capítulo 21: Excepciones	251
Capítulo 22: Disposiciones finales	253
Bibliografía	255

Índice de cuadros

0.1	Resumen de resultados para productos agrícolas e industriales en materia de acceso de mercados	17
0.2	Compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de seguros.....	20
0.3	Compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de telecomunicaciones	22
3.1	Acuerdos sobre la agricultura de la OMC.....	47
3.2	Situación arancelaria del atún en conserva en el 2000 al entrar en vigor CBTPA.....	48
3.3	Cuadro de las categorías de desgravación del TLC-CA.....	55
3.4	Canastas de productos de Costa Rica acordadas en el TLC-CA	57
3.5	Distribución por fracción arancelaria del sector agrícola TLC-CA.....	58
3.6	Distribución por fracción arancelaria del sector industrial TLC-CA.....	59
7.7	Negociación para el sector industrial, situación arancelaria actual y programa de desgravación con el TLC-CA.....	60
3.8	Contingentes arancelarios de Costa Rica	62
3.9	Tratamiento para los productos sensibles.....	63
3.10	Salvaguardia Especial Agrícola (SEA) de Costa Rica	65
3.11	Reglas de origen específicas acordadas para productos agrícolas	66
3.12	Reglas de origen específicas de los productos textiles o de vestido con el TLC-CA y con CBTPA.....	68
10.1	Inversión extranjera directa por año por y región de destino. 1991-2002	85
10.2	Inversión extranjera directa en Centroamérica y República Dominicana. 1991-2002.....	86
3.3	Costa Rica: Tratados Bilaterales de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones.....	89
13.1	Acuerdos del Proceso de Concertación en el Sector de Telecomunicaciones.....	152
16.1	Ratificaciones de los Convenios sobre los derechos humanos fundamentales (OIT).....	210
16.2	Inconsistencias entre la legislación laboral de los países centroamericanos y los convenios de la OIT.....	212

Presentación

La negociación y posterior firma del Tratado de Libre Comercio entre los países centroamericanos y los Estados Unidos de América (TLC-CA), es quizá el hecho de mayor importancia en el ámbito económico y comercial acaecido en la región durante el año 2003¹, tanto por el contenido del acuerdo como por el debate nacional que ha suscitado. Por ello, el Programa Estado de la Nación realizó un estudio con el fin de proporcionar a la ciudadanía costarricense elementos de juicio para un debate fundamentado sobre los alcances del Tratado. La investigación no se propuso efectuar una valoración que conduzca a las y los lectores hacia una toma de posición sobre la conveniencia o no del TLC-CA. Su cometido es otro: facilitar el análisis de un texto largo y sumamente complejo, ordenando y destacando sus principales contenidos a partir de un procedimiento metodológico sencillo y común para todos los temas, de manera que cada persona extraiga sus propias conclusiones.

El estudio examina, en primer lugar, las condiciones que imperaban al inicio de la negociación en cada uno de los 22 capítulos que comprende el TLC-CA y los objetivos planteados por el Gobierno de Costa Rica. En segundo lugar, contrasta estas condiciones y objetivos iniciales con los resultados obtenidos al final de la negociación. En tercer lugar, procura determinar el alcance de las nuevas obligaciones que contraería el Estado costarricense, en caso de que la Asamblea Legislativa ratifique el Tratado.

Finalmente, el estudio recoge, del modo más fidedigno posible, las posiciones que se han ido generando, a favor y en contra del TLC-CA, en los últimos meses.



Miguel Gutiérrez Saxe
Director
Programa Estado de la Nación

¹ Costa Rica firmó el TLC-CA en febrero del 2004. La República Dominicana decidió adherirse al TLC-CA, firmando su adhesión en agosto del mismo año.

Reconocimientos

Este nuevo volumen de la Serie Aportes para el Análisis del Desarrollo Sostenible se realizó con el fin de proporcionar a la ciudadanía costarricense elementos de juicio para un debate fundamentado sobre los alcances del Tratado, cuyo resumen ejecutivo fue publicado en el X Informe Estado de la Nación, en octubre del 2004. Para su elaboración se contó con la participación de numerosas personas e instituciones que aportaron valiosos comentarios e información, sistematización, análisis de la información y redacción de los textos.

Este documento fue realizado por el Programa Estado de la Nación del Consejo Nacional de Rectores y la Defensoría de los Habitantes. Se quiere dejar constancia de su agradecimiento a todas ellas, aún a riesgo de omitir mencionar algún nombre.

La edición estuvo a cargo de Eduardo Alonso. El análisis de los capítulos fue realizado (utilizando los números y nombres del Tratado y en un caso agrupando temas) por las siguientes personas:

Eduardo Alonso: capítulos 1: Disposiciones iniciales, 2: Disposiciones generales, 9: Contratación pública, 10: Inversiones, 16: Laboral, 17: Ambiental, 18: Transparencia, 19: Administración del tratado y comité para la creación de capacidades relacionadas con el comercio, 20: solución de controversias, 21: Excepciones; 22: Disposiciones finales.

Susan Rodríguez: capítulos 3: Trato nacional y acceso de mercancías al mercado, 4: Reglas de origen y procedimientos de origen, 5: Administración aduanera y facilitación del comercio, 6: Medidas sanitarias y fitosanitarias, 7: Obstáculos técnicos al comercio, 8: Defensa comercial.

José Eduardo Angulo: capítulos 11: Comercio transfronterizo de servicios, 12: Servicios financieros, 13: Telecomunicaciones y 14: Comercio electrónico.

Alejandra Castro: capítulo 15: Derechos de propiedad intelectual.

Saúl Weisleder y Jorge Vargas Cullell realizaron una revisión de los textos.

Un agradecimiento especial por sus comentarios y contribución a diversos capítulos merecen: Natalia Alvarez, Celín Arce, Mauricio Castro, Sylvia Charpentier, Carlos Murillo, Velia Govaere, Patricia Rodríguez, Marco Vinicio Ruiz, Adolfo Solano y Albino Vargas.

Se agradece la información suministrada por Gabriela Castro, Guisella Chaves, Ana Luisa Leiva, Román Macaya y Ricardo Matarrita.

Se agradece a las siguientes personas por las entrevistas concedidas: Esteban Agüero, Marielos Alfaro, Natalia Alvarez, Adriana Badilla, Jorge Cabrera, Alvaro Camacho, Luis Diego Castro, Vivian Campos, Sylvia Charpentier, Albin Chaves, Jorge Arturo Chaves, Gerardo Corrales, Mario Devandas, Roberto Dobles, Roberto Echandi, Eduardo Elizondo, Gerardo Fumero, Francisco Gamboa, Javier García, Neftalí Garro, Alexander Godínez, Velia Govaere, Ana Lorena Guevara, Anabel González, Eduardo Lizano, Tania López, Gabriela Llobet, Román Macaya, Guido Miranda, Alvaro Monge, Carlos Murillo, Fernando Ocampo, Amparo Pacheco, Mariel Picado, Mimi Prado, María Aminta Quince, Tatiana Remy, Laura Rodríguez, Patricia Rodríguez, Isaac Rojas, Jorge Enrique Romero, Viviana Santamaría, Germán Serrano, Ricardo Ulate, José Antonio Urgelles, Federico Valerio, Luis Paulino Vargas, Susana Vazquez y Juan Luis Zúñiga.

Se aclara que los contenidos de estos trabajos no necesariamente expresan las posiciones de las instituciones auspiciadoras, entrevistados y comentaristas mencionados.

INTRODUCCIÓN Y RESUMEN EJECUTIVO

Contexto del TLC-CA: la ICC y las políticas de apertura comercial

Desde inicios de la década de los ochenta, los países centroamericanos y la República Dominicana emprendieron un proceso de cambio en su estilo de desarrollo. El modelo de industrialización y sustitución de importaciones (ISI) fue desplazado por uno basado en la promoción de exportaciones. En el ámbito comercial, las principales características del nuevo modelo fueron las medidas de apertura comercial unilateral, la participación activa en negociaciones comerciales multilaterales, y, más recientemente, la negociación y firma de tratados de libre comercio. En este período los países se adhirieron al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), hoy Organización Mundial del Comercio (OMC).

En 1984, Estados Unidos aprobó la Ley para la Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe, conocida como la Iniciativa para la Cuenca del Caribe (ICC), que constituyó un complemento importante a las medidas internas de apertura comercial. La ICC proporcionó acceso arancelario preferencial al principal mercado de la región (excepto a Cuba y Nicaragua, en aquel momento) para casi todos los productos provenientes de estos países.

La negociación del TLC-CA profundiza las políticas de apertura comercial. Con el Tratado, las naciones centroamericanas, la República Dominicana y los Estados Unidos establecen una zona de libre comercio. En una zona de este tipo se eliminan los aranceles y se fijan normas y procedimientos comunes para el comercio de bienes entre las naciones miembros, pero cada uno de ellos mantiene su arancel frente a terceros países. El TLC-CA es una pieza compleja. No se circunscribe a la cuestión del acceso a los mercados de bienes; en algunos asuntos es un acuerdo multilateral, en otros contiene una serie de acuerdos bilaterales, y además incluye excepciones a la aplicación de las reglas convenidas. En materia de acceso a los mercados, el TLC-CA contiene acuerdos de índole bilateral entre cada una de las naciones miembros y los Estados Unidos, así como entre cada

uno de los países centroamericanos y la República Dominicana. Con respecto al comercio centroamericano, éste se rige por los acuerdos de integración centroamericana. Los países de este área impulsan la constitución de una unión aduanera, que es una forma de integración más profunda que una zona de libre comercio, y que tiene como objetivo el establecimiento de un arancel externo común entre los países de la región, independientemente del TLC-CA. Sin embargo, en razón de su multilateralidad, la normativa de este último tendrá un rol complementario a la normativa acordada para la integración regional.

Además, el TLC-CA contempla temas que no fueron incorporados sino hasta la Ronda Uruguay del GATT, hoy OMC, como asuntos propios de las negociaciones de comercio para los cuales se establecieron reglas multilaterales, tales como comercio de servicios (telecomunicaciones, seguros y comercio transfronterizo de servicios), inversiones, contratación pública, propiedad intelectual, asuntos laborales y asuntos ambientales. En los últimos dos temas existe como antecedente la negociación de acuerdos paralelos en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá, los Estados Unidos y México (TLCAN), así como la instrucción explícita de incluir esos asuntos en las negociaciones de tratados de libre comercio, que el Gobierno de los Estados Unidos recibió de su Congreso a través de la Autoridad de Promoción Comercial (TPA, por su sigla en inglés). El TLC-CA también incluye un mecanismo para la solución de controversias. Cabe señalar, sin embargo, que en materia de telecomunicaciones y seguros la negociación fue diferente en el caso de Costa Rica. Asimismo, se debe tener en cuenta que, si bien las reglas convenidas en materia de servicios e inversiones son de aplicación multilateral, cada uno de los países incorporó, en los anexos del Tratado, las denominadas “medidas disconformes”. Las medidas disconformes son: a) leyes y regulaciones, y b) sectores, subsectores o actividades específicas, existentes en los países, que no están sujetas a algunas o todas las obligaciones contraídas, reduciendo el alcance de los compromisos en esos

casos particulares. El Anexo I del Tratado contiene, para cada país, la lista de leyes y regulaciones no sujetas a la aplicación de las obligaciones. Esas leyes y regulaciones pueden ser modificadas, pero no pueden ser menos “disconformes” con respecto a las obligaciones contraídas. El Anexo II incluye, para cada país, la lista de los sectores, subsectores o actividades específicas para las cuales ese país puede mantener las leyes y regulaciones existentes. Esas leyes y regulaciones pueden ser modificadas, sin restricción alguna, pudiendo ser menos “disconformes”; incluso pueden promulgarse nuevas leyes y regulaciones sin ninguna obligación de conformidad con los acuerdos respectivos. El Anexo III contiene la lista de las leyes y regulaciones, así como la lista de los sectores, subsectores o actividades específicas, de igual forma que lo establecido en los Anexos I y II, pero exclusivamente para los servicios financieros.

Principales contenidos del TLC-CA

Capítulos referidos a disposiciones generales y administrativas

Importancia del tema

Las disposiciones generales y administrativas establecen el tipo de tratado que los países han acordado establecer, sus objetivos y excepciones, su relación con otros tratados y los alcances de las obligaciones contraídas. Se plantean las definiciones, normas y procedimientos para la aplicación de las disposiciones acordadas. Además, incluye un mecanismo para la solución de controversias.

Algunas definiciones básicas

- Zona de libre comercio: espacio económico que comprende varios países, para el cual se establece un tratamiento preferencial, parcial o total, al comercio de bienes y servicios entre los países miembros de ese espacio económico.
- Parte: todo Estado respecto del cual haya entrado en vigor el TLC-CA.

Principales contenidos

El TLC-CA crea una zona de libre comercio entre los países miembros. Para supervisar la ejecución del Tratado, interpretarlo y mediar en la solución de controversias, se crea la Comisión de Libre Comer-

cio, como órgano máximo del Tratado, compuesta por los ministros encargados del comercio exterior de cada país. Se establece además un mecanismo de solución de controversias, con los procedimientos que serán aplicados en caso de una controversia comercial.

Otros temas de importancia para la administración y ejecución del Tratado son las excepciones y el tema de la cooperación. Las primeras se refieren a la no aplicación de lo acordado cuando existan razones de seguridad esencial, de protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, así como en relación con ciertas medidas tributarias y por razones de balanza de pagos. Con respecto a la cooperación, mediante el TLC-CA se crea un comité a través del cual los países podrán canalizar requerimientos de cooperación internacional para lograr una mejor implementación de lo acordado.

Puntos de controversia en Costa Rica

- Si es constitucional o no la potestad de la Comisión de Libre Comercio para modificar las listas de desgravación arancelaria, a fin de acelerar la reducción.
- El hecho de que el Estado no puede recurrir como demandante al mecanismo de solución de controversias y solicitar un arbitraje internacional al margen de los tribunales nacionales, posibilidad que sí está abierta para las empresas extranjeras.

Capítulos referidos al acceso a mercados de bienes

Importancia del tema

Los seis capítulos referidos al acceso a mercado de bienes reúnen los temas más tradicionales de una negociación comercial: los que se refieren a la creación de condiciones para facilitar e intensificar el intercambio comercial de bienes, a partir de la definición de las reglas de origen, que determinan cuándo un producto es considerado originario de un país. En estos capítulos se establecen las condiciones y la amplitud del libre acceso a los mercados de bienes entre los países signatarios del TLC-CA, o el grado de apertura comercial en los productos contemplados. Importante es la definición de los productos excluidos del libre comercio, así como el plazo e intensidad con que se disminuirá la protección en otros¹.

Un punto relevante de los capítulos sobre acceso a mercado de bienes son las disposiciones en torno a las reglamentaciones internas de los países. En efecto, los países emiten reglamentos nacionales sobre salud y seguridad para garantizar la inocuidad de los alimentos, la sanidad de los animales y la preservación de los vegetales, que pueden verse amenazados por la introducción de enfermedades, plagas, agentes patógenos, residuos y contaminantes, mediante la importación de animales vivos, productos y derivados de origen animal, productos agrícolas y materiales genéticos, de manera que se proteja la salud y la vida de las personas que los consumen. Asimismo, las naciones emiten reglamentaciones técnicas y normas industriales para ordenar y facilitar la producción y el comercio interno. Dichas normas varían de país en país, dificultan la participación de productores extranjeros en el comercio y pueden ser usadas para obstaculizar un comercio más libre.

Finalmente, en estos capítulos se estipulan las obligaciones en materia de subsidios y, por tanto, se define hasta dónde los países cedieron en sus políticas para favorecer a determinados sectores productivos mediante subsidios a la producción o a la exportación. El otorgamiento de esos subsidios puede significar comercio desleal, a la hora de que dichos productos se exporten a otros mercados, causando un daño a la producción local. Adicionalmente, las empresas pueden tratar de vender sus productos en otro país a precios por debajo de sus costos de producción (*dumping*), lo que también representa una práctica de comercio desleal.

Algunas definiciones básicas

- Cuota: volumen que un país establece para el ingreso de un producto importado, ya sea pagando un arancel reducido o de cero, durante un período determinado.
- Contingente arancelario: cuota que está determinada sobre la base de un arancel preferencial, que por lo general es cero. Una vez que esta cuota ha sido utilizada, el bien debe pagar un arancel más alto.
- Desgravación arancelaria no lineal: desgravación que es pequeña al principio, pero mayor conforme se acerca el fin del período de desgravación.
- Desgravación arancelaria lineal: desgravación anual que se mantiene igual durante todo el período de desgravación.
- Medidas compensatorias por subsidios: medidas proporcionales al grado y naturaleza de los efectos desfavorables que la aplicación de un subsidio, por parte de otro país, haya podido ocasionar, cuando hay prueba del subsidio y de la naturaleza del mismo.
- Medida sanitaria y fitosanitaria: cualquier medida de las incluidas en el Anexo A, párrafo 1, del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC, donde se definen como toda medida aplicada: “a) para proteger la salud y la vida de los animales o para preservar los vegetales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas, enfermedades y organismos patógenos o portadores de enfermedades; b) para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de la presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimenticios, las bebidas o los piensos; c) para proteger la vida y la salud de las personas en el territorio del Miembro de los riesgos resultantes de enfermedades propagadas por animales, vegetales o productos de ellos derivados, o de la entrada, radicación o propagación de plagas; d) para prevenir o limitar otros perjuicios en el territorio del Miembro resultantes de la entrada, radicación o propagación de plagas”.
- Producto originario: producto producido en uno o más países centroamericanos o en los Estados Unidos; o producido en uno o más países centroamericanos o en los Estados Unidos, en condiciones en las que cada uno de los materiales no originarios empleados en su producción sufre un cambio aplicable en la clasificación arancelaria especificado en el Anexo 4.1, sobre reglas de origen específicas; es decir, el procesamiento de las materias primas es lo que otorga el origen al producto final, sin importar el origen de las ma-

¹ Estos temas fueron por mucho tiempo el énfasis de las negociaciones comerciales. Uno de los mecanismos para lograr ese objetivo es la reducción o eliminación de los aranceles, considerados por la OMC como el único mecanismo legítimo de protección.

terias primas. También se considera originario el producto que satisface de otro modo cualquier requisito de valor de contenido regional aplicable.

- Reglas de origen: reglas bajo las cuales un producto es considerado originario de un país.
- Salvaguardias: consisten en la facultad incrementar aranceles cuando, a raíz de una reducción anterior de los mismos, se da una importación masiva y se logra probar que hay una relación de causalidad entre ambas.
- Sistema Armonizado (SA): Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, incluidas sus Reglas Generales de Interpretación, Notas de Sección y Notas de Capítulo, en la forma en que las Partes las hayan adoptado y aplicado en sus respectivas leyes de aranceles aduaneros.
- Trato arancelario preferencial: arancel aplicable bajo este Tratado a una mercancía originaria.
- Trato nacional: consiste en dar a los extranjeros el mismo trato (“no menos favorable”) que el que se da a los nacionales.
- Trato de nación más favorecida: consiste en dar a los extranjeros el mismo trato (“no menos favorable”) que el que se da a los extranjeros de otro país.

Principales contenidos

En el TLC-CA los países convinieron en los principios que sustentarían las regulaciones internas y los mecanismos de defensa comercial para combatir la competencia desleal, como complemento al mecanismo de solución de controversias. Los acuerdos relativos al acceso al mercado de bienes en el Tratado contienen disposiciones sobre el trato que ha de darse nacionalmente a los productos importados (trato nacional: ver definiciones básicas), a las reglas para determinar el origen de las mercancías, a la reducción o eliminación de los aranceles a las importaciones, así como a las medidas sanitarias y fitosanitarias, a los obstáculos técnicos al comercio y a los mecanismos de defensa comercial que los países pueden aplicar en respuesta a una posible competencia desleal.

En materia arancelaria, es importante señalar que las exportaciones de los países centroamericanos y la República Dominicana a los Estados Unidos se han venido realizando al amparo de la ICC, lo que les da un acceso preferencial arancelario, con excep-

ción de los textiles, el atún, el calzado, el etanol y otros productos de cuero, relojes y algunas partes de relojes, azúcar y carne de bovino, que reciben un tratamiento diferente. Con el TLC-CA, las naciones centroamericanas consolidan el acceso preferencial al mercado estadounidense, y lo amplían. Concretamente en el caso de Costa Rica, el resultado de la negociación fue el libre acceso, sin aranceles, para todos los productos exportados a los Estados Unidos, con algunas excepciones (cuadro 0.1), para los cuales se negoció lo siguiente:

- Azúcar y productos con alto contenido de azúcar: cuota de 13.000 toneladas métricas, adicionales a la cuota de 15.976 toneladas métricas que se exporta bajo la OMC.
- Textiles: flexibilización de las reglas de origen permitidas para ingresar con arancel cero al mercado estadounidense. Las prendas de vestir deben ser elaboradas con hilaza o tela de Centroamérica, salvo las prendas de lana, cuya regla de origen será de “tela en adelante”. Para *brasiers*, *boxers* y pijamas se acordaron reglas de origen especiales de simple transformación (de cortado y cosido en la región en adelante, sin importar la procedencia de la tela).
- Atún: libre comercio para atún en aceite enlatado, desgravación en 10 años para atún en agua, partiendo del arancel aplicado al 1 de enero del 2005. Este producto estaba excluido de la ICC.
- Carne de bovino: cuota de 10.300 toneladas, con un crecimiento anual del 5% y una desgravación en 15 años para el arancel actual de 26%. Hoy existe una cuota, pero a nivel global.
- Etanol: desgravación en 15 años y acceso libre de aranceles al mercado estadounidense bajo una cuota para Costa Rica de 31 millones de galones para etanol producido con materia prima no nacional. Actualmente se tiene una cuota de 7% del consumo anual de los Estados Unidos, para todos los países beneficiarios de la ICC.

Costa Rica logró una apertura más lenta de su mercado (trato especial) en varios productos denominados sensibles (carne bovina, carne de cerdo, pollo, productos lácteos, papa y cebolla fresca, arroz en granza y pilado, aceites refinados y margarinas). Para cada uno de estos productos se definieron plazos de

Cuadro 0.1
Resumen de resultados para productos agrícolas e industriales en materia de acceso de mercados
(porcentaje de líneas arancelarias en cada categoría)

	Costa Rica obtuvo...	Estados Unidos obtuvo...
Productos agrícolas	Libre acceso inmediato: 89,0 Desgravación en 5 años: 0,3 Desgravación en 10 años: 0,2 Exclusión de papa y cebolla, pero sí se acordaron contingentes. Cuotas o contingentes arancelarios: 10,5	Libre acceso inmediato: 39,6 Desgravación en 5 años: 10,2 Desgravación en 10 años: 15,1 Desgravación en 12 años: 3,9 Desgravación en 15 años: 25,1 Desgravación > a 15 años: 6,2 (arroz, productos lácteos y cuartiles de pollo con cuotas y contingentes)
Productos industriales	Acceso inmediato: 99,7 (incluye textiles y vestido)	Acceso inmediato: 72,3
		Desgravación en 5 años: 4,4
	Desgravación no lineal en 10 años: 0,3 (incluye atún enlatado en agua y calzado para deportes)	Desgravación lineal en 10 años: 10,0
		Desgravación no lineal en 10 años: 13,3

Fuente: Elaboración propia con base en COMEX, 2004b.

desgravación superiores a 15 años, con períodos de gracia, establecimiento de cuotas, contingentes arancelarios y salvaguardias. La papa y la cebolla fueron excluidas, aunque sí se acordaron contingentes.

Con respecto a mecanismos de defensa comercial, el TLC-CA contempla la aplicación de los mismos instrumentos que se utilizan en la OMC, tales como salvaguardias y medidas compensatorias por subsidios, y crea la salvaguardia especial agrícola por volumen (SEA), que se activa a partir de ciertos volúmenes de importación. Adicionalmente, el TLC-CA establece una salvaguardia bilateral aplicable a todos los productos cubiertos por la desgravación, sensibles o no. Por último, los países acordaron prohibir los subsidios a las exportaciones, con excepción de los que se otorgan a las empresas bajo el régimen de zonas francas, que serán eliminados a partir del año

2007, según lo acordado en la OMC. En cuanto a los subsidios internos, los países no se comprometieron a suprimirlos, sino a buscar un acuerdo para su eliminación en el marco de las negociaciones de la OMC.

En lo que concierne a medidas sanitarias, fitosanitarias, normas de calidad y reglamentos técnicos, las naciones reafirmaron en el TLC-CA los derechos y obligaciones reconocidos en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) y el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC. Con la ratificación de esos acuerdos y el establecimiento de comités para tratar esos temas dentro del TLC-CA, se crea una institucionalidad específica que mejorará

las condiciones para el intercambio de información y la administración del comercio. En la actualidad, el abordaje de estos asuntos se hace a través de los mecanismos y comités de la OMC.

Puntos de controversia en Costa Rica

- El sector arrocero hubiese preferido quedar excluido. Los otros sectores productivos consideran que los plazos de desgravación acordados son aceptables, aunque hubiesen preferido plazos más largos.
- Algunas asociaciones de consumidores consideran que fueron perjudicadas por los plazos de desgravación negociados, a pesar de que entre ellas hay divergencias en sus posiciones en cuanto la apertura. Así, mientras la Asociación de Consumidores Libres defiende sus principios de apertura total y unilateral de todos los bienes y servicios, la Federación Nacional de Asociaciones de Consumidores y Usuarios propone medidas para fortalecer a las instituciones promotoras de los derechos del consumidor y para que las demandas en este ámbito se resuelvan de manera ágil y rápida. Por su parte, el Consejo Nacional de Consumidores ha manifestado su oposición a la apertura, dado el posible impacto sobre la seguridad alimentaria.

Capítulos referidos al acceso al mercado de servicios

Comercio transfronterizo de servicios

Importancia del tema

Hasta hace poco los servicios no formaban parte de los acuerdos comerciales, pues su naturaleza intangible dificultaba lograr un consenso acerca de las normas mínimas que debían regir su comercio. Se pensaba, además, que la prestación de servicios requería la presencia de empresas en el territorio de un país para poder ofrecerlos en el mercado. Sin embargo, la revolución tecnológica en las telecomunicaciones y en la informática ha hecho posible que muchos servicios se brinden de manera transfronteriza, sin necesidad de que las empresas que los proveen estén instaladas físicamente en los territorios nacionales de los países, con lo cual se han convertido en parte del intercambio comercial. Con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS),

aprobado como resultado de la Ronda Uruguay, se establecieron normas mínimas para el comercio internacional de servicios. Estos capítulos del TLC-CA definen las modalidades y condiciones de la apertura en este campo.

Algunas definiciones básicas

- Comercio transfronterizo de servicios: comercio del territorio de un país al territorio de otro país. Supone dos jurisdicciones, una referida al lugar o territorio donde la persona, empresa o institución está constituida y registrada, y otra, al lugar o territorio donde se va a prestar el servicio.
- Movimiento del consumidor: comercio en el territorio de un país entre una persona de ese país y una persona de otro país.
- Movimiento de personas físicas: comercio realizado por un nacional de un país en el territorio de otro país. Esta modalidad está reservada para actuaros y demás personas que se dedican a la prestación de servicios especializados. Por la naturaleza regulada de los servicios, en este caso aplican dos jurisdicciones: la del país donde el profesional se encuentra inscrito y regulado, y la del país donde dicho profesional va a prestar el servicio. Nada limita al país receptor del servicio para establecer las regulaciones internas que considere necesarias, como registro de proveedores, entre otros, siempre y cuando dicha regulación sea también aplicable a los nacionales y no resulte discriminatoria.
- Trato de nación más favorecida: consiste en dar a los extranjeros de determinado país el mismo trato ("trato no menos favorable") que se da a extranjeros de cualquier otro país.
- Servicios profesionales: servicios que, para su prestación, requieren educación superior especializada, adiestramiento o experiencia equivalentes y cuyo ejercicio es autorizado o restringido por un país. No incluye los servicios prestados por personas que practican un oficio o por los tripulantes de naves mercantes y aeronaves.

Principales contenidos

El TLC-CA regula las tres modalidades de comercio transfronterizo de servicios: comercio transfronterizo como tal, movimiento de consumidor y movimiento de personas físicas. Para este comercio, los países acordaron la aplicación de los principios de trato

nacional (ver definiciones básicas en acápite de acceso a mercados), nación más favorecida, acceso a mercados y presencia local. Acceso a mercados significa que no se establecen limitaciones al número de proveedores, al valor total de los activos o transacciones de servicios, al número total de operaciones o a la cuantía total de la producción de servicios, a la cantidad de personas naturales que pueden emplearse en determinado sector de servicios, o al tipo de persona jurídica que los puede prestar. Por su parte, presencia local implica que ningún país podrá exigir que un proveedor de servicios de otro país establezca una oficina de representación u otro tipo de empresa, o que resida en su territorio, como condición para suministrar nacionalmente un servicio transfronterizo.

En el caso de Costa Rica, se excluyeron de la aplicación de estos principios los servicios profesionales, los servicios sociales y los servicios de enseñanza superior. En materia de servicios sociales, el país se reservó el derecho de adoptar o mantener cualquier medida respecto a la ejecución de leyes y al suministro de servicios de readaptación social, así como los siguientes servicios, en la medida en que sean servicios sociales que se establezcan o mantengan por un interés público: seguro o seguridad de ingreso, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud, atención infantil, servicios de alcantarillado público y servicios de suministro de agua.

Puntos de controversia en Costa Rica:

- Si el Tratado tutela de manera adecuada o no los servicios que Costa Rica definió como sensibles.
- Si el país tiene o no la voluntad y las políticas necesarias para garantizar a los profesionales y empresas costarricenses condiciones adecuadas para poder competir, mediante una elevación de la cobertura y calidad de la educación.

Comercio de servicios financieros

Importancia del tema

Los sistemas financieros son básicos para el financiamiento de la producción de un país y la satisfacción de las necesidades de los hogares, así como para su aseguramiento frente a desastres. Hasta hace pocos años, se trataba de mercados altamente protegidos de la competencia externa en todos los países de la región (incluido Estados Unidos).

Algunas definiciones básicas

- Servicio financiero: todo servicio de carácter financiero, incluidos todos los servicios de seguros.
- Entidad pública: banco central o una autoridad monetaria de una Parte, o cualquier institución financiera de propiedad de una Parte o controlada por ella.
- Entidad autorregulada: cualquier entidad no gubernamental, incluido cualquier mercado o bolsa de valores o futuros, cámara de compensación, u otro organismo o asociación, que ejerce una autoridad reguladora o supervisora, propia o delegada, sobre los proveedores de servicios financieros o instituciones financieras.
- Institución financiera: cualquier intermediario financiero u otra empresa que esté autorizada a hacer negocios y que es regulada o supervisada como una institución financiera de conformidad con la ley de la Parte en cuyo territorio está localizada.
- Nuevo servicio financiero: servicio financiero no suministrado en el territorio de la Parte, pero que es suministrado en el territorio de otra Parte e incluye cualquier nueva forma de suministro de un servicio financiero, o la venta de un producto financiero que no es vendido en el territorio de la Parte.
- Cliente multinacional: cualquier empresa extranjera, mayoritariamente propiedad de un fabricante o proveedor de servicios extranjero, que hace negocios en Costa Rica.
- Servicios necesarios para apoyar cuentas globales: significa que la cobertura de póliza *master* (global) de seguros emitida para un cliente multinacional en territorio distinto a Costa Rica, por un asegurador de una Parte, se extiende a las operaciones del cliente multinacional en Costa Rica.

Principales contenidos

Los servicios financieros incluyen los servicios bancarios y demás servicios financieros, por una parte, y los seguros, por otra. En el TLC-CA se excluyeron las actividades o servicios que formen parte de un plan de jubilación público o un sistema legal de seguridad social, explícitamente la Sociedad de Seguros de Vida del Magisterio Nacional, y las actividades o servicios realizados por cuenta o con la garantía del país, o con utilización de recursos financieros de éste, incluyendo sus entidades públicas, siempre que dichas actividades no se lleven a cabo en competencia con una entidad pública o con una institución financiera.

Para los servicios que fueron incluidos dentro del TLC-CA, los países acordaron aplicar los principios de trato nacional, nación más favorecida y acceso al mercado para las instituciones financieras y el comercio transfronterizo, así como las regulaciones del capítulo de inversiones a las inversiones en servicios financieros. En el caso de Costa Rica se excluyó el tratamiento transfronterizo en lo concierne a intermediación financiera, de forma tal que solo aplica la jurisdicción costarricense. Esto significa que los bancos extranjeros pueden participar en el mercado local solamente como entidades independientes de la casa matriz, no con sucursales.

Cuadro 0.2
Compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de seguros

Compromiso	Consecuencias	Fecha
Establecimiento de autoridad reguladora de seguros	Establecer una autoridad reguladora de seguros, independiente de los proveedores de estos servicios y sin la obligación de responder ante ellos	A más tardar el 1 de enero de 2007
Legalización de compra de seguros en el exterior por parte de residentes en Costa Rica	Las personas localizadas en Costa Rica y los costarricenses podrán comprar cualquiera y todas las líneas de seguros (excepto el seguro obligatorio de vehículos y los seguros contra riesgos de trabajo) de proveedores de estos servicios de otros países	A la entrada en vigor del Tratado
Suministro o comercio, del territorio de una Parte al territorio de otra Parte, de un número limitado de seguros	Se permitirá el comercio, desde el territorio de una Parte al territorio de la otra Parte, de algunos seguros: seguros marítimos, seguros de carga aeroespacial y servicios necesarios para apoyar cuentas globales	A la entrada en vigor del Tratado
Establecimiento de oficinas de representación	Competencia con operadores locales	1 de julio de 2007
Suministro o comercio, del territorio de una Parte al territorio de otra Parte, de servicios auxiliares de seguros, intermediación de seguros, y líneas no ofrecidas de seguros	Competencia con operadores locales	1 de julio de 2007
Derecho de establecimiento para proveedores de seguros en cualquiera y todas las líneas de seguros (excepto el seguro obligatorio de vehículos y los seguros contra riesgos de trabajo)	Costa Rica permitirá a los proveedores de servicios de seguros de una Parte sobre una base no discriminatoria, establecerse y efectivamente competir para suministrar directamente al consumidor servicios de seguros (excepto el seguro obligatorio de vehículos y los seguros contra riesgos de trabajo) en su territorio	1 de enero de 2008
Derecho de establecimiento para proveedores de seguros en cualquiera y todas las líneas de seguros, sin excepción	Se amplía el compromiso anterior a todo tipo de servicios de seguros	1 de enero de 2011

Fuente: COMEX, 2004b.

Con respecto a los seguros, Costa Rica asumió el compromiso de su liberalización. Este resultado es contrario a la posición inicial del Gobierno, en el sentido de que no negociaría la apertura del monopolio del INS. Los compromisos específicos en esta materia incluyen la creación de una autoridad reguladora de seguros por parte de la Asamblea Legislativa y la ejecución de un programa de liberalización progresiva de este mercado (cuadro 0.2); en caso de que no se estableciera la autoridad reguladora antes de la fecha indicada, siempre entraría a regir la secuencia de la liberalización.

Puntos de controversia en Costa Rica

- Si conviene o no abrir el mercado de seguros en manos del INS.
- Si los tiempos para la apertura son muy acelerados o no.
- Si conviene o no haber negociado fechas fijas para la creación de la autoridad reguladora de los seguros, en lugar de plazos a partir de la firma del Tratado.
- Si el seguro de riesgos del trabajo, que es un seguro obligatorio, podrá o no ser ofrecido por empresas privadas.
- Si es conveniente o no que las empresas multinacionales puedan asegurar sus instalaciones con empresas aseguradoras establecidas en el exterior y no en Costa Rica.
- Si la autoridad reguladora de seguros se ubicará en la SUGEF o será una entidad aparte.
- El efecto sobre las tarifas de los seguros por la entrada de nuevos competidores.
- El costeo de la solidaridad en materia de seguros.

Comercio de servicios de telecomunicaciones

Importancia del tema

La provisión de servicios de telecomunicaciones se ha convertido en un factor de gran relevancia para la competitividad de las empresas de bienes y servicios relacionadas con el comercio internacional. Estas empresas requieren servicios de telecomunicaciones confiables, de alta velocidad y bajo costo, que representen lo más avanzado de la tecnología existente en el mundo. Los países que muestran los índices más elevados de competitividad y de desarrollo humano, conjuntamente con los índices de brecha digital más

bajos, cuentan con los servicios de telecomunicaciones más abiertos a la competencia internacional, manteniendo, en su legislación, el principio de universalidad en su suministro.

Algunas definiciones básicas

- **Interconexión:** enlace con proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones, con el objeto de permitir que los usuarios de un proveedor se comuniquen con los usuarios de otros proveedores y accedan a los servicios suministrados por otro proveedor.
- **No discriminatorio:** trato no menos favorable que aquel otorgado, en circunstancias similares, a cualquier otro usuario de un servicio público de telecomunicaciones similar.
- **Oferta de interconexión de referencia:** oferta de interconexión extendida por un proveedor importante y registrada ante, o aprobada por, un organismo regulatorio de telecomunicaciones, que sea suficientemente detallada para permitir que los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones que deseen aceptar sus tarifas, términos y condiciones, obtengan la interconexión sin tener que involucrarse en negociaciones con el proveedor importante en cuestión.
- **Organismo regulatorio de telecomunicaciones:** organismo nacional responsable de la regulación de las telecomunicaciones.
- **Proveedor importante:** proveedor de servicios públicos de telecomunicaciones que tiene la capacidad de afectar materialmente (teniendo en consideración los precios y la oferta) los términos de participación en el mercado relevante de servicios públicos de telecomunicaciones, como resultado de controlar las instalaciones esenciales, o de hacer uso de su posición en el mercado.
- **Servicios comerciales móviles:** servicios públicos de telecomunicaciones suministrados a través de medios móviles inalámbricos.
- **Servicio de información:** oferta de una capacidad para generar, adquirir, almacenar, transformar, procesar, recuperar, utilizar o hacer disponible información a través de las telecomunicaciones; incluye la publicidad electrónica, pero no incluye cualquier uso de cualquiera de estas capacidades para la administración, control u operación de un sistema de telecomunicaciones o la administración de un servicio de telecomunicaciones.

- Servicio público de telecomunicaciones: cualquier servicio de telecomunicaciones que una Parte exige, ya sea de una manera explícita o de hecho, que se ofrezca al público en general.
- Telecomunicaciones: transmisión y recepción de señales por cualquier medio electromagnético, incluyendo medios fotónicos.
- Universalidad: acceso generalizado a determinados servicios de telecomunicaciones por parte de los ciudadanos.

Principales contenidos

Al igual que en el tema de los seguros, al inicio de la negociación el Gobierno costarricense había excluido el tema de servicios de telecomunicaciones, considerando que el futuro de ese sector debía ser el resultado de un debate que condujera a un consenso nacional sobre la materia. No obstante, en el TLC-CA se permite la apertura de algunos servicios de telecomunicaciones dentro de un marco que se denominó “gradual, selectivo y regulado” (cuadro 0.3). También en forma similar al caso de los seguros, la apertura del mercado no está sujeta a la legislación que el país se comprometió a aprobar, en lo referente al fortalecimiento del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y a la creación de un marco regulatorio para las telecomunicaciones; en caso de que no se llegue a establecer una entidad reguladora y no se fortalezca el ICE en la fecha prevista, siempre entrarán a regir los plazos de apertura (cuadro 0.3).

Costa Rica se autoimpuso una serie de compromisos, que serían incorporados en el marco regulatorio para las telecomunicaciones que eventualmente sería aprobado por la Asamblea Legislativa. Esos compromisos, a su vez, incluyen los siguientes principios:

- universalidad del servicio: posibilidad de que alguno o varios servicios sean accesibles de forma generalizada para los ciudadanos;
- independencia de la autoridad reguladora, que puede ser la actual ARESEP o una nueva entidad;
- transparencia: acceso público a la información requerida para operar;
- asignación de los recursos escasos: asignación de frecuencias, números y derechos de vía de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria;
- interconexión regulada: cualquier proveedor de servicios de telecomunicaciones tiene acceso a la red para brindar sus servicios, sobre una base no discriminatoria, con acceso oportuno y bajo un esquema de tarifas de interconexión calculadas al costo y sobre una base razonable y transparente;
- acceso y uso de redes: acceso y uso por empresas de otro país miembro del TLC-CA de cualquier servicio público de telecomunicaciones, sin que por ello se esté dando el derecho de acceso a proveedores de servicios de telecomunicaciones no autorizados;

Cuadro 0.3
Compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de telecomunicaciones

Compromiso	Consecuencias	Fecha
Fortalecimiento del ICE	Promulgación de un nuevo marco jurídico para fortalecer al ICE, a través de su modernización	31 de diciembre de 2004
Nuevo marco regulatorio	El marco regulatorio deberá establecer una autoridad reguladora de telecomunicaciones independiente, y deberá ser conforme con disposiciones, tales como universalidad, transparencia, solidaridad y competencia	1 de enero de 2006
Competencia efectiva en el suministro al cliente de servicios de redes privadas de datos e Internet	Los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte podrán, sobre una base no discriminatoria y a través de la tecnología de su escogencia, competir efectivamente para suministrar directamente al cliente servicios de redes privadas e Internet	1 de enero de 2006
Competencia efectiva en el suministro al cliente de servicios inalámbricos móviles	Los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte podrán, sobre una base no discriminatoria, a través de la tecnología de su escogencia, competir efectivamente para suministrar directamente al cliente servicios inalámbricos móviles.	1 de enero de 2007

Fuente: COMEX, 2004b.

- suministro de servicios de información: reservado para aquellas empresas que generan, almacenan o procesan información y que utilizan las telecomunicaciones como medio de transporte;
- competencia: evitar prácticas anticompetitivas del proveedor dominante, de forma tal que todos y cada uno de los proveedores interesados tengan acceso a información técnica y comercial relevante;
- acceso a cables submarinos: acceso razonable y no discriminatorio de los proveedores autorizados de telecomunicaciones a conexiones internacionales que tiene el país en materia de telecomunicaciones, por cable submarino;
- flexibilidad para elegir opciones tecnológicas: completa libertad a los proveedores para elegir las opciones tecnológicas que más convengan a sus intereses, siempre y cuando su utilización no afecte tecnológicamente los servicios de otros proveedores y se ajuste a los requerimientos tecnológicos establecidos por el Estado.

Puntos de controversia en Costa Rica

- Si la autoridad reguladora de servicios se ubicará en la ARESEP o se creará una entidad aparte.
- Si conviene o no abrir el mercado de telecomunicaciones actualmente en manos del ICE.
- Si las cláusulas del tratado efectivamente responden a una apertura gradual y selectiva o, por el contrario, representan una apertura acelerada y que afecta los rubros más importantes del mercado.
- Si conviene o no haber negociado fechas fijas, en lugar de plazos que empiezan a correr una vez ratificado el Tratado.
- Si habrá o no un severo efecto negativo sobre las tarifas, debido al pago que en el futuro las empresas de telecomunicaciones tendrán que hacer por el uso del espacio radioeléctrico (en la actualidad el ICE no paga por el uso de este espectro).

Comercio electrónico

Importancia del tema

En los últimos años el comercio electrónico ha mostrado un crecimiento vertiginoso, que demuestra la gran importancia que ha adquirido en el desarrollo de la actividad comercial mundial, como consecuencia de la revolución en las telecomunicaciones y la informática. “A manera de ejemplo, algunas estimaciones señalan que las transacciones electrónicas a nivel mundial han crecido de 22 billones de dólares en el año 1997 a 180 billones de dólares en 1999. Asimismo, se prevé que para el año 2004 el comercio electrónico alcanzará la suma de 6,9 trillones de dólares”² (Picado, 2004).

Se estima que el valor agregado del comercio electrónico representa cerca de un 30% del PIB en los sectores de servicios a nivel mundial. Tres cuartas partes de ese porcentaje son atribuidas a los servicios comerciales, financieros y de distribución. Aunque el comercio electrónico se centra especialmente en los sectores de servicios, algunos sectores manufactureros registran una importancia creciente en este ámbito. Por sus características, el comercio electrónico conlleva ganancias en productividad, que se traducen en precios más bajos en todos los productos ofrecidos a través del mercado virtual; las empresas no necesitan locales comerciales para ofrecer sus productos al público, y los procedimientos para la tramitación de órdenes de compra y los pagos respectivos implican inversiones mucho menores que las requeridas en el comercio tradicional.

Es importante aclarar que el capítulo sobre comercio electrónico en el TLC-CA no se refiere al comercio de productos facilitado por la vía electrónica, pero que finalmente se materializa en la aduana. Más bien, este capítulo trata del comercio de servicios que se produce por medios electrónicos. Dichos servicios, a diferencia de los bienes materiales y de otros servicios, deben estar contenidos en un medio digitalizado, por lo que requieren un trato diferente.

² Billones, en inglés, son miles de millones en español. Trillones en inglés, son billones en español.

Algunas definiciones básicas

- Medios electrónicos: utilización de herramientas de procesamiento computarizado.
- Medio portador: cualquier objeto físico capaz de almacenar códigos digitales que forman un producto digital, por cualquier método conocido actualmente o desarrollado posteriormente, y del cual un producto digital pueda ser percibido, reproducido o comunicado, directa o indirectamente; incluye un medio óptico, disquetes y cintas magnéticas.
- Productos digitales: programas de cómputo, texto, vídeo, imágenes, grabaciones de sonido y otros productos que sean digitalmente codificados.
- Transmisión electrónica o transmitido electrónicamente: transferencia de productos digitales utilizando cualquier medio electromagnético o fotónico.

Principales contenidos

Este capítulo regula el comercio de mercancías y servicios que atraviesan las fronteras por medios electrónicos. Los ejemplos más evidentes de productos distribuidos electrónicamente son los libros, la música y los vídeos, pero también los programas de cómputo transmitidos por medio de líneas telefónicas o de Internet. Como se señaló, a diferencia de los bienes materiales y de otros servicios, estas mercancías o servicios deben estar contenidos en un medio digitalizado, por lo que requieren un tratamiento diferente. En la actualidad, el comercio electrónico no está regulado.

Los principales acuerdos en esta materia son los siguientes:

- Aplicación de las regulaciones contenidas en los capítulos sobre inversión, comercio transfronterizo de servicios y servicios financieros, cuando el comercio electrónico consista en el suministro de servicios a través de medios electrónicos. Con ello, el medio por el cual se presta el servicio no se exime de los compromisos asumidos en esos capítulos.

- No se establecerán aranceles aduaneros, tarifas u otras cargas relacionadas con la importación de productos digitales por transmisión electrónica, independientemente de los cargos que se fijen por la importación del medio portador del producto digital.
- Otorgamiento de un trato no menos favorable a productos digitales transmitidos electrónicamente; con esta disposición se elimina toda restricción al comercio de productos digitales. No se establecen barreras en función de dónde se generan esos productos, ni acerca de quién los produce, o sea, no se considera la nacionalidad de quienes los desarrollan.

Puntos de controversia en Costa Rica

- Si el país tiene la voluntad para aprobar, en el corto plazo regulaciones como el proyecto de firma digital.

Otros temas

Contratación pública

Importancia del tema

Los Estados son fuertes compradores de bienes y servicios, y usualmente también los más importantes en los países de la región. Las naciones centroamericanas y la República Dominicana no son miembros del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, debido a que los montos mínimos (umbrales) para la aplicación de las reglas ahí convenidas están fuera de la escala en la que estos países podrían participar. Costa Rica negoció el acceso a los mercados de contratación pública en los tratados de libre de comercio con Chile, República Dominicana y México, con umbrales más bajos y manteniendo las modalidades de contratación vigentes. En este capítulo del TLC-CA se establecen las condiciones bajo las cuales las empresas extranjeras podrán participar en las compras del Estado costarricense y las empresas costarricenses participar en las compras de otros Estados signatarios.

Algunas definiciones básicas

- Contratación pública: proceso mediante el cual un Estado obtiene el uso o adquiere mercancías o servicios, o cualquier combinación de estos, para propósitos gubernamentales y no con miras a la venta o reventa comercial, o con propósitos de uso en la producción o suministro de mercancías o servicios para la venta o reventa comercial.
- Procedimientos de licitación abiertos: cualquier tipo de método de contratación de una Parte, excepto métodos de contratación directa según lo establecido en el artículo 9.9.2 del Tratado, siempre que dichos métodos sean consistentes con este capítulo.
- Servicios: servicios de construcción, a menos que se especifique lo contrario.

Principales contenidos

Actualmente, el acceso al mercado de contratación pública costarricense es libre para cualquier oferente del mundo. Esa situación es distinta en los Estados Unidos, donde existe una ley de discriminación positiva en favor de sus proveedores (“Buy American Act”). Sin embargo, la Ley de Acuerdos Comerciales (TAA, por su sigla en inglés) exime del “Buy American Act” a las adquisiciones sujetas a las obligaciones internacionales del TLC-CA.

Los países convinieron en la aplicación de los siguientes principios en la contratación pública: igualdad y no discriminación, libre competencia, transparencia, publicidad, eficiencia en la contratación, e integridad. Estos coinciden con los principios aplicados en la contratación administrativa en Costa Rica. Asimismo, se acordaron procedimientos y montos mínimos para la contratación pública, acordes con el tamaño de las economías de la región.

En materia de contratación pública de mercancías o servicios, el TLC-CA establece dos situaciones distintas:

- En el caso de la contratación pública entre los países centroamericanos y entre cada uno de estos y la República Dominicana, se aplicarán las disposiciones acordadas a todas las contrataciones de las entidades del Gobierno Central, a nivel subnacional (o subcentral) y de otras entidades públicas.
- Entre cada uno de los países centroamericanos, la República Dominicana y los Estados Unidos, las disposiciones convenidas se aplicarán a una lista restrictiva de entidades públicas, a una lista restrictiva de contrataciones y a partir de determinados umbrales o montos mínimos de contratación³.

En cuanto a los procedimientos de contratación, se acordaron procedimientos de licitación abiertos, es decir, cualquier método de contratación que cumpla con los principios enunciados. En términos generales, Costa Rica mantiene los actuales esquemas de contratación pública, tales como la licitación por registro de proveedores y la licitación restringida (invitación a tres proveedores, sin excluir a cualquier otro que quiera participar), además de la licitación pública⁴. Una excepción importante lograda por el país es la exclusión de aquellos programas de compras que se establezcan para favorecer a las pequeñas y medianas empresas, según la definición que al respecto emita el MEIC. Este Ministerio utiliza una fórmula compleja, que considera el personal promedio, el valor de las ventas anuales netas, el valor de los activos fijos y el valor de los activos totales de las empresas para, con la determinación de un puntaje, clasificar las empresas en micro, pequeñas y medianas empresas, haciendo una diferenciación entre empresas industriales y empresas de comercio y de servicios.

³ Costa Rica se comprometió a aplicar lo convenido en el TLC-CA en materia de contratación pública para todo el Gobierno Central, 11 instituciones autónomas y las 81 municipalidades del país. Estados Unidos aplicará lo acordado a nivel federal, así como en 23 estados.

⁴ Existe un período de transición de dos años para la aplicación de ciertas obligaciones relacionadas con procedimientos, plazo durante el cual los países harán los mejores esfuerzos para incorporar esas disposiciones en las instituciones públicas, y a cuyo vencimiento esas obligaciones tendrán que estar integradas a los procedimientos. Tales obligaciones son: a) indicar de manera expresa en futuras licitaciones cuáles se rigen por el respectivo capítulo del tratado; b) incorporar el plazo de 40 días para la presentación de las ofertas; c) transmisión escrita de las modificaciones a los carteles y documentos de la licitación; d) publicación del aviso sobre la adjudicación de un contrato, y e) tiempo proporcionado a los proveedores para preparar y presentar impugnaciones por escrito.

Para Costa Rica lo relevante de la negociación fue, por una parte, bajar los montos mínimos para la participación en el mercado de contratación pública en el caso de Centroamérica y la República Dominicana, y con respecto a Estados Unidos, que representen un monto adecuado para que las empresas costarricenses puedan participar en los procesos de contratación pública.

Puntos de controversia en Costa Rica

- Si se debió haber incluido condicionalidades para la participación de empresas extranjeras en el mercado de la contratación pública, por ejemplo, requisitos de desempeño, de manera que las compras del Estado puedan utilizarse como una política de desarrollo.

Inversiones

Importancia del tema

En la última década las inversiones extranjeras directas se incrementaron significativamente, tanto a nivel mundial como en Costa Rica. Previo al TLC-CA, no existe entre los países miembros un tratado de inversiones que regule el acceso y trato a los inversionistas extranjeros.

Algunas definiciones básicas

- **Inversión:** todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir un riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen una empresa; acciones, capital y otras modalidades de participación en el patrimonio de una empresa; bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; futuros, opciones y otros derivados; contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de

producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; derechos de propiedad intelectual; licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.

- **Inversión cubierta:** de acuerdo con la definición del artículo 10.28 (Definiciones), es una inversión realizada en el territorio de una Parte, por un inversionista de otra Parte, que ya existía en la fecha de entrada de vigor del Tratado, o establecida, adquirida o expandida después de esa fecha.

Principales contenidos

La inclusión del capítulo sobre inversiones en el TLC-CA es, en la práctica, la suscripción de un tratado sobre fomento y protección recíproca de inversiones (BIT, por su sigla en inglés) entre los países miembros. La Asamblea Legislativa de Costa Rica ha aprobado 14 BIT y el Gobierno se encuentra negociando otros 14. Con estos tratados se busca fortalecer la seguridad jurídica a la inversión extranjera, más allá de la protección que brindan en cada país la Constitución Política y las leyes.

El Tratado garantiza a los inversionistas los principios de trato nacional, nación más favorecida y libre transferencia de capitales, entre otros. Adicionalmente, se incluyeron instrumentos para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado del país receptor, al amparo de mecanismos internacionales como el “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI)⁵, y las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Mercantil (CNUDMI)⁶. Se acordaron procedimientos para la expropiación y la indemnización, la libre transferencia de pagos resultantes de una inversión,

⁵ Este Convenio fue creado por el Banco Mundial el 18 de marzo de 1965, para facilitar la solución de controversias en materia de inversión entre el Estado receptor de la inversión y los nacionales de otros Estados. Entró en operación en 1966. Costa Rica lo firmó en 1981 y es miembro desde 1993. El CIADI se estableció por medio del Convenio.

⁶ La CNUDMI es un órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas establecido para fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con miras a eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno de los países.

disposiciones sobre requisitos de desempeño y consideraciones sobre medio ambiente. Todos los países incorporaron excepciones a las inversiones en ciertos sectores, las cuales fueron incluidas en los Anexos I y II, sobre medidas disconformes en servicios e inversión.

En el caso de Costa Rica, los principios de trato nacional y nación más favorecida están contemplados en los artículos 19 y 33 de la Constitución Política. El nivel mínimo de trato será otorgado según el derecho internacional consuetudinario, que contempla la protección de los derechos e intereses económicos de los extranjeros. En cuanto a los procedimientos para la expropiación e indemnización, lo dispuesto en el TLC-CA coincide con lo establecido en la Ley de Expropiaciones, que aplica el derecho internacional consuetudinario, no discrimina entre nacionales y extranjeros, y es aceptado como mínimo por todos los países. En relación con la libre transferencia de pagos resultantes de una inversión, en la actualidad no existen restricciones.

En lo que concierne a los requisitos de desempeño, básicamente se trata de no limitar la acción de las empresas, obligándolas a determinados porcentajes de contenido nacional en sus productos, o a exportar o vender en el mercado local cierto porcentaje de su producción⁷. No obstante, sí es posible exigir requisitos de desempeño a cambio de la obtención de algún beneficio, que puede ser fiscal. Se trata de requisitos como ubicar la producción en una zona específica del país, suministrar servicios, capacitación y empleo a determinada cantidad o calidad trabajadores, construir o ampliar instalaciones, y realizar actividades de investigación y desarrollo.

Cabe destacar que todo lo acordado en el TLC-CA en otros temas prevalece sobre lo convenido en materia de inversiones. Esto es especialmente importante en lo que concierne a las disposiciones sobre medio ambiente.

Finalmente, los mecanismos adoptados para la solución de controversias establecen que se puede recurrir a un arbitraje internacional, al margen de los tribunales nacionales, y que las empresas extranjeras pueden recurrir a ese mecanismo como demandantes. No obstante, las naciones miembros conservan las demás acciones legales normales de su ordenamiento jurídico, por lo que sí pueden demandar al inversionista en otras sedes.

Puntos de controversia en Costa Rica

- La legalidad y los efectos de la cláusula que permite a los inversionistas extranjeros demandar al Estado ante tribunales arbitrales internacionales, mientras que este último no puede hacerlo.
- Si la imposibilidad de exigir requisitos de desempeño limita o no las posibilidades de diseñar una estrategia de desarrollo nacional.
- La conveniencia de no exigir a los inversionistas que una proporción de sus ganancias sea reinvertida en el país o utilizada en determinadas actividades.

Propiedad intelectual

Importancia del tema

La introducción de la propiedad intelectual en las negociaciones comerciales multilaterales fue impulsada por los países desarrollados, como necesidad para proteger el conocimiento que es fuente de multiplicación de riqueza, así como la titularidad de las creaciones de autores e inventores. El TLC-CA pretende tanto la definición de estándares de seguridad jurídica para los rubros que comprende el régimen de propiedad intelectual en la región, como la aplicación efectiva de las normas internas y los acuerdos internacionales en esta materia, en beneficio de los titulares de los derechos de autor y de la propiedad industrial. Costa Rica se ha sido perfilando como generador de nuevas tecnologías y productos sujetos a los derechos de propiedad intelectual y, en este contexto, también requiere la protección de las creaciones derivadas de su inversión en investigación y desarrollo.

⁷ Se exceptúa de esta disposición a las empresas que operan bajo el régimen de zonas francas. Vale señalar que la prohibición de exigir este tipo de requisitos de desempeño ya está contemplada en el acuerdo sobre medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio de la OMC.

Algunas definiciones básicas

- Datos de prueba: información clínica que deben generar las empresas que han patentado una entidad química nueva, para demostrar la eficacia y seguridad del nuevo producto, como requisito para poder comercializado.
- Patentes de segundo uso: patentes sobre las cuales se descubre un nuevo uso, con posterioridad a su registro y distinto al original, por lo que a partir de esa nueva información se solicita una patente nueva por otro tipo de reivindicación o utilidad.
- Importaciones paralelas: permisos para adquirir medicamentos que se venden más baratos en otras naciones.
- Licencias obligatorias: permisos de uso de la patente durante el plazo de protección en exclusiva que se negocia con el inventor o se impone judicialmente.

Principales contenidos

Desde la década de los ochenta, los países desarrollados incluyeron en sus negociaciones comerciales la homologación de la legislación internacional en materia de propiedad intelectual. Un régimen internacional en este campo permitiría que el conocimiento se mantuviera protegido bajo un régimen de observancia, que garantizara la seguridad de la industria en un ámbito extraterritorial. Ello condujo a la aprobación, en 1994, del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (acuerdo sobre ADPIC o TRIP, por su sigla en inglés), en la OMC. Este acuerdo hace obligatorio, vinculante y universal, para los países miembros de la OMC, un derecho mínimo internacional de protección de la propiedad intelectual, y obliga a los países miembros a promulgar legislación interna en esa materia.

El acuerdo sobre ADPIC fue incorporado a la legislación costarricense en el año 2000, a través de un paquete de leyes que incluyó: reformas a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos; aprobación de tratados de la Organización Mundial de la Propie-

dad Intelectual (OMPI), como el de Interpretación y Ejecución de Fonogramas y el de Derechos de Autor; la Ley de Marcas y Signos Distintivos; reformas a la Ley de Patentes; la Ley de Protección de los Sistemas de Trazado de los Circuitos Integrados, la Ley de Información no Divulgada y la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual. Entre los cambios introducidos se encuentran la variación del plazo de protección de patentes, de uno a veinte años; la protección a los datos de prueba (aunque sin indicación del plazo respectivo); la introducción de la protección de indicaciones geográficas, esquemas trazados, dibujos y modelos industriales, y la protección de los derechos de autor en el ámbito digital, a través de la ratificación de los tratados de la OMPI.

Partiendo de la reafirmación de su compromiso con el ADPIC, en el TLC-CA los países acordaron ratificar siete convenios internacionales y realizar esfuerzos razonables para la aprobación de otros tres, pese a que tales compromisos ya existen en el acuerdo ADPIC. Cuatro de esos convenios ya han sido ratificados por Costa Rica, por lo que su inclusión en el Tratado conlleva la obligación de cumplirlos. El compromiso de ratificación que ha generado mayor controversia en Costa Rica es el correspondiente a la Convención Internacional para la Protección de Variedades Vegetales (UPOV), que a juicio de algunos protege excesivamente al obtentor y no suficientemente al productor ni a la biodiversidad nacional.

Desde 1995 Costa Rica, al igual que los otros miembros de la OMC, había asumido el compromiso de promulgar, antes del 31 de diciembre del 2004, una legislación que protegiera las obtenciones vegetales⁸, ya fuera mediante la ratificación del Convenio UPOV o por un mecanismo denominado sistema *sui generis*, como opción alternativa. No obstante, el país no posee a la fecha una normativa que permita comprobar el cumplimiento de los acuerdos ADPIC en esta materia, a pesar de que existen varios proyectos en la Asamblea Legislativa. No contar con un sistema nacional uniforme y concertado de protección de las obtenciones vegetales, durante

⁸ Es la denominación que reciben las variedades vegetales que haya creado o descubierto y desarrollado una o varias personas (obtentores). La variedad vegetal es una especie nueva que se genera como resultado de un genotipo cierto o la combinación de varios genotipos que se distinguen de cualquier otro conjunto de plantas. En sí mismo puede considerarse como una unidad única, en el tanto sea nueva, distinta, homogénea y estable.

las negociaciones, condujo a que los negociadores se vieran obligados a asumir el compromiso de suscribir el Convenio UPOV, con lo cual se eliminó la posibilidad de promulgar, en su lugar, un esquema alternativo para estos fines.

La suscripción a UPOV exige la comprobación previa de que el país cuenta con una normativa interna que desarrolla las premisas del Convenio. En esa legislación se pueden definir las excepciones que el país considere necesarias, con base en particularidades de su condición económica y de su biodiversidad; en el TLC-CA se estableció claramente esa posibilidad.

Otros compromisos asumidos en el Tratado se relacionan con marcas, indicaciones geográficas, nombres de dominios en Internet, obligaciones sobre derechos de autor y derechos conexos, protección de las señales de satélite codificadas portadoras de programas, y patentes. En esta última materia lo negociado en el TLC-CA ha suscitado una gran polémica en el país, tanto por sus efectos sobre la competitividad y el acceso de la industria de productos farmacéuticos y agroquímicos genéricos al mercado, como desde el punto de vista de las implicaciones para el acceso a productos farmacéuticos genéricos y el costo para la seguridad social. En este sentido es preciso aclarar que esta polémica se deriva de la Ley de Información no Divulgada, promulgada como parte de los acuerdos de la OMC, que establece la protección de los datos de prueba, no fija un plazo para dicha protección, con lo que dicha ley no es aplicable. Siendo el interés de Estados Unidos que dicha ley sea aplicable, parte de los acuerdos del TLC-CA es que el plazo de protección será de 5 años para medicamentos y 10 para agroquímicos.

Estados Unidos planteó que el tratado contemplara el patentamiento de métodos quirúrgicos, terapéuticos y de diagnóstico, así como de seres vivos (plantas y animales). Sin embargo, esto no se incluyó. Asimismo, la nación estadounidense solicitó incluir patentes de segundo uso, prohibir las de importaciones paralelas, restringir las excepciones a los derechos de patentes⁹, restringir el uso de licencias obligatorias, aumentar los plazos de vigencia de las patentes por atrasos administrativos y acumulación de otras pro-

tecciones, ampliar el plazo de los datos de prueba si se genera información nueva, y establecer plazos de protección para datos de prueba (5 años para medicamentos y 10 para agroquímicos).

No obstante, en el TLC-CA no se incluyeron las patentes de segundo uso, no se prohibieron las importaciones paralelas, la imposición de excepciones a las patentes se dejó a criterio de los países y no se restringió el uso de licencias obligatorias. El hecho de que tanto las licencias como las excepciones y las importaciones paralelas no hayan sido restringidas, ha sido el principal argumento de quienes afirman que no se afectará la disponibilidad de medicinas, ya que el país podrá obtenerlas a través de esos mecanismos; esta opinión es contraria a la de la industria nacional de medicamentos genéricos, que sostiene que, por la concesión del plazo para proteger datos de prueba, atrasará la entrada al mercado de los productos genéricos, ya que aunque no estén prohibidos, no existe ningún incentivo para que una empresa productora de genéricos invierta en generar los datos de prueba, además de que se encarecerá la adquisición de medicamentos.

Con respecto a la ampliación del plazo de vigencia de las patentes, que en Costa Rica actualmente es de 20 años, se acordó extenderlo en el caso de generación de información nueva. Sí se dispuso ampliarlo cuando se dé un atraso injustificado en el otorgamiento de la patente por más de 5 años desde la presentación de la solicitud, o de 3 años desde la solicitud de examen de la patente, siempre que el retraso no sea imputable al solicitante. Dado que en Costa Rica nunca se ha otorgado una patente para productos farmacéuticos, no se sabe cuánto tiempo se requerirá para la realización de este trámite, por lo que se desconoce el impacto de la disposición acordada sobre la ampliación del plazo de la patente. También se acordó extender el plazo de vigencia de las patentes si se da un atraso injustificable en la aprobación de la comercialización (registro de los datos de prueba) de productos farmacéuticos, siempre que dentro de dichos datos exista información vinculada a la vigencia de una patente. No obstante, para esta última ampliación no se fijó un límite temporal, por lo que será necesario legislar al respecto.

⁹ Las excepciones son usos que autoriza la ley sin que intervenga el inventor.

En cuanto al establecimiento de plazos de protección para los datos de prueba, ya en la Ley de Información no Divulgada, promulgada con base en los compromisos de Costa Rica ante la OMC, se había consignado su protección, pero no se fijó el plazo respectivo. El TLC-CA confiere derechos exclusivos de esa información clínica por un plazo de 5 años para medicamentos y de 10 años para agroquímicos. Ello significa que, en ese plazo, los productores de genéricos no podrán utilizar los datos de prueba de un tercero si no los han generado por su cuenta, por lo cual deberán atrasar la comercialización del producto hasta que la información esté disponible. Por otro lado, en el TLC-CA se establece que los datos de prueba, necesarios para obtener el permiso de comercialización, deben presentarse en el otro país firmante dentro de los 5 años siguientes al registro en el primer país, si se quiere recibir la protección respectiva.

Con esta disposición se logra que los productos que se comercialicen sean novedosos o de última generación, pues de lo contrario no serán protegidos. Además, se logra disminuir el registro y la comercialización de medicamentos ya obsoletos en otras regiones del mundo. Los productos también podrán importarse después de esos 5 años, pero ya no tendrían derecho a la protección del plazo en exclusiva otorgado por los datos de prueba. Esta medida tiende a una universalización del plazo de los datos de prueba, al exigir la distribución casi simultánea de los productos a nivel mundial (en este caso, por lo menos a nivel regional), lo que conduce a buscar su protección en cada país lo más rápidamente posible. Ello significa, también, que la industria de productos genéricos no se podrá desarrollar sobre medicamentos innovadores cuyo plazo de protección esté vigente, ya sea por medio de una patente o por los datos de prueba. La industria de productos genéricos deberá esperar a que expiren los plazos de protección, en respeto a los derechos de propiedad intelectual del innovador.

Los efectos de las medidas anteriormente descritas sobre el acceso a los medicamentos y la capacidad de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) para adquirirlos son, en la actualidad, el centro de un fuerte debate.

En el TLC-CA se incluyó la denominada “Cláusula o excepción Bolar”. Esta Cláusula establece que una empresa productora de genéricos puede iniciar gestiones para obtener el permiso de comercialización y organizar la producción de la copia del producto, haciendo referencia a los datos de prueba de la empresa que tiene la patente, antes de que la patente venza. La Cláusula Bolar se aplica tanto a los productos farmacéuticos como a los agroquímicos.

Se incorporó además una serie de disposiciones para adecuar los procedimientos administrativos y judiciales y lograr una mayor rigurosidad en cuanto a penalidades. Como novedad, el acuerdo incluye -entre otros puntos- regulaciones para la introducción de nuevas variedades de protección de marcas (olfativas y sonoras), un nuevo régimen de protección de responsabilidades de proveedores de servicios de Internet y una ampliación del régimen sobre medidas tecnológicas para la protección de obras en formato digital.

Puntos de controversia en Costa Rica

- La fijación del plazo de protección de datos de prueba.
- Plazos distintos para la protección de datos de prueba para productos farmacéuticos y agroquímicos.
- La aprobación del Convenio UPOV.
- La digitalización del registro de marcas sin previsión de fondos para el cumplimiento.
- La imposibilidad de que instancias académicas evadan disposiciones tecnológicas y puedan ejercer, con fines educativos, la excepción de acceso libre a las obras digitales.
- La duración del plazo de patentes por atrasos de la administración.
- Los alcances de la definición de “dominio público” con respecto a los productos farmacéuticos y agroquímicos sujetos a aprobación para la comercialización.
- No hay un plazo de transición entre la ratificación del TLC-CA y la implementación de las nuevas reglas.

Asuntos laborales

Importancia del tema

En este capítulo se define el alcance de la protección de los derechos laborales y las libertades sindicales que aplicarán los países miembros del TLC-CA.

Algunas definiciones básicas

- **Legislación laboral:** leyes o regulaciones de una Parte, o disposiciones de las mismas, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos: de asociación, de organizarse y negociar colectivamente, prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, una edad mínima para el empleo de niños, prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.
- **Leyes o regulaciones:** para Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, leyes de su órgano legislativo o regulaciones promulgadas conforme a un acto de éste que se ejecutan mediante acción del órgano ejecutivo. Para los Estados Unidos, leyes del Congreso o regulaciones promulgadas conforme a leyes de éste que se pueden hacer cumplir mediante acción del Gobierno Federal.

Principales contenidos

Los asuntos laborales no forman parte de los acuerdos multilaterales de comercio, pero están siendo incluidos en los tratados de libre comercio que negocia Estados Unidos. El tratamiento de este tema en el TLC-CA parte del respeto a los derechos laborales internacionalmente reconocidos y expresados en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT, de 1998, de la que son miembros todos los países que negociaron el TLC-CA. Esos principios y derechos laborales son: el derecho de asociación, el derecho de organizarse y

negociar colectivamente, la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, una edad mínima para el empleo de niños, la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, y condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional¹⁰.

La Declaración de la OIT contempla ocho convenios fundamentales. Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua han ratificado todos, El Salvador seis y Estados Unidos solamente dos¹¹. Aquellos países que han ratificado los convenios resultan más vulnerables que aquellos que no los han ratificado. Esto redundará en una asimetría al momento de aplicar principios y reglas en materia laboral, puesto que Estados Unidos tiene en esta materia menos obligaciones internacionales que los demás países.

Por otra parte, el TLC-CA parte del respeto a la legislación laboral nacional de cada país participante en el acuerdo. De esta forma, el respeto a los principios y derechos fundamentales del trabajo, así como a la legislación nacional en este campo y su aplicación efectiva, sin la posibilidad de disminuir la protección laboral en el futuro, quedan contemplados en el Tratado como compromiso nacional.

En el Tratado los países adquieren el compromiso de hacer cumplir efectivamente su propia legislación laboral. No solo se comprometen a que los procedimientos sean justos, equitativos y transparentes, sino a que estos no impliquen costos o plazos irrazonables o demoras injustificadas, y a que las resoluciones finales se hagan disponibles sin demora indebida. A la luz del deterioro que ha sufrido la emisión de resoluciones en materia laboral en Costa Rica en los últimos años, los compromisos adquiridos están orientados a revertir esa tendencia (Proyecto Estado de la Nación, 2001a).

El incumplimiento de la legislación laboral puede conducir a la imposición de sanciones comerciales o de una multa de hasta 15 millones de dólares. Este procedimiento está ajustado a las normas del dere-

¹⁰ Las condiciones aceptables de trabajo con respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional no son parte de los principios y derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT de 1998, pero fueron incluidos como derechos esenciales en el Tratado.

¹¹ No se dispone de información sobre la ratificación de los convenios por parte de la República Dominicana.

cho internacional. En la situación prevaleciente bajo la ICC, el Gobierno de Estados Unidos es el que determina, unilateralmente, si existe un incumplimiento de la legislación laboral y, con base en ello, procede a aplicar una sanción comercial. En el TLC-CA el procedimiento incluye desde las consultas entre las partes en conflicto y la participación de otros países miembros, hasta el establecimiento de un grupo arbitral internacional para determinar si existe un incumplimiento, en cuyo caso se procede a elaborar un plan de acción para su remoción. Únicamente si se llega a la conclusión de que, pese a las acciones emprendidas, el país infractor no removió los obstáculos al cumplimiento de la ley, se fijará una multa o sanción monetaria. Ésta, a su vez, no consistirá en la transferencia de un monto de dinero al país demandante, sino en una reasignación presupuestaria interna para atender el irrespeto a la legislación laboral y asegurar su eliminación. Además, internamente cada país puede establecer las disposiciones que considere pertinentes, para penalizar a las empresas infractoras.

Ahora bien, son ampliamente conocidos los obstáculos existentes para el efectivo cumplimiento de la normativa laboral en la región, debido a la escasez de recursos humanos, materiales e institucionales. El posible incumplimiento de la legislación laboral por esas razones tiene una contraparte de cooperación contemplada en el Tratado, cuyo contenido es extenso, y va desde la promulgación de leyes, la aplicación práctica y la implementación relacionadas con los elementos básicos de la Declaración Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de la OIT, hasta temas de género, sistemas de promoción de nuevas oportunidades de empleo, resolución alterna de conflictos y administración laboral, entre otros aspectos. Además queda abierta la posibilidad de incluir otros asuntos que se acuerden posteriormente.

Puntos de controversia en Costa Rica

- Si la cláusula que establece a la obligación de los países de respetar los convenios internacionales a que hace referencia la Declaración de la OIT (Costa Rica los ha ratificado todos) conduce a una asimetría al momento de aplicar principios y reglas en materia laboral, en vista de que no todos los países (específicamente Estados Unidos) han ratificado los mismos convenios.
- Si el recurso a los tribunales de trabajo internos garantiza o no el cumplimiento de la legislación,

por los problemas actuales para dispensar justicia pronta y cumplida.

- Si la cláusula que señala que la aplicación del mecanismo de solución de controversias únicamente procede cuando se dan incumplimientos de la legislación laboral “de una manera que afecte el comercio”, provee adecuada protección a los derechos laborales.
- Si es conveniente o no que las multas por incumplimiento las deba pagar el país infractor y no las empresas que incurren en violaciones laborales.
- Si las asimetrías en los costos de producción producidas por la falta de armonización de estándares laborales provocan desventajas a un país que, como Costa Rica, tiene estándares laborales más altos.

Asuntos ambientales

Importancia del tema

En esta sección se establecen los estándares, normas y procedimientos que se aplicarán en cuanto a protección de la biodiversidad y uso de los recursos naturales. Este tema tampoco formaba parte de los acuerdos comerciales multilaterales, pero, al igual que la materia laboral, está siendo incluido en los tratados de libre comercio que negocia Estados Unidos.

Algunas definiciones básicas

- **Legislación ambiental:** cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humana, animal o vegetal, mediante la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales; el control de químicos, sustancias, materiales y desechos ambientalmente peligrosos o tóxicos y la diseminación de información relacionada con ello; la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial, en áreas con respecto a las cuales las Partes ejercen soberanía, derechos de soberanía o jurisdicción. No incluye ninguna ley, regulación o disposición relacionada directamente con la seguridad o salud de los trabajadores.

Principales contenidos

En materia ambiental, el TLC-CA no va más allá del compromiso de cumplir con la legislación nacional de cada país y no debilitarla. El compromiso de la aplicación efectiva de la legislación ambiental actual en cada uno de los países representa un reto de grandes proporciones. La definición de legislación ambiental en el Tratado es restrictiva, en el sentido de que lo acordado no se aplica a las leyes relacionadas con actividades comerciales que tienen que ver con la recolección o la explotación de recursos naturales. Sin embargo, al reconocerse que cada país puede establecer sus propios niveles de protección, así como sus políticas y prioridades en desarrollo ambiental, lo mismo que mejorar las leyes respectivas y determinar su prevalencia sobre cualquier otra obligación, se otorga suficiente margen para que los países apliquen los mecanismos que estimen pertinentes, aun tratándose de legislación considerada de índole comercial, pero que afecte las disposiciones ambientales nacionales.

Una de las mayores debilidades, en toda la región, es que la normativa nacional no se cumple o se cumple a medias. Además, los países de la región han sido particularmente efusivos en ratificar numerosos convenios internacionales, pero poco rigurosos en asegurar que se les dé un adecuado cumplimiento. A pesar de que Costa Rica se declara como una nación plenamente comprometida con la promoción ambiental y el desarrollo sostenible, los esfuerzos realizados hasta ahora no son suficientes. Existen serias dificultades para atender los problemas de la contaminación y el manejo de desechos, así como la implementación de producción orgánica y el uso de tecnologías limpias, entre otros.

Las naciones centroamericanas impulsaron, paralelamente, el objetivo de la cooperación en materia ambiental y lograron negociar el Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA). Sin embargo, en el TLC-CA se excluyó de la cooperación la posibilidad de apoyar la implementación de algunos acuerdos ambientales multilaterales de importancia, como el Protocolo de Kyoto, la Convención de Biodiversidad y el Convenio de Cartagena, ya que Estados Unidos no ha ratificado esos instrumentos.

Mediante el ACA se crea un marco para la cooperación entre los países miembros del Acuerdo, que no solo tiene el propósito de desarrollar todo tipo de cooperación en materia ambiental, sino que además busca lograr armonía y coordinación entre las diferentes iniciativas, de organizaciones públicas y privadas, que llevan a cabo programas y proyectos en esta área, de manera que se eliminen posibles duplicaciones que restrinjan su efectividad.

Especial referencia debe hacerse a la mención explícita del programa de trabajo, que puede incluir el fortalecimiento de los sistemas de gestión ambiental. Esto abarca tres factores relacionados con el marco jurídico e institucional que impiden el adecuado aprovechamiento de los recursos naturales y el avance hacia un modelo de desarrollo sostenible. En este contexto, la aplicación efectiva de la legislación y las políticas existentes, puede tener efectos positivos para Costa Rica y los demás países de la región. Estos factores son:

- La gestión de los recursos naturales y el ambiente se caracteriza por la dispersión y fragmentación de las políticas, programas y mecanismos institucionales, así como por la falta de planificación estratégica a mediano y largo plazo.
- El marco jurídico-institucional es abundante, pero las agencias del Estado no pueden cumplirlo, debido a la gran dispersión de normas y competencias, así como a la falta de capacidad técnica y financiera.
- Los instrumentos de gestión siguen estando basados en mecanismos de comando y control *ex post*. Aunque se han desarrollado normas y estándares de calidad, así como algunos programas de monitoreo, que al menos permiten evidenciar la evolución del problema e identificar sus elementos más críticos, el sistema carece de mecanismos de prevención efectivos, por lo que el mismo se activa para intervenir en forma *ex post* a través de sanciones administrativas o judiciales. La determinación *ex ante* de los posibles efectos que tendrán nuevas inversiones y el incremento del comercio sobre el ambiente, para tomar medidas de prevención, es un asunto de fundamental importancia.

El logro de los objetivos de aplicación efectiva de la legislación ambiental nacional de cada país y de cooperación para superar las dificultades en el cumplimiento de la normativa ambiental, está condicionado a la posibilidad de fortalecer los mecanismos de gestión ambiental, de manera que se pueda cumplir con lo negociado y evitar sanciones comerciales o multas de hasta 15 millones de dólares, bajo el mismo procedimiento que se aplica al incumplimiento de la legislación laboral.

Puntos de controversia en Costa Rica

- La conveniencia o no de que la cobertura de las obligaciones ambientales esté relacionada con actividades de comercio entre los países.
- Si la definición de “legislación nacional” del Tratado, que excluye todas aquellas leyes que regulan la recolección o explotación comercial de recursos naturales, afecta la vigencia de leyes actuales de protección del ambiente, como la Ley de Biodiversidad, el Código de Minería o la Ley de Hidrocarburos.
- La no inclusión de la obligación de respetar acuerdos importantes para el ambiente como la Convención de Diversidad Biológica, el Protocolo de Kyoto o el Convenio de Cartagena (que no han sido ratificados por Estados Unidos, pero sí por Costa Rica).
- Si es conveniente o no que el Consejo de Asuntos Ambientales del Tratado carezca de potestades para examinar los impactos que la intensificación del intercambio comercial tendrá sobre el ambiente, y para introducir modificaciones en las orientaciones del comercio cuando estas provoquen o incentiven una explotación excesiva de los recursos naturales.

Un componente complementario: cooperación internacional

Otra de las acciones que emprendieron los Gobiernos centroamericanos, conociendo las enormes asimetrías en capacidad productiva entre los Estados Unidos y los países de la región, y a raíz de las críticas sobre los posibles efectos negativos de una mayor apertura comercial sobre ciertos sectores productivos y sobre la pequeña y mediana empresa, fue la incorporación, en el proceso de negociación, del

tema de la cooperación internacional, como componente complementario a lo que los países internamente deben emprender para crear condiciones adecuadas para el logro de la competitividad internacional.

Para abordar el tema de la cooperación, se estableció un comité de cooperación que se reunía paralelamente durante las diferentes rondas de negociación. A esas reuniones fueron invitados organismos internacionales, Organizaciones No Gubernamentales, universidades y otras organizaciones, de todos los países, que habían manifestado interés en participar. Con esas organizaciones se discutió ampliamente acerca de la forma en la que se iba a abordar el tema, incluyendo la necesidad de que los países definieran el tipo de cooperación internacional que requieren.

Cada país se abocó a la elaboración de un Plan Nacional de Acción, partiendo de una propuesta conceptual que estableció el marco general de orientación para las discusiones en las reuniones en el comité de cooperación, identificando tres grandes áreas de acción: a. la preparación para la negociación; b. el fortalecimiento institucional para mejorar la capacidad nacional una vez aprobado el TLC-CA, y c. la transición al libre comercio, etapa en la que se generarían programas de apoyo a los sectores productivos. En el Plan de Acción, cada país identificó las necesidades, mediante procesos internos, y las presentó en forma de perfiles de proyectos a ser considerados por la cooperación internacional. De esta forma, se aplicó un enfoque de “acercamiento entre la oferta y la demanda” por cooperación internacional.

En el caso de Costa Rica, la elaboración del Plan Nacional de Acción y la propuesta conceptual fueron elaborados con la participación de las instituciones públicas que estarán relacionadas con la aplicación de los compromisos en el TLC-CA. Posteriormente, esos planteamientos fueron presentados a la sociedad civil, con el propósito de involucrarla en el proceso, a través de la presentación de proyectos en el comité de cooperación. Durante el año 2003 y hasta mediados del año 2004 se concretaron medidas de cooperación, a través del comité de cooperación, por una cifra aproximada de US \$ 70 millones en donaciones, no préstamos.

El tema de cooperación no finaliza con el cierre de las negociaciones del TLC-CA, sino que es un tema que acompañará la vigencia del TLC-CA en los próximos años. La identificación de proyectos, su formulación, su negociación con posibles donantes y el inicio de su ejecución toma mucho tiempo, por lo cual no se puede pretender que con el cierre de las negociaciones, se cierre el tema de la cooperación. Además, las necesidades de los países son muy grandes y su capacidad de ejecutar muchos proyectos de cooperación al mismo tiempo, es limitada.

La controversia política en torno al TLC-CA

En todos los países, la negociación del TLC-CA ha generado fuertes reacciones a favor y en contra. Costa Rica no es la excepción. Desde el principio se perfiló un debate público que se ha venido intensificando en los últimos meses y que probablemente culminará cuando la Asamblea Legislativa delibere sobre su eventual ratificación o rechazo. Entrelazados con los puntos específicos de controversia señalados en las secciones anteriores se ha esbozado un conjunto de argumentos políticos y jurídicos de orden general sobre la conveniencia o no de la ratificación del TLC-CA.

A favor del Tratado se han elaborado cinco argumentos generales que resaltan los logros obtenidos por el Gobierno de Costa Rica en la negociación, a saber:

- El TLC-CA brindará mayor seguridad jurídica a productores, inversionistas y trabajadores. Consolidará las concesiones unilaterales de la ICC dentro de un marco legal permanente, que impedirá acciones unilaterales y contendrá mecanismos específicos de solución de controversias
- El TLC-CA contribuirá al desarrollo del país, pues aumentará las inversiones, las exportaciones y el empleo. Esto será consecuencia, por una parte, de la mayor seguridad jurídica y, por otra, de los logros específicos de la negociación, que amplió las oportunidades de libre comercio entre las naciones signatarias.

- El TLC-CA generará beneficios para los consumidores y para los productores mediante un mejor, mayor y más barato acceso a productos importados (bienes de consumo, materias primas, bienes intermedios y bienes de capital). Ello por cuanto removerá un conjunto de barreras arancelarias y no arancelarias para la casi totalidad de los productos y servicios transables.
- El TLC-CA permitirá avanzar en el necesario y entabado proceso de reforma institucional. Creará obligaciones internacionales para la apertura de los monopolios públicos y la adopción de la normativa internacional en materia de propiedad intelectual y servicios. Contrario a la experiencia de otros países, Costa Rica logró que Estados Unidos aceptara una apertura gradual, selectiva y regulada en telecomunicaciones y seguros.
- El TLC-CA dotará a la integración centroamericana, en su dimensión económica, de un marco institucional más moderno y eficaz, con mecanismos de seguimiento y verificación de compromisos.

Estos argumentos, aunque no mutuamente excluyentes, son distintos; han sido planteados por actores sociales y políticos diversos y pueden incluso tener cierta fricción entre sí (por ejemplo, la experiencia internacional en materia de apertura de monopolios públicos indica que ésta no necesariamente trae aparejada una reducción de precios). Entre los actores que se han pronunciado en favor del TLC-CA, adoptando (al menos) una de las posiciones antes consignadas, se encuentran las organizaciones empresariales y las dos principales federaciones de consumidores (la Asociación de Consumidores Libres y la Federación Nacional de Asociaciones de Consumidores y Usuarios)¹². En el ámbito de los partidos políticos, el Movimiento Libertario ha manifestado su apoyo al TLC-CA, así como destacados líderes del PUSC y el PLN, aunque en este último hay importantes divisiones.

¹² Entre estas organizaciones también hay divergencias en sus posiciones frente a la apertura. Por ejemplo, la Asociación de Consumidores Libres defiende sus principios de apertura total y unilateral de todos los bienes y servicios.

En contra del TLC-CA se han esgrimido diversos argumentos, que en común tienen el señalamiento de que es producto de una negociación asimétrica, entre un puñado de pequeños países y la potencia económica más grande del mundo:

- El TLC-CA amarra a Costa Rica, pero no a Estados Unidos. En el país tendrá un rango de tratado (superior a la ley ordinaria) mientras que en Estados Unidos será un *agreement*, con un rango inferior a la ley federal y modificable por ella. Por tanto, no brindará mayor seguridad jurídica.
- El TLC-CA implica el fin del Estado social de derecho, pues afectará instituciones clave como la CCSS, el ICE y el INS. Por ello, atenta contra la soberanía del país al imponer decisiones de reforma institucional, apertura de monopolios estatales y presencia de entidades supranacionales con jurisdicción superior a entidades nacionales, que no fueron producto de acuerdos internos.
- El TLC-CA atenta contra el derecho de las y los costarricenses de tener acceso a medicinas a precios accesibles y contra la protección de la biodiversidad existente en el país, debido a las normas acordadas en materia de propiedad intelectual.
- El TLC-CA no generará el incremento de la producción y el empleo que supuestamente promete, y mucho menos una mejor distribución del ingreso, en virtud de que el país no está preparado para una profundización de la apertura. Es necesario, acordar una estrategia de desarrollo antes de ratificar el TLC-CA.
- El TLC-CA atenta contra la integración centroamericana pues condicionará las normas e instituciones creadas a lo largo de décadas a las nuevas obligaciones contraídas con los Estados Unidos.

Al igual que los argumentos a favor del TLC-CA, no todos los que se oponen al Tratado lo hacen por las mismas razones, ni todas sus posiciones implican un rechazo *per se*. Algunos argumentos tienen cierta fricción entre sí (por ejemplo, la preparación insuficiente para el TLC-CA alude a una condición temporal, pero no a defectos del Tratado). Entre los actores opuestos al TLC-CA se encuentran algunas organizaciones campesinas, sectores productivos agrícolas protegidos (por ejemplo, arroceros), agrupaciones sindicales, ambientalistas y otras organizaciones de

la sociedad civil. En el ámbito político, el PAC se ha manifestado en contra de la ratificación del Tratado y ha solicitado su renegociación, lo mismo que un sector del PLN.

Una importante controversia suscitada en los últimos meses se refiere a los requisitos parlamentarios para la aprobación del TLC-CA en la Asamblea Legislativa. Hay quienes sostienen que es suficiente con una mayoría simple (29 votos), mientras otros argumentan que, por ser un tratado que contiene disposiciones que afectan el concepto de territorio y supranacionalidad, se requiere una mayoría calificada (38 votos). Estas posiciones tienen profundas implicaciones sobre la viabilidad política del TLC-CA. La tesis de la mayoría calificada supone la conformación de una coalición con diputados de al menos tres partidos políticos, en tanto que con la mayoría simple el Tratado se podría aprobar si hay acuerdo entre las dos fracciones mayoritarias.

Finalmente, se han expuesto argumentos condicionales. Se señala que el TLC-CA no es bueno ni malo *per se*; que sus efectos positivos dependen de la adopción de políticas de desarrollo -económicas y sociales- que permitan aprovechar las oportunidades de una mayor apertura comercial. Entre estas políticas se incluyen asuntos como el apoyo a la pequeña y mediana empresa, la inversión pública en infraestructura, mayor educación e inversión en ciencia y tecnología. En caso de que el Estado costarricense no tenga la voluntad o la capacidad para impulsar esa agenda, la economía y sociedad se verían profundamente afectadas. Por otra parte, hay quienes, en principio, dicen no estar en contra de los tratados de libre comercio, sino que critican al TLC-CA en particular. Por ello, proponen su renegociación.

En el debate público entre estas posiciones pueden observarse algunas paradojas. Mientras sectores empresariales consideran que en materia ambiental y laboral se tuvo que hacer concesiones excesivas a cambio de un mayor y mejor acceso al mercado de los Estados Unidos, los sectores contrarios al Tratado estiman que en esta materia lo acordado es insuficiente.

También se ha generado una disputa semántica, que refleja lenguajes, contenidos y visiones políticas distintas. Un caso llamativo es la controversia sobre la denominación de las políticas de desarrollo que el

país requiere. Para esto hay tres conceptos: “agenda complementaria; “agenda de competitividad” y “agenda de desarrollo”. El concepto de agenda complementaria parte del supuesto de que las políticas de desarrollo son, como su nombre lo indica, un complemento necesario de algo que se acepta como necesario y beneficioso: la ratificación del TLC-CA. El término es rechazado por los que se oponen a la ratificación, quienes prefieren el concepto de “agenda de desarrollo”. Esta expresión subraya la separación - y hasta contradicción- entre desarrollo y TLC-CA. Por su parte, el concepto de “agenda de competitividad” es empleado por quienes aceptan la conveniencia del TLC-CA, pero no que “éste sea lo primordial”, y las políticas económicas y sociales, el complemento. Por último, cabe anotar que las prescripciones para el desarrollo que contiene cada término son distintas (el análisis de estas diferencias excede los propósitos de esta guía).

Contrario a lo sucedido en otros procesos de negociación comercial, el Gobierno costarricense estableció amplios mecanismos de información, participación y consulta. Puso a disposición del público una serie de publicaciones relativas al TLC-CA e información sobre los diversos asuntos de negociación en otros tratados de libre comercio. Promovió foros de información, coordinación y consulta realizados por el Consejo Consultivo de Comercio Exterior, así como la consulta abierta al público, al cual se invitó a enviar opiniones y planteamientos sobre los diferentes temas de negociación. El principal mecanismo fueron las consultas sectoriales y subsectoriales con distintas organizaciones, con el objetivo de fijar objetivos de negociación. En las diversas rondas de negociación se instaló el “cuarto adjunto”, un mecanismo de consulta *in situ* entre el equipo negociador y representantes de distintas organizaciones sociales y económicas. Finalmente, el Gobierno incorporó en

el proceso de negociación el tema de la cooperación internacional, como elemento complementario. Este asunto fue abordado mediante la creación de un comité de cooperación que se reunió paralelamente durante las diferentes rondas de negociación. A esas reuniones fueron invitados organismos internacionales, ONG, universidades y otras organizaciones, de todos los países, que habían manifestado interés en participar.

Varias organizaciones decidieron no participar en las diferentes instancias creadas por el Gobierno, por considerar que presuponían aceptar la conveniencia del TLC-CA. Otras estiman que, pese a su participación en diferentes foros y mecanismos de diálogo y consulta, sus posiciones no fueron tomadas en cuenta por las autoridades del Ministerio de Comercio Exterior a la hora de las negociaciones.

Fuera del ámbito gubernamental también se pusieron en marcha diversas iniciativas. La Cátedra Víctor Sanabria de la Universidad Nacional impulsó entre distintas organizaciones de la sociedad civil el proyecto “Un diálogo ciudadano intersectorial para la elaboración de políticas de comercio exterior relativas al TLC entre Centroamérica y Estados Unidos con una perspectiva ética”. Esta iniciativa se desarrolló a lo largo de casi todo el año 2003. Por su parte, la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano y el Centro Internacional para el Desarrollo Humano (CIDH) efectuaron el “Foro ciudadano sobre apertura comercial, cooperación y TLC con los Estados Unidos”, que llevó a cabo cuatro encuentros entre funcionarios del Ministerio de Comercio Exterior y de otras entidades gubernamentales y representantes de la sociedad civil, para discutir acerca del avance en las negociaciones, sistematizar los aportes realizados y favorecer el diálogo sobre los diferentes temas de negociación.

DISPOSICIONES INICIALES*

Las disposiciones iniciales del TLC-CA comprenden el tipo de tratado que los países han acordado establecer, los objetivos del mismo, su relación con otros tratados y los alcances de las obligaciones contraídas.

El tipo de tratado que los países que negociaron el TLC-CA acordaron establecer es una zona de libre comercio, “... de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el Artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios”.¹

Una zona de libre comercio es un espacio económico que comprende varios países, para el cual se establece un tratamiento preferencial, parcial o total, al comercio de bienes y servicios entre los países miembros de ese espacio económico. En una zona de libre comercio, cada país mantiene, frente a terceros países, un arancel independiente.

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) de 1994 contiene los acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías que incorpora todos los acuerdos desde 1947, fecha de constitución del GATT, e incluye los acuerdos de la Ronda Uruguay, que es la última Ronda de Negociaciones Comerciales internacionales concluida, en 1994. El Artículo XXIV del GATT de 1994 establece que “... cuando un pro-

ducto que haya sido importado en el territorio de un miembro de una unión aduanera o de una zona de libre comercio, a un tipo preferencial de derechos, se reexporte al territorio de otro miembro de dicha unión o zona, este último miembro deberá percibir un derecho igual a la diferencia entre el derecho pagado ya y el derecho mayor que se debería abonar si el producto fuese importado directamente en su territorio.”² Con esta disposición, se reconoce la facultad de los países para acordar zonas de libre comercio, al mismo tiempo que se restringe el tratamiento preferencial a los bienes originarios de los países miembros de la zona de libre comercio.

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, por sus siglas en inglés) contiene los acuerdos multilaterales de comercio de servicios. En su artículo V, dicho acuerdo establece que “El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo o celebrar un acuerdo de ese tipo ...”³ Con esa disposición, se crea la posibilidad de liberalizar el comercio de servicios entre países que acuerden establecer una zona de libre comercio entre ellos.

Con respecto a los objetivos de la zona de libre comercio, los países que negociaron el TLC-CA acordaron los siguientes:⁴

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹ Artículo 1.1.

² Artículo XXIV GATT de 1994.

³ Artículo V del GATS.

⁴ Artículo 1.2.1.

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

Esos objetivos, y las normas aplicables al Derecho Internacional, serán la base para la interpretación y aplicación de lo dispuesto en el tratado.⁵

Los derechos y las obligaciones contenidas en el TLC-CA son derechos y obligaciones entre los países miembros únicamente, adicionales, a aquellos derechos y obligaciones contenidos en otros acuerdos de los que los países miembros del TLC-CA sean también miembros. Específicamente, los países firmantes del TLC-CA confirman los derechos y obligaciones contenidos en los acuerdos de la OMC así como en otros acuerdos de los que sean parte.⁶ Así lo hacen expresamente con respecto a los acuerdos de la integración económica centroamericana, sobre los que los países declaran que nada en el TLC-CA impedirá que los países centroamericanos puedan tomar medidas para fortalecer y profundizar ese acuerdo de integración, siempre y cuando ello sea consistente con el TLC-CA, en el sentido de que no signifique un retroceso en cuanto a lo que en el TLC-CA se haya acordado.⁷

Finalmente, los países se comprometen a tomar todas las medidas requeridas para hacer efectivas las disposiciones del TLC-CA.⁸

⁵ Artículo 1.2.2.

⁶ Artículo 1.3.1.

⁷ Artículo 1.3.2.

⁸ Artículo 1.4.

DEFINICIONES*

El Capítulo 2 del TLC-CA contiene las definiciones generales de los términos utilizados a lo largo del tratado. Además, de las definiciones generales que a continuación se enumeran,¹ en algunos capítulos se incluyen definiciones específicas de términos utilizados en los mismos:

“Acuerdo ADPIC significa el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC;

Acuerdo MSF significa el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC;

Acuerdo sobre la OMC significa el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, de fecha 15 de abril de 1994;

Acuerdo sobre Salvaguardias significa el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC;

Acuerdo de Valoración Aduanera significa el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la OMC;

AGCS significa el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC;

arancel aduanero incluye cualquier impuesto o arancel a la importación y un cargo de cualquier tipo aplicado en relación con la importación de una mercancía, incluida cualquier forma de sobretasa o recargo en relación con dicha importación, pero que no incluya cualquier:

- (a) cargo equivalente a un impuesto interno establecido de conformidad con el Artículo III:2 del GATT 1994, respecto a mercancías similares, directamente competidoras, o sustitutas de la Parte, o respecto a mercancías a partir de las cuales haya sido manufacturada o producida total o parcialmente la mercancía importada;*
- (b) derecho antidumping o medida compensatoria que se aplique de acuerdo con la legislación interna de una Parte; y*
- (c) derecho u otro cargo relacionado con la importación proporcional al costo de los servicios prestados;*

autoridad aduanera significa la autoridad competente que, de conformidad con la legislación de una Parte, es responsable de la administración de las leyes y regulaciones aduaneras;

Centroamérica significa las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua;

Comisión significa la Comisión de Libre Comercio establecida bajo el Artículo 19.1 (La Comisión de Libre Comercio);

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹Artículo 2.1.

contratación pública significa el proceso mediante el cual un gobierno obtiene el uso de o adquiere mercancías o servicios, o cualquier combinación de éstos, para propósitos gubernamentales y no con miras a la venta o reventa comercial o con miras al uso en la producción o suministro de mercancías o servicios para la venta o reventa comercial;

días significa días calendario;

empresa significa cualquier entidad constituida u organizada conforme a la legislación aplicable, tenga o no fines de lucro, y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedad, fideicomiso, participación, empresa de propietario único, coinversión, u otra asociación;

empresa del Estado significa una empresa que es propiedad de una Parte, o que se encuentra bajo el control de la misma, mediante derechos de dominio;

empresa de una parte significa una empresa constituida u organizada conforme a la legislación de una Parte;

existente significa vigente a la fecha de entrada en vigor de este Tratado;

GATT de 1994 significa el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de la OMC;

gobierno a nivel central significa:

(a) para Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, y Nicaragua el gobierno de nivel nacional; y (b) para Estados Unidos, el gobierno de nivel federal;

gobierno a nivel regional significa, para los Estados Unidos, un estado de Estados Unidos, el Distrito de Columbia, o Puerto Rico. Para Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, "gobierno a nivel regional" no se aplica;

inversión cubierta significa, con respecto a una Parte, una inversión, de acuerdo a la definición del Artículo 10.28 (Definiciones), en su territorio de un inversionista de otra Parte existente en la fecha de entrada en vigor de este Tratado o establecida, adquirida o expandida después de esa fecha;

medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica;

medida sanitaria y fitosanitaria significa cualquier medida a la que se refiere el Anexo A, párrafo 1 del Acuerdo MSF;

mercancías de una parte significa los productos nacionales como se entienden en el GATT de 1994 o aquellas mercancías que las Partes convengan, e incluye las mercancías originarias de esa Parte;

nacional significa una persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte de acuerdo con el Anexo 2.1 o un residente permanente de una Parte;

OMC significa la Organización Mundial de Comercio;

originario significa que califica de conformidad con las reglas de origen establecidas en el Capítulo Cuatro (Reglas de Origen y Procedimientos de Origen);

parte significa todo Estado respecto del cual haya entrado en vigor este Tratado;

partida significan los primeros cuatro dígitos del número de clasificación arancelaria del Sistema Armonizado;

persona significa una persona natural o una empresa;

persona de una parte significa un nacional o una empresa de una Parte;

sistema armonizado (SA) significa el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, incluidas sus Reglas Generales de Interpretación, Notas de Sección y Notas de Capítulo, en la forma en que las Partes lo hayan adoptado y aplicado en sus respectivas leyes de aranceles aduaneros;

subpartida significa los seis primeros dígitos del número de clasificación arancelaria del Sistema Armonizado;

territorio significa para una Parte el territorio de esa Parte tal como se establece en el Anexo 2.1; y

trato arancelario preferencial significa el arancel aplicable bajo este Tratado a una mercancía originaria.”²

Adicionalmente, en el Anexo al capítulo se incluyen definiciones específicas por país para el caso de “persona natural que tiene la nacionalidad de una Parte” y para el caso de “territorio”. En el caso de Costa Rica, se incluyen las siguientes definiciones específicas:

Una “persona natural que tiene la nacionalidad de Costa Rica” significa un costarricense como se define en los artículos 13 y 14 de la Constitución Política del país.³

“territorio” significa “... el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental, sobre los cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, conforme al Derecho Internacional y a su Derecho Interno.” Importante de destacar es la inclusión, en el texto final del TLC-CA, de una nota al pie de página que reza: “Para mayor certeza, el territorio de Costa Rica incluye la Isla del Coco”⁴ a raíz de las críticas expresadas de la lectura del borrador de texto del TLC-CA que recibió una amplia difusión.

² El Artículo 2.1.

³ El Artículo 13 de la Constitución Política de Costa Rica establece: “Son costarricenses por nacimiento: 1) El hijo de padre o madre costarricense nacido en el territorio de la República; 2) El hijo de padre o madre costarricense por nacimiento, que nazca en el extranjero, y se inscriba como tal en el Registro Civil, por la voluntad del progenitor costarricense, mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años; 3) El hijo de padres extranjeros nacido en Costa Rica que se inscriba como costarricense, por voluntad de cualquiera de sus progenitores mientras sea menor de edad, o por la propia hasta cumplir veinticinco años; 4) El infante, de padres ignorados, encontrado en Costa Rica. Por su parte, el Artículo 14 de la Constitución Política de Costa Rica establece: “Son costarricenses por naturalización: 1) Los que hayan adquirido esta nacionalidad en virtud de leyes anteriores. 2) Los nacionales de otros países de Centroamérica, los españoles y los iberoamericanos por nacimiento que hayan residido oficialmente en el país durante cinco años y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley. 3) Los centroamericanos, los españoles y los iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan residido oficialmente en el país durante siete años como mínimo y que cumplan con los demás requisitos que fije la ley. 4) La mujer extranjera que al contraer matrimonio con costarricense pierde su nacionalidad. 5) Las personas extranjeras que al casarse con costarricenses pierdan su nacionalidad o que luego de haber estado casadas dos años con costarricenses, y de residir por ese mismo período en el país, manifiesten su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense. 6) Quienes ostenten la nacionalidad honorífica otorgada por la Asamblea Legislativa.

⁴ Nota al pie de página No. 1, Anexo 2.1.

ACCESO A MERCADO*

1. Introducción

El objetivo central de las negociaciones comerciales internacionales ha sido, tradicionalmente, la creación de condiciones para facilitar e intensificar el intercambio comercial de bienes originarios.¹ Uno de los mecanismos para lograr ese objetivo es la reducción o eliminación de los aranceles, considerados en la OMC como un mecanismo legítimo de protección. Con ello se pretende propiciar la especialización con base en la ventaja comparativa, creando las condiciones para lograr un mayor crecimiento económico en los países participantes.

Sin embargo, todos los países emiten internamente reglamentos sobre salud y seguridad para garantizar la inocuidad de los alimentos, la sanidad de los animales y la preservación de los vegetales, de manera que se proteja la salud y la vida de las personas que los consumen. Asimismo, los países emiten reglamentaciones y normas técnicas e industriales para ordenar y facilitar la producción y el comercio interno. Dichas normas varían de país en país, por lo que se dificulta que productores extranjeros puedan participar en el comercio, además de que dichas normas también pueden ser utilizadas como obstáculos técnicos – medidas no arancelarias – a un comercio más libre, cuando no tienen un fundamento científico. Así, la reducción o eliminación

de los obstáculos arancelarios se complementa con otros acuerdos tendientes a promover la utilización de normas internacionales, y evitar que se utilicen normas técnicas y reglamentos internos de los países con fines proteccionistas.

Por otra parte, a menudo los países favorecen a determinados sectores productivos mediante el otorgamiento de subsidios a la producción e incluso subsidios a la exportación. El otorgamiento de esos subsidios es una práctica de comercio desleal que, a la hora de que dicha producción se destina al mercado de otros países, pueden causar daño a su producción nacional. Adicionalmente, las empresas pueden tratar de vender sus productos en el mercado de otro país a precios por debajo de sus costos de producción – dumping – que también es una práctica de comercio desleal. A fin de evitar que dichas prácticas de comercio desleal se presenten en el intercambio comercial, los países convienen en el establecimiento de mecanismos de defensa comercial.

Todos los países centroamericanos y la República Dominicana se adhieren al GATT, hoy OMC, a fines de la década de los ochentas e inicios de la década de los noventas. Siendo miembros de la OMC, todos los países miembros del TLC-CA ya han adquirido derechos y obligaciones en materia de trato nacional a los productos importados,² medidas sanitarias y fi-

* Este capítulo fue elaborado por Susan Rodríguez

¹ Los bienes originarios de un país son aquellos que cumplen las disposiciones sobre origen establecidas en el tratado y por lo tanto tienen derecho al tratamiento arancelario preferencial acordado por los países.

² El trato nacional consiste en dar el mismo tratamiento al comercio interno de productos importados que el que se da a los productos nacionales, por ejemplo, en materia de pago de impuestos sobre el valor agregado, que debe ser igual para productos de igual naturaleza.

tosanitarias, obstáculos técnicos al comercio y sobre mecanismos para la defensa comercial, además de las reducciones arancelarias acordadas como “precio de entrada” al GATT.

En 1994, Costa Rica ratificó los Acuerdos de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales dentro del marco del GATT, con los cuales se creó la OMC,³ convirtiéndose así en miembro fundador de esa organización.

Con la ratificación de esos acuerdos, se promovió una serie de reformas, tales como la reducción arancelaria,⁴ la eliminación de licencias a las importaciones (con impactos en los granos básicos, carne de ave y cerdo, tabaco, lácteos, y azúcar), la adopción de medidas sanitarias, de calidad, subsidios y apoyo al productor, y la actualización de la normativa comercial.

Dentro de ese contexto, en el tema de acceso a mercados, se estableció la obligación de “arancelizar” los obstáculos no arancelarios, sustituyéndolos por aranceles equivalentes.⁵ Adicionalmente, se estableció que los países debían mantener el nivel de acceso actual para los productos con algún acceso. No obstante, se comprometieron a establecer accesos mínimos o contingentes arancelarios para aquellos productos en los que el mercado estaba completamente cerrado. El contingente acordado fue de un 3% del consumo de esos bienes, definido con base en el consumo del periodo 1986-1988. Adicionalmente, se acordó un crecimiento del 5% a partir de 1 de enero 1995 y durante el periodo de aplicación.⁶

⁷ Los países se comprometieron a reducir sus aranceles en determinados porcentajes y plazos. Los paí-

ses en desarrollo se comprometieron a reducir los aranceles en un 24% en un plazo de diez años y los desarrollados en 36% en seis años.⁸ ⁹ Para los productos agropecuarios se estableció la salvaguardia especial que puede ser invocada con criterios de volumen o precio. Con respecto a las ayudas internas a los productores los países adquirieron el compromiso de reducirlos en plazos y montos determinados según su grado de desarrollo. La reducción de la Medida Global de la Ayuda se estableció en un 20% en un plazo de ocho años para países desarrollados y en 13% en diez años para países en desarrollo.¹⁰ No obstante, algunas políticas se exceptuaron de este compromiso, como las que no distorsionan la producción ni el comercio, así como las medidas de asistencia adoptadas por los países en desarrollo para fomentar el desarrollo agrícola y rural.¹¹ En materia de subsidios a la exportación, los países acordaron reducir en un porcentaje y plazo determinado los subsidios directos otorgados por volumen o cantidad de producto exportado. El compromiso consistió en una reducción de las subvenciones directas otorgadas a productos agrícolas en 36% en el desembolso presupuestario y en 21% en la cantidad de producto exportado subvencionado, esto para los países desarrollados y de 24% y de 14%, respectivamente, para los países en desarrollo.¹²

En el caso específico del comercio agrícola, éste se realizaba, previo a los Acuerdos de la OMC, en condiciones muy restringidas de acceso a mercados, tanto por la protección arancelaria como por la multiplicidad de barreras no arancelarias.¹³ Además, la proliferación de las medidas de ayuda interna y los subsidios a las exportaciones, creados para reducir los excedentes agrícolas, introdujeron gran volatili-

³ Mediante la Ley de Aprobación del Acta Final (Ley No. 7475) de 20 de diciembre de 1994, en la cual se incorporan los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales.

⁴ Excepto las estipuladas en un promedio del 55% *ad-valorem* por importaciones masivas o prácticas de comercio desleal.

⁵ González, A. 1994.

⁶ A los países en desarrollo se les otorgó un plazo de diez años para cumplir con los compromisos acordados, mientras que los países desarrollados seis años.

⁷ López, T. 1994.

⁸ Costa Rica se comprometió a eliminar sus licencias de importación a la carne bovina y sus productos, carne de cerdo y sus productos, carne de pollo y sus productos, lecho y sus productos, arroz, frijol, maíz blanco, tabaco, azúcar y tejidos de yute. Además se realizó una negociación con Estados Unidos y Nueva Zelanda, en el marco de la Ronda, para aplicar niveles superiores de protección arancelaria en algunos productos (sueros de leche, quesos maduros y de pasta verde y azul, pollo entero, entre otros). El arancel arancel para productos agrícola e industriales, se consolidó en 45% para el 2004.

⁹ López, T. 1994.

¹⁰ López, T. 1994.

¹¹ González, A. 1994.

¹² López, T. 1994.

¹³ Quirós, R. 2000.

dad en los mercados internacionales. Ello generó una serie de disputas que llevaron a adoptar, en la Ronda Uruguay, nuevas disciplinas sobre agricultura y comercio agrícola.

El Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC ha tenido como objetivo de largo plazo crear un proceso continuo de reforma que permita "...establecer un sistema de comercio agropecuario equitativo y orientado al mercado..." y de este modo adoptar normas y medidas que "...corrijan y prevengan las restricciones y distorsiones en los mercados agropecuario mundiales...".¹⁴ El Acuerdo incluye los temas que se sistematizan en el cuadro 3.1

Específicamente en el tema de acceso a mercados, Costa Rica se comprometió a reducir el techo arancelario del 55% generalizado al 45%, en un plazo de 10 años (que vence en el 2004). Cuando Costa Rica ingresó al GATT, en 1989, se estableció un techo arancelario máximo para la imposición de aranceles, el cual era más alto que el aplicado en ese momento,

salvo las excepciones de los productos que sufrieron la arancelización. Este compromiso se aplica a todos los productos agrícolas arancelizados,¹⁵ agrupados en 14 grupos que comprenden 90 líneas arancelarias.¹⁶ De los 14 grupos de productos arancelizados y con contingente, solo tres están sujetos al arancel de contingentes (carnes de ave, lácteos y arroz).

Es importante señalar que las exportaciones de los países centroamericanos y la República Dominicana a los Estados Unidos se han venido realizando al amparo de la Ley para la Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe o Iniciativa para la Cuenca del Caribe (ICC),¹⁷ gozando de un acceso preferencial por la exención del cobro de aranceles, a las importaciones de bienes provenientes de los países de la Cuenca del Caribe, con excepción de los productos textiles, atún, calzado, etanol y otros productos de cuero, relojes y algunas partes de relojes, azúcar y carne de bovino, productos que reciben un tratamiento diferente¹⁸ en el comercio con ese país.

Cuadro 3.1
Acuerdos sobre la agricultura de la OMC

Tema	Compromisos
Acceso a mercados	<ul style="list-style-type: none"> • Arancelización de barreras no arancelarias • Reducciones arancelarias • Contingentes arancelarios • Consolidación arancelaria • Acceso corriente • Cláusula de salvaguardia especial
Ayudas internas	<ul style="list-style-type: none"> • Caja verde (ayudas o subsidios no distorsionantes a la producción o el comercio) • Caja ámbar (medidas sujetas a reducción) • Caja azul (medidas orientadas a la detracción de recursos)
Subsidios a las exportaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Prohibición de subsidiar nuevos productos no subsidiados en 1992 • Reducción de subsidios a productos
Trato especial y diferenciado de los países desarrollados	<ul style="list-style-type: none"> • Compromisos cuantitativos • Costos de comercialización • Tarifas de transporte y fletes internos • Plazos de cumplimiento

Fuente: Quirós, R. 2000.

¹⁴ Quirós, R. 2002.

¹⁵ Esta arancelización es resultado de la conversión de algunas barreras no arancelarias en aranceles equivalentes.

¹⁶ Quirós, 2000.

¹⁷ La ICC entró en vigencia el 1 de enero de 1984. Esta ley es una concesión unilateral que permite al Presidente de los Estados Unidos retirar o suspender la designación de cualquier país como beneficiario, retirar, suspender o limitar la aplicación del tratamiento de liberación arancelaria a cualquier artículo de cualquier país beneficiario, si después de tal designación el presidente determina que como resultado del cambio de circunstancias dicho país debe ser excluido de ese tratamiento preferencial. (Congreso de los Estados Unidos, 1983, Art 212)

¹⁸ Los textiles, por ejemplo, deben pagar aranceles sobre el valor agregado al ser importados al mercado de los Estados Unidos. Con respecto al azúcar y la carne de bovino, estas exportaciones se realizan libre de aranceles, pero limitadas por una cuota. En el caso de Costa Rica, la cuota de azúcar es de 15.796 toneladas métricas. En el caso de la carne de bovino, no existe una cuota asignada a Costa Rica, sino una cuota global de 64,805 toneladas métricas para el 2004; bajo esa cuota global, Costa Rica exporta, actualmente, alrededor

Con la Ley del Comercio del 2000, denominada Caribbean Basin Trade Promotion Act (CBTPA, por sus siglas en inglés), los Estados Unidos otorgaron concesiones especiales a algunos productos excluidos de la ICC, otorgándoles paridad con los aranceles vigentes en el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN). En el caso del atún (cuadro 3.2), calzado y otros artículos de cuero, carteras, relojes y algunas partes de relojes, se otorgó una equiparación arancelaria equivalente al tratamiento que recibe México en el TLCAN.

En el sector textil, se otorgó el acceso libre de aranceles y libre de cuotas a:

- Prendas de vestir ensambladas en uno o más países beneficiarios a partir de tela hecha en Estados Unidos, a partir de hilados estadounidenses, cortada en Estados Unidos (amparada a la subpartida arancelaria 9802.00801)
- Prendas de vestir cortadas y ensambladas en la región con tela “formada con hilados estadounidenses y empleando para esos efectos hilo de coser” de Estados Unidos.
- sostenes o *brassiers* cortados y cosidos o de cualquier otra manera ensamblados en Estados Unidos, o uno o más países beneficiarios, o ambos, siempre que el costo agregado de los componentes textiles formados en los Estados Unidos que son utilizados en la confección de la prenda alcancen al menos un 75% del valor agregado declarado en aduanas.

- Productos ensamblados a partir de fibras, hilo o tela, no disponible en cantidades comerciales en la región, incluyendo los países incluidos en el TLCAN.
- Productos elaborados a mano o folclóricos identificados como tales por Estados Unidos y países beneficiarios.
- Equipaje textil ensamblado en un país beneficiario a partir de tela producida y cortada en estados Unidos, con hilo estadounidense o ensamblado en un país beneficiario a partir de tela estadounidense producida con hilo estadounidense cortada en un país de la región.

Además, se otorgó acceso libre de aranceles sujeto a cuota²⁰ a:

- Prendas de vestir tejidas en un país beneficiario a partir de hilados estadounidenses (excepto medias);
- Prendas de vestir de punto, cortadas y ensambladas en uno o más países beneficiarios, a partir de tela formada en uno o más países de la región o Estados Unidos, utilizando hilados estadounidenses.

Por otra parte, desde 1983, la Unión Europea otorga un trato preferencial a productos provenientes de 130 países en desarrollo, incluyendo a los países de la región y la República Dominicana, bajo el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP). El tratamiento preferencial consiste en el otorgamiento de reduc-

Cuadro 3.2
Situación arancelaria del atún en conserva en el 2000 al entrar en vigor CBTPA (porcentajes)

	Arancel NMF ¹⁹	Arancel TLCAN
Atún conservado en aceite	35,0	18,6
Atún no conservado en aceites	6,0	3,2
Los demás atunes	12,5	6,6

Fuente: COMEX. 2000.

de 10,000 toneladas métricas. En el caso del etanol, bajo la ICC, el etanol producido con materias primas nacionales ingresa a los Estados Unidos libre de aranceles a la importación; sin embargo, cuando es producido con materias primas no nacionales, se permite el libre acceso dentro de una cuota que se distribuye entre los países beneficiarios de la ICC, y ésta no debe superar el 7% del consumo de etanol de los Estados Unidos. En los últimos años, Costa Rica ha exportado en promedio 15 millones de litros anuales, producidos con materia prima importada de Europa y Brasil. Otros productos están sujetos a los aranceles, como si fueran importados de cualquier otro país. En el caso de carne de bovino y azúcar, existen cuotas de importación a los Estados Unidos.

¹⁹ El arancel NMF es el arancel que se cobra a las importaciones de países miembros de la OMC y con los que no se tenga un Tratado de Libre Comercio.

²⁰ La cuota consiste en 250,000 metros cuadrados equivalentes con un crecimiento anual del 16% hasta el 2004. A partir de esa fecha y hasta el 2008 la cuota equivale al volumen asignado en el 2004 o el que la ley determine.

ciones y hasta la eliminación total de derechos de importación. El SGP estableció la libre entrada de productos como las flores, piña, hortalizas y café, sin el pago de aranceles o con pagos mínimos. Dentro del SGP, los países centroamericanos recibieron en 1991 un régimen especial (SGPE), con el fin de darles un trato similar al de los miembros del Pacto Andino, que habían recibido un tratamiento preferencial en apoyo a la lucha contra el narcotráfico.²¹

Por su parte, los países centroamericanos vienen impulsando un esquema de integración económica regional desde 1961. Al amparo de los acuerdos sobre integración económica y del plan de acción para alcanzar la misma,²² los países de la región han venido impulsando una profundización de su esquema de integración, armonizando los aranceles y liberalizando el comercio regional. A la fecha, el arancel se encuentra armonizado en un 93% y el comercio regional se ha liberalizado en un 99%, con excepción del azúcar y del café.²³

Paralelamente a la incorporación de Costa Rica a la OMC, a inicios de la década de los noventa, Costa Rica inició un proceso de negociaciones comerciales bilaterales que ha conducido a la firma de tratados de libre comercio con México, Chile, Canadá, los países del CARICOM y Trinidad y Tobago. Un resumen de estos acuerdos y de los acuerdos generales en materia de acceso a mercados se encuentra en el IX Informe Estado de la Nación.

Como se puede observar, el comercio internacional de Costa Rica se realiza bajo diferentes arreglos comerciales. En algunos casos, su comercio se realiza bajo las normas de la OMC, en otros casos bajo esquemas preferenciales de acceso, sean estos unilaterales, como la ICC y el SGP, o bien bajo esquemas bilaterales y subregionales, como lo son los tratados bilaterales de comercio y el esquema de integración centroamericana.

El tema de acceso a los mercados en el TLC-CA abarcó tanto la negociación arancelaria como otros temas relacionados con el acceso a mercados, tales como las reglas de origen las medidas sanitarias y

fitosanitarias, los obstáculos técnicos al comercio y los mecanismos de defensa comercial. Es importante señalar que el tema de acceso a mercados, en lo que a mercancías se refiere, fue negociado en el TLC-CA de manera bilateral entre cada uno de los países centroamericanos, la República Dominicana y los Estados Unidos. El tema de acceso a mercados a nivel centroamericano fue negociado en el contexto del proceso de integración centroamericana. Con respecto a la República Dominicana, país con el que los países centroamericanos mantienen un Tratado de Libre Comercio, cada uno de los países centroamericanos renegotió el tema, al incorporarse la República Dominicana al TLC-CA, una vez concluida la negociación entre los países centroamericanos y los Estados Unidos. En el presente capítulo únicamente se hace referencia a lo negociado en materia de acceso a mercados de mercancías entre Costa Rica y los Estados Unidos, abarcando los siguientes capítulos del tratado:

- Capítulo 3: Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado
- Capítulo 4: Reglas de Origen y Procedimientos de Origen
- Capítulo 5: Administración Aduanera y Facilitación del Comercio
- Capítulo 6: Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
- Capítulo 7: Obstáculos Técnicos al Comercio
- Capítulo 8: Defensa Comercial

2. Objetivos de la Negociación

Los Ministros centroamericanos establecieron como objetivos de las negociaciones en relación con el tema de acceso a mercados, en el capítulo 3 específico sobre trato nacional y acceso de mercancías al mercado, y en el capítulo 8 sobre defensa comercial, los siguientes:²⁴

- *“Eliminar los derechos arancelarios y otros derechos y cargas que afectan las exportaciones de los países de Centroamérica a los Estados Unidos mediante la consolidación y expansión de los beneficios comerciales establecidos en la ICC y en el SGP.*

²¹ Monge, 1995.

²² Este plan fue aprobado por los presidentes de Centroamérica el 24 de marzo del 2002.

²³ A la fecha, el comercio de café, está restringido por parte de Costa Rica, no en los otros países de la región. Todavía no hay una fecha establecida para liberalizar el comercio de café y azúcar.

²⁴ COMEX, 2003b; pág. 13

- *Buscar la eliminación de las barreras no arancelarias y otras medidas que restringen las exportaciones de los países de Centroamérica a los Estados Unidos.*
- *Garantizar el acceso de los bienes producidos en zona franca de conformidad con las reglas de la Organización Mundial de Comercio (OMC).*
- *Eliminar las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio entre los países de Centroamérica y los Estados Unidos, procurando el establecimiento de mecanismos que permitan un ajuste razonable y gradual al libre comercio para aquellos bienes sensibles a la competencia externa en los países centroamericanos y que tengan en cuenta las diferencias de tamaño y desarrollo entre las economías.*
- *Establecer mecanismos que promuevan la eliminación de los subsidios a las exportaciones agrícolas en el comercio recíproco y el debido tratamiento de otras medidas que distorsionan el comercio mundial de productos agrícolas en el marco de las negociaciones en curso de la Ronda Doha de la Organización Mundial de Comercio (OMC).*
- *Buscar el establecimiento de reglas de origen y mecanismos de acumulación que permitan a los exportadores de los países centroamericanos aprovechar de la mejor manera posible las preferencias arancelarias.*
- *Buscar el establecimiento de reglas y procedimientos aduaneros que promuevan el funcionamiento eficiente, transparente y ágil de las aduanas de todas las partes y aseguren mecanismos de cooperación efectivos tendientes a mejorar el funcionamiento de las aduanas de los países de Centroamérica.*
- *Buscar la aplicación transparente y efectiva de las medidas técnicas, sanitarias y fitosanitarias, a efectos de asegurar que las mismas no se conviertan en medidas restrictivas del comercio entre los países de Centroamérica y los Estados Unidos y teniendo en cuenta las obligaciones de las Partes en el marco de los acuerdos respectivos de la OMC.*
- *Buscar el establecimiento de mecanismos efectivos de cooperación con los Estados Unidos para lograr la efectiva aplicación de los acuerdos sobre Barreras Técnicas al Comercio y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC.*
- *Buscar el establecimiento de mecanismos apropiados que permitan atender, cuando corresponda, las sensibilidades de importación de los países centroamericanos, asegurando a la vez que los mismos no se conviertan en obstáculos indebidos al comercio.”*

Partiendo de esos objetivos generales, y de otros aspectos ya negociados en los tratados con Canadá, Chile y México, la posición de negociación del Gobierno de Costa Rica, que coincide con la posición de negociación de los demás países de la región, contiene los siguientes elementos:²⁵

En materia de trato nacional, se buscó el otorgamiento de trato nacional por parte de Estados Unidos a los bienes costarricenses de conformidad con las disposiciones del Artículo III del GATT de 1994, que establece el reconocimiento de un trato no menos favorable que el trato más favorable que los Estados concedan a bienes similares, competidores directos, o sustitutos, la excepción a la obligación de trato nacional a todas aquellas medidas que resulten incompatibles con la misma, de conformidad con la legislación costarricense vigente al momento del inicio de las negociaciones.

En materia de eliminación arancelaria, Costa Rica procuró la eliminación progresiva de los aranceles aplicados de conformidad con un Programa de Desgravación a negociar,²⁶ así como que la importación temporal de ciertas mercancías²⁷ entre los países pueda realizarse sin el pago de aranceles. Se buscó, además, que la importación de bienes que sean reingresados al territorio de los países miembros, después de haber sido reparadas o alteradas, pudiera efectuarse sin pagar aranceles.

²⁵ COMEX, 2003b.

²⁶ De acuerdo a los principios de consolidación y expansión de los beneficios comerciales vigentes en la ICC y SGP, acceso inmediato libre de aranceles de los productos de exportación costarricense al mercado de los Estados Unidos, otorgamiento de preferencias arancelarias a la exportación de bienes producidos al amparo del Régimen de Zona Franca, establecimiento de mecanismos que permitan un ajuste razonable y gradual al libre comercio para aquellos bienes sensibles a la competencia externa en Costa Rica, reconocimiento expreso, a través de mecanismos apropiados, de las diferencias de tamaño y desarrollo entre las economías de Costa Rica y Estados Unidos.

²⁷ Tales como equipo profesional necesario para el ejercicio de la actividad, oficio o profesión de personas de negocios, equipo de prensa o de transmisión de señales de radio o televisión, equipo cinematográfico, bienes importados con propósitos deportivos o destinados a exhibición y demostración; muestras comerciales y películas publicitarias.

En las medidas no arancelarias, se buscó la eliminación de todas las medidas de naturaleza no arancelaria que afectan o puedan afectar la exportación de bienes costarricenses al mercado de los Estados Unidos, así como la obligación de no adoptar o mantener prohibiciones o restricciones a la importación y a la exportación de los bienes, teniendo en cuenta y reconociendo las excepciones previstas en el Artículo XI del GATT de 1994,²⁸ además de las excepciones a la obligación de eliminación de restricciones a la importación y exportación de todas aquellas medidas que resulten incompatibles con la misma de conformidad con la legislación costarricense vigente, tal y como en materia de trato nacional, y de la eliminación de los impuestos a la exportación y otras medidas que restrinjan o puedan restringir las exportaciones costarricenses al mercado de los Estados Unidos (salvo aquellas medidas que puedan estar justificadas de conformidad con el Artículo XI del GATT de 1994).

Con respecto a los **subsidios a la exportación y otras medidas de apoyo interno**, la posición de Costa Rica fue eliminar toda forma de subsidio a la exportación de los bienes entre los países miembros y establecer, a nivel bilateral, mecanismos que contribuyan a evitar la anulación o menoscabo de las concesiones que los Estados Unidos otorgue a Costa Rica como resultado de la aplicación de otras medidas que distorsionan el comercio, en particular, de los productos agrícolas, por parte de Estados Unidos. Adicionalmente, promover alianzas y acuerdos con los Estados Unidos para lograr la eliminación o la máxima reducción posible de este tipo de medidas

por parte de Estados Unidos y otros socios comerciales tales como la Unión Europea y Japón, en el marco de las negociaciones en curso de la Ronda Doha de la OMC.

El tema de las **salvaguardias y otros mecanismos de compensación y ajuste** buscó la adopción de un mecanismo de salvaguardia bilateral para atender, durante el período de transición, las dificultades del sector productivo nacional que puedan causar daño a la producción nacional como resultado de un aumento masivo en las importaciones producto del proceso de desgravación arancelaria. También buscó establecer procedimientos de investigación para la aplicación de las salvaguardias bilaterales, basados en las reglas y disciplinas establecidas en el acuerdo de salvaguardias de la OMC y de otros mecanismos de compensación transitorios, transparentes y compatibles con la OMC, en la medida en que resulten necesarios, para atender posibles dificultades de la industria nacional en ciertos sectores particulares.

Así, la posición inicial en materia de desgravación arancelaria fue:²⁹

- *Inmediato y corto plazo*, productos con arancel bajo como materias primas, divididos en dos canastas de desgravación de acceso inmediato para productos con arancel entre **0% y 1%**³⁰ y **2% y 5%** (hilados de seda, tejidos de algodón, telas impregnadas y tejidos de punto).

²⁸ Este artículo establece las excepciones a la eliminación de restricciones a la importación o exportación de productos como: prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora; prohibiciones o restricciones a la importación o exportación necesarias para la aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional; restricciones a la importación de cualquier producto agrícola o pesquero, cualquiera que sea la forma bajo la cual se importe éste, cuando sean necesarias para la ejecución de medidas gubernamentales que tengan por efecto: restringir la cantidad del producto nacional similar que pueda ser comercializada o producida o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser substituido directamente por el producto importado; o eliminar un sobrante temporal del producto nacional similar o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser substituido directamente por el producto importado, poniendo este sobrante a la disposición de ciertos grupos de consumidores del país, gratuitamente o a precios inferiores a los corrientes en el mercado; o restringir la cantidad que pueda ser producida de cualquier producto de origen animal cuya producción dependa directamente, en su totalidad o en su mayor parte, del producto importado, cuando la producción nacional de este último sea relativamente desdeñable.

²⁹ COMEX. 2003a.

³⁰ Plantas vivas, lactosuero, trigo, tabaco turco, combustibles, compuestos químicos orgánicos, abonos, aceites esenciales, medicamentos para uso humano y materias primas para la industria plástica entre otros; y corto plazo que incorpora, salvo algunas excepciones solicitadas por los sectores productivos. (COMEX, 2003a).

- *Mediano plazo*, que incluye productos intermedios con arancel entre **6% y 10%**, incorporando las excepciones que fueron solicitadas expresamente en el proceso de consulta. Por ejemplo, cacao en grano, cemento (excepto el cemento blanco), harina de cereales, tabaco en ramas, medicamentos para uso veterinario, prendas de vestir, algunos animales vivos y artículos de joyería entre otros.
- *Largo plazo*, que incluye bienes, generalmente producidos en la región, que tienen **aranceles superiores al 10%** y que no forman parte de la siguiente categoría. En esta categoría se encuentran productos como carne de ovino y caprino, pescado, miel natural, café, frutas, algunas hortalizas, papel y cartón, calzado, muebles, neumáticos, plásticos y manufacturas, productos de hierro, acero y aluminio, productos de la industria gráfica, etc.
- *Productos sensibles*, definidos como resultado del proceso de consultas y atendiendo las solicitudes específicas presentadas por algunos sectores productivos. Se incorporaron bienes que tienen un arancel que varía entre el **6% y el 151%** como carne bovino, productos del sector porcino, del sector avícola, lácteos, huevos, papa, cebolla, frijoles, arroz, azúcar, café instantáneo, entre otros.

En relación con el capítulo 4 sobre reglas de origen y procedimientos de origen, los Ministros centroamericanos establecieron como objetivos de las negociaciones en relación con el tema de reglas de origen, los siguientes:³¹

- *“Un régimen de origen que tome en cuenta los procesos de producción existentes en el país y que no se constituya un obstáculo al comercio que impida a las empresas nacionales tener acceso al mercado de los Estados Unidos.*
- *Reglas de origen específicas diseñadas, en principio, sobre la base del criterio del cambio de clasificación arancelaria, pero que tengan en cuenta otros criterios alternativos o complementarios cuando sea necesario.*
- *Reglas de origen específicas de fácil comprensión para los operadores de comercio y de fácil administración para las autoridades de aduana.*

- *Que las mercancías manufacturadas por empresas amparadas al Régimen de Zona Franca y de Perfeccionamiento Activo estén sujetas a las mismas reglas de origen que les serán aplicables a las demás mercancías.*
- *Utilización del método de Valor de Contenido Regional (VCR) vía valor de transacción (VT) o una combinación de éste con el cambio de clasificación arancelaria.*
- *Una cláusula de minimis lo suficientemente flexible para las empresas nacionales, en particular en el sector industrial y agroalimentario.*
- *Un procedimiento de certificación de origen sencillo, de bajo costo y de fácil administración*
- *La posibilidad de que el exportador o el productor de la mercancía certifiquen el origen.*
- *Un procedimiento de verificación de origen sencillo, transparente y de fácil administración que asegure el control eficaz y eficiente del origen de las mercancías al amparo del tratado.*
- *Inclusión de disposiciones que tomen en cuenta el criterio de “acumulación de origen” de materiales y de procesos entre los países de Centroamérica y los Estados Unidos, incluyendo la posibilidad de promover la incorporación de disposiciones sobre “acumulación transversal” de origen con terceros países con los cuales tanto Centroamérica como los Estados Unidos tengan tratados de libre comercio”.*

Esta posición incluye la definición de lineamientos en materia de reglas de origen específicas, es decir, establecidas mediante el proceso de consulta con los sectores productivos agrícola e industrial.

En materia agrícola (productos en su mayoría clasificados en los capítulos 1 al 24 del Sistema Armonizado, excepto el capítulo 3 sobre pescado), e industrial (capítulos 25 al 97 del Sistema Armonizado) se buscó el establecimiento de reglas sobre la base de la técnica de cambio de clasificación arancelaria, que flexibilizaran el otorgamiento de origen. Asimismo, se buscó establecer algunas notas generales interpretativas, con el fin de facilitar el uso y comprensión de las reglas por parte de los usuarios y de las autoridades de aduanas y de comercio exterior.

³¹ COMEX, 2003b.

En relación con el Capítulo 5 sobre administración aduanera y facilitación del comercio, Costa Rica estableció como objetivos de las negociaciones, los siguientes:³²

- *“Incorporar compromisos vinculantes en materia aduanera (por ejemplo, en materia de automatización, análisis de riesgo, despacho rápido de mercancías, transparencia, “courier”, resoluciones anticipadas, etc) que contribuyan a promover y fortalecer el proceso de modernización aduanera en Costa Rica y en la región centroamericana.*
- *Promover la adopción de compromisos de simplificación de trámites aduaneros que permitan la facilitación del comercio y que agilicen el flujo de mercancías de importación y exportación.*
- *La inclusión en el acuerdo de reglas y disciplinas que tengan en cuenta la realidad de las aduanas nacionales, pero que a su vez coadyuven en el mejoramiento, eficacia y eficiencia del servicio aduanero.*
- *Plazos de transición que permitan adoptar las medidas necesarias para lograr la plena implementación de los compromisos vinculantes.*
- *El desarrollo de un programa de cooperación y asistencia técnica en materia aduanera con el fin de implementar los compromisos asumidos en el tratado y otros acuerdos comerciales internacionales.*

Asimismo, Costa Rica promoverá la suscripción de un Acuerdo de Asistencia Aduanera Mutua entre los países para combatir en forma conjunta el fraude, el contrabando, la subvaloración, la triangulación de origen y cualquier otro tipo de fraude aduanero.”

En relación con el capítulo 6 sobre medidas sanitarias y fitosanitarias, Costa Rica estableció como objetivos de las negociaciones, los siguientes³³:

- *“Procedimientos que aseguren un mayor intercambio de información en relación con procedimientos de evaluación de la conformidad.*
- *Cooperación técnica para facilitar la armonización de los procedimientos de evaluación de conformidad.*

- *Desarrollar programas de cooperación técnica dirigidos a alcanzar su cumplimiento total y efectivo con las obligaciones establecidas en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC.*
- *Reafirmar los derechos y obligaciones establecidos en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC.*
- *Establecer un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias con representantes de cada Parte con el fin de mejorar la efectividad de las regulaciones en esta área, la seguridad alimentaria y las condiciones sanitarias y fitosanitarias; y facilitar las discusiones sobre asuntos bilaterales con el objetivo de prevenir disputas entre las Partes”.*

En relación con los capítulos 7 sobre obstáculos técnicos al comercio, Costa Rica estableció como objetivos de las negociaciones, los siguientes:³⁴

- *“Reafirmar los derechos y obligaciones establecidos en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial del Comercio.*
- *Reconocer las normas internacionales emitidas por las organizaciones internacionales reconocidas en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC.*
- *Procedimientos que aseguren un mayor intercambio de información en relación con procedimientos de evaluación de la conformidad.*
- *Cooperación técnica para facilitar la armonización de los procedimientos de evaluación de conformidad.*
- *Desarrollar programas de cooperación técnica dirigidos a alcanzar su cumplimiento total y efectivo con las obligaciones establecidas en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC”.*

3. Resultados de la Negociación

Los acuerdos relativos al acceso al mercado de bienes en el TLC-CA contienen disposiciones relativas al trato que ha de darse nacionalmente a los productos importados, a las reglas para determinar el origen de

³² COMEX, 2003b.

³³ COMEX, 2003b.

³⁴ COMEX, 2003b.

las mercancías, a la reducción o eliminación de los aranceles a las importaciones, así como a las medidas sanitarias y fitosanitarias, a los obstáculos técnicos al comercio y a los mecanismos de defensa comercial que los países pueden aplicar en respuesta a una posible competencia desleal.

A continuación se describen y se comentan cada uno de los elementos negociados:

1. Trato nacional
2. Desgravación arancelaria
3. Contingentes arancelarios y cuotas
4. Productos sensibles
5. Defensa comercial
6. Reglas de origen
7. Administración y facilitación del comercio
8. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y obstáculos técnicos al comercio
9. Otros resultados importantes

1. Trato nacional

Los temas relacionados con acceso a mercado garantizan el principio de trato nacional³⁵ a mercancías provenientes de Centroamérica y de los Estados Unidos³⁶. Como se mencionó, este principio consiste en dar el mismo tratamiento al comercio interno de productos importados que el que se da a los productos nacionales, por ejemplo, en materia de pago de impuestos sobre el valor agregado, que debe ser igual para productos de igual naturaleza. En el anexo 3.2 del capítulo se incorporan las excepciones para cada uno de los países. Para el caso de Costa Rica se excluyen del trato nacional controles de impuestos sobre:³⁷

- a. la importación de petróleo crudo, sus combustibles, derivados, asfaltos y naftas;
- b. la exportación de maderas en troza y escuadrada proveniente de bosques, de hidrocarburos, de café;

- c. la importación y exportación de alcohol étílico y roncs crudos;
- d. el precio mínimo de exportación de banano; y
- e. acciones autorizadas por el Órgano de Solución de Controversias de la OMC a este trato .

2. Desgravación arancelaria

En materia de desgravación arancelaria los países se comprometieron a:³⁸

- a. no incrementar ningún arancel aduanero existente, o adoptar alguno nuevo, sobre una mercancía originaria;
- b. eliminar progresivamente sus aranceles aduaneros sobre las mercancías originarias,³⁹ de acuerdo con el Anexo 3.3 que corresponde a la lista del programa de desgravación;
- c. permitir la coexistencia de los regímenes centroamericanos y el TLC-CA, sin impedir la profundización del proceso de integración centroamericana;⁴⁰
- d. examinar la posibilidad de acelerar el programa de desgravación arancelaria establecidos en el Anexo 3.3, cuando sea solicitado por cualquier país.⁴¹ De la misma forma, un país podrá incrementar un arancel aduanero al nivel establecido en el Anexo 3.3, tras una reducción unilateral, o mantener o aumentar un arancel aduanero cuando sea autorizado por el Órgano de Solución de Controversias de la OMC.

En el TLC-CA se utilizan diferentes plazos y tipos de desgravación para cada sector y en algunos casos períodos de gracia que se dan cuando la reducción del arancel inicia varios años después de que entra en vigencia el tratado. La desgravación arancelaria puede ser lineal, que consiste en reducciones iguales del arancel en el periodo, o no lineal, en la que el arancel se reduce menos al principio y más al final.

³⁵ Todos los tratados de libre comercio otorgan un trato nacional a las mercancías de los países entre los cuales se ha firmado.

³⁶ Artículo 3.2.

³⁷ Anexo 3.2. Sección A: Medidas para Costa Rica.

³⁸ Artículo 3.3.

³⁹ Mercancía producida en uno o más países de la región definida en artículo 4.1.

⁴⁰ El arancel externo común era de 76% hace tres años, y para fines del 2004 se espera que sea del 97%. El 99,5% del comercio entre los países centroamericanos es libre, con excepción del azúcar y café. COMEX. 2004a.

⁴¹ Este acuerdo se hará efectivo cuando sea aprobado por cada uno de los países de conformidad con sus procedimientos legales aplicables y deberá ser informado a los otros países.

Los productos se agrupan en canastas de desgravación, ordenadas en orden alfabético desde la A a la Z, según los plazos de desgravación, periodos de gracia y de acuerdo a la situación actual de esos productos (cuadro 3.3). Las categorías generales del programa de desgravación se presentan en el anexo

3.3 (en donde se definen las canastas A, B, C, D, F, G y H), y en las notas generales para cada país se adicionan nuevas categorías. Por ejemplo, para Estados Unidos se adicionan las canastas I, J, K, L⁴² y para Costa Rica son M, N, R, S, T, U y V.⁴³

Cuadro 3.3
Cuadro de las categorías de desgravación del TLC-CA

Categoría	Descripción
A	Libre comercio inmediato, a partir de la entrada en vigor del Acuerdo.
B	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>cinco etapas anuales iguales</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de Enero del año cinco</u> .
C	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>diez etapas anuales iguales</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de Enero del año diez</u> .
D	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>quince etapas anuales iguales</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de Enero del año quince</u> .
E	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>quince etapas</u> ; durante los primeros <u>seis años</u> , <u>el arancel no se desgravará</u> ; a partir del <u>1 de enero del año siete</u> , el arancel se desgravará en <u>nueve etapas anuales</u> , de manera <u>no lineal</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año quince</u> .
F	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>veinte etapas</u> ; durante los primeros <u>diez años</u> , <u>el arancel no se desgravará</u> ; a partir del <u>1 de enero del año once</u> , el arancel se desgravará en <u>diez etapas anuales iguales</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año veinte</u> .
G	Productos con <u>arancel de 0%</u> , los cuales <u>seguirán beneficiándose del libre comercio</u> .
H	Productos <u>excluidos</u> del programa de desgravación, a los cuales se les <u>continuará aplicando el arancel de Nación Más Favorecida (NMF)</u> .
I	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>diez etapas anuales</u> , de manera <u>no lineal</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año diez</u> .
J	Para estas mercancías, EEUU eliminará los aranceles de manera inmediata a la entrada en vigor del Acuerdo.
K	Estas mercancías estarán libres de aranceles a partir de la entrada en vigor del Acuerdo.
L	Desgravación en <u>diez etapas</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año diez</u> .
M	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>diez etapas anuales</u> , de manera <u>no lineal</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año diez</u> .
N	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>doce etapas anuales iguales</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año doce</u> .

⁴² Notas generales, Lista arancelaria de los Estados Unidos, anexo 3.3, en <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/texto/anexo3-3-US-notas.pdf>.

⁴³ Notas generales, Lista arancelaria de la República de Costa Rica, anexo 3.3, en <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/texto/anexo3-3-CR-notas.pdf>.

Categoría	Descripción
O	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>quince etapas</u> ; durante los primeros <u>seis años</u> , el arancel no se desgravará; a partir del <u>1 de enero del año siete</u> , el arancel se desgravará en <u>nueve etapas anuales</u> , de manera <u>no lineal</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año quince</u> .
P	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>dieciocho etapas</u> ; durante los primeros <u>diez años</u> , el arancel no se desgravará; a partir del <u>1 de enero del año once</u> , el arancel se desgravará en <u>ocho etapas anuales</u> , de manera <u>no lineal</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año dieciocho</u> .
Q	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>quince etapas</u> ; el <u>1 de enero del año uno</u> , el arancel se reducirá a un <u>15%</u> ; a partir del <u>1 de enero del año cuatro</u> , el arancel se desgravará en <u>doce etapas anuales</u> , de manera <u>no lineal</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año quince</u> .
R	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>quince etapas</u> ; durante los primeros <u>seis años</u> , el arancel no se desgravará; a partir del <u>1 de enero del año siete</u> , el arancel se desgravará en <u>nueve etapas anuales iguales</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año quince</u> .
S	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>quince etapas</u> ; durante los primeros <u>cinco años</u> , el arancel no se desgravará; a partir del <u>1 de enero del año seis</u> , el arancel se desgravará en <u>diez etapas anuales</u> , de manera <u>no lineal</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año quince</u> .
T	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>quince etapas</u> ; durante los primeros <u>cuatro años</u> , el arancel no se desgravará; a partir del <u>1 de enero del año cinco</u> , el arancel se desgravará en <u>once etapas anuales</u> , de manera <u>no lineal</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año quince</u> .
U	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>diecisiete etapas</u> ; durante los primeros <u>diez años</u> , el arancel no se desgravará; a partir del <u>1 de enero del año once</u> , el arancel se desgravará en <u>siete etapas anuales</u> , de manera <u>no lineal</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año diecisiete</u> .
V	Desde la entrada en vigor del acuerdo, desgravación en <u>veinte etapas</u> ; durante los primeros <u>diez años</u> , el arancel no se desgravará; a partir del <u>1 de enero del año once</u> , el arancel se desgravará en <u>diez etapas anuales</u> , de manera <u>no lineal</u> , quedando en <u>libre comercio</u> a partir del <u>1 de enero del año veinte</u> .

Fuente: Elaborado con base en COMEX, 2004c.

Las canastas de desgravación de Costa Rica pueden agruparse en canastas de corto, mediano, largo plazo y otras categorías especiales, según el cuadro 3.4.

Cuadro 3.4
Canastas de productos de Costa Rica acordadas en el TLC-CA

Corto plazo	<ul style="list-style-type: none"> • Libre comercio inmediato (canasta A y G) • Desgravación en 5 años, de manera lineal (canasta B)
Mediano plazo	<ul style="list-style-type: none"> • Desgravación en 10 años, de manera lineal (canasta C) • Desgravación en 10 años, de manera no lineal (canasta M)
Largo plazo	<ul style="list-style-type: none"> • Desgravación en 12 años, de manera lineal (canasta N) • Desgravación en 15 años, de manera lineal (canasta D)
Otras categorías	<ul style="list-style-type: none"> • Exclusión (canasta H) • Desgravación en 20 años, con un período de gracia de 10 años (categoría F: sector lácteo) • Desgravación en 15 años, de manera lineal, con un período de gracia de 6 años (canasta R: carne de cerdo) • Desgravación en 15 años, de manera no lineal, con un período de gracia de 5 años (canasta S: aceites refinados y margarina) • Desgravación en 15 años, de manera no lineal, con un período de gracia de 4 años (canasta T: carne de bovino) • Desgravación en 17 años de manera no lineal, con un período de gracia de 10 años (canasta U: cuartiles de pollo “leg quarters”) • Desgravación en 20 años de manera no lineal, con un período de gracia de 10 años (canasta V: arroz en granza y pilado)

Fuente: Elaboración propia, con base en el Anexo 3.3 del TLC-CA.

Los cinco países centroamericanos negociaron en bloque durante casi todo el proceso. Fue hasta la última ronda que debido a las disparidades existentes en los productos considerados como sensibles, decidieron negociar por separado con los Estados Unidos. Los resultados obtenidos para los sectores productivos (agrícola, industrial y textil) son diversos.

En el sector agrícola,⁴⁴ Estados Unidos otorgó acceso inmediato al 89% de los productos de Costa Rica, el 0,3% se desgravará en 5 años,⁴⁵ un 0,2% en diez años⁴⁶ y a un 10,5% se le otorgará acceso al

mercado mediante cuotas o libre acceso mediante contingentes arancelarios.⁴⁷ Por su parte, Costa Rica otorgó libre acceso al 39,6% de las líneas arancelarias agrícolas, el 10,2% se desgravará en 5 años,⁴⁸ un 15,1% en 10 años,⁴⁹ un 3,9% en doce años,⁵⁰ un 25,1% en 15 años⁵¹ y un 6,2% pertenece a categorías especiales con cuotas o contingentes o plazos de desgravación de más de 15 años (arroz, productos lácteos y muslos y partes de pollo).⁵²

⁴⁴ Incluye los capítulos del 1 al 24 del Sistema Armonizado excepto productos de pescado según el Acuerdo de Agricultura de la OMC que define los productos agrícolas a los cuales cubre.

⁴⁵ Aceitunas preparadas, Pelo fino de animal sin cardar ni peinar.

⁴⁶ Lana.

⁴⁷ Carne de bovino, productos lácteos, maníes, azúcar y derivados, tabaco, algodón. Los volúmenes de contingente para estos productos puede observarse en las notas de Estados Unidos en <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/texto/anexo3-3-US-notas.pdf>.

⁴⁸ Pechugas y alas de pollo, venteras, mejillones pulpos, caracoles y otros moluscos, queso de pasta azul espárragos, endibias, espinacas, garbanzos, lentejas, cocos, nueces de marañón, castañas, piñas, guayabas, naranjas, guanábanas, granadillas, maracuyá, canela sin triturar, nuez moscada, cardamomo, semillas de anís, semillas de comino, maíz tipo top, grañones de avena, pellets de cereales, granos trabajados de avena; harinas de hortalizas, féculas y almidones (excepto maíz y papa) remolacha azucarera, caña de azúcar grasa de cerdo atún enlatado y otras preparaciones de pescado tapioca; trigo bulgur; barquillos, obleas y “waffles” espárragos y otras hortalizas preparadas, excepto en vinagre o ácido acético, mezclas de jugos polvos para hornear; preparaciones para sopas, potajes o caldos; sopas preparadas; mejoradores de panificación; preparaciones para la industria de bebidas vino espumoso, aguardiente de vino; vodka, con grado alcohólico, volumétrico superior a 60% vol; licores alimentos preparados para aves.

⁴⁹ Gallos, gallinas, pavos enteros y otros despojos comestibles, otros productos comestibles de origen animal, chalotes, lechugas (excepto repolladas), berenjenas, ayotes, macadamia, aguacates, mandarinas, fresas, moras, limones, toronjas pimienta, vainilla, canela triturada, clavo, jengibre, tomillo, hojas de laurel, los demás cereales, harinas de cereales (excepto trigo, maíz, arroz), grañones y pellets de trigo, grañones de maíz, copos de cereales maníes sin tostar ni cocer, excepto lo de siembra achiote, las demás materias vegetales utilizadas

Cuadro 3.5
Distribución por fracción arancelaria del sector agrícola
TLC-CA
(en porcentaje)

	Canasta de desgravación	Costa Rica	Estados Unidos
Inmediato	A, G, J, K	39.6	89.0
5 años	B	10.2	0.3
10 años lineales	C, L	15.1	0.2
12 años	N	3.9	0.0
15 años	D, E, O, Q, R, S, T	25.1	0.0
Categorías especiales	F, I, M, P,U, V	6.2 ^{a/}	10.5

a/ Incluye un 0.6% de líneas de productos cuyo arancel por encima de cuota no se desgrava.

Fuente: COMEX, 2004b.

Para el sector industrial, Estados Unidos otorgó libre acceso para el 99,7% de los productos costarricenses, incluido el sector de textiles y el vestido, el restante 0,3% corresponde al atún enlatado en agua y al calzado para deportes, que se desgravarán en un plazo de diez años, de manera no lineal, es decir, menos al principio y más al final. Costa Rica permitió el acceso inmediato al 72,3% de los productos

industriales provenientes de los Estados Unidos, el 4,4% se desgravará en cinco años, un 10,0% en 10 años con reducciones lineales y el restante 13,3% en 10 años pero de forma no lineal⁵³ que consiste en una desgravación pequeña al principio pero mayor conforme se acerca el fin del periodo de desgravación (cuadro 3.6).

para teñir o curtir preparaciones o conservas de carne de gallo de gallina o de bovino cacao en grano, cáscara y demás residuos de cacao hongos, preparados o conservados (excepto en vinagre o ácido acético), aceitunas, maníes, preparados, piñas preparadas, jugo de naranja sin congelar, extractos, esencias y concentrados de té o yerba mate, otras salsas, condimentos y sazónadores vodka, alcohol etílico sin desnaturar con grado alcohólico volumétrico inferior a 80%, vinagre salvados, moyuelos y demás residuos de la molienda o cernido de maíz, arroz o trigo, residuos de la industria azucarera, tabaco en rama (excepto el tabaco turco).

⁵⁰ Tomates, zanahorias y nabos, frijoles, demás especias, harina de trigo o de maíz, aceites de soya, girasol, cártamo, maíz en bruto, embutidos (excepto de porcino o bovino), pastas alimenticias sin cocer ni rellenar, que no contengan huevo, productos a base de cereales, obtenidos por inflado o tostado, galletas dulces (excepto las galletas con adición de cacao para sándwich de helado), jugo de toronja, de manzana o de uva, de valor Brix inferior o igual a 20, jugos de otras frutas, las demás preparaciones alimenticias, no citadas previamente, agua, incluida el agua mineral o gaseada, con adición de azúcar o edulcorantes, ron, alimentos para perros o gatos.

⁵¹ Canales o medias canales de bovino, carne de bovinos (salada o en salmuera), crema de leche, huevos, miel natural, café tostado o sin tostar; té, yerba mate, maíz (excepto pop y amarillo) y sorgo, harina y grañones de arroz, harina de semillas o frutos oleaginosos, excepto harina de mostaza, aceite de maní, aceite de palma, aceite de nabo o colza, grasas y aceites animales; ceras vegetales, embutidos de porcino o bovino, preparaciones homogeneizadas, preparaciones o conservas, de carne de la especie porcina, azúcar, de caña o remolacha, jarabe de maple, glucosa y jarabe de glucosa, melaza, chicles y artículos de confitería, pasta de cacao, manteca de cacao, cacao en polvo sin adición de azúcar, chocolates, mezclas y pastas para la preparación de productos de panadería o pastelería, las demás pastas alimenticias, productos de panadería o pastelería, preparaciones alimenticias obtenidas con copos de cereales sin tostar o con mezclas de copos de cereales sin tostar y copos de cereales tostados o cereales inflados, arroz precocido, tomates preparados o conservados, excepto el concentrado de tomate, trufas, frijoles, preparados o conservados, palmitos, jugos de otros agrios, jugo de piña, papas tostadas, extractos, esencias y concentrados de café, ketchup y demás salsas de tomate, mostaza preparada, polvos para la preparación de budines, helados o gelatinas, agua mineral o gaseada, sin adición de azúcar o edulcorantes, cerveza, los demás vinos de uva, alcohol etílico, tortas y residuos de la extracción de aceites, alimentos preparados para peces (excepto para peces de acuario), cigarrillos, puros, tabaco para fumar.

⁵² Carne de cerdo fresca, refrigerada, congelada, demás carne de bovino, fresca, refrigerada, congelada, muslos de pollo, leche fluida, yogurt, leche en polvo, quesos, mantequilla, leche condensada y evaporada, papa y cebolla frescas, arroz en granza y pilado, aceites de soya, girasol, cártamo, algodón y maíz, refinados, grasas y aceites vegetales, margarina, papa prefrita, helados, bebidas a base de leche.

⁵³ Según las notas generales, lista arancelaria de los Estados Unidos disponible en <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAF-TA/texto/anexo3-3-US-notas.pdf>, en la fecha en que entre en vigor el TLC-CA, los aranceles se reducirán en un dos por ciento y en un dos por ciento adicional el 1 de enero del año dos. El 1 de enero del año tres, los aranceles se reducirán en un ocho por ciento adicional del arancel base y en adelante un ocho por ciento adicional del arancel base cada año hasta el año seis. El 1 de enero del año siete, los aranceles se reducirán en un 16 por ciento adicional del arancel base y, en adelante, un 16 por ciento adicional del arancel base cada año y dichas mercancías quedarán libres de aranceles a partir del 1 de enero del año diez.

Cuadro 3.6
Distribución por fracción arancelaria del sector industrial
TLC-CA
(en porcentajes)

	Canasta de desgravación	Costa Rica	Estados Unidos
Inmediato	A	72.3	99.7
5 años	B	4.4	0.0
10 años lineales	C	10.0	0.0
10 años no lineal	M	13.3	0.3

Fuente: COMEX, 2004b.

La mayor parte de los productos industriales quedan con el TLC-CA en las categorías de desgravación A (libre comercio), B (cinco años), C (10 años lineal) y M (10 años no lineal).

Los productos industriales que obtuvieron un mayor beneficio, en relación con la situación anterior, fueron el atún y los textiles. El atún en aceite y en agua, que en CBI estaban excluidos y que en CBTPA ingresan al mercado estadounidense con los aranceles de NAFTA (2.3%), se reducirán a 0% en 10 años, en el primer caso, mientras que en el segundo ingresarán en libre comercio inmediato, a partir de la entrada en vigencia del acuerdo.

Para el sector textil y de confección, el TLC-CA otorga beneficios que se aplican retroactivamente al 1 de enero del 2004,⁵⁴ es decir, existe la posibilidad de que una parte reembolse los aranceles aduaneros adicionales pagados por la importación de una mercancía textil o del vestido originaria⁵⁵ entre el 1 de enero de 2004 y la fecha de entrada en vigor del TLC-CA. Se acordó libre comercio inmediato en ambas vías, siempre y cuando se cumpla con la regla de origen acordada, que para la mayoría de productos es de hilaza en adelante.⁵⁶ Sin embargo, Costa Rica

negoció una canasta de desgravación de diez años para los tejidos de fibras sintéticas, los sacos y talegas de fibras sintéticas y ciertos artículos de cama, tales como edredones y almohadas.⁵⁷

Se otorga libre comercio para textiles o de vestido ensamblados con productos de la lista de escaso abasto ("short supply"). Se negoció y amplió el listado de telas de escaso abasto a 43 productos. Se acordó, además, un mecanismo para determinar mercancías en escaso abasto que permite agregar o quitar un producto a la lista en un plazo máximo de 44 días a partir de hecha la petición al Comité para la Implementación de Acuerdos Textiles.⁵⁸ La lista de escaso abasto contiene los mismos productos incluidos en la lista acordada en el TLCAN y los programas preferenciales, pero con nuevos productos, entre ellos, cables de filamentos artificiales; ciertos tejidos de algodón para la fabricación de blusas, camisas, pijamas y ropa interior; ciertos hilados de "cashmere" o pelo animal, y tejidos de rayón teñidos.⁵⁹ Esta lista ya está contemplada en CBTPA, sin embargo, se debe probar la poca existencia de ese bien, por lo que si una empresa afirma que puede producirlo, este mecanismo no aplica. Con el TLC-CA se buscaba que este proceso fuera más transparente y rápido.

⁵⁴ Artículo 3.20.

⁵⁵ Es decir, de haber sido importada a su territorio en la fecha de entrada en vigor del tratado. No se aplicará a una mercancía textil o del vestido que califique para el tratamiento arancelario preferencial bajo el artículo 3.21, 3.27 ó 3.28.

⁵⁶ COMEX, 2004b.

⁵⁷ Artículo 3.27. Anexo 3.27.

⁵⁸ Artículo 3.25 y Anexo 3.25.

⁵⁹ Artículo 3.24 y Anexo 3.25.

Cuadro 3.7
Negociación para el sector industrial, situación arancelaria actual
y programa de desgravación con el TLC-CA

Sector	Arancel actual	Plazos de desgravación
Alimentario		
Aceites	15%	De 12 y 15 años (no lineal)
Embutidos	15% a 151% (pollo)	12 (no lineal) a 15 años (lineal)
Confites	15%	15 años lineal
Productos de panadería	15%	15 años lineal
Conservas de hortalizas y frutas	15%	15 años lineal
Jaleas y mermeladas	15%	15 años lineal
Materias primas y productos de chocolate	De 10% y 15%	15 años lineal
Jugos	15%	10, 12 o 15 años lineal dependiendo del tipo
Salsas	15%	15 años no lineal
Alimentos para animales	15%	15 años lineal
Industrial		
Pinturas	15%	10 años lineal y no lineal
Cosméticos	15%	5 y 10 años lineal y no lineal (hilo dental)
Jabones	15%	10 años lineal y no lineal
Sector plástico	10 y 15 %	10 años lineal y no lineal
Sector cuero:		
Materias primas	10%	10 años lineal y no lineal
Bienes finales	15%	5 y 10 años lineal y no lineal
Manufacturas de papel	10 y 15%	10 años lineal y no lineal
Metalmecánica	15%	10 años lineal y no lineal
Sector eléctrico y electrónico	15%	10 años lineal y no lineal
Sector muebles	15%	10 años lineal y no lineal
Sector textil	10 %	Libre comercio
Sector confección	15%	Libre comercio

Fuente: Cámara de Industrias de Costa Rica.

Además, se consolida el programa 809, que permite confeccionar prendas en Centroamérica con tela fabricada en los Estados Unidos, a partir de hilados de un tercer país, y pagar aranceles únicamente por el valor agregado en la región.

Como se puede observar, existe asimetría en los acuerdos obtenidos por Estados Unidos y Costa Rica en el tratado.

3. Contingentes arancelarios y cuotas

Aparte del programa de desgravación, se acordaron contingentes arancelarios para algunos productos agrícolas. El contingente permite el ingreso de determinada cantidad de producto en condiciones de libre comercio, el cual se utiliza mientras esté vigente el periodo de desgravación. Una vez que el volumen del contingente ha sido llenado, el bien debe pagar un arancel más alto. Por ejemplo, para el caso de leche en polvo se acordó un volumen de

contingente de 200 TM; al ingresar la tonelada 201, ésta tonelada adicional debe pagar el arancel que le corresponda según el programa de desgravación para este producto.

Lo acordado en materia de contingentes arancelarios para mercancías agrícolas fue establecido de conformidad con lo establecido en la OMC,⁶⁰ en la que los países se comprometieron a:

- a. garantizar la transparencia y la disponibilidad al público de sus procedimientos para administrar sus contingentes. Así, cualquier persona que cumpla los requisitos legales y administrativos de ese país podrá ser elegido para solicitar una licencia de importación⁶¹ o una asignación de la cuota bajo los contingentes;
- b. no asignar ninguna porción del contingente a una asociación de la industria u organización no gubernamental, excepto que se disponga lo contrario en el Tratado;
- c. que exclusivamente las autoridades gubernamentales administren sus contingentes, excepto que se disponga lo contrario en este Tratado;
- d. que las asignaciones de las cuotas bajo sus contingentes se hagan en cantidades de embarque comercialmente viables y, en la máxima medida de lo posible, en las cantidades que los importadores soliciten;
- e. administrar sus contingentes de manera tal que permita a los importadores la utilización total de los contingentes de importación;
- f. no condicionar la solicitud para o la utilización de licencias de importación o asignaciones de las cuotas bajo sus contingentes a la reexportación de una mercancía agrícola;
- g. no contar la ayuda alimentaria u otros embarques no comerciales en la determinación de si una cuota de importación bajo sus contingentes ha sido llenada.

Actualmente, a ningún producto proveniente de Estados Unidos se le asigna un contingente arancelario.

Adicionalmente, con el TLC-CA se mejoran las cuotas para algunos productos de exportación clave. Para el caso del azúcar se mejora, con respecto a lo que se establecía en ICC, la cuota de acceso a mercado estadounidense. Esta se aumentó en 13.000 TM, de las cuales 2.000 son para azúcar orgánico, adicionales a las 15.976 asignadas actualmente a Costa Rica a través de los compromisos de Estados Unidos ante la OMC.⁶² Con el TLC-CA se podrán exportar bajo cuota más de 28.000 TM.

Al etanol, con una desgravación arancelaria en 15 años, se le otorgó libre acceso al mercado estadounidense bajo una cuota de 31 millones galones y una regla de origen más flexible, que consiste en que el alcohol que sea importado de países que no forman parte del TLC-CA debe ser objeto de procesos de deshidratado (eliminación de agua) y rectificado para que califique como originario. Con CBTPA se tiene una cuota de 7% del consumo anual de los Estados Unidos para todos los países beneficiarios del ICC. Costa Rica podría seguir gozando del monto restante otorgado mediante ICC. En los últimos años Costa Rica exportó al mercado estadounidense un promedio de 15 millones de litros anuales, producidos con materia prima traída de Europa y Brasil.

Para las importaciones de carne de bovino, con la ICC existe una cuota global bajo la modalidad “*first come first served*”;⁶³ cuando dicha cuota se agota, ningún país puede realizar exportaciones a los Estados Unidos. El TLC-CA otorga a Costa Rica una cuota de 10.300 toneladas,⁶⁴ con crecimiento anual del 5% anual y una desgravación en 15 años para el arancel actual de 26%. Para el año 2003 la cuota global otorgada por Estados Unidos fue de 64.805 TM.

⁶⁰ Específicamente el Artículo XIII del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Licencias de Importación Artículo 3.13.

⁶¹ Consisten en la presentación de una solicitud u otros documentos como una condición previa a la importación de mercancías.

⁶² Anexo 3.3.

⁶³ Los primeros en llegar son los primeros en acceder la cuota.

⁶⁴ Este monto es el equivalente de las exportaciones costarricenses anuales a Estados Unidos.

Cuadro 3.8
Contingentes arancelarios de Costa Rica

Producto	Arancel actual	Canasta de desgravación	Volumen del contingente a la entrada en vigor del tratado
Carne de cerdo ^{a/}	46%, 47% (según tipo)	R	1000 TM con un crecimiento de 100 TM anuales en el año del 1 al 5; 125 TM anuales en el año del 6 al 10; 150 TM anuales del 11 al 14. De manera tal que al año 15 se podrá importar una cantidad ilimitada de carne de cerdo.
Cuartiles de pollo ^{a/}	151%	U	300 TM, con un crecimiento anual del 10% compuesto, es decir 30 toneladas métricas por año. Para el año 1 el contingente será de 330 TM, en el año 2 de 360. A partir del año 17 se podrá importar una cantidad ilimitada.
Leche en polvo	1%	A	200 TM, con un crecimiento anual del 5%. A partir del año 20 se podrá importar una cantidad ilimitada.
Mantequilla	15%	A	150 TM, con un crecimiento anual del 5%. A partir del año 20 se podrá importar una cantidad ilimitada.
Quesos	66%, 51%, 38% (depen- de del tipo)	F	410 TM, con un crecimiento anual del 5%. A partir del año 20 se podrá importar una cantidad ilimitada.
Helados	66%	F	150 TM, con un crecimiento anual del 5%. A partir del año 20 se podrá importar una cantidad ilimitada.
Otros productos lácteos	66%	F	140 TM, con un crecimiento anual del 5%. A partir del año 20 se podrá importar una cantidad ilimitada.
Arroz en granza ^{a/}	36%	V	50.000 TM, con un crecimiento anual del 2% compuesto (1.000 TM anuales). A partir del año 20 se podrá importar una cantidad ilimitada.
Arroz pilado ^{a/}	36%	V	5.000 TM, con un crecimiento anual del 5%, compuesto (250 TM anuales). A partir del año 20 se podrá importar una cantidad ilimitada.
Papa fresca	47%	H	300 TM, con un crecimiento anual del 2%, compuesto: 6 TM anuales por tiempo indefinido porque pertenece a la categoría de desgravación de H, productos excluidos.
Cebolla fresca	47%	H	300 TM, con un crecimiento anual del 2%, compuesto: 6 TM anuales por tiempo indefinido porque pertenece a la categoría de desgravación de H, productos excluidos.
Papa prefrita	41%	B	2.631 TM, con un crecimiento anual del 5%. A partir del año 5 se podrá importar una cantidad ilimitada.

a/ Se aplicará la tasa de crecimiento a partir del año 1.

Fuente: Apéndice I, Anexo 3.3 y Notas generales para Costa Rica del TLC-CA.

Los productos lácteos gozan actualmente de cuotas con respecto a lo fijado en OMC, la cual es distribuida por Estados Unidos entre los importadores, quienes escogen el lugar de dónde importar. Con el TLC-CA, a Costa Rica se le aplican cuotas específicas: 410 toneladas en queso, 200 toneladas en leche en polvo, de 150 toneladas en mantequilla y de 140 toneladas en otros productos lácteos.

Nicaragua y Costa Rica fueron los únicos dos países que obtuvieron niveles de acceso preferencial (TPL por sus siglas en inglés) para productos textiles. En el caso de Costa Rica, se negoció una cuota de 500.000 metros cuadrados equivalentes (SME, por sus siglas en inglés) para productos de lana, por dos años prorrogables, ingresando con una reducción del 50% de arancel de nación más favorecida (NMF).⁶⁵

⁶⁵ Anexo 3.27.

4. Productos sensibles

Costa Rica logró una apertura más lenta de su mercado (trato especial) en varios productos denominados sensibles (carne bovina, carne de cerdo, pollo, productos lácteos, papa y cebolla fresca, arroz en granza y pilado, aceites refinados y margarinas). Para cada uno de estos productos se definieron plazos de desgravación superiores a los 15 años, con periodos de gracia, establecimiento de cuotas, contingentes arancelarios y salvaguardias. Papa y cebolla fueron excluidos, aunque sí se acordaron contingentes (cuadro 3.9).

El logro de protección alcanzada satisface a casi todos los sectores. Por el lado de los sectores productivos, el sector arrocero hubiese preferido quedar excluido. Sin embargo, los consumidores consideran que fueron perjudicados al haberse negociado esos plazos de desgravación, ya que se mantiene la protección, a pesar de que entre ellos hay divergencias en sus posiciones en cuanto la apertura. Así, mientras la Asociación de Consumidores Libres defiende sus principios de apertura total y unilateral de todos los bienes y servicios, la Federación Nacional de Asociaciones de Consumidores y Usuarios propone

medidas para fortalecer a las instituciones defensoras de los derechos del consumidor y para que las demandas por faltas al consumidor se resuelvan de manera ágil y rápida.⁶⁶

5. Defensa comercial

Para evitar la desprotección de los sectores nacionales, el TLC-CA contempla la aplicación de los mismos mecanismos de defensa comercial de la OMC.⁶⁷ es decir, permite la aplicación de instrumentos como la salvaguardia general, la adopción de medidas compensatorias por subsidios⁶⁸ y crea la salvaguardia especial agrícola por volumen (SEA).

La salvaguardia general, se aplica si se prueba la existencia de daño o amenaza a alguna rama de la producción nacional por el ingreso de importaciones masivas, tras una reducción del arancel para este tipo de actividad. La posibilidad de aplicar la salvaguardia se “agota” cuando vence el período de desgravación, es decir, 10 años para los productos industriales, y depende del plazo de desgravación del producto para los productos agrícolas no sujetos a salvaguardias especiales,⁶⁹ pudiendo aplicarse solo durante 4 años,⁷⁰ al igual que lo establecido en

Cuadro 3.9
Tratamiento para los productos sensibles

Producto	Tratamiento acordado(acceso a CR)
Carne bovina	Desgravación en 15 años, de manera no lineal, con un período de gracia de 4 años
Carne de cerdo	Acceso libre de arancel dentro de cuota. Fuera de la cuota, se aplica una desgravación en 15 años, de manera lineal, con un período de gracia de 6 años
Pollo (“leg quarters”) ^{a/}	Acceso libre de arancel dentro de cuota. Fuera de la cuota, se aplica una desgravación en 17 años, de manera no lineal, con un período de gracia de 10 años
Productos lácteos	Acceso libre de arancel dentro de cuota. Fuera de la cuota, se aplica una desgravación en 20 años, de manera lineal, con un período de gracia de 10 años
Papa y cebolla fresca	Acceso libre de arancel dentro de cuota. Fuera de la cuota, se aplica Exclusión
Arroz en granza y pilado	Acceso libre de arancel dentro de cuota. Fuera de la cuota, se aplica una desgravación en 20 años, de manera no lineal, con un período de gracia de 10 años
Aceites refinados y margarinas	Desgravación en 15 años, de manera no lineal, con un período de gracia de 5 años

^{a/} Las Partes consultarán y revisarán la implementación y operación del Tratado en el noveno año después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

Fuente: COMEX, 2004c.

⁶⁶ Cátedra Sanabria, 2004.

⁶⁷ Artículo 8.6.

⁶⁸ Artículo 8.8.

⁶⁹ Artículo 8.1.

⁷⁰ Artículo 8.2.

el Acuerdo de la OMC.⁷¹ Se podrá renovar siempre y cuando el Comité de Salvaguardia o una autoridad competente, luego de realizar un estudio, determine que la medida es necesaria. Para el caso textil, existe la posibilidad de aplicar una medida de salvaguardia para los productos incluidos en la canasta de desgravación, si se prueba que hay importaciones masivas como resultado de la reducción o eliminación de un arancel estipulado.⁷² Esta salvaguardia podrá invocarse una única vez sobre el mismo bien, por un plazo máximo de tres años, y únicamente durante el periodo de transición, que es de cinco años posteriores a la entrada en vigor del tratado.

El TLC-CA permite aplicar medidas compensatorias por el otorgamiento de subsidios internos en los Estados Unidos, recurriendo a los mecanismos de la OMC. Las medidas compensatorias por subsidios consisten en la posibilidad que tiene un país de adoptar medidas proporcionales al grado y naturaleza de los efectos desfavorables que la aplicación de subsidio, por parte de otro país, haya podido ocasionar, es decir se aplica cuando hay prueba del subsidio o de la naturaleza del mismo (si es prohibido o no por la OMC).⁷³ Los países acordaron eliminar los subsidios a las exportaciones, con excepción de los subsidios que se otorgan a las empresas bajo el régimen de zonas francas, que serán eliminados a partir del año 2009,⁷⁴ según lo acordado en la OMC. Con respecto a los subsidios internos, los países no se comprometieron a eliminarlos, sino que se comprometieron a buscar un acuerdo para su eliminación en el marco de las negociaciones de la OMC. Costa Rica puede beneficiarse de los subsidios a los productos que se importan y que localmente no se producen.

La SEA es un mecanismo que fue solicitado por Costa Rica para generar un nivel de protección adecuado ante las distorsiones del mercado mundial.⁷⁵ Tiene volúmenes de activación relativamente bajos (cuadro 3.10) y la lista de productos sujetos a la SEA fue solicitada de común acuerdo con los productores nacionales. Esta salvaguarda se aplica mientras esté vigente el programa de desgravación arancelaria⁷⁶ e incorpora la posibilidad de revisar sus alcances a partir del año 14 de entrada en vigor del TLC-CA, donde se creará una Comisión de Revisión Agrícola,⁷⁷ que es una instancia que se crea con el tratado, con el propósito de revisar la implementación y operación del mismo en lo relacionado con el comercio de mercancías agrícolas. Además, impide aplicar a una misma mercancía una salvaguardia agrícola y, al mismo tiempo, aplicar o mantener una medida de salvaguardia general,⁷⁸ es decir, mientras se aplique la SEA no se puede aplicar la salvaguardia general y viceversa.

En cuanto a la implementación de salvaguardias generales, cada país se comprometió a velar por la aplicación uniforme, imparcial y razonable de sus leyes, reglamentaciones, resoluciones y determinaciones.⁷⁹ Además, deberá asignar la determinación de daño grave o amenaza del mismo a una autoridad investigadora competente,⁸⁰ a la cual se le asignarán los recursos necesarios para facilitar el cumplimiento de sus funciones. Las resoluciones de esta autoridad podrán ser revisadas por los tribunales administrativos o judiciales, en la medida que lo disponga la legislación interna y en caso de que se determine la existencia de daño, la resolución no podrá modifi-

⁷¹ Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, artículo 7.

⁷² Artículo 3.23.

⁷³ El párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994 las define como un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía.

⁷⁴ El desmantelamiento debe iniciarse a partir del 2007.

⁷⁵ Párrafo 1, artículo 3.15.

⁷⁶ Párrafo 7, artículo 3.15.

⁷⁷ Esta Comisión deberá evaluar los efectos del proceso de liberalización comercial bajo este Tratado, la operación del Artículo 3.15 sobre la SEA y la posible extensión de medidas de salvaguardia agrícola bajo ese Artículo, el progreso hacia la reforma global del comercio agrícola en la OMC y los desarrollos en los mercados agrícolas mundiales. Artículo 3.18.

⁷⁸ Párrafo 4, artículo 3.15.

⁷⁹ Artículo 8.3.

⁸⁰ Definida en el Anexo 8.7 de la siguiente manera para cada país, Costa Rica: Oficina de Prácticas de Comercio Desleal y de Medidas de Salvaguardia del Ministerio de Economía, Industria y Comercio en coordinación con la Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior; El Salvador: Dirección de Administración de Tratados Comerciales del Ministerio de Economía, para Estados Unidos, la U.S. International Trade Commission; para Guatemala, el Ministerio de Economía; Honduras: Dirección General de Integración Económica y Política Comercial de la Secretaría de Estados en los Despachos de Industria y Comercio; Nicaragua: Dirección de Integración y Administración de Tratados del Ministerio de Fomento, Industria y Comercio.

carse salvo por este procedimiento de revisión. Tanto el inicio de un procedimiento de salvaguardia como los resultados parciales y finales del proceso de revisión, deberán ser notificados a las partes.⁸¹

6. Reglas de origen

Las reglas de origen definen cuándo un producto es considerado como originario de un país. Un producto es originario cuando:⁸²

a) *“es una mercancía obtenida en su totalidad o producida enteramente en el territorio de una o más de las Partes;*

b) *es producida enteramente en el territorio de una o más de las Partes y cada uno de los materiales no originarios empleados en la producción de la mercancía sufre un cambio aplicable en la clasificación arancelaria especificado en el Anexo 4.1, o la mercancía satisface de otro modo cualquier requisito de valor de contenido regional aplicable u otros requisitos especificados en el Anexo 4.1, y la mercancía cumple con los demás requisitos aplicables de este Capítulo;*

c) *es producida enteramente en el territorio de una o más de las Partes, a partir exclusivamente de materiales originarios.”*

Cuadro 3.10
Salvaguardia Especial Agrícola (SEA) de Costa Rica

Producto	Volumen de activación de la SEA
Carne bovina	150 TM, con un crecimiento anual del 10%
Carne de cerdo	140% del volumen del contingente correspondiente a cada año
Cuartiles de pollo (“leg quarters”)	130% del volumen del contingente correspondiente a cada año
Leche fluida	50 TM, con un crecimiento anual del 10%
Leche en polvo	130% del volumen del contingente correspondiente a cada año
Yogurt	50 TM, con un crecimiento anual del 10%
Mantequilla	130% del volumen del contingente correspondiente a cada año
Quesos	130% del volumen del contingente correspondiente a cada año
Helados	130% del volumen del contingente correspondiente a cada año
Otros productos lácteos	130% del volumen del contingente correspondiente a cada año
Tomates frescos	50 TM, con un crecimiento anual del 10%
Zanahorias frescas	50 TM, con un crecimiento anual del 10%
Chile dulce	50 TM, con un crecimiento anual del 10%
Papas preparadas	50 TM, con un crecimiento anual del 10%
Frijoles	1.200 TM, con un crecimiento anual del 10%
Maíz blanco	9.000 TM, con un crecimiento anual del 10%
Arroz, en granza y pilado	110% del volumen del contingente correspondiente a cada año
Aceites refinados y margarina	1.178 TM, con un crecimiento anual del 5%
Jarabe de maíz	50 TM, con un crecimiento anual del 10%

Fuente: Anexo 3.15. Volúmenes de activación de la salvaguarda Agrícola

⁸¹ Artículo 8.4 y Anexo 8.3.

⁸² Artículo 4.1.

Para el sector agrícola se establecieron reglas de origen específicas de cambio de clasificación arancelaria y en algunos casos excepcionales se incorporan requisitos en relación con el peso de ciertas materias primas regionales. Las reglas de origen acordadas responden a la realidad productiva de Costa Rica⁸³ (Cuadro 3.11).

Para el sector industrial se acordaron reglas de origen específicas acordes con la realidad productiva del sector industrial,⁸⁴ las cuales en su mayoría sólo requieren de un cambio de clasificación arancelaria, es decir, que el procesamiento de las materias primas es lo que otorga el origen al producto final, sin importar el origen de las materias primas. Para algunos productos se acordaron además de esa regla, el requisito de valor de contenido regional,⁸⁵ para determinar si el bien es originario.

Cuadro 3.11
Reglas de origen específicas acordadas para productos agrícolas

Producto	Regla de origen acordada (el origen lo confiere)
• Animales vivos	Nacimiento y crianza
• Pescados y mariscos	Pesca y captura
• Productos lácteos del capítulo 4	País donde se obtiene la leche en estado natural y sin procesar
• Plantas vivas y productos de floricultura • Hortalizas, plantas, raíces y tubérculos alimenticios frescos, refrigerados o congelados • Frutas frescas, refrigeradas o congeladas • Café • Cereales (arroz y maíz) • Semillas y frutos oleaginosos y plantas medicinales	País de cosecha y cultivo
• Especias	Procesos de molienda, pulverizado, triturado y mezcla
• Harina de trigo	Proceso de molienda
• Grasas y aceites animales o vegetales y sus derivados	País de la extracción
• Preparaciones de pescado, crustáceos o moluscos, incluyendo el atún y sardina enlatada	Proceso de transformación, que implica cocido y conserva
• Azúcar de caña, de remolacha y los demás azúcares químicamente puros	País de obtención del azúcar
• Jugos de frutas y hortalizas	Para ciertos jugos, la regla permite que las empresas adquieran en terceros países jugos concentrados de frutas. En jugos de cítricos se le exige a las empresas utilizar frutas originarias
• Conservas de frutas y hortalizas	Proceso de procesamiento de las frutas u hortalizas
• Bebidas	Procesamiento de las materias primas. Si se utilizan insumos de cítricos o lácteos tienen que ser originarios de los países que forman parte del tratado
• Puros y puritos	Se puede importar tabaco en rama de cualquier país del mundo

Fuente: COMEX, 2004b.

⁸³ COMEX, 2004b.

⁸⁴ COMEX, 2004b. y Anexo 4.1.

⁸⁵ Entre estos productos se encuentran productos químicos puros orgánicos e inorgánicos; pigmentos; preparaciones lubricantes (preparaciones antiherrumbre o anticorrosión); disolventes y diluyentes; cemento; medicamentos para uso humano y veterinario; abonos; mezclas de materias colorantes sintéticas; productos tensoactivos; aceites esenciales y sus mezclas; perfumes; ceras artificiales; colas y pegamentos; laminados de plástico; algunos productos de caucho; pinturas y barnices; masillas para albañilería; papel higiénico, servilletas, toallas de cocina y pañales desechables; manufacturas de papel y cartón; envases de vidrio; productos de hierro o acero (láminas para techo, perfiles, varilla, alambón, barras, alambre y todas las manufacturas de hierro o acero); papel aluminio; algunas maquinarias y equipos (ventiladores, refrigeradoras domésticas; cocinas de gas y cocinas eléctricas); productos de alta tecnología; programas "software", cd's y dvd's; yates y veleros; equipo médico y electromédico; muebles de madera, metal, y plástico; cueros de bovino curtidos; cueros en bruto, incluso curtidos, de bovino, ovino, caprino, entre otros; manufacturas de cuero, artículos de talabartería; papel prensa, papel sin estucar ni recubrir; sombreros y tocados; manufacturas de piedra, yeso y cemento; vidrio en bolas, barras y similares; joyería y manufacturas de perlas finas; manufacturas de cobre; productos de aluminio, como barras, perfiles, alambre, entre otros; herramientas; candados y cerraduras; aparatos de alumbrado; construcciones prefabricadas; lápices; cierres de cremallera (zipper); y juguetes, entre otros.

Un producto se considera originario si el valor del contenido regional fluctúa entre un 35% y un 45%. 35% si se hace el cálculo utilizando el método basado en el valor de los materiales originarios o de aumento del valor,⁸⁶ y 45%, cuando se utiliza el método de método basado en el valor de materiales no originarios o de reducción del valor.⁸⁷

Existen casos especiales en los que se logró acordar un porcentaje diferente de conformidad con las necesidades de la industria. Por ejemplo, en el caso de lápices y bolígrafos se permite que el contenido regional sea entre 25% y 45% para considerarlos productos originarios.

Los resultados obtenidos en materia de reglas de origen son más favorables que lo obtenido en otros tratados. En el TLC con México, el acero, papel y textiles debían ser de origen mexicano. En el TLC-CA son muy pocos los casos en los que se asigna origen por el valor de contenido nacional, y en todos los casos es para productos irrelevantes para el comercio costarricense.

La posición del sector textil centroamericano era obtener una regla de origen “de hilaza en adelante” en la región, entendida ésta como Estados Unidos, los 5 países centroamericanos y República Dominicana. Sin embargo, en el transcurso de las negociaciones, se determinó que la capacidad instalada de hilaza no es suficiente para suplir la cantidad de confeccionistas existentes. Debido a lo anterior, se buscó obtener 3 flexibilidades: tratamiento preferencial arancelarios con acceso libre a mercado, lo que quiere decir que un monto determinado de prendas

de vestir pueden acceder al mercado con trato preferencial aunque no cumplan con la regla de origen determinada; acumular origen con los países con los que tanto los Estados Unidos y los países centroamericanos tengan tratados de libre comercio en común; aplicación de un mecanismo y de una lista de productos en escaso abasto.

Para el sector textil y confección, se obtuvieron mejores condiciones que anteriormente. Estos sectores estaban excluidos en la ICC, con normas de origen rígidas, como se mencionó en la introducción, y paridad a los aranceles de NAFTA en algunos productos en CBTPA. El TLC-CA permite, en virtud del principio de multilateralidad, que procesos de acabado de prendas así como el corte pueda llevarse a cabo en cualquier país que sea parte del tratado. En lo que respecta a insumos, lo que interesa es que sean originarios de alguno de los países miembros del Tratado. Además permite la acumulación de origen con México y Canadá⁸⁸ por un cupo inicial de 100 millones de metros cuadrados durante el primer año, que puede aumentar posteriormente hasta 200 millones de metros cuadrados.⁸⁹ Dentro de ese cupo, se establecen sublímites en tres grupos de productos: prendas de lana, pantalones y enaguas de mezclilla (“denim”), y pantalones y enaguas de algodón y fibras sintéticas, por un cupo de 66 millones de metros cuadrados equivalentes (MCE) (45,20 y 1 millón de MCE, respectivamente).

⁸⁶ Calculado como (valor de los materiales originarios adquiridos o de fabricación propia, y utilizados por el productor en la producción de la mercancía/ valor ajustado) x 100.

⁸⁷ Calculado como (valor ajustado – valor de los materiales no originarios que son adquiridos y utilizados por el productor en la producción de la mercancía) x 100/valor ajustado. Artículo 4.2. En el caso de textiles e industriales y otros se aplican otros métodos como el método para las mercancías de la industria automotriz o del costo neto. Se incluyen las definiciones sobre el valor de los materiales de los artículos 4.3 y 4.4.

⁸⁸ Artículo 4.5.

⁸⁹ Apéndice 4.1.B

Cuadro 3.12
Reglas de origen específicas de los productos textiles o de vestido con el TLC-CA y con CBTPA

Producto	CBTPA	TLC-CA
Brassiers	<ul style="list-style-type: none"> • Cortado y cosido en Estados Unidos o en alguno de los países beneficiarios. • Las preferencias están sujetas a la utilización por parte del productor de telas producidas en Estados Unidos y que hayan sido utilizadas en la producción correspondiente al año anterior. El porcentaje de esas telas no puede ser inferior al 75%. 	<ul style="list-style-type: none"> • Cortado y cosido en la región, sin importar la procedencia de la tela. • Cortado y cosido en la región en adelante
“Boxers shorts; que no sean de punto, de algodón, de fibras sintéticas o artificiales	<ul style="list-style-type: none"> • Ensamblaje a partir de tela producida y cortada en Estados Unidos, producida a partir de hilados estadounidenses (ingresados en bajo HTS 9802.00.80 o en los capítulos 61 y 62). • Corte y ensamblaje de tela estadounidense producida con hilado estadounidense, cosida en los países beneficiarios de CBTPA con hilo estadounidense. 	<ul style="list-style-type: none"> • Cortado y cosido en la región, sin importar la procedencia de la tela. • El hilo de coser de la partida 52.04, 54.01, 55.08 debe ser formado y acabado en el territorio de una o más partes.
Pijamas y ropa de dormir que no sean de punto, de algodón, de fibras sintéticas o artificiales		
Cualquier prenda o complemento de prenda de vestir, de tejido que no sea de punto, de seda		
Cualquier prenda o complemento de prenda de vestir, de tejido que no sea de punto, de lino		
Ciertos vestidos para niñas, de tejido que no sea de punto, de algunas telas de algodón, fibras sintéticas o artificiales	<ul style="list-style-type: none"> • Ensamblaje en un país beneficiario a partir de tela totalmente producida y cortada en USA a partir de hilados estadounidenses bajo el ítem HTS 9802.00.80 o cortada en la región a partir de tela totalmente producida en USA a partir de hilados estadounidenses. 	<ul style="list-style-type: none"> • Cortado y cosido en la región, sin importar la procedencia de la tela.
Artículos de viaje (equipaje), bolsos de mano (carteras) y similares de textil		
Medias, calcetines y demás artículos de calcetería de lana o seda	<ul style="list-style-type: none"> • Corte y ensamblaje en uno o más países beneficiarios de CBTPA a partir de telas formadas en uno o más países beneficiarios o en USA a partir de hilados totalmente formados en USA^{a/} 	<ul style="list-style-type: none"> • El corte, tejido a forma y cosido de hilados confiere origen, sin importar la procedencia de los hilados.
Cualquier prenda de vestir o complemento de prenda de vestir, de tejido que no sea de punto, de fibras textiles vegetales (yute, cáñamo, etc.)	<ul style="list-style-type: none"> • Ensamblaje a partir de tela producida y cortada en USA, producida a partir de hilados estadounidenses (ingresados en bajo HTS 9802.00.80 o en los capítulos 61 y 62). • Corte y ensamblaje de tela estadounidense producida con hilado estadounidense, cosida en los países beneficiarios de CBTPA con hilo estadounidense. 	<ul style="list-style-type: none"> • Permite la importación de hilados de terceros países. La tela y la prenda deben ser confeccionada en la región.

a/ Incluye telas que no han sido formadas de hilados, si tales telas clasifican en la partida 5602 o 5603 y son formados en uno o más países beneficiarios.

Fuente: Elaborado con información del Anexo 4.1, Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.

Como regla general, la regla de origen que aplica para las prendas de vestir es la de “hilados en adelante”,⁹⁰ es decir, que lo que se requiere es que estos sean originarios de uno o más países que son parte del TLC-CA. Existen algunas excepciones a esta regla general, que corresponde a productos para los cuales se logró acordar una regla de origen más flexible (cuadro 3.12).

Un mecanismo con beneficios potenciales a la luz del tratado en términos de la atracción de inversiones es el enfoque de coproducción. Bajo este enfoque las empresas pueden acogerse a los beneficios del TLC-CA, siempre que el producto exportado cumpla con las reglas de origen establecidas, sin importar si la mercancía proviene de los Estados Unidos o de un país de Centroamérica o la República Dominicana. Para ello, las empresas los países miembros del TLC-CA pueden utilizar insumos originarios de cualquiera de esos países como si fuesen insumos locales. Ello resulta beneficioso para la integración de estos proveedores con productores de bienes finales, así como para el comercio entre zona de los países miembros del TLC-CA.

Las reglas de origen para el comercio centroamericano son distintas a las reglas de origen acordadas en el TLC-CA. Sin embargo, los dos regímenes coexisten, de manera que el exportador puede elegir cuál de los dos regímenes cumplir. El libre comercio en Centroamérica aplica para casi todos los productos, mientras que el libre comercio bajo el TLC-CA es menor al inicio. Al final del periodo de desgravación serán iguales.

7. Administración y facilitación del comercio

Las disposiciones acordadas en el TLC-CA incluyen medidas para facilitar el comercio, promover el control aduanero y contribuir a los procesos de modernización de las aduanas. Así, para facilitar la operación efectiva del TLC-CA, los países se comprometieron a:⁹¹

- a) notificar cualquier modificación realizada en sus políticas administrativas o cambios en su legislación que rijan las importaciones;
- b) cooperar para lograr el cumplimiento de sus respectivas leyes y regulaciones con respecto a la implementación y funcionamiento de:
 - las disposiciones relacionadas con las importaciones o exportaciones, incluyendo solicitudes y procedimientos de origen;
 - Acuerdo de Valoración Aduanera;
 - restricciones o prohibiciones a las importaciones o exportaciones; y otros asuntos aduaneros que las Partes puedan acordar.

Adicionalmente, con el fin de facilitar el comercio regional, los países miembros del TLC-CA proporcionarán asesoría y asistencia técnica mutua para mejorar las técnicas de evaluación de riesgo, simplificar y agilizar los procedimientos aduaneros, mejorar las habilidades técnicas del personal e incrementar el uso de tecnologías que puedan conducir a un mayor cumplimiento de las leyes o regulaciones que rigen las importaciones.⁹²

Todo lo anterior permite el establecimiento de un marco jurídico que institucionalice la cooperación en el marco del Tratado.

En cooperación aduanera se acordaron lineamientos para prevenir la triangulación o la evasión de leyes, regulaciones y procedimientos, incluyendo la adopción de sanciones cuando exista una sospecha o una determinación de una violación a los términos del tratado.⁹³

8. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y obstáculos técnicos al comercio

Con respecto a medidas sanitarias, fitosanitarias, normas de calidad y reglamentos técnicos, los países reafirmaron en el TLC-CA los derechos y las obligaciones existentes en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)⁹⁴ y en el Acuerdo

⁹⁰ Anexo 4.1.

⁹¹ Artículo 5.5.

⁹² Artículo 5.5.

⁹³ Artículo 3.24.

⁹⁴ Artículo 6.1.

de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)⁹⁵ de la OMC. El acuerdo sobre MSF⁹⁶ establece la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias para la protección de la vida y la salud de las personas y animales, así como la preservación de los vegetales, los cuales pueden verse amenazados por la introducción de enfermedades, plagas, agentes patógenos, residuos y contaminantes, a través de la importación de animales vivos, productos y derivados de origen animal, productos agrícolas y materiales genéticos. Adicionalmente, establece las reglas básicas de los estándares de salud para plantas y animales, permite que cada país establezca sus propios acuerdos y medidas de inspección, sin embargo deben estar basados en la ciencia, y no pueden utilizarse para restringir el comercio internacional y así proteger a los productores nacionales de la competencia internacional.⁹⁷

El Acuerdo sobre OTC plantea los lineamientos para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos con respecto a las disposiciones de comercio de bienes en los países miembros. Con el TLC-CA se logró el reconocimiento de reglamentos técnicos y el establecimiento de plazos para agilizar el comercio y la capacidad de respuesta en materia de obstáculos técnicos al comercio.⁹⁸

Con la ratificación de esos Acuerdos y la creación de Comités para tratar esos temas dentro del TLC-CA, se crea una institucionalidad que permite mayor agilidad, facilita la cooperación, y hace que la adminis-

tración y la comunicación sean más eficientes y eficaces entre los países. En la actualidad, el abordaje de esos temas se realiza a través de los mecanismos y comités de la OMC.

Con el TLC-CA se acordó establecer un Comité de Asuntos Sanitarios y Fitosanitarios a más tardar 30 días después de la entrada en vigor del tratado, el cual estará integrado por representantes de cada uno de los países⁹⁹ con responsabilidad en materia de asuntos sanitarios y fitosanitarios.¹⁰⁰ Un Comité Sanitario *Ad-hoc* se creó y ha estado operando de forma paralela al proceso de negociación. A través de este comité se logró incrementar la estatura máxima permitida de las plantas ornamentales de 18 pulgadas de tallo a un máximo de 54 pulgadas de tallo, siempre y cuando Costa Rica presente un Análisis de Riesgo (ARP)¹⁰¹ y diferentes planes de manejo del producto a exportar. Según el COMEX, los exportadores de plantas ornamentales estiman que la ampliación del tamaño del tallo representará aproximadamente US \$15 millones adicionales de exportación. Además han realizado algunas declaratorias a varias regiones del país; se declaró al país como zona libre de la mosca de la fruta, con lo cual algunos productos podrán ser exportados al mercado de Estados Unidos; en el caso de los *crisantemos*, se declaró a Costa Rica como país libre de la roya blanca, lo cual elimina el obstáculo técnico al comercio; se está trabajando en la eliminación de barreras sanitarias del pollo; finalmente, se logró que Estados Unidos revisara el programa de reducción de rebrotes

⁹⁵ Artículo 7.1.

⁹⁶ El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, creado por la OMC, ha servido de referencia para las negociaciones de los acuerdos y negociaciones bilaterales y multilaterales (como los firmados con México, Canadá y República Dominicana). Los organismos internacionales que definen estas normas son Codex Alimentarius, que determina las normas sobre inocuidad de alimentos; la Oficina Internacional de Epizootias (OIE), dedicado a velar por la salud animal y zoonosis (Costa Rica es miembro desde 1993); y la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, encargado de la protección del patrimonio vegetal (Costa Rica participa en este foro desde 1955).

⁹⁷ OMC, 1998.

⁹⁸ Artículo 7.4, 7.5, 7.6, 7.7.

⁹⁹ Según el anexo 6.3 el Comité estará integrado por la Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior, la Dirección de Salud Animal y el Servicio de Protección Fitosanitaria del Estado del Ministerio de Agricultura y Ganadería y el Ministerio de Salud, en el caso de Costa Rica, el Ministerio de Economía, el Ministerio de Agricultura y Ganadería, y el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, en el caso de El Salvador; la Office of the United States Trade Representative, el Department of State, el Department of Commerce, la Food Safety and Inspection Service of the United States Department of Agriculture (USDA), el Foreign Agricultural Service of the USDA, el Animal and Plant Health Inspection Service of the USDA, el Environmental Protection Agency y el Food and Drug Administration of the Department of Health and Human Services, en el caso de Estados Unidos, la Unidad de Normas y Regulaciones del Ministerio de Agricultura Ganadería y Alimentación, el Departamento de Regulación y Control de Alimentos del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y el Ministerio de Economía, en el caso de Guatemala, la Dirección General de Integración Económica y Política Comercial de la Secretaría de Estado en los Despachos de Industria y Comercio y la Dirección General del Servicio Nacional de Sanidad Agropecuaria de la Secretaría de Estado en los Despachos de Agricultura y Ganadería, en Honduras, y el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio, el Ministerio Agropecuario y Forestal, y el Ministerio de Salud, en Nicaragua.

¹⁰⁰ Artículo 6.3.

¹⁰¹ Este estudio se terminó a mediados de mayo y se está en el proceso de revisión del resultado.

en los arreglos de flores. Se espera que todos estos acuerdos sean implementados en el corto plazo, de manera que estén aclarados a la entrada en vigor del TLC-CA. El Gobierno de Costa Rica, a través de MAG y COMEX, ha trabajado en conjunto con los Estados Unidos para acelerar los procedimientos.

9. Otros resultados importantes

Un resultado que se debe resaltar es que el TLC-CA flexibiliza los requisitos para los distribuidores, de modo que no obliga al importador a mantener una relación contractual con el exportador para el ingreso de mercancías al país.¹⁰² Actualmente, para poder importar se debe comprobar que existe un contrato con un proveedor para poder traer un bien (para más detalle ver lo respectivo en el capítulo de servicios).

Otro aspecto importante es lo acordado en términos de exención de aranceles para regímenes especiales de exportación, disposición que se aplica hasta el 31 de diciembre del 2009.¹⁰³ Así, se permitirá que las zonas francas sigan operando bajo las condiciones actuales, con los subsidios a la exportación estipulados de acuerdo con lo de la OMC, los cuales no podrán aplicarse más allá del 31 de diciembre del 2009. Además, se permite la admisión temporal libre de aranceles aduaneros para algunas mercancías independientemente de su origen,¹⁰⁴ pero solo si es equipo profesional (equipo de prensa y televisión, programas de computación y el equipo de radiodifusión y cinematografía) necesario para el ejercicio de la actividad de negocios; mercancías destinadas a exhibición o demostración; muestras comerciales, películas y grabaciones publicitarias; y mercancías admitidas para propósitos deportivos. El periodo de permanencia se puede extender solo previa solicitud de la persona interesada, y con la autorización de la autoridad aduanera.

Además, se otorga libre acceso para bienes que ingresen después de ser alterados o reparados, independientemente de su origen, así como para muestras comerciales sin valor comercial.¹⁰⁵

10. Conclusiones

El tema de acceso a mercados en el TLC-CA establece el trato que debe darse nacionalmente a los productos importados, a las reglas para determinar el origen de las mercancías, a la reducción o eliminación de los aranceles a las importaciones, así como a las medidas sanitarias y fitosanitarias, a los obstáculos técnicos al comercio y a los mecanismos de defensa comercial que los países pueden aplicar en respuesta a una posible competencia desleal.

Posiblemente el resultado más importante del TLC-CA en materia arancelaria es que los países centroamericanos consolidan el acceso preferencial al mercado de los Estados Unidos, y lo amplían. En el caso de Costa Rica, el resultado de la negociación para las exportaciones de Costa Rica fue el siguiente:

- Libre acceso, sin aranceles para todos los productos exportados a los Estados Unidos, con excepción de algunos productos, para los cuales se negoció lo siguiente:
- Azúcar: cuota de 13.000 toneladas métricas, adicionales a la cuota de 15.976 toneladas métricas bajo la ICC.
- Textiles: se mejoran las condiciones de acceso para los textiles y prendas de vestir. Estados Unidos otorgó un nivel de preferencia arancelaria de 500.000 metros cuadrados equivalentes para prendas de lana, por dos años prorrogables, con reducción del 50% del arancel de nación más favorecida. Se permite que cualquier prenda de vestir elaborada a partir de hilaza y tela regional entrará a USA sin pagar aranceles. Los beneficios se aplicarán retroactivamente desde el 1 de enero de 2004. Se acordaron mecanismos específicos que permitirán importar materia prima de terceros países, garantizando así un nivel de flexibilidad en la elaboración de ciertos productos. Adicionalmente, se acordó una lista de escaso abasto que permitirá la importación de algunas telas e hilazas cuando no estén disponibles en cantidades comerciales dentro la región. Se per-

¹⁰² Artículo 3.8.

¹⁰³ Artículo 3.4.

¹⁰⁴ Artículo 3.5.

¹⁰⁵ Artículo 3.6.

mite la acumulación de origen con México y Canadá bajo determinadas condiciones. Se acordó una regla de origen de “simple transformación” (cortados y cosidos en la región) para algunos productos de gran importancia para Costa Rica como *brassiers*. Se consolida el Programa 809, que permite confeccionar prendas en Centroamérica con tela fabricada en los Estados Unidos a partir de hilaza de un tercer país y pagar aranceles únicamente sobre el valor agregado en la región.

- Atún: libre comercio para atún en aceite enlatado, desgravación en 10 años para atún en agua, partiendo del arancel aplicado al 1 de enero del 2005. Este producto estaba excluido de la ICC.
- Carne de bovino: Costa Rica tendrá una cuota de 10.300 toneladas, con un crecimiento anual del 5% anual y una desgravación en 15 años para el arancel actual de 26%. Actualmente existe una cuota, pero a nivel global.
- Etanol: libre acceso para su ingreso a Estados Unidos.

En el sector agrícola, Estados Unidos otorgó acceso inmediato al 89% de los productos de Costa Rica, el 0,3% se desgravará en 5 años, un 0,2% en diez años y a un 10,5% se le otorgará acceso al mercado mediante cuotas o libre acceso mediante contingentes arancelarios. En el sector industrial, Estados Unidos otorgó libre acceso para el 99,7% de los productos costarricenses, incluido el sector de textiles y el vestido, el restante 0,3% corresponde al atún enlatado en agua y al calzado para deportes, que se desgravarán en un plazo de diez años, de manera no lineal, es decir, menos al principio y más al final.

A cambio de dicha consolidación y ampliación del acceso al mercado de los Estados Unidos, Costa Rica otorgó libre acceso al 39,6% de las líneas arancelarias agrícolas, el 10,2% se desgravará en 5 años, un 15,1% en 10 años, un 3,9% en doce años, un 25,1% en 15 años, y un 6,2% pertenecen a categorías especiales con cuotas o contingentes o plazos de desgravación de más de 15 años (arroz, productos lácteos, muslos y partes de pollo). Adicionalmente, se otorgó

un trato especial a los productos denominados sensibles (carne bovina, carne de cerdo, pollo, productos lácteos, papa y cebolla fresca, arroz en granza y pilado, aceites refinados y margarinas). Para cada uno de estos productos se definieron plazos de desgravación superiores o iguales a 15 años, con periodos de gracia, establecimiento de cuotas, contingentes arancelarios y salvaguardias. Papa y cebolla fueron excluidos, aunque sí se acordaron contingentes. En relación con las líneas arancelarias industriales, Costa Rica permitió el acceso inmediato al 72,3% de los productos industriales provenientes de los Estados Unidos, el 4,4% se desgravará en cinco años, un 10,0% en 10 años con reducciones lineales y el restante 13,3% en 10 años pero de forma no lineal, que consiste en una desgravación pequeña al principio pero mayor conforme se acerca el fin del periodo de desgravación.

Con respecto a mecanismos de defensa comercial, el TLC-CA contempla la aplicación de los mismos mecanismos que se aplican en la OMC, tales como las salvaguardias y la adopción de medidas compensatorias por subsidios pero crea la salvaguardia especial agrícola por volumen (SEA) que se activa a partir de ciertos volúmenes de importación. En el TLC-CA los países acordaron impulsar la eliminación multilateral de los subsidios a la exportación de productos agrícolas.

Con respecto a medidas sanitarias, fitosanitarias, normas de calidad y reglamentos técnicos, los países reafirmaron en el TLC-CA los derechos y las obligaciones existentes con respecto al Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) y al Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC. Con la ratificación de esos Acuerdos y la creación de Comités para tratar esos temas dentro del TLC-CA, se crea una institucionalidad que permite mayor agilidad, facilita la cooperación, y hace que la administración y la comunicación sean más eficientes y eficaces entre los países miembros. En la actualidad, el abordaje de esos temas se realiza a través de los mecanismos y comités de la OMC.

CONTRATACIÓN PÚBLICA*

1. Introducción

En la mayoría de los países, el Estado y las entidades que de él dependen, son en conjunto los mayores compradores de mercancías de todo tipo, desde productos básicos hasta equipos de alta tecnología, incluyendo una gran cantidad de servicios.

De ahí el interés de los países para que sus nacionales puedan participar en ese mercado, mediante la provisión, en las negociaciones comerciales internacionales, de igualdad de condiciones de participación para las empresas extranjeras y las empresas nacionales en ese comercio. En los Estados Unidos, el mercado de contratación pública (bienes y servicios, por una parte, y obras públicas, por otra) representa más del 30% de su Producto Interno Bruto (PIB). En Costa Rica, los gastos de consumo ejecutados efectivamente en la adquisición de bienes y servicios fueron de 24.510.4 millones de colones en el año 2002. Los gastos en formación de capital (construcción de edificios públicos, obras viales y portuarias, otras construcciones) fueron de 10.027,2 millones de colones.

Los países centroamericanos y la República Dominicana no son miembros del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que es un Acuerdo Plurilateral que han firmado algunos miembros de esa organización.¹ Sin embargo, en los TLCs con Chile, República Dominicana² y México,³ Costa Rica sí ha negociado el acceso a los mercados de contratación pública, con umbrales más bajos, adecuados para la capacidad competitiva de las empresas del país,⁴ y manteniendo las modalidades de contratación vigentes, pues el Gobierno considera que dan flexibilidad al sistema de compras del estado. En todos esos tratados, se establece la posibilidad de que las empresas nacionales de cada país puedan participar en los mercados de contratación pública del otro país.

En Costa Rica, la Constitución Política vigente del año 1949, introdujo el título XIII dedicado a la hacienda pública, por medio del cual se creó la Contraloría General de la República, como una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, y se dio un nuevo marco jurídico a la contratación administrativa: *“Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, la municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan*

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹ Las razones para ello son que los montos mínimos (umbrales) para la aplicación de las reglas ahí convenidas están fuera de la escala en la que los países de la región podrían participar, por lo que las posibilidades de acceder otros mercados son reducidas, además de que los procedimientos de contratación son muy rígidos. En el caso de Costa Rica, además, se ha querido mantener las diferentes modalidades de contratación existentes en el país, tales como la licitación por registro de proveedores y la licitación restringida (invitación a tres proveedores, sin excluir a cualquier otro que quiera participar).

² Los Tratados con Chile y República Dominicana establecen básicamente los principios de transparencia y no discriminación, entre otros, por los cuales deben regirse las contrataciones públicas realizadas por cada país, remitiendo a la legislación nacional de cada Parte y sin establecer umbrales.

³ El TLC con México sí contiene disposiciones sobre procedimientos y umbrales.

⁴ Este tema no fue abordado en las negociaciones con Canadá y los países del CARICOM.

*con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”.*⁵

Es decir, se elevó a rango constitucional el procedimiento de la licitación como el más adecuado para satisfacer el interés público y al que, por regla general, deben sujetarse todas las instituciones del Estado para adquirir sus bienes y servicios.

La contratación administrativa se caracteriza por conformarse a partir de ciertos principios jurídicos que derivan del indicado artículo 182 y que, como tales, tienen rango constitucional, siendo los más importantes los siguientes:

Libre concurrencia: se caracteriza por favorecer y estimular el mercado competitivo, o sea, busca que participe el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de manera tal que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece.

Igualdad de oportunidades: se deriva del Artículo 33 de la Constitución Política, que regula de manera general el principio de igualdad y de no discriminación. Es un principio complementario del anterior que tiene dos finalidades concretas: a. una prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y b. constituir una garantía para la administración, en tanto incrementa sus posibilidades de una mejor selección del contratista.

Publicidad: busca asegurar a los administrados la mas amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, mediante una invitación al concurso licitatorio en una forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los potencia-

les oferentes, dándosele al cartel licitatorio las más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso específico.

Legalidad o transparencia: Los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto en la Constitución.

Control de los procedimientos: todas las tareas y etapas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación de controles tales como: a. el jurídico, para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgreden la ley; y b. el contable, que es el examen de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo la administración de fondos y bienes del Estado y el control económico o de resultados, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión.

La Contraloría General de la República, además de sus responsabilidades en la supervisión del manejo de la hacienda pública en general, tiene competencias específicas en el control de la contratación administrativa, desde el punto de vista de velar por el cumplimiento de los principios indicados.

Actualmente, el acceso al mercado de contratación pública costarricense es libre para cualquier oferente del mundo y el marco jurídico respectivo provee un alto grado de participación y transparencia. El acceso a los mercados de contratación pública de los otros países centroamericanos también es libre para cualquier oferente del mundo, si bien los marcos jurídicos son diferentes y existen diferencias en cuanto los estándares de aplicación de los principios mencionados.

⁵ Artículo 182 de la Constitución Política.

Sin embargo, esa situación es distinta en el caso del mercado de contratación pública de los Estados Unidos. Los Estados Unidos tienen una política interna de discriminación positiva a favor de sus proveedores, establecido por ley de 1933 (“Buy American Act”).⁶ Dicha ley obliga a las entidades públicas estadounidenses a comprar bienes y servicios exclusivamente a proveedores nacionales de los Estados Unidos. Sin embargo, la Ley de Acuerdos Comerciales⁷ (TAA, por sus siglas en inglés) exime del “Buy American Act” a las adquisiciones sujetas a las obligaciones internacionales. Es a través de la TAA que se ejecutan las obligaciones internacionales en materia de contratación pública, tales como las obligaciones respectivas dentro del marco de la OMC, el TLCAN y ahora, el TLC-CA. De ahí el interés de Costa Rica y los demás países centroamericanos de incluir el tema de la contratación pública (compras del estado) dentro de las negociaciones del TLC-CA.

Los Estados Unidos también manifestaron su interés de negociarlo, facilitando su participación en ese mercado, a la vez que asegurando el respeto a los principios de igualdad (no discriminación), libre competencia, transparencia, publicidad, eficiencia en la contratación pública e integridad (cohecho propio, cohecho impropio y soborno transnacional). Al tratarse de un tratado de carácter multilateral, se estaría logrando una uniformidad de estándares en materia de contratación pública.

Mientras que para los países centroamericanos con el TLC-CA no hay una apertura de sus mercados de contratación pública, ya que dichos mercados están abiertos y se aplica el principio de no discriminación,⁸ la apertura del mercado norteamericano sí representa oportunidades comerciales adicionales a las existentes para las empresas de los países de la región. Adicionalmente, la aplicación de estándares iguales en todos los países de la región podría implicar cambios importantes en su legislación interna

sobre la materia, dado que actualmente es desigual;⁹ ello facilitará el acceso a esos mercados. En el caso de Costa Rica, los acuerdos no conllevan ningún cambio en la legislación nacional.

2. Objetivos de la Negociación

Los Ministros centroamericanos establecieron los siguientes objetivos de negociación en materia de contratación pública:¹⁰

- *“Buscar el establecimiento de un marco de normas y principios generales que garantice el acceso efectivo y recíproco al mercado de compras del sector público a los productos y proveedores de la otra Parte, como medio para promover el intercambio económico.”*
- *“Buscar la aplicación transparente y justa de las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas relativos a toda contratación realizada por las entidades de mercancías, servicios y obras públicas, a reserva de las condiciones especificadas por cada una de las Partes.”*

Para alcanzar dichos objetivos, Costa Rica planteó incorporar los siguientes cuatro elementos, considerados fundamentales para la contratación pública:¹¹

- *“los principios de no discriminación y transparencia;*
- *un concepto amplio de contratación pública en el que se incluyen las concesiones de obra pública;*
- *la no utilización de umbrales altos como criterio para definir el ámbito de aplicación del capítulo;*
- *el reconocimiento de los principios de flexibilidad y simplicidad en materia de procedimientos.”*

⁶ Las contrataciones públicas en Estados Unidos se regulan por las Regulaciones para las Adquisiciones Federales (Federal Acquisition Regulations (FAR)) (FAC 97-19). El sistema FAR codifica y publica políticas y procedimientos uniformes para la adquisición de todos los organismos federales dependientes del poder ejecutivo (entidades del gobierno central). El “Buy American Act” es la parte 25 del FAR.

⁷ Trade Agreement Act de 1979.

⁸ Si bien con diferentes grados de profundidad, como se mencionó anteriormente.

⁹ En Guatemala, por ejemplo, no existe un ente independiente que revise impugnaciones. Además, los procedimientos de publicidad y la transparencia tienen diferentes grados de aplicación en los diferentes países.

¹⁰ COMEX, 2003b. pág 38.

¹¹ COMEX, 2003b. págs. 38 y 39.

3. Resultados de la Negociación

Los países centroamericanos, la República Dominicana y los Estados Unidos acordaron, a partir de la aplicación de la legislación nacional de cada país,¹² lo siguiente:

1. Aplicación de lo acordado a cualquier medida, incluyendo cualquier acto o directriz en cada país, que esté relacionada con una contratación¹³ cubierta, de una entidad contratante no excluida por la cobertura,¹⁴ de mercancías, servicios o ambos, incluyendo servicios de construcción, a través de cualquier medio contractual.¹⁵
2. Aplicación de los principios en la contratación pública: igualdad y no discriminación; libre competencia; transparencia; publicidad; eficiencia en la contratación; integridad.
3. Procedimientos de contratación.
4. Umbrales (montos mínimos a partir de los cuales se aplica lo acordado).

A continuación se describe y comenta cada uno de los elementos negociados:

1. Aplicación de lo acordado a cualquier medida, incluyendo cualquier acto o directriz en cada país, que esté relacionada con una contratación cubierta de una entidad contratante no excluida por la cobertura de mercancías, servicios o ambos, incluyendo servicios de construcción, a través de cualquier medio contractual.

La contratación de mercancías o servicios a la que se aplicarán las disposiciones acordadas son todas aquellas contrataciones de las entidades del Gobierno a nivel Central, aquellas entidades a nivel Sub-Central, y otras entidades públicas.¹⁶ Las listas de las entidades públicas, cuyas contrataciones estarán sujetas a lo acordado en este capítulo, así como las excepciones respectivas en cuanto a contrataciones de esas entidades, se encuentran en los tres anexos al capítulo. Es decir, lo dispuesto en el capítulo no se aplica a todas las instituciones del Estado que lleven a cabo contrataciones públicas, ya que es aplicable solo a las instituciones expresamente mencionadas en cada uno de los anexos; además, existen excepciones sobre las contrataciones de esas instituciones.

¹² En aquellos países en los que lo acordado no se refleje en la legislación nacional, tendrán que realizarse las reformas legislativas respectivas. Además, cada país puede desarrollar nuevas políticas de contratación pública, procedimientos o modalidades contractuales, siempre que no sean incompatibles con lo dispuesto en este capítulo y las contrataciones cubiertas por el mismo. Artículo 9.1.7.

¹³ Los compromisos no se aplican a acuerdos no contractuales o a cualquier forma de asistencia que un país o una empresa del estado otorgue, ni a la contratación de empleados públicos y medidas relacionadas con el empleo, ni a compras financiadas con préstamos o donaciones a favor de un país, ni a la contratación de servicio de agencias o depósitos fiscales, ni servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reguladas o servicios de venta y distribución para la deuda pública, ni compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables que solo concurren por un plazo muy breve, tales como enajenaciones extraordinarias realizadas por empresa que normalmente no son proveedoras o a la enajenación de activos de empresas en liquidación o bajo administración judicial. Artículo 9.1.3. Lo anterior coincide con lo establecido en el Artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa: “*Quedan fuera del alcance de la presente ley las siguientes actividades: 1.- Las relaciones de empleo. 2.- Los empréstitos públicos. 3.- Otras actividades sometidas por ley a un régimen especial de contratación. Se exceptúan de la aplicación de esta ley, los entes públicos no estatales cuyo financiamiento provenga, en más de un cincuenta por ciento (50%), de recursos propios, los aportes o las contribuciones de sus agremiados, y las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público.*”

¹⁴ Una contratación cubierta es aquella contratación explícitamente contemplada en el capítulo. O sea, hay excepciones de contrataciones, pero también hay entidades excluidas de la cobertura.

¹⁵ Como tales se entienden “... compra, alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción - operación - transferencia y contratos de concesión de obras públicas”. Artículos 9.1.1. y 9.1.2.

¹⁶ En el caso de Costa Rica las entidades del Gobierno Central son: Ministerios, Contraloría General de la República, Defensoría de los Habitantes, la Presidencia de la República y el Instituto Costarricense de Turismo. Las entidades Gubernamentales a nivel subcentral son las 81 municipalidades del país. Las otras entidades cubiertas son: Instituto Costarricense de Ferrocarriles – INCOFER, Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico – INCOP, Junta Administrativa de la Imprenta Nacional, Programa Integral de Mercadeo Agropecuario – PIMA, Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos – ARESEP, Banco Hipotecario de la Vivienda – BANHVI, Consejo de Transporte Público, Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación, Instituto Nacional de Fomento Cooperativo – INFOCOOP, Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento, Banco Central de Costa Rica, Caja Costarricense de Seguro Social, Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). Anexo 9.1.2.(b).(i).

El primer anexo se refiere a lo que se aplicará entre los Estados Unidos y cada uno de los países centroamericanos y la República Dominicana.¹⁷ El segundo anexo se refiere a lo que se aplicará entre los países centroamericanos.¹⁸ El tercer anexo se refiere a lo que se aplicará entre los países centroamericanos y la República Dominicana.¹⁹ La diferencia radica en que lo aplicable entre cada uno de los países centroamericanos, la República Dominicana y los Estados Unidos se refiere a una lista restrictiva de entidades públicas y a partir de determinados umbrales, mientras que lo aplicable entre los países centroamericanos es para todas las entidades públicas, además de ser aplicable a todas las contrataciones, sin importar el monto de las mismas; en el caso de la contratación pública entre los países centroamericanos y la República Dominicana no se establecen umbrales, pero sí existe una lista de entidades públicas a las que no se aplicará lo acordado.²⁰

2. Aplicación de los principios en la contratación pública: igualdad y no discriminación; publicidad; libre concurrencia; transparencia; eficiencia en la contratación; integridad.

Los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia se contemplan al establecer que cada país “... *concederá a las mercancías y servicios de la otra Parte y a los proveedores de la otra Parte de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el otorgado*”²¹ ... por dicho país o por la entidad contratante²² de dicho país a sus propias mercancías, servicios y proveedores. Asimismo, dichos principios se hacen respetar al establecer que ningún país podrá otorgar un trato menos favorable a un proveedor establecido con respecto a otro proveedor establecido, en razón del grado de asociación o de propiedad extranjera, o discriminar en contra de un proveedor establecido localmente porque sus mercancías o servicios sean de otro país.²³ Con ello se otorga el denominado trato nacional a proveedores nacionales y extranjeros, por una parte, y se establece la no discriminación de proveedores en razón de su país de origen.²⁴

¹⁷ Anexo 9.1.2.(b).(i).

¹⁸ Anexo 9.1.2.(b).(ii).

¹⁹ Anexo 9.1.2.(b).(iii).

²⁰ Las entidades excluidas de la aplicación de lo acordado son: 1. Entes públicos no estatales, cuyo financiamiento provenga, en más de un cincuenta por ciento (50%), de recursos propios, los aportes o las contribuciones de sus agremiados; 2. Empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público; 3. Banco Central de Costa Rica 4. Banco de Costa Rica 5. Banco Nacional de Costa Rica 6. Banco Popular y de Desarrollo Comunal 7. Banco Crédito Agrícola de Cartago 8. Banco Hipotecario de la Vivienda 9. Las entidades que estén excluidas por la legislación interna de la aplicación de los procedimientos de contratación administrativa contenidos en la Ley de Contratación Administrativa No. 7494, del 2 de mayo de 1995. Anexo 9.1.2.(b).(iii), Sección A, Lista de Costa Rica.

²¹ Artículo 9.2.1.

²² Una entidad contratante es una de las entidades contenidas en la lista del Anexo 9.1.2.(b).(i) y del Anexo 9.1.2.(b).(ii). Artículo 9.17.

²³ Artículo 9.2. El respeto a esos principios está estrictamente relacionado con la contratación pública respectiva, no con respecto a las regulaciones para el comercio de bienes y servicios; en ese sentido, el respeto a esos principios es independiente del origen de las mercancías y servicios. Este, sin embargo, es relevante para efectos del eventual pago de aranceles u otros cargos a las importaciones o bien a las regulaciones de las mismas, para lo cual existen las disposiciones respectivas en el Capítulo 4 del TLC-CA: Reglas de Origen y Procedimientos de Origen. Asimismo, el respeto a esos principios incluye la no aplicación de las denominadas medidas compensatorias especiales en cualquier etapa de una contratación, que son prácticamente requisitos de desempeño como condición para una contratación, tales como el fomento del desarrollo local, requisitos de contenido local, licencias para el uso de tecnología, entre otros, definidas en el Artículo 9.17.

²⁴ La Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica recoge expresamente el principio de igualdad y libre participación de los potenciales oferentes, al brindar a los extranjeros el mismo trato que reciben los nacionales en el país de origen de aquellos y al disponer en los carteles y los pliegos de condiciones que las formas de pago no puedan contener regulación alguna que otorgue a los oferentes nacionales un trato menos ventajoso que el otorgado a los oferentes extranjeros. Artículo 5, (Asamblea Legislativa, 1995).

Los principios de publicidad²⁵ y transparencia se incorporan en el tratado a través del compromiso de cada país de que sus entidades publiquen con anticipación información sobre sus planes de futuras contrataciones,²⁶ así como un aviso para cada contratación que deseen realizar.²⁷ Asimismo, se asume el compromiso de publicar toda ley y reglamento vigentes y facilitar el acceso del público a cualquier procedimiento, sentencia judicial y decisión administrativa de aplicación general, relacionados con la contratación respectiva.²⁸

Por otra parte, las entidades contratantes deberán proporcionar a los proveedores interesados²⁹ los documentos de contratación con toda la información necesaria que puedan preparar y presentar sus ofertas adecuadamente.³⁰ Las especificaciones técnicas, a ser incluidas en esos documentos, tienen que elaborarse independientemente de personas que puedan tener algún interés comercial en la contratación, establecerse en términos de desempeño y no en tér-

minos de características de diseño o descriptivas, y sin hacer referencia a marcas o nombres comerciales, patentes, entre otros.³¹ Asimismo, las especificaciones técnicas no pueden representar obstáculos innecesarios al comercio, deben estar basadas en normas internacionales y, cuando éstas no sean aplicables, en normas nacionales reconocidas.³² Importante de destacar es que es posible aplicar especificaciones técnicas que promuevan la conservación de los recursos naturales, sin que éstas puedan ser consideradas como un obstáculo al comercio.³³

Los principios de publicidad y transparencia se extienden a la información sobre la adjudicación de contratos, que deberá ser consistente con el cumplimiento de los requisitos esenciales de los documentos de contratación suministrados de antemano y proceder de un proveedor que haya cumplido con las condiciones de participación comunicados previa y adecuadamente a todos los proveedores participantes.³⁴ Ese principio se manifiesta con el com-

²⁵ El principio de publicidad también está contemplado en el Artículo 6 de la Ley de Contratación Administrativa.

²⁶ A estos efectos los países se comprometen a incentivar a sus entidades a publicar dicha información lo antes posible en su respectivo año fiscal. Artículo 9.4.3.

²⁷ Este compromiso se refiere, por supuesto, solamente a las contrataciones cubiertas por el tratado. Queda a discreción de los países el tratamiento de publicidad que se dé a las contrataciones no cubiertas. La información mínima que debe contener el aviso sobre las contrataciones cubiertas es: una indicación de que la contratación está cubierta por el Capítulo, una descripción de dicha contratación, cualquier condición requerida de los proveedores para participar en la misma, el nombre de la entidad contratante, la dirección donde se puede obtener cualquier documentación relacionada con la contratación, cualquier monto que deba pagarse por los documentos de contratación, si lo hubiere, los plazos y la dirección para la presentación de ofertas y el tiempo para la entrega de las mercancías o servicios contratados. Artículo 9.4.2.

²⁸ Artículo 9.3.

²⁹ En caso de que una entidad exija condiciones de participación, tales como requisitos de registro, calificación u otras condiciones, éstas deberán ser publicadas con suficiente antelación, invitando a los proveedores a postularse, independientemente de si están o no incluidos en una lista de proveedores, e independientemente si determinado proveedor haya sido adjudicatario anteriormente y tenga o no experiencia laboral en el país en el que se hace la contratación. Las condiciones deben limitarse a aquellas que sean esenciales para garantizar que el proveedor tenga la capacidad legal, técnica y financiera, internamente o en su país de origen, para cumplir con la contratación, reconociendo como proveedor calificado a todo proveedor extranjero que haya cumplido con las condiciones de participación y habiendo sido éstas establecidas de antemano. Las razones para un rechazo de una solicitud de calificación deberán ser explicadas. Quiebra o declaraciones falsas son suficiente motivo para impedir la contratación de un proveedor, aún habiendo cumplido con todos los requisitos y condiciones de participación. Artículo 9.8.

³⁰ Los documentos de contratación pueden ser publicados electrónicamente, y por escrito cuando algún proveedor así lo solicite. Artículo 9.6.2. La información necesaria, a ser incluida en los documentos de contratación, se refiere a todos los criterios que la entidad contratante considerará para adjudicar el contrato, tales como factores de costo y sus ponderaciones o los valores relativos que se asignarán a esos criterios de evaluación de ofertas. Artículo 9.6.1.

³¹ En caso de que esto no sea posible, debe incluirse "o equivalente". Artículo 9.7.3.

³² Artículo 9.7.1. y Artículo 9.7.2.

³³ Artículo 9.7.5.

³⁴ Artículo 9.10. Ningún contrato podrá ser anulado, rescindido o modificado para evadir obligaciones contenidas en este capítulo. Sin embargo, si la entidad contratante determina que un contrato es contrario al interés público, el contrato puede no ser adjudicado.

promiso de publicar un aviso³⁵ sobre la adjudicación después de efectuada ésta, y de informar, sin demora, a los proveedores participantes las decisiones sobre la adjudicación de los contratos, facilitando a aquellos que así lo soliciten, las razones de dichas decisiones y las ventajas relativas de la oferta ganadora. Sin embargo, existen excepciones de aplicación de lo acordado en este capítulo, autorizando a los países a tomar o a mantener medidas necesarias para proteger la moral, la seguridad y el orden públicos, para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal,³⁶ para proteger la propiedad intelectual, o medidas relacionadas con mercancías o servicios que presten personas discapacitadas, de instituciones filantrópicas o del trabajo penitenciario.³⁷

Con respecto a los plazos para el proceso de presentación de ofertas, se establece un mínimo de 40 días³⁸ desde la fecha de publicación de la convocatoria hasta la fecha límite para la presentación de las ofertas.³⁹ Dicho plazo podrá ser menor, pero no menor a 10 días, en caso de no existir requisitos de calificación para los proveedores, y que la entidad contratante haya publicado un aviso separado con toda la información pertinente, dentro de un período no menor a 40 días y no mayor a 12 meses antes de la fecha límite para la presentación de las ofertas; asimismo, el plazo puede ser menor cuando una entidad contrate mercancías o servicios comerciales

que regularmente se comercian entre entidades no gubernamentales y cuando se presente una situación de emergencia, debidamente justificada, que haga imposible cumplir con el plazo originalmente convenido.⁴⁰

Finalmente, con respecto al principio de la integridad, uno de los aspectos fundamentales del capítulo sobre contratación pública, contemplado también en el Artículo 100 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica, y cuya inclusión fue importante para todos los países participantes en la negociación, es el relativo a la Garantía de Integridad en las Prácticas de Contratación. Los países se comprometen a mantener procedimientos para declarar la inelegibilidad para participar en contrataciones públicas de un país, por un período establecido o bien indefinidamente, de los proveedores que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación.⁴¹

3. Procedimientos de Contratación.

En cuanto a los procedimientos de contratación,⁴² se acordaron procedimientos de licitación⁴³ abiertos,⁴⁴ entendidos estos como cualquier método de contratación que cumpla con los principios enunciados a lo largo del capítulo.⁴⁵ Ello facilita a países, como Costa Rica, a mantener los actuales esquemas

³⁵ Este aviso debe incluir información de, al menos, el nombre de la entidad, una descripción de las mercancías o servicios incluidos en el contrato, el nombre del proveedor ganador del contrato, el valor de la adjudicación, y en caso de que la entidad no utilizara un procedimiento de licitación abierto, la indicación de las circunstancias que justificaron el procedimiento utilizado. Artículo 9.11.2. No obstante, se protege de la divulgación aquella información que no fuese autorizada formalmente por la persona que la haya proporcionado, que pudiese perjudicar los intereses legítimos de una persona, la competencia leal entre los proveedores o la protección de la propiedad intelectual, siempre que ello no sea un obstáculo para el cumplimiento de la ley o vaya en contra del interés público. Artículo 9.12.

³⁶ Estas medidas incluyen medidas medioambientales. Artículo 9.14.2.

³⁷ Artículo 9.14.

³⁸ Los días a que se hace referencia en los plazos son días calendario. Artículo 2.1.

³⁹ Artículo 9.5.2.

⁴⁰ Artículo 9.5.2.

⁴¹ Artículo 9.13.

⁴² Tanto en el Artículo 9.1.6. como en el artículo 37 de la Ley de Contratación Administrativa se establece la prohibición de fraccionar la contratación, con el objeto de burlar la licitación.

⁴³ El procedimiento de licitación para la contratación administrativa está incorporado en la Constitución Política de Costa Rica. Artículo 182 de la Constitución Política.

⁴⁴ Excepciones a la aplicación de estos procedimientos se pueden dar, siempre que no se utilicen como medio para evitar la competencia o para proteger a proveedores nacionales, en los siguientes casos: a. ausencia de ofertas que cumplan con los requisitos; b. obras de arte, protección a la propiedad intelectual, falta de competencia por razones técnicas; c. entregas adicionales del proveedor original (repuestos, ampliaciones, servicios continuos para equipo existente, programas de cómputo, servicios o instalaciones); d. mercancías adquiridas en un mercado de productos básicos; e. adquisición de prototipos o un primer producto que se fabrique a solicitud de la entidad contratante; f. servicios adicionales de construcción no previstos pero necesarios para completar los servicios de construcción contratados, no pudiendo ser mayores del 50% del monto original del contrato; g. por razones de urgencia por acontecimientos imprevisibles. Artículo 9.9.2

⁴⁵ En el caso del TLC de Chile con los Estados Unidos, la única modalidad de contratación acordada fue la licitación pública. Artículo 9.9.1. del TLC entre Chile y los Estados Unidos.

de contratación pública, tales como la licitación por registro de proveedores y la licitación restringida (invitación a tres proveedores, sin excluir a cualquier otro que quiera participar), además de la licitación pública, pero además deja abierta cualquier otra modalidad de contratación que se defina en el futuro.⁴⁶

Otro compromiso importante es el relativo a la revisión de impugnaciones, relacionado con el principio de transparencia, al haberse acordado el establecimiento o designación en cada país de al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial e independiente de las entidades contratantes, para recibir y revisar impugnaciones relacionadas con supuestos incumplimientos de las obligaciones contraídas⁴⁷ y emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes.⁴⁸ Ello es particularmente relevante para aquellos otros países centroamericanos y la República Dominicana, cuyo aparato institucional no esté suficientemente desarrollado en ese sentido.⁴⁹

Los países disponen de dos años de transición para que sus entidades hagan los mejores esfuerzos para incorporar dentro de sus procedimientos las siguientes obligaciones que, luego de transcurridos esos dos años, deberán cumplirlas:⁵⁰

- a. indicar de manera expresa en futuras licitaciones cuáles se rigen por el respectivo capítulo del tratado;⁵¹
- b. incorporar el plazo de 40 días para la presentación de las ofertas;⁵²
- c. transmisión escrita de las modificaciones a los carteles y documentos de la licitación;⁵³
- d. publicación del aviso sobre la adjudicación de un contrato;⁵⁴
- e. tiempo proporcionado a los proveedores para preparar y presentar impugnaciones por escrito.⁵⁴

Con respecto a la aplicación de lo convenido en materia de contratación pública, ello se aplica en todos sus extremos a nivel federal de los Estados Unidos, así como a nivel de 23 estados.⁵⁶ Costa Rica se

⁴⁶ En todo caso, la entidad contratante debe mantener registros o preparar informes por escrito que señalen la justificación específica para todo contrato adjudicado durante tres años a partir de la fecha de su adjudicación, incluyendo aquellos contratos adjudicados por otros medios que no sean los procedimientos de licitación abiertos. Artículo 9.9.3. y Artículo 9.11.3.

⁴⁷ Se adquiere el compromiso de garantizar que la presentación de una impugnación de parte de un proveedor no perjudique su participación en licitaciones en curso o futuras. Artículo 9.15.7.

⁴⁸ Los compromisos adquiridos incluyen: a. la toma de medidas precautorias mientras se emite la resolución de una impugnación, tales como la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato ya adjudicado; b. procedimientos de revisión disponibles al público por escrito y que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del respeto al debido proceso; c. que los reclamos de un proveedor sean contestados por escrito por la entidad contratante; d. suministro de plazo suficiente (no menor de diez días) a los proveedores para preparar y presentar impugnaciones, oportunidad de revisar los documentos relevantes y ser escuchados oportunamente, oportunidad para contestar a la respuesta de la entidad contratante a la reclamación del proveedor, entrega sin demora y por escrito de las conclusiones y recomendaciones respecto a la impugnación, acompañada de la debida explicación que justifiquen la decisión tomada. Artículo 9.15.

⁴⁹ Guatemala, por ejemplo, no cuenta con un órgano independiente de las entidades contratantes para la revisión de supuestos incumplimientos. En Costa Rica, dicha función la ha venido cumpliendo a nivel administrativo la Contraloría General de la República, quedando disponible a demás la vía judicial, una vez que la vía administrativa se agote. En ese sentido, el TLC-CA no introduce ningún compromiso nuevo para el país.

⁵⁰ Sección I, Anexo 9.1.2.(b)(i)

⁵¹ Artículo 9.4.2.

⁵² Artículo 9.5.1.

⁵³ Artículo 9.6.3.

⁵⁴ Artículo 9.11.2.

⁵⁵ Artículo 9.15.6.

⁵⁶ Dado que en los Estados Unidos la contratación pública a nivel estatal se regula con base en leyes estatales, fue necesario obtener la anuencia y el compromiso de los diferentes estados para aplicar lo convenido en el TLC-CA. Además de la apertura del mercado de contratación pública a nivel federal de los Estados Unidos, se logró el compromiso de 23 estados de aplicar lo convenido en el TLC-CA. Dentro de ellos se encuentran aquellos de especial interés para los sectores productivos del país, tales como los estados fronterizos con México, los estados del Este y Puerto Rico. Para un listado detallado de las entidades federales, de las entidades a nivel subcentral y de las otras entidades de todos los países signatarios del TLC-CA, sujetas a los compromisos adquiridos, así como de las excepciones de contratación pública véanse los Anexos 9.1.2.(b).(i) y 9.1.2.(b).(ii).

comprometió a aplicar lo convenido en el TLC-CA en materia de contratación pública para todo el Gobierno Central, 11 instituciones autónomas⁵⁷ y las 81 municipalidades del país.⁵⁸

4. Umbrales (montos mínimos a partir de los cuales se aplica lo acordado).

Los umbrales (montos mínimos) para la aplicación de lo acordado en materia de contratación administrativa, son:

Para el Gobierno Central:

US \$ 58.550 para la adquisición de bienes y servicios;⁵⁹

US \$ 6.725.000 para obras de construcción.⁶⁰

Para las municipalidades:

US \$ 477.000 para la adquisición de bienes y servicios;⁶¹

US \$ 6.725.000 para obras de construcción.⁶¹

Para las instituciones descentralizadas:

US \$ 250.000 para la adquisición de bienes y servicios;⁶³

US \$ 6.725.000 para obras de construcción.⁶⁴

Dichos umbrales fueron acordados para la contratación pública entre los países centroamericanos, la República Dominicana y los Estados Unidos.⁶⁵ No existen umbrales para la contratación entre los países centroamericanos, y la aplicación de lo acordado en TLC-CA es para todas las contrataciones públicas

⁵⁷ De las instituciones autónomas están excluidos todos los hospitales del país. Anexo 9.1.2.(b).(i) Sección C.

⁵⁸ Los países pueden hacer rectificaciones técnicas con respecto a lo convenido en este capítulo. Asimismo, los países pueden hacer modificaciones menores a las listas contenidas en los Anexos 9.1.2.(b).(i) y 9.1.2.(b).(ii). Para ello deben notificar a los otros países y éstos no objetar esas modificaciones o rectificaciones después de 30 días de la notificación. Dependiendo de la cuantía de los ajustes, el país que realiza las modificaciones o rectificaciones estaría obligado a realizar ajustes compensatorios, de manera que se provea una cobertura comparable con la que existía antes de la modificación realizada. Artículo 9.16.

⁵⁹ En el caso de los países centroamericanos y la República Dominicana, dicho monto será de US \$ 117.100 durante los primeros tres años de vigencia del tratado, luego baja a US \$ 58.550. No obstante, ese monto podría ser mayor, en razón de que se acordó ajustar, por inflación, el valor del umbral cada dos años, empezando el primero de enero del 2006. Anexo 9.1.2.(b).(i), Sección H.

⁶⁰ En el caso de los países centroamericanos y la República Dominicana, dicho monto será de US \$ 8 millones durante los primeros tres años de vigencia del tratado, luego baja a US \$ 6.725.000. No obstante, dicho monto podría variar, dado que esos umbrales se establecen en Derechos Especiales de Giro (DEG's). Los ajustes a esos umbrales se calcularán con base al promedio de las tasas diarias de conversión del dólar de Estados Unidos en términos de los DEGs, publicados por el FMI en sus publicación mensual "*Internacional Financial Statistics*". Anexo 9.1.2.(b).(i), Sección H.

⁶¹ En el caso de los países centroamericanos y la República Dominicana, dicho monto será de US \$ 650.000 durante los primeros tres años de vigencia del tratado, luego baja a US \$ 477.000. No obstante, dicho monto podría variar, dado que esos umbrales se establecen en Derechos Especiales de Giro (DEG's). Los ajustes a esos umbrales se calcularán con base al promedio de las tasas diarias de conversión del dólar de Estados Unidos en términos de los DEGs, publicados por el FMI en sus publicación mensual "*Internacional Financial Statistics*". Anexo 9.1.2.(b).(i), Sección H.

⁶² En el caso de los países centroamericanos y la República Dominicana, dicho monto será de US \$ 8 millones durante los primeros tres años de vigencia del tratado, luego baja a US \$ 6.725.000. No obstante, dicho monto podría variar, dado que esos umbrales se establecen en Derechos Especiales de Giro (DEG's). Los ajustes a esos umbrales se calcularán con base al promedio de las tasas diarias de conversión del dólar de Estados Unidos en términos de los DEGs, publicados por el FMI en sus publicación mensual "*Internacional Financial Statistics*". Anexo 9.1.2.(b).(i), Sección H. Llama la atención lo alto de los montos en comparación con los recursos de las Municipalidades en Costa Rica, lo que hace prever que, con la excepción de la Municipalidad de San José, las demás municipalidades no tendrán que sujetarse a este capítulo.

⁶³ Dichos montos se duplican para el caso de el ICE y de la CCSS.

⁶⁴ En el caso de los países centroamericanos y la República Dominicana, dicho monto será de US \$ 8 millones durante los primeros tres años de vigencia del tratado, luego baja a US \$ 6.725.000. No obstante, dicho monto podría variar, dado que esos umbrales se establecen en Derechos Especiales de Giro (DEG's). Los ajustes a esos umbrales se calcularán con base al promedio de las tasas diarias de conversión del dólar de Estados Unidos en términos de los DEGs, publicados por el FMI en sus publicación mensual "*Internacional Financial Statistics*". Anexo 9.1.2.(b).(i), Sección H.

⁶⁵ Artículo 9.1.2.(b).(i). El Anexo 9.1.2.(b).(i). se aplica entre los Estados Unidos y cada uno de los países centroamericanos. Excepciones para el caso de Costa Rica son, en la sección A: a. contratación de mercancías clasificadas dentro de la Sección 2 (productos alimenticios, bebidas y tabaco; textiles; prendas de vestir y productos de cuero) del Clasificador Central de Productos 1.0 (CPC, versión 1.0) de las Naciones Unidas, para la Fuerza Pública; b. emisión de timbres de impuestos; c. contrataciones de servicios de comedores escolares; en la sección C: d. emisión de monedas, billetes y timbres de impuestos del Banco Central; e. contrataciones de mercancías clasificadas dentro de la Sección 2 (productos alimenticios, bebidas y tabaco; textiles, prendas de vestir y productos de cuero) del CPC versión 1.0. de la CCSS.

de y entre los países de la región.⁶⁶ Con respecto a la contratación entre países centroamericanos y la República Dominicana tampoco existen umbrales, pero sí existen restricciones en relación con ciertas entidades públicas a las que no se aplicará lo acordado.

Con respecto a las excepciones que se acordaron en materia de contratación pública, es importante mencionar, para el caso de Costa Rica, el tratamiento especial que se acordó dar a la pequeña y mediana empresa. Al tener Costa Rica en vigencia la Ley de Fortalecimiento de las Pequeñas y Medianas Empresas, se excluye de lo dispuesto en materia de contratación pública “... a los programas de compras de la Administración Pública para favorecer a las pequeñas, medianas y micro empresas (PYMES).”⁶⁷ Dicha ley establece un programa de compras de bienes y servicios que asegure la participación mínima de las pequeñas y medianas empresas en el monto total de compras para cada institución o dependencia de la Administración Pública, que incluye las siguientes disposiciones:⁶⁸

“a. Serán escogidas, preferentemente respecto de los demás oferentes, las PYMES de producción nacional cuyos productos sean de calidad equiparable, abastecimiento adecuado y precio igual o inferior al de los productos importados. En condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministros y servicios, las entidades públicas, preferirán a las PYMES

de producción nacional; además, tomarán en cuenta los costos de bodegaje, seguro y costo financiero en que se podría incurrir al comprar el producto. b. Las compras del sector público no discriminarán ni sesgarán de modo alguno a las empresas nacionales frente a las extranjeras, ni a las PYMES frente a las empresas de mayor tamaño, al establecer mecanismos de pago, lugar o plazo de entrega, ni por otros parámetros de comparación. c. El Estado establecerá procedimientos que les faciliten a las PYMES el cumplimiento de requisitos y trámites relativos a las compras; para ello se brindará la adecuada asesoría a las que participen en el proceso de licitación. Las entidades públicas remitirán anualmente al MEIC sus planes de compras, de conformidad con los procedimientos y plazos establecidos en el Reglamento especial de compras de bienes y servicios del sector público. d. Cuando el MEIC evidencie el incumplimiento de lo previsto en este artículo, lo trasladará a las autoridades competentes y emitirá las recomendaciones necesarias.”

Por otra parte, se excluyen de las disposiciones respectivas las compras entre entidades públicas costarricenses.⁶⁹ Finalmente, con respecto a los plazos para el proceso de presentación de ofertas, se excluye del plazo de 40 días al ICE, en atención a no querer prejuzgar la discusión actual sobre la ley de fortalecimiento de esa entidad en la Asamblea Legislativa.⁷⁰ En materia de contratación de servicios también hay excepciones.⁷¹

⁶⁶ Artículo 9.1.2.(b).(ii). El Anexo 9.1.2.(b).(ii). se aplica entre los países centroamericanos.

⁶⁷ Sección G., Notas Generales, Anexo 9.1.2.(b).(i) y Sección E, Notas Generales, Anexo 9.1.2.(b).(ii).

⁶⁸ Artículo 20, Ley de Fortalecimiento de las Pequeñas y Medianas Empresas No. 82862 de mayo del 2002.

⁶⁹ Sección G., Notas Generales, Anexo 9.1.2.(b).(i) y Sección E., Notas Generales, Anexo 9.1.2.(b).(ii). Lo anterior coincide con el artículo 78 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.

⁷⁰ Sección C. Otras Entidades Cubiertas, Anexo 9.1.2.(b).(i) y Sección E., Notas Generales, Anexo 9.1.2.(b).(ii).

⁷¹ Las contrataciones de los siguientes servicios no están cubiertas por este Capítulo: 1. Investigación y Desarrollo, División 81: Servicios de Investigación y Desarrollo. 2. Administración de Instalaciones de Propiedad del Gobierno (Instalaciones Administrativas y Edificios de Servicio, Campos Aéreos, Comunicaciones e Instalaciones para Misiles, Edificios Educativos, Edificios para Hospitales, Edificios Industriales, Edificios Residenciales, Edificios para Bodegas, Instalaciones para Investigación y Desarrollo, Otros Edificios, Instalaciones para Conservación y Desarrollo, Carreteras, Caminos, Calles, Puentes y Vías Férreas, Instalaciones para la Generación de Energía Eléctrica, Servicios Públicos, Otras Instalaciones distintas de Edificios). 3. Administración y distribución de loterías, Clase 9692: Servicios de juegos y apuestas. 4. Servicios Públicos, División 69: Servicios de distribución de electricidad y servicios de distribución de agua y gas por medio de tuberías principales, División 91 Servicios de administración pública y otros servicios para la comunidad en general, servicios de seguridad social de afiliación obligatoria, División 92: Servicios de Educación (educación pública), División 93: Servicios sociales y de salud, División 94: Servicios de alcantarillado y eliminación de residuos, servicios de saneamiento y similares. Sección E, Anexo 9.1.2.(b).(i).

Para Costa Rica, lo importante de la negociación fue, por una parte, preservar el régimen de contratación pública del país, con las diferentes modalidades de contratación, y bajar los umbrales. Con respecto a los otros países centroamericanos y la República Dominicana, los umbrales fueron eliminados. Con respecto a los Estados Unidos, los umbrales son los más bajos que ese país anteriormente ha negociado, y representan un monto adecuado para que las empresas costarricenses puedan participar en los procedimientos de contratación pública.⁷²

Finalmente, el capítulo no contiene un régimen especial de solución de controversias, razón por la cual se debe aplicar el régimen genérico del Tratado contemplado en el capítulo 20.

4. Conclusiones

La negociación del capítulo sobre contratación administrativa no fue, por parte de Costa Rica, polémica ni azarosa, dado que los principios que contiene no solo no son ajenos al ordenamiento jurídico nacional, sino que, a partir de la Constitución de 1949, Costa Rica dio inicio a un proceso de consolidación de un régimen de contratación administrativa sólido, moderno y respetuoso de los principios expuestos. En ese sentido, el capítulo no introduce cambios de fondo.

Inclusive Costa Rica se adelantó en muchos años en esta materia a la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, emitida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI),⁷³ aprobada

por dicha Comisión en su 26^o período de sesiones (Viena, 5 a 23 de julio de 1993).⁷⁴ La decisión de la CNUDMI de formular un régimen modelo para la contratación pública se debe a que el régimen existente en ciertos países era inadecuado o se había quedado anticuado. De ello resultaban ineficiencias en el proceso de contratación, ciertas prácticas abusivas y la no obtención por el comprador público de una contrapartida adecuada por el desembolso de fondos públicos efectuado. Dentro de los objetivos de la Ley Modelo, figura desarrollar al máximo la competitividad del proceso de contratación, dar un trato equitativo a los proveedores y contratistas que se presenten a un concurso público de contratación y aumentar la transparencia y la objetividad, principios que son fundamentales para fomentar la economía y la eficiencia de la contratación pública y para evitar abusos. Respecto a ellos, la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica es consistente.

El capítulo no introduce cambios en la legislación nacional. Es claro en cuanto a que, en ciertos casos y para ciertas instituciones públicas, debe seguirse el procedimiento de licitación abierta que el mismo regula, lo que hará necesario la divulgación sobre lo acordado, de manera que las instituciones públicas sepan cuándo una contratación está cubierta por el tratado y procedan de conformidad con los compromisos ahí establecidos en cuanto a los procedimientos a seguir.

Las licitaciones que se lleven a cabo al amparo del tratado deben conceder un término no menor de 40 días calendario a partir de la fecha de publicación de la convocatoria. Dicho plazo podrá

⁷² Los representantes de la industria de la construcción manifestaron que montos menores a los acordados no justifican la eventual participación en procesos de licitación, ya que se debe incurrir en una serie de erogaciones (otorgar garantías de cumplimiento, abrir oficinas en el exterior, entre otros) para poder participar en esos procesos, sin existir la garantía de la obtención de los contratos respectivos.

⁷³ La CNUDMI es un órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas establecido para fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con miras a eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno de los países que afectan a ese comercio. Durante los últimos 25 años, la CNUDMI, en la que colaboran Estados de todas las regiones situados en todos los niveles de desarrollo económico, ha cumplido su mandato formulando convenios internacionales (Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (“Reglas de Hamburgo”), Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional y Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, leyes modelo (además de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, de Obras y de Servicios, las leyes modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional y sobre transferencias internacionales de crédito), el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, así como guías jurídicas (de contratos de obras, de operaciones de comercio compensatorio y de transferencias electrónicas de fondos).

⁷⁴ UNCITRAL, 2004.

ser menor, pero en ningún caso inferior a diez días calendario.⁷⁵ Asimismo, se deberá conceder un término no inferior a 10 días para preparar y presentar impugnaciones.

De todas formas, los países disponen de dos años de transición para que sus entidades hagan los mejores esfuerzos para incorporar dentro de sus procedimientos ciertas obligaciones que, luego de transcurridos esos dos años, deberán cumplirlas.

El régimen de contratación del TLC-CA no vincula a todas las instituciones del Estado costarricense, sino únicamente a las mencionadas de manera expresa en el capítulo y se aplica, además, para las contrata-

ciones de bienes y servicios, cuyo monto mínimo es el indicado en el mismo, de manera tal que las contrataciones que no alcancen dicho límite se seguirán sujetando al régimen ordinario.

Finalmente es importante destacar la inclusión de un tratamiento especial a las pequeñas y medianas empresas en los programas de compras de la Administración Pública, basado en la ley para el fortalecimiento de las PYMEs.

⁷⁵ Artículo 9.5.2.

INVERSIONES*

1. Introducción

A nivel mundial, la importancia de las inversiones extranjeras directas,¹ como complemento al ahorro nacional, se ha ido incrementando de manera significativa (cuadro 10.1). La globalización y la creciente apertura de todos los mercados del mundo han contribuido de manera determinante en ese proceso.

Cuadro 10.1
Inversión extranjera directa por año por y región de destino. 1991-2002
(millones de dólares)

	1991-1996 ^{a/}	1997	1998	1999	2000	2001	2002
IED Mundial	254.326	481.911	686.025	1.079.083	1.392.957	823.825	654.188
Europa Occidental	91.030	139.274	263.025	496.205	709.877	400.813	384.391
América del Norte	53.406	114.925	197.243	308.118	380.764	172.787	50.625
Canadá	6.571	11.527	22.809	24.742	66.757	28.809	20.595
Estados Unidos	46.834	103.398	283.376	314.007	314.007	143.978	30.030
Otros países desarrollados	10.205	15.455	11.997	20.319	29.887	15.778	25.319
Africa	4.606	10.667	8.928	12.231	8.489	18.769	10.998
América Latina y el Caribe	27.069	73.275	82.040	108.255	95.358	83.725	56.019
Asia y el Pacífico	59.826	109.282	100.316	108.809	142.209	106.937	95.129
Europa Central y del Este	8.183	19.033	22.279	25.145	26.373	25.015	28.709

a/ IED promedio del periodo 1991-1996.

Fuente: UNCTAD, 2004.

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹ El término inversión extranjera directa por lo general se refiere a bienes muebles e inmuebles, así como a la participación accionaria en empresas nacionales.

Cuadro 10.2
Inversión extranjera directa en Centroamérica y República Dominicana. 1991-2002
(millones de dólares)

	1991-1996 ^{a/}	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Costa Rica	285	407	612	620	409	454	662
El Salvador	15	59	1.104	216	173	250	208
Guatemala	91	85	673	155	230	456	110
Honduras	60	128	99	237	282	195	143
Nicaragua	56	173	195	300	267	150	174
República Dominicana	205	421	700	1.338	953	1.079	961

a/ IED promedio del periodo 1991-1996.
Fuente: UNCTAD, 2004.

Centroamérica y la República Dominicana no han sido la excepción (cuadro 10.2). La inversión extranjera directa en los países centroamericanos y la República Dominicana se ha incrementado notablemente, complementando los bajos niveles de ahorro interno existentes para los procesos de inversión y el consecuente incremento de la producción y del empleo.² En el 2003, el ahorro interno promedio de los países centroamericanos representó 12,8% del PIB³, con excepción de Honduras que para ese periodo representó el 23%⁴. En otros países latinoamericanos este indicador es superior. En México representó un 17% y en Chile 21%.

La inversión extranjera directa ha contribuido significativamente en el proceso de incremento y diversificación de las exportaciones, así como al crecimiento de las economías de la región.⁵ De hecho, el sector más dinámico de las economías de la región ha sido el sector exportador.

Los logros en atracción de inversiones extranjeras y su contribución a la reactivación del crecimiento por la vía de la expansión y diversificación de las exportaciones han sido importantes. No obstante, el crecimiento económico per cápita no ha llegado a los niveles de los años setentas, los niveles de pobreza se han mantenido altos y la distribución de los ingresos dentro de los países, ha empeorado. *“A principios de siglo no se puede catalogar el crecimiento como robusto y generador de oportunidades para amplios sectores de la población, ni logra encadenar a las actividades más dinámicas con otras ramas y actividades productivas. Por el contrario, el crecimiento más bien resulta modesto y con importantes grados de desarticulación entre lo más dinámico y el resto de la economía.”*⁶

² Ciertamente, las importaciones que realizan las empresas extranjeras radicadas en los países centroamericanos y las remesas de sus utilidades al exterior, conjuntamente con el escaso eslabonamiento con el resto de las economías, afectan la cuenta corriente y disminuyen el efecto de la inversión extranjera directa sobre el ahorro interno. Para un análisis crítico sobre los efectos de la inversión extranjera directa sobre el desarrollo, véase Vargas, L. P., 2004. Sin embargo, que el aporte de las inversiones extranjeras al desarrollo sea mayor, depende de las acciones que se desarrollen internamente para promover la reinversión de utilidades así como para promover un mayor encadenamiento productivo.

³ Consejo Monetario Centroamericano, 2003.

⁴ CEPAL, 2004.

⁵ Otros beneficios potenciales de la inversión extranjera directa son la transferencia de tecnología, la adopción de prácticas gerenciales modernas y, si dicha inversión está mayoritariamente orientada a la exportación como es el caso de Centroamérica, la transferencia de conocimiento sobre los mercados internacionales

⁶ Proyecto Estado de la Región – PNUD, 2003. Págs. 104 y 118.

La política de atracción de inversiones extranjeras hacia los países de la región se ha basado en el otorgamiento de una serie de incentivos, que incluyen el otorgamiento de la exoneración del impuesto sobre la renta así como la exoneración de impuestos a la importación de materias primas, productos intermedios y bienes de capital.⁷

Por otra parte, esas inversiones han sido tratadas bajo los principios de trato nacional y de Nación Más Favorecida. El principio de trato nacional consiste en dar a los extranjeros y a sus inversiones el mismo trato (“trato no menos favorable”) que el que se da a los nacionales y a sus inversiones. El principio de Nación Más Favorecida consiste en dar a los nacionales de otro país específico, y a sus inversiones, el mismo trato (“trato no menos favorable”) que se da a los nacionales de cualquier otro país y a sus inversiones. Ese tratamiento a la inversión extranjera se ha basado en las constituciones políticas de los países de la región, así como en la promulgación de leyes específicas de inversión extranjera, que garantizan ese trato a los inversionistas extranjeros.⁸

Asimismo, el tratamiento dado a la inversión extranjera directa se ha caracterizado por no exigir requisitos de desempeño, en el sentido de no establecer condiciones a la inversión extranjera para su establecimiento y desarrollo, tales como determinados porcentajes de adquisición de materias primas nacionales, determinados porcentajes de producción destinada a la exportación⁹, determinados porcentajes de participación nacional en la propiedad de esas

inversiones, y limitar las ventas en el mercado local, entre otros.¹⁰ El supuesto básico de no exigir requisitos de desempeño a las inversiones en general, radica en que dicha exigencia restringe la libertad de las empresas de escoger sus fuentes de abastecimiento, además de que puede afectar su competitividad internacional, al no necesariamente poder obtener localmente los insumos en la calidad y precio requeridos, con la consecuencia de que dicha inversión no se daría.¹¹

Adicionalmente, la inversión extranjera directa se ha beneficiado de la apertura de la cuenta de capitales, una medida de los programas de ajuste estructural, y mediante la cual no se establecen limitaciones a la repatriación del capital de las inversiones realizadas ni a la remisión de las utilidades al exterior. El supuesto básico aquí es que si el inversionista no tiene la seguridad de poder repatriar su capital, no lo invertirá.¹²

Dada la importancia de la inversión extranjera en la generación de mayores oportunidades de crecimiento y desarrollo en todos los países del mundo, incluso en los países más desarrollados, se han venido desarrollando mecanismos que promuevan la inversión extranjera mediante el otorgamiento de una mayor certeza jurídica a esas inversiones, más allá de lo que establecen la constitución política y las leyes nacionales de fomento y de protección a la inversión extranjera en cada país. Mediante un marco jurídico internacionalmente válido que les dé una mayor certeza jurídica sobre las condiciones que cada país

⁷ Actualmente, los incentivos a las empresas exportadoras se otorgan bajo el régimen de zonas francas. Hasta hace muy poco tiempo se otorgaban incentivos al amparo de otros regímenes, con incentivos mucho más generosos, tales como Certificados de Abono Tributario, mediante los cuales se otorgaban subsidios adicionales de hasta un 15% sobre el valor FOB de las exportaciones.

⁸ En Costa Rica no ha sido necesario disponer de un marco regulatorio específico para los inversionistas extranjeros. Estos principios están contemplados en la Constitución Política, en los artículos 19 y 33, respectivamente: *“Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales.”* *“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”*

⁹ Únicamente en el caso de los regímenes de zonas francas se establece como requisito la prohibición o restricción a determinado porcentaje de la producción para su venta al mercado local, siendo el tratamiento otorgado a esas importaciones al territorio nacional como una importación, y teniendo que cancelar los impuestos y otras cargas a la importación sobre el valor total de las mercancías importadas. La razón de ello es impedir la competencia desleal con respecto a la industria local, la que para su operación en el mercado interno sí tiene que cancelar los impuestos de internación, además de que está sujeta al pago del impuesto sobre la renta.

¹⁰ Mientras algunos consideran que el establecimiento de estos requisitos de desempeño son necesarios para asegurar que el país receptor de la inversión extranjera directa se beneficie de la misma, otros consideran que ello es más bien contraproducente, ya que dicha inversión no se daría.

¹¹ En lugar de establecer requisitos de desempeño como los señalados, algunos proponen que deben crearse programas de desarrollo de una industria suplidora de insumos, basados en términos de competitividad internacional, y programas de fomento de la reinversión de utilidades, entre otros, con los cuales los beneficios de la inversión extranjera se incrementarían.

¹² Una forma de fomentar la estadia de los capitales en el país, es la creación de programas que incentiven la reinversión.

les ofrece para realizar sus inversiones,¹³ se busca garantizar a los inversionistas los principios de trato nacional, Nación Más Favorecida y libre transferencia de capitales.

Adicionalmente, se han venido desarrollado nuevos instrumentos para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado del país receptor de esa inversión extranjera, de manera que el mecanismo de solución de controversias sea a satisfacción de los inversionistas, y éstos dispongan de una seguridad jurídica mayor que los anime a invertir en los países receptores de la inversión extranjera.¹⁴

El mecanismo que se ha diseñado comprende, por una parte, la negociación de tratados bilaterales de fomento y protección recíproca de inversiones (denominados BITs, por sus siglas en inglés),¹⁵ y, por otra parte, la creación de mecanismos internacionales para la solución de controversias en materia de inversión, tales como el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones (CIADI),¹⁶ así como las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Mercantil (CNUDMI).¹⁷

Costa Rica ha venido aplicando una política de fomento de la inversión extranjera acorde con esa tendencia internacional. Por esa razón, el país ha venido impulsando la suscripción de tratados bilaterales de fomento y protección recíproca de las inversiones con una gran cantidad de países, tratados que revis-

ten, básicamente, las características arriba descritas. Algunos de esos BITs ya han sido ratificados por la Asamblea Legislativa, otros se encuentran pendientes de ratificación y otros están en proceso de negociación (cuadro 10.3).

Todos esos tratados contienen las siguientes características en común:

1. Otorgamiento de trato nacional a los inversionistas.
2. Otorgamiento del trato de Nación Más Favorecida.
3. Otorgamiento de nivel mínimo de trato;¹⁸ esto es, el otorgamiento de un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas según el derecho internacional consuetudinario.¹⁹
4. Requerimiento del interés público y de autorización para la realización de expropiaciones o nacionalizaciones, y para la ejecución de otras medidas que en sus repercusiones equivalgan a expropiaciones o nacionalizaciones, aplicando el principio de trato de Nación Más Favorecida a los extranjeros.
5. Requerimiento de una ley para las expropiaciones y establecimiento de lineamientos para las indemnizaciones, tales como que el valor de la indemnización deberá responder al valor de la inversión antes de la fecha de hacerse pública la expropiación, que el pago deberá hacerse sin demora al tipo de cambio vigente, devengando intereses hasta la fecha de su pago, y que el pago deberá ser efectivamente realizable y libremente transferible, aplicando el principio de trato de Nación Más Favorecida.

¹³ La mayor certeza jurídica se expresa a través de un tratado internacional que reafirma los postulados de la constitución política y la legislación interna de cada país, en los casos en que se dé el trato nacional por esa vía, garantizando internacionalmente la aplicación de dicho cuerpo normativo interno.

¹⁴ Que se establezca un sistema de solución de controversias internacional da una mayor seguridad a los inversionistas, especialmente en el caso de países en los que la seguridad jurídica es cuestionada.

¹⁵ Bilateral Investment Treaties.

¹⁶ El Convenio fue creado por el Banco Mundial el 18 de marzo de 1965, para facilitar la solución de controversias en materia de inversión entre el Estado receptor de la inversión y los nacionales de otros estados, y entró en operación en el año 1966. Costa Rica firmó el convenio en 1981 y es miembro desde 1993. El CIADI se estableció por el Convenio.

¹⁷ La CNUDMI es un órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas establecido para fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con miras a eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno de los países que afectan a ese comercio.

¹⁸ Este se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.

¹⁹ El derecho internacional consuetudinario resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal.

Cuadro 10.3
Costa Rica: Tratados Bilaterales de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones

Tratados aprobados por la Asamblea Legislativa	Tratados presentados a la Asamblea Legislativa	Tratados firmados	Tratados negociados y pendientes de firma	Tratados en proceso de negociación
Alemania	Ecuador	Bélgica - Luxemburgo	Polonia	Barbados
Canadá		Países centroamericanos		Brasil
Chile				Dinamarca
China (Taiwán)				Grecia
Corea				Irlanda
España				Jamaica
Francia				Italia
Gran Bretaña				Noruega
Holanda				Perú
Paraguay				Portugal
República Checa				Rumanía
Suiza				Suecia
Venezuela				Uruguay

Fuente: Elaborado a partir de: www.comex.go.cr

6. Trato nacional para indemnizaciones u otros pagos en caso de pérdida de las inversiones por conflicto armado, revolución o estado de emergencia nacional, y libre transferencia para los montos de pago respectivos.
7. Libre transferencia de los pagos resultantes de una inversión (capital y sumas adicionales por mantenimiento o ampliación de la inversión, utilidades, amortización de préstamos, el producto de la liquidación o enajenación total o parcial de la inversión, indemnización por expropiación, pagos a nacionales del otro país por concepto de garantías).
8. Prevalencia de las disposiciones legales u obligaciones emanadas del Derecho Internacional sobre el tratado, en el caso de ser más favorables a las previstas en el mismo.
9. Lineamientos para el proceso de solución de divergencias sobre la interpretación y aplicación del tratado:
 - a. que deben tratar de ser resueltas amigablemente (consultas y negociación);
 - b. que la divergencia puede ser sometida a un tribunal arbitral a petición de una de las partes, de no haber sido posible su solución mediante las consultas;
 - c. que las divergencias tendrán que ser sometidas a un procedimiento arbitral conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados del 18 de marzo de 1965, si no se llega a un acuerdo de otra forma;
 - d. que el tribunal arbitral decidirá sobre la base del tratado, del derecho interno del país en el que se realizó la inversión, de las normas del derecho internacional privado y de los principios del derecho internacional;
 - e. que el laudo arbitral es obligatorio y no puede ser objeto de otros recursos o demás sanciones legales que los previstos en el mencionado Convenio, y se ejecutará según el derecho interno del país en el que se hizo la inversión.²⁰

²⁰ No se puede alegar en ningún momento que el inversionista o su sociedad haya recibido una indemnización resultante de un seguro por una parte o por la totalidad del daño.

La inclusión del capítulo de inversiones en el TLC-CA obedece a esa tendencia internacional de fomento y protección recíproca de las inversiones, a la importancia de la inversión extranjera directa para el país y su fuerte ligamen con el sector de comercio exterior, y a la política de atracción de inversiones extranjeras que los países han venido aplicando en los últimos veinte años.

Por otra parte, la inclusión del tema de las inversiones en las negociaciones comerciales internacionales obedece y coincide con el interés de los Estados Unidos de ampliar el ámbito de cobertura del trato nacional, de un trato nacional referido a las mercancías extranjeras, hacia un trato nacional referido a los inversionistas y a las inversiones extranjeras. Dicha ampliación de la cobertura del trato nacional fue incluida en la propuesta del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), discutido entre los países miembros de la Organización para el Desarrollo Económico y el Desarrollo (OCDE);²¹ dicho acuerdo tenía la finalidad de establecer reglas mundiales para las inversiones, incluida la capacidad de las empresas de demandar a los gobiernos por incumplimientos. La propuesta de acuerdo no prosperó en la OCDE, pero sus elementos sí están siendo objeto de negociación en los Tratados de Libre Comercio que los Estados Unidos están negociando. Fueron parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y son parte del TLC-CA.

A pesar de que Costa Rica ya ha firmado varios tratados de fomento y de protección recíproca a las inversiones, la inclusión del capítulo sobre inversiones en el TLC-CA ha generado una gran polémica. Aspectos centrales de esa polémica son: a. que a través de lo establecido en el tratado los inversionistas extranjeros pueden demandar a un gobierno ante tribunales internacionales (tribunales arbitrales internacionales), pero un gobierno no puede demandar a una empresa infractora; y b. que se deja en manos de tribunales internacionales las decisiones respectivas, al margen de los tribunales nacionales.

2. Objetivos de la Negociación

Los países centroamericanos establecieron, como objetivos de la negociación sobre inversiones en el TLC-CA, los siguientes:²²

- “• *Fomentar el desarrollo de crecientes flujos de inversión hacia los países de la región a través del establecimiento de un marco normativo que proteja la inversión y promueva un clima de negocios estable y seguro.*
- *Buscar complementar el marco de disciplinas sustantivas con el establecimiento de mecanismos de solución de diferencias entre inversionistas y el Estado receptor de la inversión que sean jurídicamente orientados, y fortalezcan el régimen de derecho a nivel internacional.”*

Específicamente, los elementos principales de la posición costarricense en el proceso de negociación fueron, en cuanto al tratamiento a la inversión extranjera, los siguientes:²³

- “a) Una clara determinación del ámbito de aplicación del capítulo a través de la introducción de un listado de definiciones fundamentales, en especial del concepto de inversión y de inversionista.*
- b) Con respecto a toda medida cubierta por el capítulo, el otorgamiento de trato nacional por parte de los países a las inversiones e inversionistas del otro país.*
- c) Con respecto a toda medida cubierta por el capítulo, el reconocimiento de un trato no menos favorable que el trato más favorable que se otorgue a nivel estatal a la inversión e inversionistas de cualquier otro país.*
- d) La inclusión de un listado de reservas que permita consolidar el nivel de acceso al mercado de la inversión extranjera de conformidad con la legislación costarricense vigente al momento del inicio de las negociaciones.*

²¹ La mayoría de los países miembros de la OCDE son países desarrollados.

²² COMEX, 2003b.

²³ COMEX, 2003b. Págs. 31 y 32.

- e) *El establecimiento de disposiciones sobre protección a la inversión que se ajusten a los parámetros ya establecidos por el derecho internacional.*
- f) *La introducción de disciplinas claras y precisas sobre expropiaciones, que reconozcan el ejercicio legítimo de la potestad regulatoria del Estado para tutelar sobre una base no discriminatoria, una serie de valores legítimos de la sociedad, incluyendo la protección al medio ambiente de manera compatible con el ordenamiento jurídico costarricense.*
- g) *El reconocimiento a la necesidad de que las transferencias de pagos relacionados con una inversión puedan efectuarse libremente y sin demora sin perjuicio de la aplicación equitativa y no discriminatoria de la legislación de las Partes relativas a la tutela de ciertos objetivos legítimos, tales como, la seguridad del sistema financiero, la protección a los derechos de acreedores y el cumplimiento de obligaciones tributarias, entre otros.*
- h) *El establecimiento de disposiciones que fomenten la transparencia de los regímenes regulatorios de las Partes, estipulando obligaciones de publicación de todas aquellas medidas de aplicación general así como tratados internacionales que se refieran al capítulo o afecten su funcionamiento.”*
- c) *El reconocimiento de una etapa de consultas como etapa previa a la activación del procedimiento arbitral, durante las cuales las partes contendientes intentarán primero dirimir la diferencia a través del diálogo y la negociación.*
- d) *La introducción de disposiciones que estipulen el cumplimiento por parte del inversionista contendiente de una serie de requisitos procesales mínimos que garanticen el fundamento del reclamo objeto del procedimiento.*
- e) *La inclusión de mecanismos jurídicos eficientes y equitativos que, no obstante garantizar el acceso del inversionista al arbitraje internacional, prevengan al mismo tiempo la presentación de potenciales demandas frívolas ajenas a los objetivos de equidad, previsibilidad y certeza que el capítulo busca tutelar.*
- f) *El establecimiento de mecanismos de ejecución de laudos arbitrales consistentes con las convenciones internacionales que sobre esta materia ya han sido suscritas por Costa Rica.”*

En lo referente a los mecanismos para la solución de diferencias, la posición de Costa Rica, y de los demás países de la región, fue la siguiente:²⁴

- “a) *El establecimiento de un mecanismo para la solución de controversias de naturaleza jurídica para resolver diferencias que se susciten como consecuencia de una violación de una obligación sustantiva establecida en el capítulo, cuyas características sean convergentes con las convenciones internacionales que sobre esta materia ya han sido previamente suscritas por Costa Rica.*
- b) *La inclusión de disposiciones que aseguren tanto el trato no discriminatorio entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como el debido ejercicio de la garantía de audiencia y defensa dentro de un proceso legal ante un tribunal arbitral imparcial.*

Como se puede observar, la posición del Gobierno en la negociación fue la de lograr la negociación de un Tratado de Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones, tanto con los Estados Unidos como con los demás países de la región, en atención al hecho de que las inversiones extranjeras son determinantes para y están estrechamente ligadas con el comercio internacional. Esa posición es consistente con los principios y características de los BITs que los sucesivos gobiernos del país han negociado y firmado, y que la Asamblea Legislativa ha ratificado. Asimismo, la posición del Gobierno fue la de establecer mecanismos de solución de controversias en línea con la tendencia internacional, utilizando los mecanismos internacionales existentes para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, por lo demás ya consignados en los BITs aprobados por la Asamblea Legislativa.

²⁴ COMEX, 2003b. Págs. 31 y 32.

3. Resultados de la Negociación

Los países centroamericanos y los Estados Unidos acordaron los siguientes principios y elementos para las inversiones cubiertas por el tratado, esto es, las inversiones incluidas en el TLC-CA,²⁵ y que por ello están sujetas a la aplicación de lo acordado en esa materia:²⁶

1. Trato nacional.
2. Trato de Nación Más Favorecida.
3. Nivel mínimo de trato.
4. Procedimientos para la expropiación y para la indemnización.
5. Disposiciones sobre transferencias.
6. Disposiciones sobre requisitos de desempeño.
7. Disposiciones sobre medio ambiente.
8. Excepciones de aplicación de trato nacional, Nación Más Favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y juntas directivas (medidas disconformes).
9. Disposiciones para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado receptor de las inversiones extranjeras.

Para lo anterior se parte de una definición muy amplia de lo que se define en el Tratado como inversiones: “... todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo.”

Cabe resaltar que no se definen las características de una inversión, sino que, al definir el término inversión, se incluyen algunas características de la misma, a manera de ejemplo. Las formas en las que puede manifestarse una inversión incluyen, pero no se limitan a:

“a. una empresa; b. acciones de capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; c. bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos (reclamos de pago que son de vencimiento inmediato y que son resultados de la venta de mercancías o servicios no son inversiones); d. futuros, opciones y otros derivados; e. contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; f. derechos de propiedad intelectual;²⁷ g. licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna (esto depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación interna del país respectivo; aquellos que no generan derechos protegido conforme la legislación interna no se consideran inversiones); h. otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías de prenda.”²⁸ Se agrega: “Es más probable que algunas formas de deuda, tales como bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, tengan las características de una inversión, mientras que es menos probable que otras formas de deuda tenga

²⁵ Las inversiones no cubiertas son las relacionadas con actividades listadas en las medidas disconformes, del Anexo I y del Anexo II del Tratado.

²⁶ Los beneficios otorgados a los inversionistas y a sus inversiones de los países miembros del TLC-CA en el país receptor de esas inversiones podrían ser denegados, en caso de que esas inversiones o empresas sean propiedad o estén controladas por personas de un país no miembro del TLC-CA y que el país receptor no tenga relaciones diplomáticas con ese país. Asimismo, los beneficios podrían ser denegados si el país receptor adopta medidas en relación con el país o con una persona del país no miembro del TLC-CA, que prohíbe transacciones con esas empresas e inversiones y que podrían ser violadas o eludidas si los beneficios de este capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones. Artículo 10.12.1. Asimismo, sujeto al artículo 18.3. y 20.4. un país miembro del TLC-CA podrá denegar los beneficios a un inversionista y a una empresa de otro país miembro del TLC-CA, si esa empresa no tiene actividades comerciales sustantivas en otro país distinto del que deniega los beneficios, y si las personas son de un país no miembro del TLC-CA o son del país que deniega los beneficios, son propietarias o controlan la empresa. Artículo 10.12.2. La lógica de esta disposición radica en evitar que países o inversionistas de países con los que no se mantengan relaciones diplomáticas o con los que se haya prohibido transacciones, utilicen el territorio de cualquier país firmante para establecer empresas y realizar transacciones que no sería posible realizar si la empresa estuviera radicada en el país con el cual no se tienen relaciones diplomáticas o exista alguna prohibición de mantener relaciones comerciales.

²⁷ La inclusión de los derechos de propiedad intelectual como inversión ya está incluida en los BITs que el país ha ratificado y está incluida en el TLC entre Costa Rica y México. No está incluida en los TLCs que Costa Rica ya firmó con Chile y Canadá, ya que anteriormente se había incluido en los BITs firmados con esos países.

²⁸ Artículo 10.28.

estas características”²⁹, “Reclamos de pago que son de vencimiento inmediato y que son resultado de la venta de mercancías o servicios no son inversiones”³⁰, y “El hecho de que un tipo de licencia, autorización, permiso, o un instrumento similar (incluida una concesión, en la medida que ésta tenga la naturaleza de este tipo de instrumento), tenga las características de una inversión depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación de la Parte. Entre licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos conforme la legislación interna.”³¹

A continuación se describe y comenta cada uno de los elementos negociados para las inversiones cubiertas por el TLC-CA:

1. Trato Nacional.

El principio de trato nacional³² se consigna en el TLC-CA, al determinarse que a los inversionistas y a las inversiones de los países pertenecientes al tratado se les otorgará un trato no menos favorable que el que se otorga, en su territorio y en circunstancias similares, a los inversionistas nacionales y a sus inversiones, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración,³³ conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones.³⁴ Con ello, se consigna en el Tratado lo que, en el caso de Costa Rica, ya contempla la Constitución Política.

No obstante lo anterior, el país receptor de la inversión está facultado a establecer las condiciones para el establecimiento de una inversión extranjera, mediante formalidades especiales, tales como que los inversionistas sean residentes en el país receptor y que las inversiones se realicen conforme a las leyes y regulaciones internas, siempre que dichas formalidades no afecten la protección al inversionista y a sus inversiones. Asimismo, el país receptor podría requerir información sobre la inversión, pero sólo con fines informativos y estadísticos, protegiendo cualquier información confidencial que pueda afectar la situación competitiva del inversionista o de su inversión. Sin embargo, “Nada de lo dispuesto en este párrafo se interpretará como un impedimento para que una Parte obtenga o divulgue información conforme a la aplicación equitativa y de buena fe de su legislación.”³⁵ Esta última disposición otorga margen, al país receptor de la inversión, para determinar las actividades que se realizan o que se realizarán, así como para aplicar las medidas que considere convenientes.³⁶

²⁹ Nota al pie de página No. 12 del Artículo 10.28

³⁰ Nota al pie de página No. 13 del Artículo 10.28

³¹ Nota al pie de página No. 14 del Artículo 10.28. La reprogramación de las deudas de cualquier país centroamericano o de instituciones públicas de esos países con los Estados Unidos y en general, solamente estarán sujetas a los principios de trato nacional y de Nación Más Favorecida. Anexo 10-A.

³² Como se mencionó, en Costa Rica ese principio está establecido en el Artículo 19 de su Constitución Política. Sin embargo, en el TLC-CA se exceptúan de su aplicación a la contratación pública, por estar regulada en otro capítulo, y a los subsidios o donaciones otorgados por un país, incluyendo préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno. Artículo 10.13.5.

³³ En cuanto a los altos ejecutivos de las empresas que realicen inversiones cubiertas, se establece la no discriminación en materia de nacionalidad para ocupar puestos de alta dirección. En cuanto a las Juntas Directivas, sí se establece que el país receptor de la inversión puede exigir que la mayoría de los miembros de la Junta Directiva o de cualquier comité de esa junta directiva sea de una nacionalidad en particular o sea residente en el país receptor, “... siempre que el requisito no menoscabe materialmente la capacidad del inversionista para ejercer control de su inversión.” Artículo 10.10. Sin embargo, se exceptúan de tal tratamiento la contratación pública, por estar regulada en otro capítulo, y los subsidios o donaciones otorgados por un país, incluyendo los préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno. Artículo 10.13.5.

³⁴ Artículos 10.3.1. y 10.3.2.

³⁵ Artículo 10.14.

³⁶ En el apartado sobre requisitos de desempeño, descrito y comentado más adelante, se establece una serie de medidas que los países pueden tomar en materia ambiental, de cumplimiento de las leyes y regulaciones nacionales, de protección de la salud humana, animal y vegetal, y relativas a la preservación de recursos naturales vivos o no vivos, a partir de la información que se puede requerir de las inversiones establecidas en el territorio nacional.

2. Trato de Nación Más Favorecida.

El principio de Nación Más Favorecida³⁷ se consigna en el TLC-CA al establecer que cada país otorgará a los inversionistas y a sus inversiones de otro país miembro del tratado, un trato no menos favorable del que otorga a los inversionistas y a sus inversiones de cualquier otro país, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.³⁸ Con ello, también se consigna en el Tratado lo que, en el caso de Costa Rica, ya contempla la Constitución Política.

Es importante resaltar que tanto la disposición sobre trato nacional como la disposición sobre Nación Más Favorecida se refieren al trato que ha de darse a los nacionales de un país así como a sus inversiones en otro país, y que no se refiere a la forma de organización que un país privilegie o desee privilegiar para el desarrollo de determinados sectores productivos o actividades. Así, por ejemplo, si un país decide dar prioridad o un tratamiento especial a determinados sectores productivos, organizados en pequeñas y medianas empresas o cooperativas, por ejemplo, reservando para esas formas de organización, u otras, determinada actividad productiva, ello quebranta el principio de trato nacional solamente cuando se discrimina en contra de nacionales de otro país que estén involucrados en el desarrollo de actividades productivas bajo esas formas de organización. Ahora bien, si la forma de organización no es una que el país privilegie, dándole un tratamiento especial, los principios de trato nacional y de Nación Más Favorecida se aplican, independientemente de si se trata de una empresa multinacional o una empresa nacional, pública o privada, e independientemente de los fines que persigan.

3. Nivel mínimo de trato.

El nivel mínimo de trato a las inversiones se expresa en el tratado al establecer que cada país otorgará a las inversiones cubiertas “... un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como la protección y seguridad plenas,”³⁹ de manera que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario se aplica también a las inversiones cubiertas por el tratado.⁴⁰

Ahora bien, “trato justo y equitativo” se refiere al compromiso de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso - administrativos, según el principio del debido proceso. Por su parte “protección y seguridad plenas” se refiere al compromiso de cada país de otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.⁴¹ Con el propósito de evitar que se alegue una violación al nivel mínimo de trato establecido en razón de la supuesta violación de otras disposiciones del tratado o bien de otro acuerdo internacional, con lo que se crea la posibilidad de aplicar los mecanismos de solución de controversias inversionista – Estado, se elimina la posibilidad de que otras violaciones al tratado impliquen que se ha violado el principio de trato justo y equitativo.⁴² Esta disposición fue incluida en el TLC-CA a raíz de lo experimentado en el TLCAN en la materia, tratado en el que no se incluyó dicha disposición.

³⁷ Como se mencionó, ese principio está contemplado en el artículo 19 de su Constitución Política. Sin embargo, en el TLC-CA se exceptúan de su aplicación a la contratación pública, por estar regulada en otro capítulo, y a los subsidios o donaciones otorgados por un país, incluyendo préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno. Artículo 10.13.5.

³⁸ Artículo 10.4.1. y 10.4.2.

³⁹ Artículo 10.5.1.

⁴⁰ El derecho al “trato justo y equitativo” y a la “protección y seguridad plenas” está contemplado en los BITs ratificados por el país.

⁴¹ Artículo 10.5.2.

⁴² Artículo 10.5.3.

4. Procedimientos para la expropiación y para la indemnización.⁴³

Con respecto a posibles expropiaciones o nacionalizaciones,⁴⁴ el TLC-CA establece que únicamente podrán ser expropiadas o nacionalizadas las inversiones cubiertas:⁴⁵

- a. por causa de un propósito público;⁴⁶
- b. de una manera no discriminatoria;
- c. mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización; y
- d. con apego al principio de debido proceso y según el Nivel Mínimo de Trato (trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas),

para lo cual los países confirman un común entendimiento que abarca los siguientes elementos:⁴⁷

1. que con respecto a esta materia los países intentan reflejar el derecho internacional consuetudinario;
2. que se considera una expropiación cuando el Gobierno procede de tal forma que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos esenciales del dominio de una inversión;

3. que en el tratamiento de la expropiación o nacionalización se abordan dos situaciones:⁴⁸

- a. la expropiación directa, que implica la expropiación o nacionalización de una inversión mediante la transferencia formal del derecho de dominio; y
- b. la expropiación indirecta, que se refiere a acciones gubernamentales que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin que exista una transferencia formal del derecho de dominio. En este caso, se establece que se requerirá de una investigación factual, caso por caso, que considere, entre otros factores:
 - i. el impacto económico del acto gubernamental, aunque éste por sí solo no establece que se da una expropiación indirecta;
 - ii. la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y
 - iii. el carácter de la acción gubernamental,

para determinar si se trata o no de una expropiación indirecta. No constituyen una expropiación directa aquellos actos regulatorios no discriminatorios que un país diseñe y aplique para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.⁴⁹

⁴³ En caso de pérdidas en sus inversiones cubiertas, sufridas por inversionistas de otro país miembro del TLC-CA, debido a conflictos armados o contiendas civiles, las medidas que tome el país receptor de esas inversiones deberán ser no discriminatorias. Sin embargo, si la pérdida resulta de una requisición, total o parcial, o de una destrucción, total o parcial, por las fuerzas o autoridades del país receptor, y no requerida por la necesidad de la situación, el país receptor de esas inversiones cubiertas deberá otorgar la restitución o una indemnización, la cual en cualquier caso, será de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. El proceso de indemnización es el mismo que se utiliza para los casos de expropiación. Artículo 10.6.1.

⁴⁴ Lo acordado en materia de expropiación e indemnización no se aplica a la emisión de licencias obligatorias otorgadas en relación con los derechos de propiedad intelectual, según el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC, que es vinculante para todos los países firmantes del TLC-CA, ni a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida que dicha emisión, revocación, limitación o creación sea consistente con el Capítulo sobre Derechos de Propiedad Intelectual (Capítulo 15) del TLC-CA.

⁴⁵ Artículo 10.7.1. Dado que el término inversión “significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente ...” y la expropiación o nacionalización se refiere a una inversión, no se incluyen los bienes del estado, como inversión cubierta. Artículo 10.28.

⁴⁶ Para ello, se aplica lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Expropiaciones No. 7495 del 8 de junio de 1995 y sus reformas: “La presente Ley regula la expropiación forzosa por causa de interés público legalmente comprobado. La expropiación se acuerda en ejercicio del poder de imperio de la Administración Pública y comprende cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera sean sus titulares, mediante el pago previo de una indemnización que represente el precio justo de lo expropiado”. En el artículo 18 se establece: “Para expropiar, será indispensable un acto motivado, mediante el cual el bien por expropiar se declare de interés público. La declaratoria de interés público deberá notificarse al interesado o su representante legal y será publicada en el Diario Oficial”.

⁴⁷ Anexo 10 – C.

⁴⁸ Debe aclararse que la jurisprudencia costarricense (de la Sala Constitucional), también establece dos tipos de expropiación: la expropiación de derecho y la expropiación de hecho.

Se establecen pues, dos tipos de expropiación, uno directamente relacionado con la transferencia del título de dominio de una inversión, y otro relacionada con el impacto que una medida gubernamental (incluyendo un impuesto) pueda tener sobre el valor económico de una inversión, la medida en que la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión y el carácter de la acción gubernamental, haciendo la salvedad de que las disposiciones de un país en materia de salud pública, seguridad y medio ambiente no constituyen elementos que puedan interpretarse como expropiaciones indirectas.⁵⁰ Nótese que la investigación factual debe considerar, por lo menos, los tres factores mencionados, pudiendo abarcar otros, sin que uno de esos factores sea suficiente para determinar que haya habido una expropiación indirecta.

Por otra parte, la intención de reflejar el derecho internacional consuetudinario en materia de expropiaciones, que es el derecho aceptado por todos los países como mínimo, busca aplicar en esta materia el derecho mínimo aceptado internacionalmente. Dado que el derecho internacional consuetudinario es aplicable tanto a nacionales como a extranjeros, se mantiene el objetivo del trato nacional.

Las disposiciones en materia de las expropiaciones indirectas no incluyen un listado de los criterios a utilizar para prever qué situaciones se pueden presentar que puedan ser consideradas expropiaciones indirectas. No es posible una lista de criterios exhaustivos, previendo todas las situaciones que se puedan presentar aludiéndose una expropiación indirecta,

por lo que se establecen, como mínimo, tres criterios que tienen que considerarse simultáneamente, para poder determinar si se trata de una expropiación indirecta,⁵¹ analizando la situación caso por caso.

Así, por ejemplo, el caso de una empresa que recibe los permisos correspondientes, hace inversiones cuantiosas, pero a la hora de realizar las inversiones surgen asuntos relacionados con el ambiente no previstos anteriormente y se aplica la legislación correspondiente, ello podría convertirse en una reducción del valor económico de la inversión, con lo cual se podría eventualmente alegar una disminución del valor económico de la misma como fundamento para alegar una expropiación indirecta. Sin embargo, debe evaluarse esa disminución del valor económico de la inversión, conjuntamente con otros factores, para poder determinar si se trata de una expropiación indirecta.

En cuando a la indemnización, ésta deberá:

- a. ser pagada sin demora;⁵²
- b. ser equivalente al valor justo de mercado⁵³ que tenga la inversión expropiada, inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”);⁵⁴
- c. no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y
- d. ser completamente liquidable y libremente transferible.⁵⁵

⁴⁹ En el Capítulo 21 (Excepciones), en el Artículo 21.3.6., se establece que una medida tributaria (un incremento del impuesto sobre la renta, por ejemplo) puede ser alegada como una expropiación indirecta o como una violación a un convenio sobre inversión o a una autorización de inversión. Sin embargo, el procedimiento acordado establece que antes de que pueda afirmarse que se trata de una medida expropiatoria, el asunto debe ser sometido a las autoridades competentes de ambos países en los que se dé esa controversia, las que determinarán si se trata de una expropiación indirecta o no. Únicamente en el caso de que seis meses después de que el asunto haya sido sometido a las autoridades competentes, éstas no logran un acuerdo al respecto, el asunto podrá ser sometido a otras instancias (arbitraje).

⁵⁰ Salvo circunstancias excepcionales que, por cierto, no están tipificadas. Anexo 10-C.

⁵¹ Es claro en el siguiente caso: Un inversionista de los Estados Unidos no podrá someter a arbitraje una reclamación relacionada con instrumentos de deuda soberanos que tengan plazo de vencimiento menor a un año, a menos que haya transcurrido un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos que dan origen a la reclamación. Anexo 10-E. Sin embargo, esta disposición se estableció para eliminar la posibilidad de otorgar protección al capital especulativo.

⁵² “Firme la sentencia, el pago de la indemnización o de la diferencia con el avalúo administrativo aceptado, depositado y retirado por el propietario, se realizará mediante el trámite establecido en la Ley de Administración Financiera de la República, para el caso del Gobierno Central. Los demás entes públicos efectuarán el acuerdo de pago. Transcurridos tres meses desde que el fallo es ejecutorio sin que se haya pagado al expropiado, la oficina de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y la Contraloría General de la República ordenarán una reserva, en el presupuesto ordinario o extraordinario de la Administración obligada al pago, hasta por el monto del justiprecio, para garantizar el cumplimiento de la sentencia.” Artículo 47 de la Ley de Expropiaciones del 8 de junio de 1995, y sus reformas.

5. Disposiciones sobre transferencias.

En lo relativo a las transferencias internacionales relacionadas con las inversiones cubiertas, se establece que esas transferencias deben poder realizarse libremente y sin demora,⁵⁶ en una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente.⁵⁷ También se autorizan las transferencias en especie, sujeto a lo acordado entre el país y el inversionista del otro país.⁵⁸ No obstante, es posible impedir la realización de transferencias en razón de “... la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relativas a: a. quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; b. emisión, comercio u operaciones de valores, futuros, opciones o derivados; c. infraccio-

nes penales; d. reportes financieros o mantenimiento de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar en el cumplimiento de la ley o a las autoridades financieras regulatorias; e. garantía de cumplimiento de órdenes o fallos en procedimientos judiciales o administrativos.”⁵⁹

En cuanto a restricciones a las transferencias mediante el control de movimientos de capitales con el fin de evitar las consecuencias de crisis financieras internacionales y los efectos sobre la estabilidad financiera, éstas se contemplan tanto en el capítulo sobre servicios financieros,⁶⁰ además de lo establecido en Capítulo 21 del TLC-CA (Excepciones).⁶¹

⁵³ “Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización pagada – convertida a la moneda del pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago – no será inferior a: a. el valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha, más b. los intereses, a una tasa comercialmente razonable por esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago. Artículos 10.7.3. y 10.7.4.

⁵⁴ El procedimiento para la determinación del valor justo de mercado está claramente establecido en el Artículo 22 de la Ley de Expropiaciones del 8 de junio de 1995 y sus reformas, estableciendo los siguientes criterios, entre otros: la consideración del precio estimado de las propiedades colindantes y de otras propiedades de la zona o el de las ventas efectuadas en el área; informes de asociaciones o cámaras de corredores de bienes raíces sobre el bien en cuestión o sobre precios de la zona o de inmuebles similares; fotografías, publicaciones o anuncios hechos por el propietario, los colindantes o vecinos, por cualquier medio, que ofrezcan en venta la finca expropiada u otros inmuebles en la zona; valor declarado por el propietario o fijado por la Administración para efectos de cancelación de impuestos locales o nacionales; valor del bien o de los colindantes, fijado para trámites bancarios; y cualesquiera otros que permitan la valoración del inmueble.” Artículos 22 y 40 de la Ley de Expropiaciones del 8 de junio de 1995 y sus reformas.

⁵⁵ “El justiprecio será pagado en dinero efectivo, salvo que el expropiado lo acepte en títulos valores.” Artículo 47 de la Ley de Expropiaciones de junio 1995 y sus reformas. Tanto el pago en moneda local como el producto de la venta de los títulos valores son transferibles al exterior mediante su conversión a moneda extranjera en el mercado de divisas. Igualmente, los títulos valores son completamente liquidables.

⁵⁶ Específicamente se trata de las transferencias relacionadas con: a. aportes de capital; b. utilidades, dividendos, ganancias de capital, y el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión respectiva; c. intereses, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos; d. pagos realizados conforme a un contrato, incluyendo un contrato de préstamo; e. pagos efectuados en relación con restitución o indemnización de inversiones destruidas debido a conflictos armados, expropiaciones e indemnizaciones; y los pagos derivados de una controversia. Artículo 10.8.1.

⁵⁷ Artículo 10.8.2.

⁵⁸ Artículo 10.8.3.

⁵⁹ Artículo 10.8.4.

⁶⁰ “... una Parte no estará impedida de adoptar o mantener medidas por motivos cautelares, incluyendo la protección de inversionistas, depositantes, tenedores de pólizas o personas con las que una institución financiera o un proveedor de servicios financieros transfronterizos tenga contraída una obligación fiduciaria, o para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero.” Artículo 12.10. Motivos cautelares “... incluye el mantenimiento de la seguridad, solvencia, integridad o responsabilidad financiera de instituciones financieras individuales o de proveedores transfronterizos de servicios financieros.” Nota al pie de página No.3 del Artículo 12.10.

⁶¹ “Cuando una Parte decida imponer medidas por motivos de balanza de pagos, lo hará así sólo de acuerdo con sus derechos y obligaciones de conformidad con el GATT de 1994, incluida la Declaración sobre las Medidas Comerciales Adoptadas por Motivos de Balanza de Pagos (“Declaración de 1979”) y el Entendimiento relativo a las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 en materia de balanza de pagos.” Artículo 21.4. Sin embargo, “Al adoptar tales medidas, la parte consultará inmediatamente a las otras Partes y no menoscabará los beneficios relativos otorgados a las otras Partes de conformidad con este Tratado.” Artículo 21.4.

6. Disposiciones sobre requisitos de desempeño.

Como se mencionó, la política de promoción de las inversiones en los países centroamericanos se ha caracterizado por no establecer requisitos de desempeño a los inversionistas. Dicho elemento de la política seguida se consolida en el TLC-CA, convirtiéndolo en ley, no sólo para las inversiones de los países miembros del TLC-CA, incluidos los nacionales, sino también para todas las inversiones provenientes de cualquier otro país.⁶² De esta manera, se eliminan los requisitos de desempeño dentro del marco del tratado y de manera recíproca con respecto a los otros países firmantes, pero también con respecto a otros países. Cabe mencionar que al respecto, el país ya ha adquirido compromisos similares con respecto a requisitos de desempeño en el marco de la OMC, el TLC con México y en los BITs.

El TLC-CA establece, específicamente, la exclusión de los siguientes requisitos de desempeño para cualquier forma de inversión:⁶³

- “(a) exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios;⁶⁴*
- (b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;⁶⁵*
- (c) comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio;⁶⁶*
- (d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;*
- (e) restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas;*
- (f) transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento⁶⁷ de su propiedad;⁶⁸ o*
- (g) actuar como el proveedor exclusivo desde el territorio de la Parte de las mercancías que tal inversión produce o los servicios que suministre para un mercado regional específico o al mercado mundial.”⁶⁹*

⁶² Artículo 10.1.(c).

⁶³ Artículo 10.9.1. Cualquier otro requisito de desempeño, no mencionado aquí, puede ser aplicado. Artículo 10.9.4.

⁶⁴ Este requisito sí puede ser exigido para participar en programas de promoción de exportaciones y de ayuda externa.

⁶⁵ La prohibición de exigir este requisito de desempeño no restringe la posibilidad de que los países tomen medidas de naturaleza ambiental, o medidas para: a. asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones nacionales consistentes con el Tratado; proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; c. para preservar los recursos naturales vivos o no vivos agotables que afecten el contenido nacional. Artículo 10.9.3.(c). Este requisito sí puede ser exigido para participar en programas de promoción de exportaciones, de ayuda externa (proveniente de alguna institución nacional, o programas auspiciados por alguna organización de otro país o internacional) y para la contratación pública. Artículo 10.9.3.(d) y Artículo 10.9.3.(e).

⁶⁶ La prohibición de exigir este requisito de desempeño no restringe la posibilidad de que los países tomen medidas de naturaleza ambiental, o medidas para: a. asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones nacionales consistentes con el Tratado; proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; c. para preservar los recursos naturales vivos o no vivos agotables que afecten la compra de mercancías en el territorio nacional. Artículo 10.9.3.(c). Este requisito sí puede ser exigido para participar en programas de promoción de exportaciones y de ayuda externa y para la contratación pública. Artículo 10.9.3.(d) y Artículo 10.9.3.(e).

⁶⁷ La prohibición de exigir este requisito de desempeño no restringe la posibilidad de que los países tomen medidas de naturaleza ambiental, o medidas para: a. asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones nacionales consistentes con el Tratado; proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; c. para preservar los recursos naturales vivos o no vivos agotables que afecten la transferencia de tecnología, de un proceso productivo o de un conocimiento. Artículo 10.9.3.(c).

⁶⁸ Este requisito de desempeño sí puede ser exigido cuando un país autoriza el uso de un derecho de propiedad intelectual de conformidad con el Artículo 31 de Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que regula otros usos sin autorización del titular de los derechos, o a medidas que exijan la divulgación de información de dominio privado que se encuentren dentro del ámbito de aplicación y sean compatibles con el Artículo 39 del ADPIC (sobre protección de la información no divulgada). Asimismo, puede ser exigido para remediar una práctica que haya sido determinada como anticompetitiva conforme a las leyes de competencia del país respectivo, luego de un procedimiento judicial o administrativo y para la contratación pública. Artículo 10.9.3.(e).

⁶⁹ Este requisito sí puede ser exigido para la contratación pública. Artículo 10.9.3.(e).

Tampoco será posible condicionar el otorgamiento de una ventaja⁷⁰ a los siguientes requisitos de desempeño para cualquier tipo de inversión:⁷¹

- “(a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;⁷²*
- (b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidos en su territorio, o a adquirir mercancías de personas en su territorio;⁷³*
- (c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o*
- (d) restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o suministra, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.”*

No obstante lo anterior, que trata de requisitos de desempeño que la actual política de fomento de las inversiones ya considera como limitantes de las inversiones, ya que su exigencia más bien puede reducir el atractivo del país para la inversión, se mencionan explícitamente requisitos de desempeño que sí pueden ser exigidos a cambio del otorgamiento de una ventaja, tales como la ubicación de la producción (en determinada zona del país), el suministro de servicios, la capacitación y el empleo de trabajadores,⁷⁴ la construcción o ampliación de instalaciones, y la realización de actividades de investigación y desarrollo.⁷⁵

Además, los países mantienen la potestad de de aplicar medidas, que pueden significar la denegación de la realización de una inversión o su continuación:⁷⁶

- “(i) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean inconsistentes con este tratado;*
- (ii) necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal; o*
- (iii) relativas a la preservación de recursos naturales vivos o no vivos agotables.”*

Se restringe la aplicación de esas medidas a “... siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, y siempre que tales medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o la inversión internacionales.”⁷⁷ Esta disposición ha sido blanco de fuertes críticas, ya que al parecer, todo se sujeta a que no se obstaculice el comercio y la inversión internacionales. Sin embargo, se trata de no utilizar dichas medidas sin justificación alguna y de que no se utilicen como prácticas proteccionistas del comercio, haciendo valer los principios de trato nacional y Nación Más Favorecida. Dentro de este contexto es importante señalar que “En el caso de cualquier inconsistencia entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la inconsistencia”⁷⁸ Al prevalecer, por ejemplo, la aplicación de la legislación ambiental sobre los acuerdos en materia de inversiones, y al tener que ser esas medidas debidamente justificadas, los países tienen margen para tomar esas medidas sin que contravengan lo negociado.

⁷⁰ Una ventaja es, por ejemplo, proporcionar procedimientos especiales de trámite documentario a determinadas actividades ante las autoridades respectivas, o el otorgamiento de ciertos beneficios bajo regímenes especiales (los beneficios fiscales que obtienen las empresas bajo el régimen de zona franca o los procedimientos de suspensión de pago de derechos de importación bajo el régimen de perfeccionamiento activo).

⁷¹ Artículo 10.9.2.

⁷² La prohibición de exigir este requisito de desempeño no restringe la posibilidad de que los países tomen medidas de naturaleza ambiental, o medidas para: a. asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones nacionales consistentes con el Tratado; proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; c. para preservar los recursos naturales vivos o no vivos agotables que afecten el contenido nacional. Artículo 10.9.3.(c). Este requisito sí puede ser exigido para participar en programas de promoción de exportaciones y de ayuda externa y para la contratación pública. Artículo 10.9.3.(d) y Artículo 10.9.3.(e). Este requisito no podrá ser exigido al contenido de las mercancías necesario para calificar para aranceles o cuotas preferenciales. Artículo 10.9.3.(f).

⁷³ La prohibición de exigir este requisito de desempeño no restringe la posibilidad de que los países tomen medidas de naturaleza ambiental, o medidas para: a. asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones nacionales consistentes con el Tratado; proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; c. para preservar los recursos naturales vivos o no vivos agotables que afecten la compra de mercancías en el territorio nacional. Artículo 10.9.3.(c). Este requisito sí puede ser exigido para participar en programas de promoción de exportaciones y de ayuda externa y para la contratación pública. Artículo 10.9.3.(d) y Artículo 10.9.3.(e). Este requisito no podrá ser exigido al contenido de las mercancías necesario para calificar para aranceles o cuotas preferenciales. Artículo 10.9.3.(f).

⁷⁴ Puede establecerse el requisito de determinada generación de empleo, tanto en calidad como en cantidad.

⁷⁵ Artículo 10.9.3.

⁷⁶ Artículo 10.9.3.(c).

⁷⁷ Artículo 10.9.3.(c).

⁷⁸ Artículo 10.2.1.

La eliminación de los requisitos de desempeño descritos para las inversiones extranjeras y nacionales en el TLC-CA, ciertamente limita la posibilidad de establecerlos o de variarlos en el futuro, independientemente de si la política seguida no los establece, ya que con el TLC-CA se estaría promulgando legislación sobre inversiones que no se podría variar unilateralmente en el futuro. Similares obligaciones ha adquirido el país en la OMC, en varios TLCs así como en los BITS.

7. Disposiciones sobre medio ambiente.

Una de los aspectos mayormente criticados sobre el capítulo sobre inversiones es el relacionado con el medio ambiente. Sin embargo, es importante mencionar, nuevamente, que cualquier otro capítulo del TLC-CA está por encima del capítulo de inversiones, siendo ello también válido para el capítulo ambiental. En éste se establece el cumplimiento de la legislación ambiental interna, en la medida que afecte el comercio, como compromiso en el tratado, y en el capítulo sobre inversiones se establece que los otros capítulos del tratado prevalecen sobre el capítulo sobre inversiones. Asimismo, cada país puede hacer cumplir cualquier medida “... que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.”⁷⁹

Si bien podría argumentarse que el término “inquietudes” es muy suave, y que en su lugar debiera establecerse que el país tiene el derecho de denegar una inversión, el hecho de que en materia ambiental los paí-

ses se comprometen a aplicar la legislación nacional e incluso a mejorarla da margen suficiente para tomar las medidas necesarias de manera que las inversiones cumplan con la legislación ambiental vigente.

Al respecto, debe señalarse también que, más que mantener la potestad del estado para denegar una inversión, se trata en el tratado de crear las condiciones para que las inversiones se den, pero que para ello los Estados deben velar porque su legislación interna y sus políticas al respecto, se cumplan adecuadamente.⁸⁰ Tomar medidas que garanticen que las actividades de inversión se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental, equivale a decir que no tomar en cuenta dichas inquietudes puede conducir a la denegación de la inversión. Para ello, sin embargo, el país debe estar en capacidad de hacer cumplir las leyes existentes.⁸¹

Ahora bien, al igual que en el caso de los requisitos de desempeño, el compromiso adquirido de que cada país puede hacer cumplir cualquier medida que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental, se adquiere no sólo con respecto a las inversiones de los países firmantes del TLC-CA, incluyendo las inversiones nacionales, sino frente a todos los países del mundo, sin que exista reciprocidad.⁸² Ello parte de la lógica de exigir los mismos requisitos en materia ambiental a todas las inversiones que se desarrollen en el territorio nacional de cada país.

⁷⁹ Artículo 10.11.

⁸⁰ Ese es, precisamente, uno de los mayores retos para el país: el cumplimiento de la legislación vigente, además de crear la capacidad institucional para lograrlo.

⁸¹ El cumplimiento de las leyes ambientales es, en sí mismo, un reto de grandes proporciones. Si a lo anterior se agrega que los países estarían facultados para adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental, necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal o relativas a la preservación de recursos naturales vivos o no vivos agotables, pareciera que existe margen para considerar inquietudes de naturaleza ambiental. Artículo 10.9.3. Ciertamente dichas medidas no deben aplicarse de manera arbitraria o injustificada, y no deben ser restricciones encubiertas al comercio o la inversión, según lo establecido en ese artículo. Se trata de que las medidas ambientales no se conviertan en instrumentos comerciales proteccionistas. Sin embargo, el TLC-CA no aborda los estándares ambientales que cada país debiera tener, sino que se limita a exigir el cumplimiento de la legislación ambiental nacional.

⁸² Artículo 10.1.1.(c).

⁸³ “Medidas identifica las leyes, reglamentos y otras medidas respecto de las cuales se ha hecho una ficha. Una medida citada en el elemento Medidas: (i) significa la medida modificada, continuada o renovada, a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, e (ii) incluye cualquier medida subordinada, adoptada o mantenida bajo la autoridad de dicha medida y de manera consistente con ella;” Artículo 3.(d), del Anexo I, Nota Explicativa.

⁸⁴ Las disposiciones sobre trato nacional, Nación Más Favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y juntas directivas no se aplican a un gobierno de nivel local. Artículo 10.13.1.(a)(iii).

⁸⁵ “Descripción establece los compromisos de liberalización, si los hubiere, en la fecha de entrada en vigor de este Tratado y los aspectos disconformes restantes de las medidas existentes sobre los que se ha hecho la ficha.” Artículo 3.(e) del Anexo I, Nota Explicativa.

8. Excepciones de aplicación de trato nacional, nación más favorecida, requisitos de desempeño y disposiciones sobre altos ejecutivos y juntas directivas (medidas disconformes).

En el Anexo I del TLC-CA, denominado Medidas Disconformes de Servicios e Inversión, se presenta para cada país una lista de aquellas medidas,⁸³ a nivel del Gobierno Central, Gobierno Regional,⁸⁴ con su debida descripción,⁸⁵ para las que no se aplican las obligaciones del capítulo sobre trato nacional, Nación Más Favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y juntas directivas, en vista de la situación actual en la legislación vigente.⁸⁶ Toda otra medida, esto es, cualquier otra ley, reglamento o regulación, no incluida en esta lista, está sujeta a las obligaciones del capítulo sobre inversiones.

Importante es el compromiso asumido en el TLC-CA de que las medidas disconformes contenidas en el Anexo I podrán ser modificadas, “... siempre que dicha modificación no disminuya la conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación.”⁸⁷ Esta disposición se refiere a que las medidas disconformes pueden ser modificadas, siempre que no disminuya la conformidad con lo acordado sobre los principios de trato nacional y de Nación Más Favorecida, ni con lo acordado en materia de requisitos de desempeño y de altos ejecutivos y juntas directivas. Ello implica que las medidas sí podrán ser modificadas para garantizar el bien común, la salud pública o la protección del medio ambiente, entre otros.

En el Anexo II del TLC-CA, también denominado Medidas Disconformes de Servicios e Inversión, se presenta para cada país una lista de aquellos sectores, subsectores o actividades específicas

para las cuales ese país podrá mantener medidas existentes o adoptar medidas nuevas o incluso más restrictivas, y para las que, en consecuencia, no aplican las obligaciones de trato nacional, Nación Más Favorecida, requisitos de desempeño y para altos ejecutivos y juntas directivas.⁸⁸ No se podrá exigir a un inversionista, en razón de su nacionalidad,⁸⁹ que venda o disponga, de alguna otra manera, de una inversión existente en relación con cualquier medida adoptada después de la fecha de entrada en vigor del tratado, en el momento en que la medida cobre vigencia.⁹⁰ Entonces, una nueva medida no cobra vigencia para las inversiones existentes, en cuanto a trato nacional y de Nación Más Favorecida, pero sí cobra vigencia para las inversiones futuras.

Para el caso de Costa Rica, las medidas no sujetas a las obligaciones sobre trato nacional en materia de inversiones, se encuentran en los siguientes sectores:⁹¹

Medidas en sectores:

- a. Actividades en la Zona Marítimo Terrestre;⁹²
- b. Servicios de transporte por vía terrestre – transporte de pasajeros;
- c. Servicios de transporte por vía terrestre – transporte de carga;
- d. Servicios de transporte por vía acuática;
- e. Servicios de transporte aéreo;
- f. Servicios relacionados con las telecomunicaciones – radio y televisión;
- g. Minería y servicios relacionados con minería – minerales diferentes de los hidrocarburos;
- h. Pesca y servicios relacionados con la pesca;
- i. Energía Eléctrica;
- j. Servicios de Enseñanza Superior;

⁸⁶ La lista de medidas para las que no se aplica lo acordado es conocida como “lista negativa”. En algunos tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones se presentan listas negativas, en otros no se presentan del todo, y se condiciona la aplicación de lo acordado a la legislación interna.

⁸⁷ Artículo 10.13.1.(c).

⁸⁸ La lista de sectores, subsectores o actividades específicas para las cuales no aplica lo acordado es conocida como “lista negativa”. En algunos tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones se presentan listas negativas, en otros no se presentan del todo, y se condiciona la aplicación de lo acordado a la legislación interna.

⁸⁹ Principios de trato nacional y de Nación Más Favorecida.

⁹⁰ Artículo 10.13.3.

⁹¹ Para un desglose detallado de las medidas exentas de las obligaciones del tratado y su respectiva descripción, véanse el Anexo I, Lista de Costa Rica y el Anexo II, Lista de Costa Rica.

⁹² “La zona marítimo terrestre es la franja de 200 metros de ancho a todo lo largo de los litorales Atlántico y Pacífico de la República, medidos horizontalmente a partir de la línea de la pleamar ordinaria. La zona marítimo terrestre comprende todas las islas dentro del mar territorial de Costa Rica.” Anexo I, Lista de Costa Rica.

- k. Audiovisuales – Publicidad – Servicios de cine, radio, televisión y otros espectáculos;
- l. Servicios deportivos y otros servicios de esparcimiento;
- m. Servicios inalámbricos.

Sectores, subsectores o actividades:

Los sectores, subsectores o actividades exentos de las obligaciones de trato nacional, son los Servicios Sociales. Específicamente, el país “... se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida respecto a la ejecución de leyes y al suministro de servicios de readaptación social así como los siguientes servicios en la medida que sean servicios sociales que se establezcan o mantengan por un interés público: seguro o seguridad de ingreso, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud, atención infantil, servicios de alcantarillado público y servicios de suministro de agua.”⁹³ Queda así definido lo que se entiende por Servicios Sociales.

Las medidas en sectores y los sectores, subsectores o actividades de Costa Rica, exentos de las obligaciones con respecto al principio de Nación Más Favorecida en materia de inversiones, son las siguientes:⁹⁴

Medidas en sectores:

- a. Servicios de transporte por vía terrestre – transporte de pasajeros;
- b. Servicios de transporte por vía terrestre – transporte de carga;
- c. Servicios de transporte aéreo;
- d. Servicios relacionados con las telecomunicaciones – radio y televisión;

- e. Audiovisuales – Publicidad – Servicios de cine, radio, televisión y otros espectáculos;
- f. Servicios inalámbricos.

Sectores, subsectores o actividades:

- a. Todos los sectores. Al respecto, Costa Rica se reserva, frente a los Estados Unidos, el derecho de adoptar a mantener cualquier medida que otorgue un trato diferencial a países conforme a cualquier tratado internacional bilateral o multilateral vigente o que se suscriba con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Tratado. Con respecto a aviación, pesca y asuntos marítimos, incluyendo salvamento, Costa Rica se reserva ese mismo derecho después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.
- b. Industrias Culturales;
- c. Servicios Sociales.⁹⁵

Las medidas en sectores y sectores, subsectores o actividades de Costa Rica, exentos de las obligaciones sobre requisitos de desempeño en materia de inversiones, son las siguientes:⁹⁶

Medidas en sectores:

- a. Zonas Francas;
- b. Pesca y servicios relacionados con la pesca;
- c. Audiovisuales – Publicidad – Servicios de cine, radio, televisión y otros espectáculos.

Los sectores, subsectores o actividades exentos de las obligaciones de requisitos de desempeño son los Servicios Sociales.⁹⁷

⁹³ Anexo II, Lista de Costa Rica. Además, no se podrá exigir a un inversionista, en razón de su nacionalidad, que venda o disponga, de alguna otra manera, de una inversión existente en relación con cualquier medida adoptada después de la fecha de entrada en vigor del tratado, en el momento en que la medida cobre vigencia, según el Artículo 10.13.3. , con lo que la medida sí cobra vigencia para inversiones futuras.

⁹⁴ Para un desglose detallado de las medidas exentas de las obligaciones del tratado y su respectiva descripción, véanse el Anexo I, Lista de Costa Rica y el Anexo II, Lista de Costa Rica.

⁹⁵ Para estos servicios, rige lo mismo que para la excepción en cuanto a trato nacional. Además, no se podrá exigir a un inversionista, en razón de su nacionalidad, que venda o disponga, de alguna otra manera, de una inversión existente en relación con cualquier medida adoptada después de la fecha de entrada en vigor del tratado, en el momento en que la medida cobre vigencia, según el Artículo 10.13.3, con lo que la medida sí cobra vigencia para inversiones futuras. Artículo 10.13.3.

⁹⁶ Para un desglose detallado de las medidas exentas de las obligaciones del tratado y su respectiva descripción, véanse el Anexo I, Lista de Costa Rica y el Anexo II, Lista de Costa Rica.

⁹⁷ Para estos servicios, rige lo mismo que para la excepción en cuanto a los principios de trato nacional de Nación Más Favorecida. Además, no se podrá exigir a un inversionista, en razón de su nacionalidad, que venda o disponga, de alguna otra manera, de una inversión existente en relación con cualquier medida adoptada después de la fecha de entrada en vigor del tratado, en el momento en que la medida cobre vigencia, según el Artículo 10.13.3. , con lo que la medida sí cobra vigencia para inversiones futuras.

Las medidas disconformes en sectores y los sectores, exentos de las disposiciones sobre Altos Ejecutivos y Juntas Directivas, son las siguientes:

Medidas en sectores:

- a. Servicios de transporte por vía terrestre;
- b. Servicios de transporte aéreo;
- c. Servicios relacionados con las telecomunicaciones – radio y televisión; y
- d. Servicios de enseñanza superior.

Sectores, subsectores o actividades:

Servicios Sociales.⁹⁸

9. Disposiciones para la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado receptor de las inversiones extranjeras.

El mecanismo para la solución de controversias entre inversionistas y el Estado en el TLC-CA ha suscitado una gran polémica, a pesar de que los elementos fundamentales del mismo ya están incorporados en los tratados de fomento y protección recíproca a las inversiones que el país ha suscrito y ratificado con otros países. Aspectos centrales de esa polémica son: a. que para la solución de controversias se puede recurrir a un arbitraje internacional, al margen de los tribunales nacionales; y b. que las empresas extranjeras pueden recurrir a ese mecanismo como demandantes, mientras que el Estado sólo puede recurrir a ese mecanismo como demandado.⁹⁹

Efectivamente, para la solución de controversias entre inversionistas y el Estado, se puede recurrir a un arbitraje internacional.¹⁰⁰ Sin embargo, a diferencia de la situación actual, en la que para recurrir al arbitraje se requiere del consentimiento del Estado, en el TLC-CA el Estado otorga ese consentimiento por adelantado. Ello, sin embargo, no significa que el Estado renuncie a la posibilidad de demandar a un inversionista en los tribunales nacionales y solucionar la controversia en esa sede, sino que el inversionista tiene la opción de recurrir a un tribunal internacional, si así lo desea. La opción de recurrir a un tribunal arbitral internacional da al inversionista mayor seguridad jurídica en el país receptor, ante la posible desconfianza en los tribunales nacionales, pero el tribunal arbitral debe considerar en sus deliberaciones lo acordado entre el país receptor y el inversionista, lo que a su vez es la base para que el gobierno del país receptor proceda ante supuestos incumplimientos por parte del inversionista extranjero.

El hecho de que el Estado dé su consentimiento por adelantado para que un inversionista recurra a un tribunal internacional y que el Estado no pueda aparecer como demandante es, para algunos, inaceptable. No obstante, debe aclararse que es bajo el TLC-CA que el Estado no puede aparecer como demandante, pero que bajo las reglas del CIADI sí puede hacerlo.

⁹⁸ Para estos servicios, rige lo mismo que para la excepción en cuanto a trato nacional. Véase al respecto el tratamiento de lo acordado en materia de inversiones en lo referente al principio de trato nacional.

⁹⁹ “demandado significa la Parte que es parte de una controversia relativa a una inversión”, “demandante significa el inversionista de una Parte que es parte de una controversia relativa a inversiones con otra Parte”. Artículo 10.28.

¹⁰⁰ El TLC-CA no regula las relaciones entre sujetos de derecho privado. La solución de controversias en este ámbito es, generalmente, consensuado contractualmente entre las partes.

¹⁰¹ La solución de controversias Inversionista – Estado tiene un tratamiento diferente cuando se trata de una inversión en servicios financieros. Artículo 12.19. En caso de que un inversionista someta una reclamación a arbitraje, pero el país demandado alegue que se trata de la adopción de una medida por medidas cautelares (protección de inversionistas o garantía de integridad y solvencia del sistema financiero) el asunto deberá ser remitido al Comité de Servicios Financieros para una decisión. Este podrá delegar la toma de la decisión a las autoridades relevantes de los países entre los cuales se dé la controversia. Artículo 12.19.4. Mientras esa decisión no se dé, el tribunal arbitral no podrá proceder, y cuando la decisión esté tomada, ésta será vinculante para el tribunal. No obstante, si el Comité no decide sobre el asunto en un plazo de 60 días, el inversionista o su país podrán solicitar el establecimiento de un panel arbitral, según el mecanismo de solución de controversias y lo establecido al respecto sobre servicios financieros. El informe que emita el panel arbitral será vinculante para el tribunal, pero si el establecimiento del panel no se solicita en el plazo previsto, el tribunal podrá proceder a resolver el caso.

Por lo demás, recurrir a un arbitraje internacional, luego de una aplicación no arbitraria de las leyes nacionales, puede incluso ser una salida conveniente para Gobiernos de países pequeños, como los centroamericanos y la República Dominicana, sujetos a presiones diplomáticas de los Gobiernos de los países de los que proviene la inversión extranjera.

El procedimiento para la solución de controversias Inversionista – Estado, a partir de que se dé una controversia relativa a una inversión, es el siguiente:¹⁰¹

- a. debe tratarse de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, incluyendo la posibilidad de recurrir a la conciliación y mediación de terceras partes;¹⁰²
- b. si las consultas y la negociación no conducen a una solución de la controversia, el demandante¹⁰³ puede someter a arbitraje¹⁰⁴ una reclamación,¹⁰⁵ de conformidad con el convenio constitutivo del CIADI¹⁰⁶ y sus reglas, o bien de conformidad con las reglas de arbitraje de la CNUDMI.¹⁰⁷ Se renuncia, así, a que la solución de controversias sea tratada solamente en los tribunales nacionales.¹⁰⁸

El sometimiento a alguna de esas reglas de arbitraje por parte del demandante debe realizarse siempre que los hechos que motivan la reclamación hayan ocurrido seis meses desde que tuvieron lugar,¹⁰⁹ y habiendo notificado al demandado la intención de hacerlo por lo menos 90 días antes.¹¹⁰ Importante de destacar es el requisito para el demandante que somete una reclamación a arbitraje de “... *renunciar a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación con respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación las que se refiere el Artículo 10.16.*”¹¹¹

Lo anterior implica que, si se opta por recurrir al arbitraje, no es posible iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo local de cada país cualquier actuación respecto de alguna violación a lo acordado para la solución de una controversia en materia de inversiones.¹¹²

¹⁰² Artículo 10.15.

¹⁰³ Por cuenta propia o “*en representación de una empresa del país receptor que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto.*” Artículo 10.16.1.(a) y Artículo 10.16.1.(b).

¹⁰⁴ El sometimiento de una reclamación al arbitraje es consentido por los países miembros del TLC-CA automáticamente (siempre que no hayan transcurrido más de tres años desde que la presunta violación haya ocurrido), y dicho consentimiento debe ser por escrito, en forma de un consentimiento o de un acuerdo, según las reglas del CIADI o según la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975. Artículo 10.18.1. y Artículo 10.17.2.

¹⁰⁵ Alegando que el demandado, o sea el país receptor de la inversión, ha violado alguna obligación contenida en el capítulo sobre inversión, una autorización o un acuerdo de inversión, así como que el demandante ha sufrido pérdidas o daños debido a o como resultado de esa violación. Artículo 10.16.1.

¹⁰⁶ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones. Ambos países tienen que ser miembros del CIADI para poder someter una controversia ante esta organización.

¹⁰⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Mercantil.

¹⁰⁸ Nótese que es práctica común que en contratos entre inversionistas extranjeros y el Estado se establezca la posibilidad de solucionar controversias en tribunales internacionales.

¹⁰⁹ Artículo 10.16.3.

¹¹⁰ Artículo 10.16.2. En la notificación respectiva deben proveerse los datos del demandante (nombre, dirección, en caso de una empresa el lugar de su constitución), lo que establece el tratado que fue presuntamente violado, el fundamento para la reclamación (cuestiones de hecho y de derecho), así como la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados. Artículo 10.16.2.

¹¹¹ Artículo 10.18.2.(b).

¹¹² Ello es posible únicamente en el caso de que “... *se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, y que no implique el pago de daños monetarios ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que la actuación se interponga con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el período de espera del arbitraje.*” Artículo 10.18.3.

De igual forma, no es posible recurrir al arbitraje si el demandante ha sometido previamente la misma reclamación por violación a una obligación en el tratado, ante un tribunal judicial o administrativo del país receptor de la inversión o a algún otro procedimiento de solución de controversias, alegando violación a una autorización de inversión o a un acuerdo de inversión. Asimismo, si un inversionista o una empresa propiedad de un inversionista de los Estados Unidos, ha sometido una reclamación ante un tribunal judicial o administrativo de un país centroamericano, esa elección es definitiva y no podrá someter dicha reclamación posteriormente ante un tribunal arbitral internacional.¹¹³

El tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros, uno designado por cada una de partes contendientes, y el tercero, que presidirá, será nombrado de común acuerdo entre ellas.¹¹⁴

La realización del arbitraje se realiza bajo las siguientes condiciones:¹¹⁵

- sede legal; puede ser según lo que estipula el mecanismo que se escoja (CIADI o CNUDMI), y si no hay acuerdo al respecto, el tribunal lo decidirá según lo establecido en la Convención de Nueva York;
- un país, una persona o una entidad no contendiente puede presentar comunicaciones orales o escritas, estándole tribunal facultado para aceptarlas y considerarlas;
- posibilidad del país demandado de presentar cualquier objeción a la reclamación, en el sentido de que no se puede dictar un laudo favorable al demandante, o que el tribunal no tiene competencia para la resolver la controversia respectiva;

- no es posible argumentar como defensa, contra-demanda o derecho compensatorio, que el demandante haya recibido o recibirá alguna indemnización por la totalidad o por una parte de los daños alegados, en razón de un seguro o contrato de garantía;
- el tribunal podrá recomendar una medida provisional de protección para preservar los derechos de una parte contendiente, o con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción del tribunal, incluyendo una medida para preservar la evidencia, pero no podrá recomendar el embargo o impedir la aplicación de una medida que se considere una violación a lo acordado;
- antes de emitir el laudo respectivo, el tribunal comunicará su propuesta de decisión a todas las partes participantes en el proceso. Las partes contendientes tienen 60 días de plazo para presentar comentarios, que serán considerados por el tribunal, el que dictará su decisión 45 días después de vencidos los 60 días para comentarios;¹¹⁶
- transparencia de las actuaciones arbitrales, poniendo a disposición del público la documentación del proceso (notificación de intención, notificación de arbitraje, alegatos y escritos de demanda, cualquier comunicación escrita, las actas de las audiencias del tribunal y las órdenes, laudos y decisiones del tribunal), celebrando audiencias públicas y protegiendo la información confidencial cuando sea necesario;
- posibilidad de designación de expertos en temas ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos;
- posibilidad de acumulación de reclamaciones y determinar conjuntamente sobre ellas, cuando surjan de los mismos hechos o circunstancias;

¹¹³ Artículo 10.18.4. y Anexo 10-E. Un inversionista de los Estados Unidos tampoco podrá someter a arbitraje una reclamación relacionada con instrumentos de deuda soberanos que tengan plazo de vencimiento menor a un año, a menos que haya transcurrido un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos que dan origen a la reclamación.

¹¹⁴ A menos que las partes acuerden otra cosa. Artículo 10.19.1. Si después de 75 días el tribunal no se ha constituido, el Secretario General del CIADI procederá a designar al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados. Artículo 10.19.3. Todas las partes deben manifestar su conformidad con la designación de los árbitros, sin perjuicio de objetar por motivos que no sean de nacionalidad. Artículo 10.19.4.

¹¹⁵ Artículos 10.20., 10.21., 10.22., 10.23., 10.24., 10.25. y 10.26.

¹¹⁶ Esta disposición no aplica cuando exista un órgano o mecanismo similar de apelación, dentro del marco del tratado o fuera de él. En el TLC-CA se prevé la creación de ese órgano, con el propósito de dar coherencia a la interpretación de las disposiciones sobre inversión. Artículo 10.20.10 y Anexo 10 – F.

¹¹⁷ La Comisión de Libre Comercio está conformada por los Ministros responsables del comercio exterior de cada país miembro del Tratado. Anexo 19.1. del Capítulo 19 (Sección A: Administración del Tratado).

- todo laudo debe ser compatible con las decisiones de la Comisión de Libre Comercio¹¹⁷ en lo referente a la interpretación que ésta declare sobre disposiciones del tratado, incluyendo los Anexos I y II;
- el derecho aplicable a las reclamaciones presentadas en relación con una obligación comprendida en el tratado es el de conformidad con el tratado y con las normas aplicables del derecho internacional; el derecho aplicable a las reclamaciones contenidas en acuerdos o autorizaciones de inversión es el de: *“(a) las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión o de la manera como las partes puedan haber acordado; o (b) si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera: (i) la legislación del demandado incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes; y (b) las normas del derecho internacional, según sean aplicables.”*¹¹⁸
- c. *Luego de haber sometido una controversia a un tribunal arbitral, y habiendo cumplido todo el proceso y las reglas respectivas del mecanismo al que se haya recurrido, el tribunal dictará un laudo definitivo.*¹¹⁹

El laudo definitivo es de cumplimiento obligatorio para las partes contendientes,¹²⁰ por lo que éstas dispondrán la debida ejecución en su territorio. Si el laudo es desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar a la persona o a la empresa demandante, por separado o en combinación: a. daños pecuniarios y intereses que procedan; b. restitución de la propiedad, pero permitiendo que en su lugar se paguen daños pecuniarios, más los intereses que procedan; c. conceder costas y honorarios de abogado de conformidad con las reglas de arbitraje aplicables. Todo lo anterior, independientemente de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable.

- d. En caso de incumplimiento de un laudo definitivo, el demandante puede solicitar la integración de un panel, según lo establecido en el Mecanismo de Solución de Controversias del Tratado,¹²¹ y

también recurrir a la ejecución del laudo arbitral según lo establecido en el Convenio del CIADI, en la Convención de Nueva York o en la Convención Interamericana.

4. Conclusiones

La inclusión del capítulo sobre inversiones en el TLC-CA responde a la política de inserción en la economía mundial, que el país ha venido aplicando en los últimos veinte años. Esa política otorga una gran importancia a la inversión extranjera directa, dada su estrecha relación con el incremento y la diversificación de las exportaciones de todos los países de la región centroamericana y el impacto que ha tenido en ello, así como la posible contribución de la inversión extranjera directa en complementar el ahorro interno, propiciar la transferencia de tecnología, y difundir prácticas gerenciales modernas dentro de los sectores productivos nacionales.

A pesar de que los efectos de dichas posibles contribuciones positivas de la inversión extranjera puede resultar de alcance limitado, dado su impacto sobre la cuenta corriente (por importaciones y por remesas de utilidades al exterior) y en vista de los escasos eslabonamientos productivos con el resto de la economía, la inversión extranjera puede ser muy efectiva en su contribución para el desarrollo. Para ello sería necesario desarrollar planes y programas efectivos, compatibles con lo acordado en el TLC-CA, tendientes, por ejemplo, a fomentar la reinversión de utilidades en el país, así como a desarrollar una industria suplidora de insumos de manera competitiva y atractiva, entre otros, para que las inversiones extranjeras tengan un mayor arraigo e impacto sobre el desarrollo de los países de la región.

La atracción de inversiones extranjeras hacia los países de la región se ha caracterizado por la aplicación de los principios de trato nacional y de Nación Más Favorecida, incorporados en la Constitución Política de algunos países y en leyes específicas para la inversión extranjera, en otros. En el caso de Costa Rica, dichos principios están debidamente incorporados en la Constitución Política.

¹¹⁸ Artículo 10.23.2.

¹¹⁹ Artículo 10.26 El tribunal no está autorizado para ordenar el pago de daños que tengan carácter punitivo.

¹²⁰ Sujeto al procedimiento de revisión aplicable a un laudo provisional.

¹²¹ Capítulo 20.

Pese a lo anterior, algunos países de la región, incluyendo Costa Rica, han seguido la práctica de negociar y firmar tratados bilaterales de fomento y protección recíproca de las inversiones con una gran cantidad de países.¹²² Dicha práctica responde a la necesidad de proveer a la inversión extranjera de una seguridad jurídica mayor que la que la constitución política y las leyes nacionales de cada país puedan otorgar, buscando garantizar a los inversionistas extranjeros la aplicación de los principios arriba señalados, además del trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas, según el derecho internacional consuetudinario, mediante un marco jurídico internacionalmente válido que les dé una mayor certeza jurídica sobre las condiciones que cada país ofrece para realizar sus inversiones.

Lo anterior coincide con el interés de los Estados Unidos de incluir los principios de trato nacional y de Nación Más Favorecida, así como la posibilidad para las empresas de demandar a los gobiernos por incumplimientos, en los tratados comerciales, algo sobre lo que los países de la OCDE han tratado, sin éxito, de lograr un acuerdo. Sin embargo, el capítulo sobre inversiones en el TLC-CA está supeditado a otros capítulos del TLC-CA, en la medida que prevalezcan inconsistencias de ese capítulo con otros. Ello hace que lo negociado en el TLC-CA sea diferente a la propuesta del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), en el que no necesariamente otros acuerdos prevalecerían por encima de ese acuerdo sobre inversiones.

Los BITs incluyen, también, el compromiso de la libre transferencia de los pagos resultantes de una inversión extranjera, procedimientos para los casos en los que se den expropiaciones o nacionalizaciones y para las indemnizaciones respectivas, así como mecanismos para la solución de controversias inversionista – Estado, aspectos que se consideran fundamentales para proveer la certeza jurídica que la inversión extranjera requiere y que en algunos países, pese a la existencia de las leyes respectivas, no se da, pero que es requerida para fomentar esa inversión.

Lo negociado en el TLC-CA en materia de inversiones incluye lo que Costa Rica ya ha negociado en los BITs. En relación con la libre transferencia de los pagos resultantes de una inversión extranjera, se pre-

vé la posibilidad de establecer controles para evitar los efectos de crisis financieras internacionales. En relación con los procedimientos para expropiación o nacionalizaciones, se estipula lo establecido en la Ley de Expropiaciones, aplicando el derecho internacional consuetudinario, que no discrimina entre nacionales y extranjeros y que es aceptado por todos los países como mínimo.

En relación con la posibilidad de que los inversionistas extranjeros puedan recurrir a un tribunal arbitral internacional para la solución de controversias, contando con el consentimiento del Estado dado por adelantado en el TLC-CA, y el hecho de que el Estado sea el demandado y el inversionista el demandante, no pudiendo ser al revés, es quizás el asunto que ha generado la mayor polémica en cuanto al capítulo sobre inversiones en el TLC-CA.

Ciertamente, el inversionista puede acudir a un tribunal arbitral internacional, de manera excluyente de un tribunal nacional, y ciertamente el Estado no puede demandar a un inversionista ante un tribunal internacional, mientras que el inversionista sí lo puede hacer. Esta aparente desigualdad de condiciones establecida en el TLC-CA es considerada, por algunos, inaceptable, aunque el Estado, bajo las reglas del CIADI, sí puede demandar a un inversionista ante un tribunal internacional.

El consentimiento del Estado, establecido en el TLC-CA, para que un inversionista recurra a un tribunal arbitral internacional para solucionar una controversia, si así lo desea, se le da como parte de la seguridad jurídica que requiere para realizar las inversiones en el país receptor.

Ahora bien, una evidente violación de la legislación nacional, como punto de partida del Estado para proceder contra una empresa o un inversionista extranjero, no necesariamente conduce a un proceso arbitral internacional, en el que el inversionista tiene la carga de la prueba, además de los costos respectivos, que no son nada despreciables. Además, el tribunal arbitral debe considerar en sus deliberaciones lo acordado entre el país receptor y el inversionista, lo que a su vez es la base para que el gobierno del país receptor proceda ante supuestos incumplimien-

¹²² En el caso de Costa Rica, la Asamblea Legislativa ya ha ratificado BITs con doce países, y el Gobierno se encuentra en proceso de negociación con 13 países más.

tos por parte del inversionista extranjero. Por lo demás, recurrir a un arbitraje internacional, puede incluso ser una salida conveniente para Gobiernos de países pequeños, como los centroamericanos, sujetos a presiones diplomáticas de los Gobiernos de los países de los que proviene la inversión extranjera.

Por otra parte, el capítulo de inversiones en el TLC-CA incluye otras disposiciones sobre ciertos requisitos de desempeño a las inversiones, no incluidas en los BITs. Si bien la política de atracción de inversiones no ha establecido mayores requisitos de desempeño, lo cierto es que dicha política se consolida en el TLC-CA, no sólo con respecto a los países firmantes del mismo, sino con respecto a todos los países del mundo. No se podrá exigir unilateralmente en el futuro, la aplicación de esos requisitos de desempeño.

No obstante, los requisitos de desempeño no permitidos en el TLC-CA son más bien considerados, por algunos, como limitantes a la inversión extranjera, ya que su exigencia puede limitar el atractivo de los países país para la inversión, y nada impide que los países puedan desarrollar otras acciones tendientes a crear condiciones para lograr los mismos objetivos, voluntariamente y con base en consideraciones de rentabilidad de su inversión, o bien a cambio de alguna ventaja.

Los países pueden exigir otros requisitos de desempeño, tales como la ubicación de la producción (en determinada zona de los países), el suministro de servicios, la capacitación y el empleo de trabajadores, la construcción o ampliación de instalaciones, y la realización de actividades de investigación y desarrollo, a cambio del otorgamiento de una ventaja. Adicionalmente, los países mantienen la potestad de de aplicar medidas, incluidas medidas de naturaleza ambiental, que impidan la realización de una inversión o su continuación, que los países consideren necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones, para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, medidas relativas a la preservación de recursos naturales vivos o no vivos agotables.

Con respecto a las inversiones cubiertas, la definición de inversiones es amplia e incluye prácticamente todo tipo de inversión, según la definición establecida en el tratado. Se incluyen como inversiones aquellas cuyo comportamiento es impredecible y que no se sabe bajo qué circunstancias podrían ser objeto de una demanda internacional que haya que satisfacer, ya que no está claramente establecido bajo qué condiciones se daría un incumplimiento (caso de actividades especulativas como futuros, opciones y otros derivados). Lo mismo sucede con las características de una inversión, que no se definen, sino que se habla de ellas y, dentro de ese contexto, se mencionan algunos ejemplos.

Las disposiciones en materia de las expropiaciones indirectas no incluyen un listado de los criterios a utilizar para prever qué situaciones se pueden presentar que puedan ser consideradas expropiaciones indirectas. No es posible una lista de criterios exhaustivos, previendo todas las situaciones que se puedan presentar aludiéndose una expropiación indirecta, por lo que se establecen, como mínimo, tres criterios que tienen que considerarse simultáneamente, para poder determinar si se trata de una expropiación indirecta,¹²³ analizando la situación caso por caso.

Importante de destacar son las disposiciones sobre inversiones y medio ambiente. Al respecto debe mencionarse que cualquier otro capítulo del TLC-CA está por encima del capítulo de inversiones, siendo ello también válido para el capítulo ambiental. En éste se establece el cumplimiento de la legislación ambiental interna como compromiso en el tratado, y en el capítulo sobre inversiones se establece los otros capítulos del tratado prevalecen sobre el capítulo sobre inversiones, por lo que cada país puede hacer cumplir cualquier medida para hacer cumplir la legislación ambiental vigente. Más que mantener la potestad del estado para denegar una inversión, se trata en el tratado de crear las condiciones para que las inversiones se den, pero que para ello los

¹²³ Es claro en el siguiente caso: Un inversionista de los Estados Unidos no podrá someter a arbitraje una reclamación relacionada con instrumentos de deuda soberanos que tengan plazo de vencimiento menor a un año, a menos que haya transcurrido un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos que dan origen a la reclamación. Anexo 10-E. Sin embargo, esta disposición se estableció para eliminar la posibilidad de otorgar protección al capital especulativo.

Estados deben velar porque su legislación interna, y sus políticas al respecto, se cumplan adecuadamente, siendo éste precisamente uno de los grandes retos a enfrentar, estando o no vigente el TLC-CA.

Finalmente, el capítulo hace referencia a las medidas disconformes en materia de inversiones, incluidas en los Anexos I y II del TLC-CA. Las listas respectivas por país abarcan, supuestamente, las actividades exentas de la aplicación de lo acordado en materia de trato nacional, Nación Más Favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y juntas directivas, de conformidad con la legislación nacional a la fecha de inicio de las negociaciones. Cabe destacar que las listas abarcan las actividades exentas, con lo que otras actividades no incluidas en la lista estarán sujetas a la aplicación de lo acordado en referencia a trato nacional, Nación Más Favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y juntas directivas.

Sin embargo, se establece también que las medidas listadas no podrán modificarse, reduciendo el nivel de conformidad, esto es, que las leyes y regulaciones concebidas como exentas de la aplicación de lo acordado en materia de trato nacional, Nación Más Favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y juntas directivas para las inversiones extranjeras, no podrán modificarse, si esa modificación conlleva una aplicación más severa de esas leyes y regulaciones con respecto a lo acordado en materia de trato nacional, Nación Más Favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos y juntas directivas para las inversiones extranjeras. No obstante, esas leyes y regulaciones sí pueden ser modificadas en otros aspectos.

COMERCIO TRANSFRONTERIZO DE SERVICIOS*

1. Introducción

El objetivo central de las negociaciones comerciales entre países ha sido, tradicionalmente, la creación de condiciones para facilitar e intensificar el intercambio comercial de bienes. Mediante la reducción o eliminación de obstáculos arancelarios y no arancelarios, se quiere propiciar la especialización con base en la ventaja comparativa de cada país y crear las condiciones para lograr un mayor crecimiento económico en los países participantes.

Sin embargo, otras áreas del quehacer económico y social de los países afectan también el intercambio comercial, tales como las disposiciones internas de cada país sobre el medio ambiente, las disposiciones en materia laboral, las disposiciones sobre las inversiones, las disposiciones sobre la propiedad intelectual y las disposiciones sobre la contratación pública.

La creciente afectación de esas disposiciones o regulaciones internas sobre el intercambio comercial, ha hecho que esas regulaciones también sean objeto de las negociaciones comerciales, de manera que contribuyan a incrementar el comercio de bienes entre los países. De ahí su consideración en la negociación del TLC-CA.

Por otra parte, el intercambio comercial entre países incluye, además de bienes, cada vez más, servicios. Hasta hace poco, los servicios eran considerados como no comercializables, en el sentido de que no se pueden exportar ni importar. Dentro de esta categoría se encontraba la prestación de servicios de seguros y servicios financieros, entre otros servicios, que por su naturaleza no podían ser prestados de manera transfronteriza, sino que se requería de la presencia de empresas en el territorio de un país para poder ofrecerlos en el mercado.

Sin embargo, la revolución tecnológica en las telecomunicaciones y en la informática ha hecho posible que muchos de esos servicios se puedan prestar de manera transfronteriza, sin requerir la presencia de empresas que los ofrezcan en los territorios nacionales de los países, con lo que se han convertido en parte del intercambio comercial.¹ Además, la prestación de servicios se ha convertido en materia de comercio internacional, desde el punto de vista de su contribución a la competitividad internacional de la producción de bienes, tanto para el mercado local como para el mercado internacional, ya que las regulaciones internas sobre servicios también son determinantes para la competitividad internacional de la producción de bienes.²

En razón de lo anterior, el tratamiento del intercambio comercial de servicios en las negociaciones comerciales internacionales es de reciente data. El inicio de negociaciones sobre servicios dentro del

* Este capítulo fue elaborado por José Eduardo Angulo

¹ A diferencia del intercambio comercial de bienes, el intercambio comercial de servicios reviste la particularidad de que no “pasan” por la aduana, son intangibles, y su registro en las estadísticas comerciales se dificulta.

² Dentro de esa lógica, el incremento de la competencia en materia de servicios redundará en un mejoramiento de la competitividad de los sectores dedicados a la producción y comercialización de bienes.

marco de negociaciones comerciales se dio durante la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales internacionales al amparo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), hoy Organización Mundial del Comercio (OMC), que culminó con el Acuerdo General sobre el Comercio en Servicios (GATS, por sus siglas en inglés).³ Este acuerdo, del que los países centroamericanos y los Estados Unidos son parte, está en vigencia desde 1995, reconoce expresamente el derecho de cada país de reglamentar el suministro de servicios según los objetivos de su política nacional, pero establece una serie de normas para asegurar que la reglamentación interna de cada país no constituya un obstáculo al comercio internacional de los servicios.⁴

El AGCS parte de los mismos objetivos básicos que regulan el comercio de mercancías, en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT),⁵ y que son los siguientes: desarrollar un sistema creíble y fiable de normas comerciales internacionales; garantizar un trato justo y equitativo a todos los participantes (principio de no discriminación); impulsar la actividad económica mediante consolidaciones garantizadas; y fomentar el comercio y el desarrollo a través de una liberalización progresiva.

La OMC señala seis ventajas de la liberalización del comercio de servicios:⁶

“1. Eficacia económica. La existencia de una infraestructura de servicios eficaz es una condición sine qua non para la prosperidad económica. Servicios tales como los de telecomunicaciones, banca, seguros y transporte contribuyen estratégicamente al desarrollo de todos los sectores, de bienes y servicios, con importantes aportaciones. Sin el acicate de la competencia, es poco probable que cumplan eficazmente esta función, con el consiguiente detrimento de los resultados y el crecimiento económico generales. Cada vez más gobiernos, pues, prefieren un entorno abierto y transparente para la prestación de servicios.

2. Desarrollo. El acceso a los servicios mundiales ayuda a los exportadores y productores de los países en desarrollo a aprovechar su capacidad competitiva, independientemente de los bienes y servicios que estén vendiendo. Gracias a la inversión y competencia técnica extranjeras, varios países en desarrollo han podido también avanzar en los mercados de los servicios internacionales, desde el turismo y la construcción, al desarrollo de

³ “En la actualidad, los servicios, aunque representan más del 60 por ciento de la producción y el empleo mundiales, no suponen más del 20 por ciento del comercio total (según los datos de la balanza de pagos). Sin embargo, no debemos subestimar este porcentaje -aparentemente pequeño. Muchos servicios, que desde hace tiempo han sido considerados como actividades genuinamente nacionales, han ido adquiriendo cada vez más movilidad internacional. Es probable que esta tendencia se mantenga, debido a la introducción de nuevas tecnologías de transmisión (por ejemplo, las operaciones bancarias electrónicas y los servicios de teleanidad o de teleeducación), la supresión en muchos países de monopolios existentes desde hacía mucho tiempo (por ejemplo, en las esferas de la telefonía vocal y los servicios postales), y las reformas normativas en sectores sometidos hasta ahora a una estricta reglamentación, como el de los transportes. Unidas a los cambios en las preferencias de los consumidores, estas innovaciones técnicas y normativas han potenciado la “comerciabilidad” de los servicios, y, de esta forma, han hecho necesario el establecimiento de disciplinas multilaterales (OMC, 2004a). En el caso de Costa Rica, el sector de servicios representó aproximadamente un 62% del PIB nacional en el 2002, y constituyó el factor clave en la expansión de la economía nacional en ese período. “Un elemento fundamental del dinamismo de este sector han sido las exportaciones, las cuales han venido en constante ascenso durante los últimos años. Así, por ejemplo, el valor agregado de las exportaciones dentro del PIB de servicios ha pasado de representar un 13% en 1991 a un 19% en el 2002.” (COMEX, 2003b).

⁴ Al respecto, la misma posición nacional, plantea al menos tres aspectos a tener en cuenta en relación con el ajuste de la negociación al trato que le ha dado al tema la OMC: “b) Con respecto a toda medida cubierta por el capítulo, el otorgamiento de trato nacional por parte de Estados Unidos a los servicios y a los proveedores de servicios costarricenses de conformidad con las párrafos 2 y 3 del Artículo XVII del GATS. c) Con respecto a toda medida cubierta por el capítulo, el reconocimiento de un trato no menos favorable que el trato más favorable que se otorgue a nivel estatal a servicios y proveedores de servicios similares de cualquier otro país de conformidad con el Artículo II del GATS. d) La inclusión de un listado de reservas, sobre la base de un enfoque de lista negativa, que permita consolidar el nivel de acceso al mercado de servicios nacional de conformidad con la legislación costarricense vigente al momento del inicio de las negociaciones.” (COMEX, 2004b).

⁵ OMC, 2004a.

⁶ OMC, 2004c.

soporte lógico y la asistencia sanitaria. Así pues, la liberalización de los servicios se ha convertido en un elemento clave de muchas estrategias de desarrollo.

3. *El ahorro de los consumidores.* Existen abundantes pruebas de que en muchos servicios, en particular los de telecomunicaciones, la liberalización hace bajar los precios, mejora la calidad y amplía las posibilidades de elección de los consumidores. Estas ventajas, a su vez, se abren paso a través del sistema económico y contribuyen a mejorar las condiciones de suministro de otros muchos productos. Así pues, aunque algunos precios aumenten durante el proceso de liberalización, por ejemplo el costo de las llamadas locales, este incremento suele verse compensado con creces por las reducciones de precios y la mejora de la calidad en otros sectores. Además, en el marco del AGCS, los gobiernos siguen teniendo plena facultad, aun en un entorno completamente liberalizado, de imponer obligaciones universales en materia de servicios y medidas similares por motivos de política social.

4. *Una innovación más rápida.* Los países donde los mercados de servicios están liberalizados han asistido a una mayor innovación de los productos y los procesos. El crecimiento explosivo de Internet en los Estados Unidos contrasta notablemente con el despegue más lento producido en muchos países de la Europa Continental que han vacilado más a la hora de emprender la reforma de las telecomunicaciones. Contrastes similares pueden apreciarse en los servicios financieros y de la tecnología de la información.

5. *Mayor transparencia y previsibilidad.* Los compromisos de un país incluidos en su lista de servicios de la OMC equivalen a una garantía jurídicamente vinculante de que se autorizará a las empresas extranjeras a prestar sus servicios en condiciones estables. Esto da a cuantos tienen interés en el sector -productores, inversores, trabajadores y usuarios- una idea clara de las reglas del juego, pudiendo planificar su futuro con una mayor certidumbre, que estimula las inversiones a largo plazo.

6. *Transferencia de tecnología.* Los compromisos asumidos en la OMC con respecto a los servicios contribuyen a estimular la inversión directa extranjera. Esa inversión directa extranjera normalmente aporta

nuevos conocimientos especializados y tecnologías que se dispersan de diversas maneras por toda la economía. Los empleados nacionales aprenden las nuevas técnicas (y las expanden cuando se van de la empresa). Las empresas nacionales adoptan las nuevas técnicas. Y las empresas de otros sectores que utilizan servicios—insumos del sector como las telecomunicaciones y la financiación también se benefician.”

Dada la relevancia que ha adquirido el comercio internacional de servicios, siendo ya parte de las negociaciones comerciales multilaterales, fue consecuente que formara parte de las negociaciones del TLC-CA. Asimismo, dado que los acuerdos comerciales bilaterales y subregionales tienen el propósito de profundizar los acuerdos que en el ámbito multilateral hayan sido negociados, es lógico que el tema de los servicios fuera parte integral de la negociación del TLC-CA.

El punto de partida de la negociación en materia de servicios es la aceptación y el respeto a la soberanía de los países, y por tanto a su potestad regulatoria, siempre que se respeten ciertos principios para que dicha regulación no se constituya en un obstáculo al comercio internacional de esos servicios.

El tema de los servicios fue tratado en cuatro capítulos diferentes del TLC-CA: a. comercio transfronterizo de servicios (Capítulo 11); b. servicios financieros (Capítulo 12); c. telecomunicaciones (Capítulo 13); y d. comercio electrónico (Capítulo 14). Siguiendo dicha secuencia, en el presente documento se describe y comenta lo negociado en materia de servicios transfronterizos, exceptuando los servicios financieros, los servicios de telecomunicaciones y el comercio electrónico, temas que se tratan en capítulos posteriores.

El comercio transfronterizo de servicios se define en el TLC-CA como el suministro de un servicio:⁷

- “a) del territorio de una Parte al territorio de otra Parte” (comercio transfronterizo⁸);
- b) en el territorio de una Parte por una persona de esa parte a una persona de otra Parte (movimiento del consumidor⁹); o

⁷ Artículo 11.14.

⁸ Supone dos jurisdicciones, una aplicable al lugar o territorio donde la persona, empresa o institución está constituida y registrada y otra, al lugar o territorio donde se va a prestar el servicio.

c) por un nacional de una Parte en el territorio de otra Parte (movimiento de personas físicas¹⁰);

pero no incluye el suministro de un servicio por parte de un inversionista extranjero en el territorio de un país determinado.

2. Objetivos de la Negociación

En materia de servicios transfronterizos, Costa Rica estableció una serie de objetivos para la negociación, buscando no apartarse de los cánones de la OMC, en los siguientes términos:¹¹

- “Que el TLC no implique el desmantelamiento del marco regulatorio de los servicios: Los servicios son actividades cuyo desempeño típicamente está sujeto a una serie de regulaciones de diversa índole, muchas de las cuales persiguen intereses legítimos de la sociedad. Por ello, el TLC en principio no busca eliminar estas disposiciones que regulan los diferentes sectores de servicios en cada país, sino solamente promover que estos marcos regulatorios se ajusten en la medida de lo posible a ciertos principios básicos como el de no discriminación y la transparencia.
- Que el TLC no afecte la prestación de servicios públicos del Estado: Las disposiciones del TLC en materia de servicios e inversión se aplican solamente a aquellos servicios objeto de comercio y no a aquellos que están fuera de él, tales como los servicios ofrecidos como parte del ejercicio de funciones gubernamentales. Dichos servicios incluyen la ejecución de las leyes, los servicios de readaptación social, la seguridad social, la educación pública, la salud pública y la protección a la niñez, entre otros.¹²

- Que el TLC no implique la apertura de los servicios de telecomunicaciones: Dada la importancia que históricamente ha tenido este sector dentro de la economía costarricense, la posición del gobierno de la República es que la definición del futuro de este sector debe ser resultado de un consenso nacional derivado de un debate amplio de la sociedad costarricense. Por este motivo, se buscará que el TLC no implique la apertura de los servicios de telecomunicaciones.”

Por su parte, los Ministros centroamericanos acordaron una serie de objetivos para las negociaciones, los cuales, en el área del comercio transfronterizo de servicios y temas afines – entrada temporal de personas de negocios y comercio electrónico—incluyen, en particular, los siguientes:¹³

- “Buscar incentivar la expansión y el desarrollo de crecientes flujos de comercio de servicios transfronterizos entre los países centroamericanos y Estados Unidos a través del establecimiento de un marco normativo claro y preciso, que elabore los principios acordados a nivel multilateral, y que sea compatible con las disposiciones constitucionales de las Partes.
- Promover el desarrollo y diversificación de la oferta de servicios, reconociendo no sólo el valor intrínseco de los mismos, sino su contribución a la competitividad del sector productivo y tomando en cuenta las diferencias de tamaño y desarrollo entre las economías de los países centroamericanos y los Estados Unidos.

⁹ Es cuando un local se traslada a otro país parte y adquiere un servicio suministrado por una persona, empresa o institución de ese país. En este caso aplica una única jurisdicción, la del país extranjero, sin posibilidad de ninguna reserva, dado que cada país es soberano a la hora de establecer su regulación interna. Por lo tanto, todo posible reclamo se debe hacer en el extranjero.

¹⁰ Esta modalidad está reservada para actuarios y demás personas que se dedican a la prestación de servicios especializados. Por la naturaleza regulada de los servicios, en este caso aplican dos jurisdicciones, la del país donde el profesional se encuentra inscrito y regulado y la del país donde dicho profesional va a prestar el servicio. Nada limita al país preceptor del servicio a establecer las regulaciones internas que considere necesarias, como registro de proveedores, etc., siempre y cuando dicha regulación sea también aplicable a los nacionales y no resulte discriminatoria.

¹¹ COMEX, 2003b.

¹² En el último apartado de este documento se incluye un cuadro con la lista de servicios de esta naturaleza, y las reservas que se hace sobre ellos.

¹³ COMEX, 2003b.

- *Buscar complementar el marco general de comercio de servicios con normas y disciplinas en materia de entrada temporal de personas de negocios sin la intención de establecer residencia permanente, sobre la base de criterios y procedimientos predecibles.*
- *Promover a través de reglas y principios generales, un entorno favorable para la expansión del comercio electrónico, que sirva como instrumento para facilitar y abrir nuevas oportunidades de comercio y en general como medio para fomentar el desarrollo, modernización, y competitividad en favor del sector productivo y los consumidores.”*

Por otra parte, Costa Rica esperaba de la negociación generar una serie de beneficios para el sector turismo:¹⁴

- *“Un mayor acceso del sector turístico a una mayor gama de bienes de interés sin pagar impuestos de importación, como por ejemplo, equipo e insumos para el sector hotelero, y equipo básico para el sector de transporte, como autobuses, buses y aeronaves.*
- *El desarrollo de mecanismos más transparentes y expeditos para la importación de bienes de interés para los empresarios del sector.*
- *Una mayor promoción del país en el mercado de Estados Unidos, así como de un mejor ambiente para fomentar mayores inversiones en el sector turismo en razón de la seguridad que se le ofrecería al inversionista.*
- *Mayores garantías para el sector en materia de transparencia y administración de las regulaciones que se relacionan con el sector en el país.*

- *El establecimiento de trámites sencillos para poder realizar giras de promoción de Costa Rica en Estados Unidos, así como para facilitar la visita de misiones de inversionistas turísticos a Costa Rica.”*

No obstante, en este capítulo no se encuentran disposiciones expresas para el sector turismo, solo respecto a algunos puntos específicos, en materia de disconformidades con agencias turísticas y la explotación de ciertos servicios recreativos. Pareciera, más bien, que la referencia a la negociación del TLC-CA y el turismo se refiere, en general, a asuntos de acceso a mercados, seguridad jurídica para las inversiones, más que a asuntos relativos al comercio transfronterizo de servicios.

El tema del comercio transfronterizo de servicios fue objeto de negociación desde el inicio de las negociaciones del TLC-CA. Para ello se siguió, como modelo, el texto del Tratado entre Chile y los Estados Unidos; de hecho, la mayor parte del capítulo sobre comercio transfronterizo en el TLC-CA es muy similar al lo negociado entre Chile y los Estados Unidos.

3. Resultados de la Negociación

El resultado de las negociaciones del TLC-CA en materia de servicio transfronterizos, parte de la definición de un ámbito de aplicación.

Lo acordado en materia de comercio transfronterizo de servicios se aplica a cualquier medida que adopte o mantenga un país¹⁵ que afecte el comercio transfronterizo de un proveedor de otro país. Dichas medidas tienen que ver con “a) la producción, distribución, comercialización, venta y suministro de un servicio; b) la compra o uso de, o el pago por, un servicio; c) el acceso a y el uso de sistemas de distribución y transporte, o de redes de telecomunicaciones y los servicios relacionados con el suministro de un servicio; d) la presencia en su territorio

¹⁴ Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica (COMEX), Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos: Posición Nacional, Op.cit., pág. 22.

¹⁵ Medidas adoptadas o mantenidas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales, y medidas adoptadas o mantenidas por instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas, delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales. Artículo 11.1.2.

de un proveedor de servicios de otra Parte; y e) el otorgamiento de una fianza u otra forma de garantía financiera, como condición para la prestación de un servicio.”¹⁶

Se excluye del ámbito de aplicación el suministro de servicios financieros¹⁷ y los servicios de transporte aéreo, incluyendo los servicios de transporte aéreo nacional e internacional, regulares y no regulares, así como los servicios relacionados de apoyo a los servicios aéreos.¹⁸ Asimismo, se excluye del ámbito de aplicación la contratación pública, los subsidios o donaciones otorgados por un país, incluyendo los préstamos, garantías y seguros apoyados por el gobierno, y los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales, tales como readaptación social, educación pública, entre otros, que son servicios que no se suministran en condiciones comerciales ni en competencia con otros proveedores de servicios.¹⁹

Ahora bien, no se impone a ningún país obligación alguna “... respecto a un nacional de otra Parte que pretenda ingresar a su mercado de trabajo o que tenga empleo permanente en su territorio, ni de conferir ningún derecho a ese nacional, respecto a dicho acceso o empleo.”²⁰ Por lo tanto, queda a criterio de cada país establecer las condiciones bajo las cuales

extranjeros puedan ingresar y participar en su mercado de trabajo. En el caso de Costa Rica, la prestación de servicios profesionales por parte de extranjeros está excluida del TLC-CA, al haberse establecido los servicios profesionales como medida disconforme respecto de los principios de trato nacional, Nación Más Favorecida y presencia local.²¹

Importante de mencionar es que nada de lo acordado en materia de comercio transfronterizo de servicios está sujeto a la solución de controversias Inversionista- Estado, aspecto tratado en el Capítulo 10 (Inversión) del TLC-CA, ya que la prestación de los servicios se realiza desde el territorio de otro país y lo acordado en materia de servicios transfronterizos no abarca la prestación de un servicio por parte de un inversionista de otro país en el país respectivo.

Los países acordaron la aplicación de los siguientes principios al comercio transfronterizo de servicios:

1. Trato nacional.²²
2. Trato de Nación Más Favorecida.²³
3. Acceso a mercados.
4. Presencia local.
5. Transparencia en el Desarrollo y Aplicación de las Regulaciones.²⁴

¹⁶ Artículo 11.1. Sin embargo, la denegación de beneficios es posible. Los beneficios en materia de comercio transfronterizo de servicios podrán ser denegados si el servicio está siendo suministrado por una empresa de propiedad de o controlada por personas de un país que no sea parte del TLC-CA y el país miembro del TLC-CA que deniegue los beneficios no tenga relaciones diplomáticas con ese país. Artículo 11.12.1.(a). Asimismo, los beneficios podrían ser denegados si el país miembro del TLC-CA adopta medidas en relación con el país o con una persona del país no miembro del TLC-CA, que prohíba transacciones con esas empresas e inversiones y que podrían ser violadas o eludidas si los beneficios de este capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones. Artículo 11.12.1.(b). Asimismo, sujeto al artículo 18.3. y 20.4. un país miembro del TLC-CA podrá denegar los beneficios a un proveedor de servicios de otro país miembro del TLC-CA, si la empresa no tiene actividades comerciales sustantivas en otro país distinto del que deniega los beneficios, y si las personas son de un país no miembro del TLC-CA o son del país que deniega los beneficios, son propietarias o controlan la empresa. Artículo 11.12.2. Con esta disposición se pretende evitar que los proveedores de servicios de países con los que no se mantengan relaciones diplomáticas o con los que se haya prohibido transacciones, utilicen el territorio de cualquier país firmante para establecer empresas y realizar transacciones que no sería posible realizar si la empresa estuviera radicada en el país con el cual no se tienen relaciones diplomáticas, o exista alguna prohibición de mantener relaciones comerciales.

¹⁷ Artículo 11.1.4.a). Los servicios financieros, incluso los servicios financieros transfronterizos, se tratan en el Capítulo 12 del TLC-CA.

¹⁸ Los servicios de mantenimiento cuando las aeronaves son sacadas de servicio, así como los servicios aéreos especializados, sí están sujetos de la aplicación de lo acordado. Artículo 11.1.4.(b)

¹⁹ Artículo 11.1.5. y Artículo 11.1.6.

²⁰ Artículo 11.1.5

²¹ Anexo I.

²² El principio de trato nacional consiste en dar a los extranjeros el mismo trato (“trato no menos favorable”) que el que se da a los nacionales.

²³ El principio de nación más favorecida consiste en dar a los extranjeros de determinado país el mismo trato (“trato no menos favorable”) que se da a otros extranjeros de cualquier otro país.

²⁴ La transparencia es un principio de publicidad e información accesible para todos.

Además, los países acordaron:

6. Excepciones de aplicación de lo acordado en trato nacional, nación más favorecida, acceso al mercado y presencia local (medidas disconformes).
7. Tratamiento relativo a la reglamentación nacional.
8. Posibilidad de reconocimiento mutuo de los requisitos para operación.

Finalmente, los países adquieren compromisos específicos en materia de servicios de envío urgente, y cada país adquiere compromisos específicos, establecidos en el Anexo 11.13.:

9. Compromisos específicos.

A continuación se describen y comentan los principios y otros elementos acordados en materia de suministro de servicios transfronterizos.²⁵ Existen excepciones generales y medidas disconformes aplicables a los principios de trato nacional, acceso a mercados y presencia local, que se describen posteriormente.

1. Trato Nacional.²⁶

Con la aplicación de este principio, se permitirá a los proveedores transfronterizos de servicios de los países miembros del TLC-CA, operar en igualdad de condiciones que los proveedores nacionales de servicios.

2. Trato de Nación Más Favorecida.²⁷

Con la aplicación de este principio, se permitirá a los proveedores transfronterizos de servicios operar en igualdad de condiciones que los proveedores de servicios de cualquier otro país no miembro del TLC-CA.

3. Acceso a Mercados.²⁸

Los países se comprometen a no adoptar o mantener medidas que restrinjan el acceso al mercado para el suministro de un servicio, tales como: limitaciones al número de proveedores de servicios; al valor total de los activos o transacciones de servicios; al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios; o al número total de personas naturales que pueden emplearse o necesitarse en un determinado sector de servicios.

. Los países se comprometen también a no adoptar o mantener medidas que el tipo de de personas jurídica o de empresa conjunta, por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio.

4. Presencia Local.²⁹

Ningún país podrá exigir que un proveedor de servicios de otro país establezca una oficina de representación u otro tipo de empresa, o que resida en su territorio, como condición para suministrar nacionalmente un servicio transfronterizo.

5. Transparencia en el Desarrollo y Aplicación de las Regulaciones.

Las regulaciones sobre comercio transfronterizo de servicios que un país puede establecer, respetando los principios acordados sobre trato nacional, Nación Más Favorecida, acceso a mercados y presencia local, incluyen las regulaciones que establecen o aplican criterios o autorizaciones de licencias para el suministro de un servicio transfronterizo.³⁰

Al respecto, los países se comprometen a establecer o mantener mecanismos para responder consultas sobre las regulaciones que existan o se quieran establecer, así como sobre comentarios relacionados

²⁵ La autorización para la prestación de los servicios transfronterizos, realizada bajo los principios acordados, se complementa con el compromiso de permitir que las transferencias y los pagos por la prestación de dichos servicios se realicen libremente, sin demora y en una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en el momento del pago o de la transferencia. Sin embargo, es posible impedir el pago o la transferencia en caso de quiebra, insolvencia o protección de los acreedores, garantía del cumplimiento de órdenes o fallos en procedimientos judiciales o administrativos, entre otros. Artículo 11.10.

²⁶ Artículo 11.2.

²⁷ Artículo 11.3

²⁸ Artículo 11.4

²⁹ Artículo 11.5.

³⁰ Nota al pie de página No. 3., Artículo 11.7.

con regulaciones que un país adopte sobre el comercio transfronterizo de servicios. Asimismo, los países se comprometen a otorgar un período de tiempo razonable entre la publicación de las regulaciones y su entrada en vigencia, en la medida de lo posible.³¹

Ahora bien, como se mencionó, existen excepciones que cada país establece a la aplicación de los principios de trato nacional, Nación Más Favorecida, acceso a mercados y presencia local. Tales excepciones están contempladas en el Anexo I y en el Anexo II, denominados Medidas Disconformes en Servicios e Inversión y se describen a continuación.

6. Excepciones de aplicación de lo acordado en trato nacional, nación más favorecida, acceso al mercado y presencia local (medidas disconformes).³²

En el Anexo I del TLC-CA se presenta, para cada país miembro del TLC-CA, una lista de aquellas medidas existentes,³³ a nivel del Gobierno Central, Gobierno Regional,³⁴ con su debida descripción,³⁵ para las que no se aplican las obligaciones sobre trato nacional, Nación Más Favorecida, acceso a mercados o presencia local en materia de comercio de servicios transfronterizos.

Importante de destacar es que las medidas disconformes contenidas en el Anexo I podrán ser modificadas, “... siempre que dicha modificación no disminuya la conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación.”³⁶ Esta disposición se refiere a que las medidas discon-

formes pueden ser modificadas, siempre que no disminuya el grado de la conformidad en relación con lo acordado sobre los principios de trato nacional, Nación Más Favorecida, presencia local ni acceso a mercados. Ello implica que las medidas sí podrán ser modificadas para garantizar el bien común, la salud pública o la protección del medio ambiente, entre otros.

En el Anexo II se presenta, para cada país miembro del TLC-CA, una lista de aquellos sectores, subsectores o actividades específicas para las cuales ese país podrá mantener medidas³⁷ existentes o adoptar medidas nuevas o incluso más restrictivas, y para las que no aplican las obligaciones de trato nacional, Nación Más Favorecida, acceso a mercados o presencia local en materia de comercio de servicios transfronterizos. Ello significa que los países no asumen ningún compromiso, exista o no disconformidad, sobre la adopción de medidas en esos sectores. Dentro de esos sectores se encuentran las cárceles, los servicios para el bienestar público, los servicios de la educación pública, los servicios de la salud pública, los servicios para el suministro de agua, entre otros.

En el caso de Costa Rica, las medidas en sectores, y los sectores, subsectores o actividades no sujetas a las obligaciones sobre trato nacional en materia de comercio transfronterizo, son los siguientes:³⁸

³¹ Artículo 11.7.

³² Artículo 11.6.

³³ “Medidas identifica las leyes, reglamentos u otras medidas respecto de las cuales se ha hecho la ficha. Una medida citada en el elemento Medidas: (i) significa la medida modificada, continuada o renovada, a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, e (ii) incluye cualquier medida subordinada, adoptada o mantenida bajo la autoridad de dicha medida y de manera consistente con ella;” Artículo 2.(d). del Anexo I, Nota Explicativa.

³⁴ Las disposiciones sobre trato nacional, Nación Más Favorecida, acceso a mercados y presencia local no se aplican a un gobierno de nivel local. Artículo 11.6.(a)(iii).

³⁵ “Descripción establece los compromisos de liberalización, si los hubiere, en la fecha de entrada en vigor de este Tratado y los aspectos disconformes restantes de las medidas existentes sobre los que se ha hecho la ficha.” Artículo 2.(e) del Anexo I, Nota Explicativa.

³⁶ Artículo 10.13.1.(c).

³⁷ “Medidas Vigentes identifica, con propósitos de transparencia, las medidas vigentes que se aplican a los sectores, subsectores o actividades cubiertos por la ficha.” Artículo 2.(d) del Anexo II, Nota Explicativa.

³⁸ Para un detalle de las medidas restrictivas, véase el Anexo I, Lista de Costa Rica.

Medidas en sectores:³⁹

- a. Servicios Profesionales;⁴⁰
- b. Zona Marítimo Terrestre;
- c. Servicio de Transporte por Vía Terrestre – Transporte de Pasajeros;
- d. Servicio de Transporte por Vía Terrestre – Transporte de Carga;
- e. Servicio de Transporte por Vía Acuática;
- f. Servicios Aéreos Especializados;
- g. Guías de Turismo;
- h. Servicios de Transporte – Agentes Aduaneros – Auxiliares de Agente Aduanero – Transportistas Aduaneros;
- i. Servicios Relacionados con las Telecomunicaciones – Radio y Televisión;
- j. Minería y Servicios Relacionados con Minería –Minerales diferentes de los Hidrocarburos;
- k. Servicios Relacionados con la Agricultura y la Silvicultura;
- l. Energía Eléctrica;
- m. Servicios de Enseñanza Superior;
- n. Servicios de Profesionales en Salud Humana – Médicos y Cirujanos, Cirujanos Dentistas, Microbiólogos, Farmacéuticos, Enfermeras y Nutricionistas;
- o. Audiovisuales – Publicidad – Servicios de Cine, Radio, Televisión y otros Espectáculos;
- p. Servicios de Agencias de Noticias;
- q. Servicios Deportivos y otros Servicios de Esparcimiento;
- r. Servicios Inalámbricos.

Sectores, subsectores o actividades:

Los sectores, subsectores o actividades exentos de las obligaciones de trato nacional son los servicios sociales. Específicamente, *“Costa Rica se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida respecto a la ejecución de leyes y al suministro de servicios de readaptación social así como los siguientes servicios, en la medida que sean servicios sociales que se establezcan o mantengan por un interés público: seguro o seguridad de ingreso, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud, atención infantil, servicios de alcantarillado público y servicios de suministro de agua.”*⁴¹

Las medidas en sectores, y los sectores, subsectores o actividades de Costa Rica, exentos de las obligaciones con respecto al principio de Nación Más Favorecida, son las siguientes:

Medidas en sectores:

- a. Servicios Profesionales;
- b. Servicio de Transporte por Vía Terrestre – Transporte de Pasajeros;
- c. Servicio de Transporte por Vía Terrestre – Transporte de Carga;
- d. Servicios Aéreos Especializados;
- e. Servicios Relacionados con las Telecomunicaciones – Radio y Televisión;

³⁹ La descripción de los sectores y la restricción respectiva se encuentra descrita en el Anexo al presente capítulo.

⁴⁰ En el caso de Costa Rica, se excluye de las obligaciones al suministro de servicios profesionales, como un mecanismo de defensa que consolida el requisito de incorporación a los colegios profesionales para permitir el ejercicio de extranjeros dentro del país. En ese sentido, todas las leyes incluidas en las Medidas Disconformes, referentes a los colegios profesionales, quedan excluidas tanto de la posibilidad de que otro país miembro del TLC-CA solicite alguna modificación como de que provoquen una sanción comercial contra el país. No obstante, en el mediano plazo puede hacerse necesario equiparar los requisitos con los exigidos por los colegios profesionales de países desarrollados para acreditar a los profesionales extranjeros que vengán a prestar servicios en el país. Sí se adquiere el compromiso de alentar a los organismos nacionales pertinentes en cada país a elaborar normas y criterios mutuamente aceptables (sobre educación, exámenes, experiencia, conducta y ética, desarrollo profesional y renovación de la certificación, alcance de las actividades autorizadas, conocimiento local y protección al consumidor), para el otorgamiento de licencias y certificados a proveedores de servicios profesionales, así como presentar recomendaciones sobre reconocimiento mutuo a la Comisión de Libre Comercio, conformada por los Ministros responsables del comercio exterior de cada país miembro del TLC-CA, que es el órgano máximo de supervisión de la ejecución del tratado. Basado en la revisión que al respecto haga la comisión, cada país alentarán a los organismos nacionales pertinentes a poner en práctica la recomendación respectiva. También se adquiere el compromiso de alentar a los organismos pertinentes a elaborar procedimientos para otorgar licencias provisionales a los proveedores de servicios profesionales de otros países. Anexo 11.9. Como se puede observar, no existe ninguna obligación de permitir a profesionales de otros países suministrar sus servicios en un país miembro del TLC-CA, bajo las obligaciones de trato nacional, Nación Más Favorecida y presencia local. Sin embargo, esa disposición invita a los colegios profesionales a adoptar nuevas normas y criterios para que sus profesionales colegiados tengan el mismo nivel que los profesionales extranjeros, máxime que debe velarse porque *“los procedimientos en materia de licencias, no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio.”* Artículo 11.8.2.

⁴¹ Anexo II, Lista de Costa Rica.

- f. Audiovisuales – Publicidad – Servicios de Cine, Radio, Televisión y otros Espectáculos;
- g. Servicios Inalámbricos.

Sectores, subsectores o actividades:

- a. Todos los sectores. Al respecto, *“Costa Rica se reserva, vis-à-vis los Estados Unidos y la República Dominicana, el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferencial a países conforme a cualquier tratado internacional bilateral o multilateral vigente o que se suscriba con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de este Tratado. Costa Rica se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue un trato diferencial a países conforme a cualquier tratado internacional bilateral o multilateral vigente o que se suscriba después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado en materia de: (a) aviación; (b) pesca; y (c) asuntos marítimos, incluyendo salvamento.”*⁴²
- a. Industrias Culturales;
- b. Servicios Sociales.⁴³

Las medidas en sectores, y los sectores, subsectores o actividades de Costa Rica, exentos de las obligaciones sobre presencia local en materia de comercio transfronterizo, son las siguientes:

Medidas en sectores:

- a. Servicios Profesionales;
- b. Zona Marítimo Terrestre;
- c. Servicio de Transporte por Vía Acuática;
- d. Servicios Aéreos Especializados;
- e. Servicios de Transporte – Agentes Aduaneros – Auxiliares de Agente;
- f. Aduanero – Transportistas Aduaneros;
- g. Servicios Relacionados con Minería – Exploración de Hidrocarburos;
- h. Minería y Servicios Relacionados con Minería –Minerales diferentes de los Hidrocarburos;
- i. Servicios Científicos y de Investigación;
- j. Energía Eléctrica;
- k. Audiovisuales – Publicidad – Servicios de Cine, Radio, Televisión y otros Espectáculos;
- l. Servicios de Agencias de Noticias;

- m. Servicios Deportivos y otros Servicios de Esparcimiento;
- n. Ferrocarriles, Puertos y Aeropuertos.

Sectores, subsectores o actividades:

Servicios Sociales.⁴⁴

Las medidas en sectores, y los sectores, subsectores o actividades de Costa Rica, exentos de las obligaciones sobre acceso a mercados en materia de comercio transfronterizo, son las siguientes:

Medidas en sectores:

- a. Servicio de Riego y Avenamiento;
- b. Servicio de Tratamiento de Desechos Sólidos;
- c. Servicios Marítimos y Servicios Aéreos Especializados;
- d. Zona Marítimo Terrestre;
- e. Servicio de Transporte por Vía Terrestre – Transporte de Pasajeros;
- f. Servicio de Transporte por Vía Terrestre – Transporte de Carga;
- g. Servicio de Transporte por Vía Acuática;
- h. Agencias de Viajes y Turismo;
- i. Servicios Relacionados con las Telecomunicaciones – Radio y Televisión;
- j. Distribución al Detalle y al Por Mayor – Petróleo Crudo y sus Derivados;
- k. Minería y Servicios Relacionados con Minería –Minerales diferentes de los Hidrocarburos;
- l. Energía Eléctrica;
- m. Audiovisuales – Publicidad – Servicios de Cine, Radio, Televisión y otros Espectáculos;
- n. Servicios Deportivos y otros Servicios de Esparcimiento;
- o. Ferrocarriles, Puertos y Aeropuertos;
- p. Servicios Inalámbricos;
- q. Suministro de Licores para el Consumo en las Instalaciones;
- r. Servicios de Venta de Lotería.

Sectores, subsectores o actividades:

Servicios Sociales.⁴⁵

⁴² Anexo II, Lista de Costa Rica.

⁴³ Para estos servicios, rige lo mismo que para la excepción en cuanto a trato nacional.

⁴⁴ Para estos servicios, rige lo mismo que para la excepción en cuanto a trato nacional y Nación Más Favorecida.

⁴⁵ Para estos servicios, rige lo mismo que para la excepción en cuanto a trato nacional, Nación Más Favorecida y presencia local.

7. Tratamiento relativo a la reglamentación nacional.⁴⁶

Otro aspecto acordado en relación con la prestación de servicios transfronterizos se refiere a evitar restricciones al comercio de servicios, como resultado de problemas o indefiniciones de tipo administrativo, en el caso de que se requiera de una autorización para el suministro de un servicio. Dentro de esa categoría, los países acordaron que, con respecto a las solicitudes de suministro de servicios no incluidos en el Anexo II,⁴⁷ debe informarse al solicitante la decisión sobre la solicitud presentada, en un plazo razonable, así como facilitar información sobre el estado de la solicitud, si así es requerido. Por otra parte, se acordó que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, normas técnicas y prescripciones en materia de licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios.⁴⁸

8. Posibilidad de reconocimiento mutuo de los requisitos para operación.

Finalmente, para facilitar el comercio de servicios transfronterizos, los países acordaron la posibilidad de que los países reconozcan la educación o experiencia obtenidas, los requisitos cumplidos o las licencias o certificados otorgados en otro país, incluso en otro país no miembro del TLC-CA, sea de forma automática o bien mediante un acuerdo o convenio,⁴⁹ sin que ello sea una obligación en el sentido de aplicación del principio de Nación Más Favorecida.⁵⁰

9. Compromisos Específicos.

En el capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios, los países adquieren compromisos específicos en dos áreas: a. servicios de envío urgente; y b. compromisos específicos por país, listados en el Anexo 11.13.⁵¹

a. Los servicios de envío urgente (servicios de “courier”).

Los servicios de envío urgente son “... *la expedita recolección, transporte y entrega de documentos, materiales impresos, paquetes, mercancías u otros artículos mientras que se tienen localizados y se mantiene el control de estos artículos durante todo el suministro del servicio.*”⁵²

Para esos servicios, los países expresan que desean mantener al menos el nivel de apertura de mercado que otorgan a la fecha de la suscripción del TLC-CA.⁵³ Igualmente, cada país se compromete a que los proveedores monopolísticos de servicios postales que compitan en el suministro de servicios de envío urgentes no abusen de la posición que ostentan al interior de los países, con respecto a los principios de trato nacional, Nación Más Favorecida y acceso a mercados.⁵⁴

Al establecerse una posible relación entre los servicios de envío urgentes y las empresas de servicios postales, debe analizarse la situación de la Empresa Correos de Costa Rica, que es la que tiene en sus manos la actividad postal en el país, y que ha sido

⁴⁶ Artículo 11.8.

⁴⁷ Artículo 11.6.2.

⁴⁸ Artículo 11.8. También se acordó que si en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) se toman otros acuerdos, lo acordado en el TLC-CA será modificado correspondientemente, si así lo acuerdan los países.

⁴⁹ Artículo 11.9.1. A ese convenio podrán adherirse otros países. Artículo 11.9.3.

⁵⁰ Artículo 11.9.2.

⁵¹ Artículo 11.13. y Anexo 11.13.

⁵² Artículo 11.13.1.(b) Los servicios de envío urgente no incluyen los servicios de transporte aéreo, los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales ni los servicios de transporte marítimo.

⁵³ Artículo 11.13.1.(c) Nótese que los países no se comprometen, sino que manifiestan que desean mantener el nivel de apertura de esos servicios, y no a partir del inicio de las negociaciones, sino a la fecha de la suscripción del TLC-CA, pero sí se comprometen a no adoptar o mantener restricciones a esos servicios, que no se encuentren ya vigentes a la fecha de la suscripción del TLC-CA, así como a no subsidiar esos servicios con los ingresos de su monopolio postal.

⁵⁴ Artículo 11.13.1.(e) La aplicación de esos principios debe respetarse también con respecto a inversiones extranjeras en servicios de envío urgente.

declarada de interés público. Sin embargo, en la legislación que regula esta materia no se encuentran disposiciones expresas sobre este tipo de servicio, siendo que esa actividad se regula en la legislación aduanera.

- b. Compromisos específicos por país, listados en el Anexo 11.13.

En el caso de Costa Rica, el único compromiso específico contenido en el Anexo 11.13. es la derogatoria de los artículos 2 y 9 de la Ley No. 6209 (Ley de Protección del Representante de Casas Extranjeras) y del inciso b) del artículo 361 del Código de Comercio.⁵⁵ A partir de la derogatoria de esos artículos, Costa Rica adquiere el compromiso de promulgar un nuevo régimen legal de protección que aplicará a los contratos de representación, distribución o fabricación, los cuales deberán fundamentarse en los principios generales del derecho contractual, libertad contractual, equidad, además de consistentes con las obligaciones en materia de comercio transfronterizo de servicios.⁵⁶ Importante de destacar es el compromiso de que la nueva legislación debe permitir *“que los contratos que no tengan fecha de vencimiento, puedan ser terminados por cualquiera de las partes, sujeto a que se otorgue una notificación con diez meses de anticipación”*, sin responsabilidad de indemnizar por parte de la casa extranjera, contrario a lo que se establece en los artículos 2 y 9 de la legislación actual que se pretende derogar.

En la Ley No. 6209, la casa extranjera es definida como *“toda persona física o jurídica que, radicada en el extranjero, realice actividades comerciales en el país, por sí o por medio de sucursales filiales o subsidiarias; mientras que el representante, es toda persona física o jurídica que, en forma continua y autónoma –con o sin representación legal- prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta o distribución de bienes o servicios de casas extranjeras que venden o presten el país.”* Estas definiciones son asumidas en el TLC-CA.

4. Conclusiones

El tema del comercio transfronterizo de servicios, resulta novedoso en cuanto a su regulación ya que es una de las áreas del comercio internacional que más difícil ha resultado su regulación. El país se propuso desde el inicio de las negociaciones ajustarse a los acuerdos de la OMC al respecto, por lo que salvo una excepción (representantes de casas extranjeras) el tratado no conlleva modificaciones a la legislación nacional. En el caso de telecomunicaciones y seguros, las regulaciones están fuera del capítulo de servicios.

En materia de servicios profesionales el Tratado resulta altamente proteccionista y tiende a mantener el estado de cosas en esta materia. Sin embargo, este tratado se convierte en una oportunidad para ir mejorando los requerimientos y exigiendo cada vez niveles mayores de excelencia de a los profesionales nacionales, para que estén en capacidad de competir en igualdad de condiciones con los profesionales de otros países.

⁵⁵ Artículo 1. Anexo 11.13., Compromisos Específicos, Sección A. Costa Rica.

⁵⁶ Artículo 2. Anexo 11.13., Compromisos Específicos, Sección A. Costa Rica.

Anexo de Medidas Disconformes en Comercio Transfronterizo de Servicios

Tal y como se puede observar en la lista de Medias Disconformes, son muy diversos los servicios sobre los que se establece algún tipo de disconformidad, yendo desde los servicios de tratamiento de desechos sólidos hasta los servicios de telecomunicaciones.

En la mayoría de los casos, cuando el servicio lo puede operar un particular por medio de una concesión, las limitaciones que se establecen son sobre la posibilidad del país de limitar las concesiones, o bien, sobre la cantidad de oferentes de un determinado servicio.

En algunos casos se exige que para poder prestar el servicio el extranjero en el país deberá contar con un representante o una oficina local, afectando el principio de *presencia local*, como lo es el caso de *“los nacionales extranjeros o las personas jurídicas con domicilio en el exterior que suministran servicios de investigación científica y bioprospección, con respecto a la biodiversidad en Costa Rica, deberán designar un representante legal con residencia en Costa Rica.”*, o de los *“Agentes Aduaneros, Auxiliares de Agente Aduanero y Transportistas Aduaneros”*.

Un caso que vale la pena rescatar es el de los servicios eléctricos, donde se establece que el país *“se reserva el derecho de otorgar por legislación concesiones para la transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica sobre la base de la demanda por el servicio”*. Adicionalmente, se acordó que *“los particulares podrán invertir en actividades para la operación de centrales eléctricas de capacidad limitada que no exceda los 20.000 KW, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: (a) El ICE podrá comprar electricidad a las empresas en las cuales, no menos del 35 por ciento del capital pertenece a costarricenses. (b) Las empresas organizadas de conformidad con la legislación extranjera y que suscriben un contrato de compra de energía con el ICE, deberán establecer una sucursal en Costa Rica.”* En este sentido se rescata el papel del ICE como principal productor y proveedor de energía eléctrica en el país, y se mantienen las condiciones que establece la Ley 7200, Ley que autoriza la generación eléctrica autónoma o paralela, en sus artículos 1 y 2.

La siguiente es una descripción, por sector o actividad, de todas las medidas disconformes explícitamente vinculadas con el comercio transfronterizo de servicios:

Servicios de Riego y Avenamiento

Costa Rica se reserva el derecho de limitar el número de concesiones para el suministro de servicios de riego y avenamiento con base en la demanda de esos servicios. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando el servicio.

Servicios de Tratamiento de Desechos Sólidos

Costa Rica se reserva el derecho de limitar el número de concesiones para el suministro de servicios de tratamiento de desechos sólidos con base en la demanda de esos servicios. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando el servicio.

Servicios Marítimos y Servicios Aéreos Especializados

Costa Rica se reserva el derecho de limitar el número de concesiones para el suministro de servicios marítimos y aéreos especializados en puertos nacionales con base en la demanda de esos servicios. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando el servicio.

Servicios Profesionales

Para poder incorporarse al Colegio Profesional de Contadores Públicos, Farmacéuticos, Geólogos, Médicos y Cirujanos, Veterinarios, Abogados (i.e., Notarios), Cirujanos Dentistas, Optometristas, Periodistas, Enfermeras, Técnicos Médicos y Quirúrgicos y Ramas de las Ciencias Médicas, todos los profesionales extranjeros deberán demostrar que en su país de origen donde se les autoriza el ejercicio profesional, los costarricenses pueden ejercer su profesión en circunstancias similares. Para poder incorporarse al Colegio Profesional de Contadores Públicos, Farmacéuticos, Geólogos, Ingenieros Agrónomos (Peritos - Tasadores Agropecuarios o Forestales), Médicos y Cirujanos, Veterinarios, Cirujanos Dentistas, Periodistas, Técnicos Médicos y Quirúrgicos y Ramas de las Ciencias Médicas Computación e Informática, Enfermeras y Traductores e Intérpretes oficiales, los profesionales extranjeros deberán ostentar el status migratorio de residentes en Costa Rica al momento de la solicitud de incorporación, así como un cier-

to número mínimo de años de residencia. El número de años varía de un colegio profesional a otro, pero usualmente se encuentra en un rango entre dos a cinco años. Para poder incorporarse al Colegio Profesional de Abogados (i.e., Notarios), Químicos e Ingenieros Químicos, Especialistas en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales y Físicos, los profesionales extranjeros deberán ostentar el status migratorio de residentes en Costa Rica al momento de la solicitud de incorporación. Únicamente profesionales costarricenses debidamente incorporados al *Colegio de Ingenieros Agrónomos* podrán prestar servicios a las empresas consultoras en ciencias agropecuarias que operen en Costa Rica, para cumplir con el requisito legal del 50 por ciento del tiempo profesional total de asesoría. Los trabajos de consultoría o asesoría en el campo de las ciencias agropecuarias, que se efectúen en Costa Rica bajo los auspicios de gobiernos extranjeros o de instituciones internacionales, serán dirigidos de forma compartida por costarricenses incorporados al Colegio en conjunto con extranjeros. Los profesionales extranjeros especialistas en ciencias políticas y relaciones internacionales sólo podrán ser contratados por entidades públicas o privadas, cuando sean miembros activos del Colegio Profesional y se haya declarado inopia de profesionales costarricenses. Para mayor certeza, sujeto a las condiciones y términos de la legislación aplicable, los siguientes Colegios Profesionales podrán otorgar licencias temporales para el ejercicio temporal de la profesión en Costa Rica para: Biólogos, Economistas y Científicos Sociales, Especialistas en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Cirujanos Dentistas, Farmacéuticos, Físicos, Profesionales en Informática y Computación, Ingenieros Agrónomos, Ingenieros y Arquitectos, Médicos y Cirujanos, Veterinarios, Periodistas, Psicólogos, Químicos e Ingenieros Químicos y Quiroprácticos. Para mayor certeza, ninguna de las medidas listadas en esta ficha del Anexo restringe a las empresas en Costa Rica para de otra manera emplear a profesionales extranjeros de conformidad con la legislación costarricense para ejecutar contratos.

Zona Marítimo Terrestre

Se requiere una concesión para realizar cualquier tipo de desarrollo o de actividad en la zona marítimo terrestre. Dicha concesión no se otorgará a o se mantendrá en poder de: (a) extranjeros que no hayan residido en el país por lo menos durante cinco años; (b) sociedades con acciones al portador; (c)

sociedades o entidades domiciliadas en el exterior; (d) entidades constituidas en el país únicamente por extranjeros; o (e) entidades cuyas acciones o cuotas de capital, pertenecen en más de un 50 por ciento a extranjeros. En la zona marítimo terrestre, no se otorgará ninguna concesión dentro de los primeros 50 metros contados desde la línea de pleamar ni en el área comprendida entre la línea de pleamar y la línea de marea baja.

Servicios de Transporte por Vía Terrestre – Transporte de Pasajeros

Costa Rica se reserva el derecho de limitar el número de concesiones para operar las líneas domésticas de rutas de transporte remunerado de personas en vehículos automotores (incluyendo servicios especiales de transporte de personas definido en los Artículos 2 y 3 del Decreto Ejecutivo No. 15203-MOPT del 22 de febrero de 1984 – *Reglamento para la Explotación de Servicios Especiales de Transporte Automotor Remunerado de Personas*). Dichas concesiones deberán ser otorgadas mediante licitación, y únicamente se licitará la explotación de una línea cuando el *Ministerio de Obras Públicas y Transportes* haya establecido la necesidad de prestar el servicio, de acuerdo con los estudios técnicos respectivos. Cuando hubiere múltiples ofertas, incluyendo una de un proveedor costarricense que satisfaga todos los requerimientos en la misma medida, se preferirá la oferta costarricense antes que la extranjera, tratándose de personas físicas o jurídicas. Un permiso para operar un servicio internacional de transporte remunerado de personas, será otorgado únicamente a empresas constituidas bajo la legislación de Costa Rica o aquellas cuyo capital esté integrado al menos en un 60 por ciento con aportaciones de ciudadanos de Centroamérica. En adición a la restricción arriba descrita, en el otorgamiento de permisos para realizar servicios internacionales de transporte remunerado de personas, se aplicará el principio de reciprocidad. Se requerirá un permiso para prestar servicios de transporte remunerado de pasajeros por vía terrestre. Nuevas concesiones podrán ser otorgadas si lo justifica la demanda por el servicio. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando el servicio. Costa Rica se reserva el derecho de limitar el número de permisos o concesiones para suministrar el servicio doméstico remunerado de transporte de pasajeros por vía terrestre, basado en la demanda por el servicio. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando

el servicio. El *Ministerio de Obras Públicas y Transportes* se reserva el derecho de fijar anualmente el número de concesiones que se otorgarán en cada distrito, cantón y provincia para los servicios de taxi. Únicamente se podrá otorgar una concesión de taxi para cada persona física y cada concesión otorga el derecho de operar únicamente un vehículo. Las licitaciones para concesión de taxis se conceden con base a un sistema de puntos, el cual otorga ventaja a los proveedores existentes. Cada concesión para prestar servicios públicos regulares de transporte remunerado de personas en vehículos automotores, excluyendo taxis, únicamente podrá ser otorgada a una persona, a menos que una prueba de necesidades económicas evidencie la necesidad de contar con proveedores adicionales. Adicionalmente, una persona física no podrá poseer más de dos empresas ni podrá ser accionista mayoritario en más de tres empresas operando rutas diferentes. Los permisos para proveer servicios de transporte de personas en autobuses no turísticos dentro del Gran Área Metropolitana del Valle Central de Costa Rica, deberán ser otorgados únicamente una vez que se haya demostrado que el servicio regular de autobús público no puede satisfacer la demanda. Costa Rica se reserva el derecho de mantener monopolio del transporte por ferrocarriles. Sin embargo, el Estado podrá otorgar concesiones a particulares. Las concesiones podrán ser otorgadas si lo justifica la demanda por el servicio. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando el servicio.

Servicios de Transporte por Vía Terrestre: Transporte de Carga

Solamente las personas físicas o jurídicas costarricenses podrán suministrar servicios de transporte automotor de carga entre dos puntos dentro del territorio de Costa Rica. Dicha persona jurídica deberá reunir los siguientes requisitos: (a) al menos 51 por ciento de su capital deberá pertenecer a costarricenses; y (b) el control efectivo y la dirección de la empresa estén igualmente en manos de costarricenses. Ningún vehículo automotor, remolque o semirremolque con placas o matrículas extranjeras podrá transportar mercancías dentro del territorio de Costa Rica. Se exceptúa de la anterior prohibición los vehículos, remolque o semirremolques matriculados en cualquiera de los países centroamericanos. Las empresas extranjeras de transporte internacional multimodal de carga, estarán obligadas a contratar con empresas

constituidas bajo la legislación de Costa Rica para transportar contenedores y semirremolques dentro de Costa Rica. Costa Rica se reserva el derecho de otorgar concesiones para el suministro de servicios de transporte de carga por ferrocarril con base en la demanda de ese servicio. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando el servicio.

Servicios de Transporte por Vía Acuática.

Costa Rica se reserva el derecho de limitar el número de concesiones para el servicio de cabotaje con base en la demanda de ese servicio. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando el servicio. Una concesión para suministrar el servicio de cabotaje sólo se otorgará a ciudadanos costarricenses o a sociedades constituidas conforme a las leyes de Costa Rica, de cuyo capital un 60 por ciento de las acciones pertenezca a costarricenses. Únicamente podrán registrar embarcaciones en Costa Rica los costarricenses, entes públicos nacionales, las empresas constituidas y domiciliadas en Costa Rica y los representantes de compañías navieras. Se exceptúan de esta regla los extranjeros o empresas extranjeras que deseen inscribir embarcaciones menores de 50 toneladas para uso no comercial. Toda persona física o jurídica, radicada en el extranjero que sea propietaria de una o varias embarcaciones de matrícula extranjera localizadas en Costa Rica, deberá nombrar y mantener un agente o representante legal en Costa Rica, que actúe como enlace con las autoridades oficiales en todos los asuntos relacionados con la embarcación. El comercio y cabotaje turístico de puerto a puerto costarricense, se hará exclusivamente en embarcaciones de matrícula costarricense. Los extranjeros que quieran ser capitanes de una embarcación de matrícula y bandera costarricense deberán rendir una garantía equivalente como mínimo a la mitad del valor de la embarcación que esté bajo su comando. Al menos diez por ciento de la tripulación en embarcaciones de tráfico internacional de matrícula costarricense que atraquen en puertos costarricenses, deberán ser nacionales costarricenses, siempre que dicho personal entrenado esté disponible a nivel doméstico.

Servicios Aéreos Especializados

Las empresas costarricenses interesadas en obtener un certificado de explotación para cualquier servicio aeronáutico, incluyendo servicios aéreos especializados, deben comprobar que el control efectivo y la dirección de la empresa, y por lo menos el 51 por ciento del capital, se encuentra en poder de costarricenses. Los certificados para el suministro de servicios de aeronavegabilidad serán expedidos a empresas extranjeras constituidas bajo legislación extranjera, con base en el principio de reciprocidad. Todo poseedor de un certificado de explotación deberá mantener en Costa Rica una base de operación y mantenimiento.

Guías de Turismo

Solamente costarricenses podrán optar por licencias de guía turístico.

Agencias de Viaje y Turismo

Costa Rica se reserva el derecho de limitar el número de agencias de viajes autorizadas para operar en Costa Rica con base en la demanda de ese servicio

Servicios de Transporte – Agentes Aduaneros – Auxiliares de Agente Aduanero – Transportistas Aduaneros

Sólo las personas o empresas que tengan un representante legal y casa matriz en Costa Rica, podrán actuar como transportista aduanero, agente de carga internacional, depositario aduanero u otro auxiliar de la función pública aduanera. Sólo los costarricenses podrán operar como agentes aduaneros.

Servicios Relacionados con las Telecomunicaciones – Radio y Televisión

En Costa Rica, los servicios inalámbricos no podrán salir definitivamente del dominio del Estado y sólo podrán ser suministrados por la administración pública o por particulares, de conformidad con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. Sólo los costarricenses o las empresas cuyo capital pertenezca en no menos de un 65 por ciento a costarricenses, podrán establecer o manejar una empresa que suministre servicios inalámbricos. Esta restricción no se aplica al establecimiento y operación de estaciones de radioaficionados, pero no se concede-

rán derechos a un extranjero con residencia en Costa Rica, cuando el país de origen de ese extranjero no conceda ese mismo derecho a costarricenses. Sólo los costarricenses o las personas jurídicas de acciones nominativas y que sean propiedad de costarricenses podrán obtener una licencia para operar servicios de radiodifusión de Ultra Alta Frecuencia (UHF). Sólo costarricenses o personas jurídicas cuyo capital pertenezca en no menos de un 65 por ciento a costarricenses podrán obtener una licencia o adjudicación de un canal de televisión libre para señales originadas en Costa Rica. Sólo costarricenses o personas jurídicas cuyo capital pertenezca en no menos de un 65 por ciento a costarricenses podrán obtener una licencia para operar estaciones de radio; radioaficionados; radio-televisión; y estaciones de difusión marítima, aeronáutica, meteorológica y privadas. Los directores o administradores de personas jurídicas que prestan servicios de radio y televisión deben ser costarricenses por nacimiento o con más de diez años de naturalización. El derecho de establecer estaciones radiográficas en Costa Rica para la transmisión y recepción de mensajes oficiales, está permanentemente reservada al Estado y no está sujeta a concesión.

Distribución al Detalle y al Por Mayor – Petróleo Crudo y sus Derivados

La distribución al por mayor de petróleo crudo y sus derivados – incluyendo gasolina, asfalto y nafta – está sujeto al monopolio del Estado. Costa Rica se reserva el derecho de limitar el número de concesiones para la distribución al detalle de petróleo crudo y sus derivados – incluyendo gasolina, asfalto y nafta – con base en la demanda del servicio. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando el servicio.

Servicios Relacionados con Minería – Exploración de Hidrocarburos

Si el que recibe una concesión para la exploración de hidrocarburos u otros servicios relacionados con la minería de hidrocarburos está organizado de conformidad con la legislación de un país extranjero, éste deberá contar con una sucursal y un representante legal en Costa Rica.

Minería y Servicios Relacionados con Minería - Minerales diferentes de los Hidrocarburos

La exploración y otros servicios relacionados con la minería de cualesquiera minerales radioactivos en Costa Rica podrán ser suministrados únicamente por el Estado o por particulares bajo la modalidad de una concesión, de conformidad con la Constitución Política. Concesiones para minería o exploración de minerales diferentes de los hidrocarburos no podrán ser otorgadas a gobiernos extranjeros o sus representantes. Los concesionarios que sean empresas organizadas de conformidad con una legislación extranjera o las personas físicas concesionarias sin residencia en Costa Rica deberán nombrar un representante legal con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma para adquirir derechos y obligaciones en nombre de su representada- sea persona física o jurídica- y deberán además mantener una oficina en Costa Rica. Los bancos del Sistema Bancario Nacional no otorgarán préstamos en una suma superior al diez por ciento del total de la inversión a personas jurídicas con más de un 50 por ciento de capital extranjero. Sólo los individuos están facultados para constituir cooperativas de minería y el 75 por ciento de los miembros deben ser nacionales costarricenses.

Servicios Científicos y de Investigación

Los nacionales extranjeros o las personas jurídicas con domicilio en el exterior que suministran servicios de investigación científica y bioprospección, con respecto a la biodiversidad en Costa Rica, deberán designar un representante legal con residencia en Costa Rica.

Servicios relacionados con la Agricultura y la Silvicultura

Una licencia para la recolecta científica o cultural de especies se expedirá por un período máximo de un año a los nacionales o residentes y seis meses o menos para todos los demás extranjeros. Los nacionales y los residentes pagarán una tarifa inferior que los extranjeros no residentes para obtener la licencia arriba descrita.

Energía Eléctrica

Costa Rica se reserva el derecho de otorgar por legislación concesiones para la transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica sobre la base de la demanda por el servicio. Se dará prioridad a los concesionarios que se encuentran suministrando el servicio. Para mayor certeza, las siguientes empresas cuentan actualmente con concesiones para prestar estos servicios: *Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)*; *Empresa de Servicios Públicos de Heredia*; *Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago (JASEC)*; *Compañía Nacional de Fuerza y Luz*; y asociaciones cooperativas, consorcios cooperativos y empresas de servicio público municipal sujetas a las disposiciones de la Ley No. 8345. Todas estas empresas podrán participar en alianzas estratégicas con empresas públicas o privadas para suministrar sus servicios, sujeto a las disposiciones estipuladas por la ley. En el caso de la *Empresa de Servicios Públicos de Heredia*, no menos del 51 por ciento del capital de la empresa privada deberá pertenecer a costarricenses. Los particulares podrán invertir en actividades para la operación de centrales eléctricas de capacidad limitada que no exceda los 20.000 kW, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: (a) El *ICE* podrá comprar electricidad a las empresas en las cuales, no menos del 35 por ciento del capital pertenece a costarricenses. (b) Las empresas organizadas de conformidad con la legislación extranjera y que suscriben un contrato de compra de energía con el *ICE*, deberán establecer una sucursal en Costa Rica.

Servicios de Enseñanza Superior

No menos del 85 por ciento del personal docente, personal docente administrativo y personal de alta dirección de un instituto privado de educación superior deberá ser costarricense.

Servicios de Profesionales en Salud Humana—Médicos y Cirujanos, Cirujanos Dentistas, Microbiólogos, Farmacéuticos, Enfermeras y Nutricionistas

Los médicos y cirujanos, cirujanos dentistas, microbiólogos, farmacéuticos, enfermeras y nutricionistas deberán realizar el equivalente a un año continuo de servicio social obligatorio remunerado. Las plazas de servicio social obligatorio se adjudicarán por sorteo. Cuando existan suficientes plazas para todos los aspirantes para realizar el servicio social obligatorio,

los aspirantes costarricenses tendrán prioridad sobre los aspirantes extranjeros con respecto a la asignación de una plaza específica. Si el número de plazas ofrecidas para el sorteo es menor que el número de aspirantes, tendrán prioridad los aspirantes costarricenses a escoger libremente si participan o no en el sorteo. Dicha escogencia será respetada siempre y cuando el número de participantes que no desee escoger plaza sea igual o inferior al número de plazas faltantes. Cuando el número de aspirantes costarricenses que no deseen participar en el sorteo sea mayor que el número de plazas faltantes, se procederá a realizar una rifa entre ellos para determinar quienes participarán en el sorteo. Si una vez realizada la escogencia por los aspirantes costarricenses persistiese un faltante de plazas, el mismo procedimiento se aplicará para el sorteo de plazas entre aspirantes extranjeros. Sujeto a las condiciones y términos incluidos en la legislación y regulaciones aplicables a cada categoría profesional arriba listada, para el ejercicio temporal de la profesión se podrá eximir del requisito de realizar el servicio social obligatorio.

Audiovisuales – Publicidad – Servicios de Cine, Radio, Televisión y otros Espectáculos

Los medios de difusión masiva y los servicios de publicidad, sólo podrán ser proporcionados por sociedades incorporadas en Costa Rica con acciones nominativas o bajo la forma de “*sociedades personales*” de conformidad con la legislación costarricense. Los programas de radio y televisión deberán respetar las siguientes reglas: - Si los comerciales consistieren en tonadas (*jingles*) grabados en el extranjero deberá pagarse una determinada suma cada vez que se transmita al aire el comercial en televisión doméstica. De los comerciales que transmita al aire cada estación doméstica de televisión o que proyecte una sala de cine, solamente el 30 por ciento podrá ser de procedencia extranjera. - Los comerciales importados por medios físicos desde fuera de la región centroamericana y transmitidos al aire en la televisión doméstica pagarán un impuesto equivalente al 100 por ciento de su valor de producción declarado. Los comerciales de radio, cine o televisión son considerados nacionales cuando son producidos en cualquiera de los países de Centroamérica con los que haya reciprocidad en la materia. - El número de programas de radio y radionovelas grabadas en el extranjero no podrán exceder el 50 por ciento del total de las puestas por día al aire en transmisio-

nes de estaciones domésticas de radio. -El número de programas filmados o grabados en el extranjero podrá estar limitado al 60 por ciento del total de los programas puestos por día al aire en transmisiones de televisión doméstica. Los comerciales de radio, cine o televisión, son considerados nacionales cuando al menos 90 por ciento de la tonada (o *jingle*) haya sido compuesta o arreglada por costarricenses y no menos del 90 por ciento de la imagen, ha sido dibujada, fotografiada, impresa, filmada o grabada en video por costarricenses y cuando al menos el 90 por ciento del personal técnico que participe en la producción sea costarricense

Servicios de Agencias de Noticias

Salvo previa autorización, un periodista extranjero podrá cubrir eventos en Costa Rica sólo si es residente de Costa Rica. La Junta Directiva del *Colegio de Periodistas* podrá otorgar a los extranjeros no residentes permisos especiales para cubrir eventos en Costa Rica hasta por un año, prorrogables siempre que no lesionen ni se opongan a los intereses de los miembros del *Colegio de Periodistas*. Si el *Colegio de Periodistas* decide que un evento de importancia internacional va ocurrir o ha ocurrido en Costa Rica, el *Colegio de Periodistas* podrá otorgar a un extranjero no residente en el país que cuente con credenciales profesionales adecuadas, un permiso temporal para cubrir dicho evento para el medio extranjero que el periodista representa. Dicho permiso únicamente tendrá validez hasta por un mes después del evento.

Servicios Deportivos y otros servicios de esparcimiento

Para obtener concesiones para el desarrollo de marinas y atracaderos turísticos, las empresas cuyo asiento principal de negocios se encuentre en el exterior, deberán establecerse en Costa Rica. Las personas físicas extranjeras deberán nombrar a un representante con autoridad legal suficiente y con residencia permanente en Costa Rica. Toda embarcación de bandera extranjera que emplee los servicios ofrecidos por una marina podrá permanecer en la zona económica exclusiva costarricense por un período máximo de dos años, prorrogable por períodos iguales. Durante su permanencia en Costa Rica, las embarcaciones de bandera extranjera y su tripulación no podrán suministrar servicios de transporte acuático, pesca, buceo ni otras actividades afines al deporte y el turismo, excepto los cruceros turísticos.

Ferrocarriles, Puertos y Aeropuertos

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales – éstos últimos mientras se encuentren en servicio – no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en ninguna forma del dominio y control del Estado. El Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de ferrocarriles, ferrovías, muelles y aeropuertos internacionales. Para el caso de los muelles de Limón, Moín, Caldera y Puntarenas, las concesiones sólo podrán ser otorgadas para trabajos futuros o expansiones. Toda empresa concesionaria de ferrocarriles deberá constituirse de conformidad con la legislación costarricense y tener su domicilio en Costa Rica.

Servicios Inalámbricos

En Costa Rica, los servicios inalámbricos no podrán salir definitivamente del dominio del Estado y sólo podrán ser suministrados por la administración pública o por particulares, de conformidad con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa. El derecho de establecer estaciones radiográficas en Costa Rica para la transmisión y recepción de mensajes oficiales, está permanentemente reservada al Estado y no está sujeta a concesión. Sólo los costarricenses o las empresas cuyo capital pertenezca en no menos de un 65 por ciento a costarricenses, podrán establecer o manejar una empresa que suministre servicios inalámbricos. Esta restricción no se aplica al establecimiento y operación de estaciones de radioaficionados, pero no se concederán derechos a un extranjero con residencia en Costa Rica, cuando el país de origen de ese extranjero no conceda ese mismo derecho a costarricenses. No obstante las medidas listadas anteriormente, incluyendo cualesquiera requisitos relativos a la propiedad de capital por parte de costarricenses, Costa Rica permitirá sobre una base no discriminatoria, a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte, competir efectivamente para suministrar directamente al cliente, a través de la tecnología de su escogencia, los siguientes servicios de telecomunicaciones en su territorio: (i) servicios de redes privadas, a más tardar el 1 de enero del 2006; (ii) servicios de Internet, a más tardar el 1 de enero del 2006; y (iii) servicios inalámbricos móviles, a más tardar el 1 de enero del 2007.

Suministro de Licores para el Consumo en las Instalaciones

Queda a juicio de las Municipalidades determinar el número de establecimientos de licores que pueden autorizarse en cada una de las áreas bajo su jurisdicción. En ningún caso, éste número podrá exceder la siguiente proporción: (a) en las capitales de provincia, un establecimiento que venda licores extranjeros y un establecimiento que venda licores domésticos por cada trescientos habitantes; (b) en todas las otras ciudades que cuenten con más de mil habitantes, un establecimiento que venda licores extranjeros por cada quinientos habitantes y un establecimiento que venda licores domésticos por cada trescientos habitantes; (c) las ciudades que no llegaren a mil habitantes, pero sí a más de quinientos, podrán tener dos establecimientos que vendan licores extranjeros y dos establecimientos que vendan licores domésticos; y (d) cualquier otra ciudad que tenga quinientos habitantes o menos, podrá tener un establecimiento que venda licores extranjeros y un establecimiento que venda licores domésticos. Ningún establecimiento para la venta de licores para el consumo será permitido fuera del perímetro de las ciudades o donde no exista autoridad policial permanente. En remate público, ninguna persona podrá adquirir autorización para tener más de un establecimiento que venda licores extranjeros y un establecimiento que venda licores domésticos en la misma ciudad.

Servicios de Venta de Lotería

La *Junta de Protección Social de San José* será la única administradora y distribuidora de lotería, excepto del “*Juego Crea*”. Toda lotería, tiempos, rifas y clubes que otorguen premios consistentes en el pago de dinero en efectivo están prohibidos, excepto del “*Juego Crea*” y aquellos emitidos por la *Junta de Protección Social de San José*.

SERVICIOS FINANCIEROS*

1. Introducción

Ya en el capítulo anterior, sobre comercio transfronterizo de servicios, se describió la importancia que ha adquirido el sector de los servicios en el comercio internacional, razón por la cual hoy en día es parte de las negociaciones comerciales internacionales en el marco de la OMC.

El comercio de servicios financieros recibe un tratamiento especial en el TLC-CA, razón por la cual se negoció un capítulo aparte.

Un servicio financiero “... significa todo servicio de carácter financiero. Los servicios financieros comprenden todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y todos los servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros), así como servicios accesorios o auxiliares a un servicio de carácter financiero.”¹

2. Objetivos de la Negociación

Los países centroamericanos no definieron un objetivo específico para la negociación de servicios financieros, sino que lo hicieron para el comercio transfronterizo de servicios, de los cuales son parte los servicios financieros,² en la medida que éstos sean prestados desde el exterior.³

* Este capítulo fue elaborado por José Eduardo Angulo

¹ Artículo 12.20. Los servicios de seguros y relacionados con seguros son: “(a) Seguros directos (incluido el coaseguro): (i) seguros de vida, (ii) seguros distintos de los de vida; (b) Reaseguros y retrocesión; (c) Actividades de intermediación de seguros, por ejemplo las de los corredores y agentes de seguros; y (d) Servicios auxiliares de los seguros, por ejemplo los de consultores, actuarios, evaluación de riesgos e indemnización de siniestros.” Los servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros) son: “(e) Aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público; (f) Préstamos de todo tipo, con inclusión de créditos personales, créditos hipotecarios, factoring y financiación de transacciones comerciales; (g) Servicios de arrendamiento financieros; (h) Todos los servicios de pago y transferencia monetaria, con inclusión de tarjetas de crédito, de pago y similares, cheques de viajeros y giros bancarios; (i) Garantías y compromisos; (j) Intercambio comercial por cuenta propia o de clientes, ya sea en una bolsa, en un mercado extrabursátil o de otro modo, de lo siguiente: (i) instrumentos del mercado monetario (incluidos cheques, letras y certificados de depósito); (ii) divisas; (iii) productos derivados, incluidos, aunque no exclusivamente, futuros y opciones; (iv) instrumentos de los mercados cambiario y monetario, por ejemplo, swaps y acuerdos a plazo sobre tipos de interés; (v) valores transferibles; (vi) otros instrumentos y activos financieros negociables, metal inclusive; (k) Participación en emisiones de toda clase de valores, con inclusión de la suscripción y colocación como agentes (pública o privadamente) y el suministro de servicios relacionados con esas emisiones; (l) Corretaje de cambios; (m) Administración de activos, por ejemplo, administración de fondos en efectivo o de carteras de valores, gestión de inversiones colectivas en todas sus formas, administración de fondos de pensiones, servicios de depósito y custodia, y servicios fiduciarios; (n) Servicios de pago y compensación respecto de activos financieros, con inclusión de valores, productos derivados y otros instrumentos negociables; (o) Suministro y transferencia de información financiera, procesamiento de datos financieros y soporte lógico con ellos relacionado, por proveedores de otros servicios financieros; y (p) servicios de asesoramiento e intermediación y otros servicios financieros auxiliares respecto de cualesquiera de las actividades indicadas en los subpárrafos (e) a (o), con inclusión de informes y análisis de crédito, estudios y asesoramiento sobre inversiones y carteras de valores, y asesoramiento sobre adquisiciones y sobre reestructuración y estrategia de las empresas.” Artículo 12.20.

² El comercio transfronterizo de servicios financieros se puede presentar en tres modalidades diferentes: a. del territorio de un país al territorio de otro país (una persona o empresa proveedora de servicios financieros radicada en un país que ofrece sus servicios en otro país sin estar radicada en ese otro país); b. en el territorio de un país por parte de una persona o una empresa de ese país a una persona o empresa de otro país (una persona o empresa radicada en un país que ofrece servicios financieros a una persona o empresa radicada en otro país pero que se encuentra temporalmente en el país); c. una persona de un país que ofrece servicios financieros en el territorio de otro país. El suministro de servicios financieros en un país por parte de una empresa extranjera establecida en ese país no es un comercio transfronterizo de servicios financieros. Artículo 12.20.

³ Existen restricciones importantes a la prestación de servicios financieros del exterior en el TLC-CA, que se detallan más adelante.

Los servicios financieros incluyen los servicios bancarios y demás servicios financieros, por una parte, y servicios de seguros y relacionados con seguros, por otra parte. Al respecto, Costa Rica definió una posición de negociación, por lo demás compatible con la posición de los demás países centroamericanos:⁴

“En materia de servicios financieros, Costa Rica buscará en la negociación:

- a) Una clara determinación del ámbito de aplicación del capítulo que abarque tanto a la inversión productiva en el sector financiero como a los servicios financieros transfronterizos que sean de interés para el país.*
- b) El establecimiento de disposiciones que reconozcan y fortalezcan la capacidad de supervisión de las diversas superintendencias en el ámbito financiero nacional sobre las inversiones productivas en instituciones financieras y los servicios financieros suministrados en el país.*
- c) Con respecto a toda medida cubierta por el capítulo, el otorgamiento de trato nacional⁵ a las inversiones productivas en instituciones financieras, servicios y proveedores de servicios financieros de una Parte en el territorio de la otra Parte.*
- d) Con respecto a toda medida cubierta por el capítulo, el reconocimiento de un trato no menos favorable que el trato más favorable que se otorgue a nivel estatal a inversiones productivas en instituciones financieras, servicios y proveedores de servicios financieros similares de cualquier otro país.*
- e) La introducción de disposiciones que aseguren que todas las medidas de aplicación general que afecten el suministro de servicios financieros sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial.*
- f) El establecimiento de disposiciones que fomenten la transparencia de las regulaciones que las Partes aplican a los servicios financieros, estipulando obligaciones de publicación de todas aquellas medidas de aplicación general que se refieran al capítulo o afecten su funcionamiento.*

g) La inclusión de un listado de reservas que permita consolidar el nivel de acceso al mercado de servicios financieros nacional de conformidad con la legislación costarricense vigente al momento del inicio de las negociaciones.

h) El establecimiento de disposiciones que faculten a las autoridades supervisoras en el sector financiero a aplicar, sin perjuicio de las obligaciones del capítulo, las medidas prudenciales necesarias para asegurar la seguridad y estabilidad del sistema financiero costarricense.”

Tanto el objetivo y la posición de negociación de los países centroamericanos, sobre el comercio transfronterizo de servicios, como la posición específica en materia de servicios financieros (banca y seguros), están orientados a promover el desarrollo y la diversificación de la oferta de servicios, reafirmando compromisos que ya los países centroamericanos han asumido dentro del marco del Acuerdo GATS de la OMC,⁶ al mismo tiempo que buscar desarrollarlos.

Varios enunciados en los objetivos y posiciones de negociación demuestran esa orientación, partiendo de una delimitación clara del ámbito de aplicación: la compatibilidad con las reglas y disciplinas de la OMC; la elaboración de principios acordados a nivel multilateral; el otorgamiento de trato nacional y de un trato no menos favorable a los servicios y a los proveedores de servicios; la inclusión de una lista negativa, en la que se establecen los servicios que no serán objeto de lo acordado;⁷ la administración razonable, objetiva e imparcial de medidas que afecten el comercio de servicios; la transparencia de los regímenes regulatorios; exclusión de servicios que se brindan como funciones gubernamentales y que no se suministran en condiciones comerciales ni en competencia con otros proveedores, como por ejemplo los sistemas de seguridad social y cualquier otro servicio público, como la sanidad o la educación, que no se preste en condiciones de mercado; la facultad de las autoridades supervisoras del sistema financiero de aplicar medidas para asegurar la seguridad y estabilidad del sistema financiero; entre otros.

⁴ COMEX, 2003b.

⁵ El principio de trato nacional consiste en dar a los extranjeros el mismo trato (“trato no menos favorable”) que el que se da a los nacionales.

⁶ COMEX, 2004b.

⁷ En el GATS se trabaja con listas positivas, esto es, con listas de servicios respecto de los cuales los países se comprometen a aplicar lo acordado.

Dada la definición sobre servicios financieros, que incluye banca y seguros, al parecer, la posición de negociación costarricense sobre este tema contemplaba los seguros, debido a que no se explicitó en la posición costarricense de previo la posición nacional sobre ese tema. No obstante, según el Ministerio de Comercio Exterior (COMEX), la posición de Costa Rica era no llevar el tema a la mesa de negociaciones y mantener una posición defensiva, dada la sensibilidad que el asunto suscitaba.

Sin embargo, era de esperar que los Estados Unidos llevarían el tema a la mesa de negociaciones, y sin conocer cuáles serían sus pretensiones al respecto, entre abril y mayo del 2003, después de la segunda ronda de negociaciones, el gobierno conversó de manera privada con el sector para ir definiendo una posición de negociación, buscando construir planes alternativos y asumiendo una posición defensiva. Hubo conversaciones con el Instituto Nacional de Seguros (INS) sobre la posibilidad de negociar algunos seguros, dando origen a un conjunto de alternativas sobre la potencial apertura.

El Gobierno elaboró el denominado “Plan A”. Este plan consistía en aceptar el compromiso de permitir el consumo de seguros en el exterior; con ese compromiso no se estaría dando una concesión, sino que se estaría reflejando la situación actual, en la que el monopolio es territorial y la aplicación de las leyes también. Si el Plan A no fuese suficiente, el Gobierno había elaborado también el denominado “Plan B”, que consistía en abrir a la competencia los seguros de gastos médicos y los seguros de vida.

Aún en el mes de setiembre de 2003, Costa Rica se mantenía firme en cuanto a excluir del proceso de negociación el tema de las telecomunicaciones, mientras que sobre seguros no se hacía ninguna mención. Sin embargo, el tema de las telecomunicaciones tuvo que ser incluido en las negociaciones, a raíz de la posición de los Estados Unidos, que ma-

nifestó que no se podrían concluir las negociaciones sin que se negociara “algo” en materia de telecomunicaciones.⁸ Igual sucedió con el tema de los seguros, en noviembre del 2003, pero con la diferencia de que, mientras en materia de telecomunicaciones ya existía una propuesta concreta de los Estados Unidos, negociada con los demás países de la región en el Capítulo 13 del TLC-CA, en materia de seguros no existía ninguna propuesta concreta por parte de ese país. No fue sino hasta diciembre del 2003 que los Estados Unidos manifestó claramente su posición en materia de seguros: apertura total e inmediata.

En ese momento de la negociación, Estados Unidos percibía que había cedido mucho en una serie de temas, especialmente en lo relativo a telecomunicaciones, y que no era posible conceder mayores concesiones. Costa Rica aceptó negociar sobre el tema de los seguros y aceptó la apertura gradual, tanto de los seguros comerciales – voluntarios -, como de los seguros solidarios – obligatorios -, que son el seguro obligatorio de vehículos y el seguro de riesgos del trabajo.

3. Resultados de la Negociación

El resultado de las negociaciones del TLC-CA en materia de servicios financieros, parte de la definición de un ámbito de aplicación de lo acordado a las medidas que se adopten o se mantengan en relación con:

- a. las instituciones financieras de otro país firmante;
- b. los inversionistas y sus inversiones de otro país firmante en el territorio de un país firmante;
- c. el comercio transfronterizo de servicios financieros.

Dentro del ámbito de aplicación del capítulo de servicios financieros, se incorporan, por una parte, acuerdos establecidos en otros capítulos del TLC-CA, en especial del capítulo de inversiones y de comercio transfronterizo de servicios, de manera que lo acordado en el campo de los servicios financieros⁹

⁸ Véase al respecto el capítulo respectivo que describe y comenta lo negociado en materia de telecomunicaciones.

⁹ En ese sentido, se incorporan al capítulo sobre servicios financieros los siguientes artículos del Capítulo sobre Inversiones y del Capítulo sobre comercio transfronterizo de servicios: a. Artículo 10.7. sobre expropiación e indemnización a inversiones; b. Artículo 10.8. sobre transferencias de inversiones desde y hacia el exterior; c. Artículo 10.11. sobre inversión y medioambiente; d. Artículo 10.12. sobre denegación de beneficios a inversionistas; e. Artículo 10.14. sobre formalidades especiales y requisitos de información para la inversión; f. Sección B sobre solución de controversias inversionista – estado, pero solamente en violación a los artículos 10.7. (expropiación e indemnización), 10.8. (transferencias), 10.12. (denegación de beneficios) o 10.14. (formalidades especiales y requisitos de información); g. Artículo 11.10. sobre transferencias y pagos por el suministro transfronterizo de servicios; h. Artículo 11.12. sobre denegación de beneficios a proveedores de servicios. Lo descrito y comentado sobre esos capítulos del TLC-CA se incluye como Anexo del presente capítulo, a efectos de disponer de esa información en el presente documento. Véase al respecto los Capítulos 10 (Inversiones) y 11 (Comercio Transfronterizo de Servicios).

también es aplicable a las inversiones y a los inversionistas extranjeros. Por otra parte, se excluyen del ámbito de aplicación del capítulo las medidas que adopte o mantenga un país en relación con:¹⁰

- “(a) actividades o servicios que formen parte de un plan de jubilación público o un sistema legal de seguridad social;”¹¹ o*
(b) actividades o servicios realizados por cuenta o con la garantía de la Parte o con utilización de recursos financieros de ésta, incluyendo sus entidades públicas;”

siempre y cuando dichas actividades no se realicen en competencia con una entidad pública o con una institución financiera.

Dentro del ámbito de aplicación señalado, los países acordaron los siguientes elementos y principios, que deberán reflejarse en las regulaciones internas¹² respectivas:¹³

1. Trato nacional.¹⁴
2. Trato de Nación Más Favorecida.¹⁵
3. Transparencia.¹⁶
4. Acceso al mercado para las instituciones financieras.
5. Comercio transfronterizo.
6. Excepciones de aplicación de lo acordado en trato nacional, nación más favorecida, acceso al mercado para las instituciones financieras, comercio transfronterizo y altos ejecutivos y juntas directivas (medidas disconformes).
7. Creación del Comité de Servicios Financieros.

8. Solución de Controversias.
9. Compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de seguros.

Dichos elementos y principios son aplicables tanto a los seguros como a los otros servicios financieros. No obstante, cada país presenta, en un anexo al capítulo, una lista de aquellos servicios financieros transfronterizos a los que, específicamente, se aplicará el principio de trato nacional.¹⁷ Además, cada país detalla, en otro anexo, los compromisos específicos que asume.¹⁸

Al respecto, es importante aclarar que, tanto la lista de servicios financieros transfronterizos como los compromisos específicos que los países asumen en esos anexos, no son excluyentes de los compromisos que asumen en el capítulo,¹⁹ como sí lo son las medidas disconformes, que tienen como propósito aclarar los compromisos adquiridos dentro del marco de la regulación vigente en cada país.

Adicionalmente, y para efectos de transparencia, cada país incluye, en otro anexo,²⁰ información descriptiva y explicativa referida a ciertos aspectos sobre medidas de servicios financieros. Finalmente, cada país presenta las denominadas medidas disconformes, esto es, aquellas medidas (leyes, reglamentos, entre otras regulaciones) en sectores y actividades a las que no se aplica lo acordado.

A continuación se describen y comentan los acuerdos sobre los principios y elementos negociados para los servicios financieros.

¹⁰ Artículo 12.1.3.

¹¹ Queda así excluida la Sociedad de Seguros de Vida del Magisterio Nacional.

¹² Las regulaciones a las que se aplica lo acordado deben ser administradas de manera razonable, objetiva e imparcial. Artículo 12.14.

¹³ Cada país está facultado para adoptar o mantener medidas por motivos cautelares para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero. Ello incluye la posibilidad de limitar o impedir las transferencias de los proveedores de servicios financieros a personas o empresas relacionadas, en razón del mantenimiento de la seguridad, solvencia, integridad o responsabilidad financiera de los proveedores de servicios financieros (Artículo 12.10.3.) y para proteger a las personas que tengan una relación de negocios con las entidades financieras, siempre y cuando dichas medidas no se utilicen para eludir los compromisos adquiridos en el tratado (Artículo 12.10.1.) Asimismo, las medidas no discriminatorias que se apliquen en cumplimiento con la política monetaria, crediticia o cambiaria de cada país, son independientes de lo acordado.

¹⁴ Artículo 12.2.

¹⁵ Artículo 12.3. El principio de nación más favorecida consiste en dar a los extranjeros de determinado país el mismo trato (“trato no menos favorable”) que se da a otros extranjeros de cualquier otro país.

¹⁶ Artículo 12.11.. La transparencia es un principio de publicidad e información accesible para todos.

¹⁷ Anexo 12.5.1.

¹⁸ Anexo 12.9.2.

¹⁹ Dicha situación es diferente a la situación que se presenta en el capítulo sobre telecomunicaciones. Ese capítulo tiene también un anexo. Ese anexo, sin embargo, es independiente del capítulo y contiene los compromisos de Costa Rica en materia de telecomunicaciones, no siendo aplicable para el país lo acordado en el texto del capítulo.

²⁰ Anexo 12.9.3.

1. Trato nacional.

El principio de trato nacional se establece, al determinarse que a los inversionistas, instituciones financieras y a las inversiones de los nacionales de los países firmantes del tratado, se les otorgará un trato no menos favorable que el que se otorga, en su territorio y en circunstancias similares, a los inversionistas nacionales, a las instituciones financieras nacionales y a las inversiones de los nacionales en instituciones financieras, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración,²¹ conducción, operación y venta u otra forma de disposición de instituciones financieras e inversiones en instituciones financieras.²²

Dicho principio se aplica también a los proveedores transfronterizos de servicios financieros de cada país firmante,²³ de acuerdo con lo acordado en materia de comercio transfronterizo, descrito más adelante.

2. Trato de Nación Más Favorecida.

El principio de trato de Nación Más Favorecida se establece a través del otorgamiento, a los inversionistas, a las instituciones financieras, a las inversiones de los inversionistas en las instituciones financieras y a los proveedores transfronterizos de servicios financieros, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas, instituciones financieras, a las inversiones de inversionistas en instituciones financieras y a los proveedores transfronterizos de servicios financieros de cualquier otro país, incluso de aquellos no pertenecientes al TLC-CA.²⁴

No obstante, los países podrán reconocer medidas cautelares de otros países, incluso de países que no serían parte del TLC-CA, unilateralmente, mediante armonización u otros medios, o bien basado en un convenio, para lo cual el país que adopte esas medidas cautelares podrá demostrar que existen circunstancias en las que se dan o se darán una regulación, supervisión y ejecución de la regulación equivalentes, así como procedimientos relativos al intercambio de información, además de brindar oportunidades para negociar la adhesión al convenio o acuerdo o bien para negociar un convenio o acuerdo comparable.²⁵

3. Transparencia.

El compromiso de transparencia, como principio de publicidad e información sobre leyes, reglamentos, procedimientos, resoluciones administrativas, requisitos de operación, entre otros, haciéndolos accesibles al público en general, es un compromiso que los países firmantes asumen para cualquier asunto comprendido en el TLC-CA. De hecho, el Capítulo 18 del TLC-CA trata el tema de la transparencia, incluyendo los compromisos respectivos, y en cada capítulo sobre los diversos temas se asumen compromisos específicos de transparencia.

La transparencia en regulaciones y políticas que rigen las actividades relacionadas con los servicios financieros es especialmente importante, por lo que los países se comprometen a promover la transparencia regulatoria de los servicios financieros,²⁶ mediante la publicación y el aseguramiento de la disponibilidad de las normas de aplicación general,²⁷ el esta-

²¹ En cuanto a altos cargos ejecutivos u otro personal esencial de las instituciones financieras extranjeras, se establece la no discriminación en materia de nacionalidad. En cuanto a las juntas directivas de las entidades financieras extranjeras, éstas podrán estar integradas en su mayoría por extranjeros, sin siquiera ser residentes en el país. Artículo 12.8.

²² Artículos 12.2.1. y 12.2.2. Este principio debe aplicarse también cuando se exija que las instituciones financieras y los proveedores de servicios transfronterizos de otros países sean miembros, participen o tengan acceso a entidades autorreguladas, que son organizaciones no gubernamentales que ejercen una autoridad reguladora o supervisora, propia o delegada, sobre los proveedores de servicios financieros o instituciones financieras. Artículo 12.11.5. y Artículo 12.20. Asimismo, el principio de trato nacional se aplica a las instituciones financieras de otro país miembro del TLC-CA, en relación con el acceso a los sistemas de pago y compensación administrados por entidades públicas, así como a los medios oficiales de financiamiento y refinanciamiento disponibles para operaciones comerciales normales. No se otorga el acceso a las facilidades del prestamista de último recurso del país. Artículo 12.13.

²³ Artículo 12.2.3.

²⁴ Artículo 12.3.1. Este principio debe aplicarse también cuando se exija que las instituciones financieras y los proveedores de servicios transfronterizos de otros países sean miembros, participen o tengan acceso a entidades autorreguladas, que son organizaciones no gubernamentales que ejercen una autoridad reguladora o supervisora, propia o delegada, sobre los proveedores de servicios financieros o instituciones financieras. Artículo 12.11.5. y Artículo 12.20.

²⁵ Artículo 12.3.3. y Artículo 12.3.4.

²⁶ Artículo 12.11.1.

²⁷ Normas adoptadas por organizaciones autorreguladas.

blecimiento de mecanismos apropiados para responder consultas sobre esas normas, la disponibilidad de los requisitos y documentación necesarios para presentar solicitudes relacionadas con el suministro de servicios financieros, la posibilidad de obtener información sobre el estado de solicitudes para el suministro de servicios financieros y el establecimiento de plazos para la decisión sobre solicitudes de suministro de servicios financieros.²⁸ No obstante, ese compromiso no obliga a divulgar o permitir el acceso a información relativa a los negocios financieros y las cuentas de clientes individuales, o cualquier información confidencial cuya divulgación pueda impedir el cumplimiento de la legislación, ser contraria al interés público o afecte los intereses comerciales legítimos de las empresas.²⁹

Mientras en el Capítulo sobre transparencia se adquiere el compromiso de que los países deberán, en la medida de lo posible, publicar anticipadamente cualquier medida que se propongan adoptar y brindar a las personas y los países interesados la oportunidad de presentar observaciones a las medidas propuestas,³⁰ en materia de servicios financieros, cada país “en la medida de lo practicable:

- (a) publicará por anticipado cualquier regulación de aplicación general relativa a la materia de este Capítulo que se proponga adoptar; y
- (b) brindará a las personas interesadas y a las Partes una oportunidad razonable para hacer comentarios a las regulaciones propuestas.”³¹,

considerando comentarios sustantivos recibidos a la hora de adoptar regulaciones definitivas, y dejando transcurrir un plazo razonable entre la publicación de las regulaciones definitivas y su entrada en vigencia.³²

Para efectos de transparencia, en el Anexo 12.9.3. cada país provee información descriptiva y explicativa sobre ciertos aspectos de medidas de servicios financieros. En el caso de Costa Rica se presenta la siguiente información:

“Los administradores de fondos de pensiones pueden invertir hasta un 25 por ciento del activo del fondo en valores emitidos por instituciones financieras extranjeras. Este límite puede incrementarse hasta un 50 por ciento, en caso de que el rendimiento real de las inversiones del régimen de pensiones complementarias sea igual o menor que los rendimientos internacionales.”

4. Acceso al mercado para las instituciones financieras.³³

El acceso al mercado de las instituciones financieras de otros países miembros del TLC-CA que se establezcan en determinado país miembro, no podrá ser limitado por el número de instituciones financieras, el valor total de los activos o transacciones de servicios financieros, el número total de operaciones de servicios financieros o su cuantía, o el número total de empleados, ni podrá restringir el tipo de persona jurídica o de empresa con la cual se desee prestar el servicio.³⁴ En el caso de Costa Rica, los bancos privados están obligados a estar constituidos u organizados de conformidad con la legislación costarricense. Con esa disposición, se excluye la posibilidad de que bancos extranjeros establezcan sucursales en el país, limitándose su participación al establecimiento de subsidiarias.³⁵ Asimismo, es permitido el suministro de cualquier nuevo servicio financiero por parte de las instituciones financieras extranjeras que las instituciones financieras nacionales podrían suministrar, sin una acción legislativa adicional.³⁶

²⁸ Artículo 12.11.5., Artículo 12.11.6., Artículo 12.11.7., Artículo 12.11.8., Artículo 12.11.9. El plazo para tomar una decisión es de 120 días, pero si no es practicable hacerlo en ese plazo, se debe notificar al interesado y tomar la decisión en un plazo razonable.

²⁹ Artículo 12.7.

³⁰ Artículo 18.2.2.

³¹ Artículo 12.11.2.

³² Artículo 12.11.3. y Artículo 12.11.4.

³³ En el caso de Costa Rica, las personas jurídicas que suministren servicios bancarios u otros servicios financieros y estén constituidas de conformidad con su legislación, están sujetas a limitaciones no discriminatorias de forma jurídica. Por ejemplo, las empresas individuales de responsabilidad limitada no son formas jurídicas aceptables para el caso de instituciones financieras de depósito en Costa Rica.

³⁴ Artículo 12.4.

³⁵ Anexo III, Lista de Costa Rica, Sección A.

³⁶ No obstante, para el suministro de cualquier nuevo servicio financiero, los países sí pueden determinar una forma institucional y jurídica, así como requerir una autorización para suministrar el nuevo servicio; la autorización sólo podrá ser rechazada por motivos cautelares. Artículo 12.6.

El compromiso de acceso al mercado para las instituciones financieras se especifica con los acuerdos sobre compromisos específicos, contenidos en el Anexo 12.9.2., pero no por ello se excluye la aplicación de los principios de trato nacional, Nación Más Favorecida y transparencia. En el caso de Costa Rica, los compromisos específicos en materia de servicios financieros se dividen en dos partes: aquellos relacionados con la administración de cartera y la disponibilidad expedita de servicios de seguros, y aquellos relacionados con el mercado de los seguros propiamente.

Los compromisos específicos en administración de cartera y disponibilidad expedita de servicios de seguros son:³⁷

“Administración de Cartera:

1. *Costa Rica permitirá a una institución financiera (distinta de una compañía fiduciaria) constituida fuera de su territorio, a suministrar servicios de asesoría de inversión y de administración de cartera, con exclusión de (a) servicios de custodia, (b) servicios fiduciarios, y (c) servicios de ejecución que no se encuentren relacionados a la administración de un fondo de inversión colectivo, a un fondo de inversiones colectivo ubicado en su territorio. Este compromiso está sujeto al Artículo 12.1 y al Artículo 12.5.3.*

2. *No obstante el párrafo 1, Costa Rica podrá requerir que la responsabilidad final de la administración de un fondo de inversión colectivo sea asumida por una “sociedad administradora de fondos de inversión” constituida de conformidad con la Ley Reguladora del Mercado de Valores, No. 7732 del 17 de diciembre de 1997 para el caso de fondos de inversión o por una “operadora de pensiones” constituida de conformidad con la Ley de Protección al Trabajador, No. 7983 del 18 de febrero del 2000 para el caso de fondos de pensiones y fondos complementarios de pensiones.*

3. *Para los efectos de los párrafos 1 y 2, un fondo de inversión colectivo significa un fondo de inversión constituido de conformidad con la Ley Reguladora del Mercado de Valores, No. 7732 del 17 de diciembre de 1997 o un fondo de pensiones o un fondo complementario de pensiones constituido de conformidad con la Ley de Protección al Trabajador, No. 7983 del 18 de febrero del 2000.*

Disponibilidad expedita de servicios de seguros

4. *Costa Rica deberá esforzarse a considerar políticas o procedimientos tales como: a no requerir aprobación de seguros distintos a aquellos seguros vendidos a personas físicas, o seguros obligatorios; a permitir la introducción de productos salvo aquellos que sean desaprobados dentro de un plazo razonable de tiempo; y a no imponer limitaciones al número o la frecuencia de introducciones de productos.”*

Los compromisos específicos con respecto al mercado de seguros se presentan en el punto 9., más adelante.

5. Comercio transfronterizo.

En relación con el comercio transfronterizo de servicios financieros, cada país presenta, en un anexo al capítulo, una lista de aquellos servicios financieros transfronterizos a los que, específicamente, se aplicará el principio de trato nacional.³⁸ Asimismo, los países adquieren el compromiso de permitir a las personas o empresas localizadas en su territorio, que compren servicios financieros de proveedores de servicios transfronterizos de cualquier otro país,³⁹ localizados en su territorio. Sin embargo, ese compromiso no es obligación de permitir que esos proveedores “hagan negocios” o se “anuncien” en su territorio, aunque se puede exigir su registro así como el de los instrumentos financieros que ofrecen. Ahora bien, cada país está en libertad de definir qué se entiende bajo “hacer negocios” y “anunciarse”, siempre y cuando no afecte el trato nacional.⁴⁰

³⁷ Anexo 12.9.2. Sección A: Costa Rica.

³⁸ Los servicios financieros transfronterizos que no estén incluidos en el anexo no están sujetos al principio del trato nacional.

³⁹ Nótese que es posible comprar esos servicios a proveedores de cualquier otro país, no sólo de los países miembros del TLC-CA, ya que así se establece en el Artículo 12.5.2.: “Cada Parte permitirá a las personas localizadas en su territorio, y a sus nacionales dondequiera que se encuentren, a comprar servicios financieros de proveedores de servicios financieros transfronterizos de otra Parte localizados en el territorio de esa otra Parte o de cualquier otra Parte.”

⁴⁰ Artículo 12.5.2. El principio de trato nacional consiste en dar a los extranjeros el mismo trato (“trato no menos favorable”) que el que se da a los nacionales.

En el caso de Costa Rica, la lista de los servicios financieros transfronterizos a los que se aplicará el principio de trato nacional no incluye los seguros, y se refiere únicamente a los servicios bancarios y demás servicios. El trato nacional para los servicios bancarios y demás servicios financieros se aplica con respecto al suministro y transferencia de información financiera y procesamiento de datos financieros y software relacionado, así como a los servicios de asesoría y demás servicios financieros auxiliares, con exclusión de la intermediación.⁴¹ No obstante, los principios de trato nacional y Nación Más Favorecida sí se aplican con respecto al establecimiento de entidades bancarias, pero con personería jurídica y capital propios.

Con respecto a los seguros, Costa Rica adquiere compromisos específicos, contemplados en la Sección H del Anexo 12.9.2 sobre compromisos específicos de los países. Esos compromisos específicos vienen a aclarar la forma en que se aplicarán los principios de trato nacional y Nación Más Favorecida, al igual que lo acordado en materia de acceso al mercado, que en la actualidad es un monopolio estatal.

Al tratarse de toda una sección específica sobre la apertura del mercado de los seguros en Costa Rica, que incluye aspectos relativos a la modernización del INS, la modernización del marco jurídico y compromisos graduales de apertura, el tema se analizará en un apartado especial de este capítulo, más adelante.

6. Excepciones de aplicación de lo acordado en trato nacional, Nación Más Favorecida, acceso al mercado para las instituciones financieras, comercio transfronterizo y altos ejecutivos y juntas directivas (medidas disconformes).

En el Anexo III del TLC-CA, Sección A, denominado Medidas Disconformes Servicios Financieros, se presenta para cada país una lista de aquellas medidas,⁴² a nivel del Gobierno Central, y Gobierno Regional,⁴³ con su debida descripción,⁴⁴ para las que no se aplican las obligaciones del capítulo sobre trato nacional, Nación Más Favorecida, acceso al mercado, comercio transfronterizo y altos ejecutivos y juntas directivas.⁴⁵ Toda otra medida, esto es, cualquier otra ley, reglamento o regulación no incluida en la lista, y que no esté sujeta a las excepciones generales del capítulo, sí está sujeta a las obligaciones del capítulo sobre servicios financieros.

⁴¹ Los servicios de asesoría incluyen la asesoría para la administración de cartera pero no otros servicios relacionados con la administración de cartera. Los servicios auxiliares no incluyen: "(e) Aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público; (f) Préstamos de todo tipo, con inclusión de créditos personales, créditos hipotecarios, factoring y financiación de transacciones comerciales; (g) Servicios de arrendamiento financieros; (h) Todos los servicios de pago y transferencia monetaria, con inclusión de tarjetas de crédito, de pago y similares, cheques de viajeros y giros bancarios; (i) Garantías y compromisos; (j) Intercambio comercial por cuenta propia o de clientes, ya sea en una bolsa, en un mercado extrabursátil o de otro modo, de lo siguiente: (i) instrumentos del mercado monetario (incluidos cheques, letras y certificados de depósito); (ii) divisas; (iii) productos derivados, incluidos, aunque no exclusivamente, futuros y opciones; (iv) instrumentos de los mercados cambiario y monetario, por ejemplo, swaps y acuerdos a plazo sobre tipos de interés; (v) valores transferibles; (vi) otros instrumentos y activos financieros negociables, metal inclusive; (k) Participación en emisiones de toda clase de valores, con inclusión de la suscripción y colocación como agentes (pública o privadamente) y el suministro de servicios relacionados con esas emisiones; (l) Corretaje de cambios; (m) Administración de activos, por ejemplo, administración de fondos en efectivo o de carteras de valores, gestión de inversiones colectivas en todas sus formas, administración de fondos de pensiones, servicios de depósito y custodia, y servicios fiduciarios; (n) Servicios de pago y compensación respecto de activos financieros, con inclusión de valores, productos derivados y otros instrumentos negociables; (o) Suministro y transferencia de información financiera, procesamiento de datos financieros y soporte lógico con ellos relacionado, por proveedores de otros servicios financieros." Artículo 1, Anexo 12.5.1., nota al pie de página No. 4. del Anexo 12.5.1., y Artículo 12.20.

⁴² "Medidas identifica las leyes, reglamentos u otras medidas respecto de las cuales se ha hecho la ficha. Una medida citada en el elemento Medidas: (i) significa la medida modificada, continuada o renovada, a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, e (ii) incluye cualquier medida subordinada, adoptada o mantenida bajo la autoridad de dicha medida y de manera consistente con ella;" Artículo 2.(e). del Anexo III, Nota Explicativa.

⁴³ Las disposiciones sobre trato nacional, Nación Más Favorecida, acceso a mercados, comercio transfronterizo y altos ejecutivos y juntas directivas no se aplican a un gobierno de nivel local. Artículo 12.9.1.(a)(iii).

⁴⁴ "Descripción proporciona una descripción general, no obligatoria, de las Medidas." Artículo 2.(f) del Anexo III, Nota Explicativa.

⁴⁵ Para un desglose detallado de las medidas de Costa Rica, para las que no se aplican las obligaciones del capítulo y su respectiva descripción, véase el Anexo III, Lista de Costa Rica.

Los sectores, subsectores y actividades específicas, incluidos en la Sección B del Anexo III, son los sectores, subsectores y actividades para las cuales ese país podrá mantener medidas existentes o adoptar medidas nuevas o incluso más restrictivas y, en consecuencia, no se aplican las obligaciones del capítulo sobre trato nacional, Nación Más Favorecida, acceso al mercado, comercio transfronterizo y altos ejecutivos y juntas directivas.⁴⁶ Para cualquier otro sector, subsector o actividad no incluida en la lista y que tampoco podrá estar listado en la Sección A del Anexo III, sí se aplican las obligaciones del capítulo sobre servicios financieros, con las especificidades sobre los compromisos contraídos, incluidas en el Anexo 12.9.2.

Importante es el compromiso asumido en el TLC-CA de que las medidas disconformes contenidas en el Anexo III podrán ser modificadas, "... siempre que dicha modificación no disminuya la conformidad de la medida, tal como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación..."⁴⁷ Esta disposición establece que las medidas disconformes pueden ser modificadas, siempre que no disminuya su conformidad con lo acordado sobre los principios de trato nacional y de Nación Más Favorecida, ni con lo acordado en materia de acceso al mercado, comercio transfronterizo y de altos ejecutivos y juntas directivas. Ello implica que las medidas sí podrán ser modificadas para garantizar el bien común, la salud pública o la protección del medio ambiente, entre otros.

Para el caso de Costa Rica, los subsectores del sector de servicios financieros para los que no se aplica el principio de trato nacional, amparado a medidas para las que no se aplica dicho principio, son:

Subsector bancario:

- *"El Estado garantiza las obligaciones de los bancos estatales. Los bancos privados que operen con cuentas corrientes y secciones de ahorro deberán cumplir con los siguientes requisitos: (a) Mantener un saldo mínimo de préstamos a la banca estatal de un 17 por ciento de sus captaciones totales a corto plazo (a 30 días o menos), una vez*

*que la reserva correspondiente es deducida, tanto en moneda nacional como extranjera. Dichos fondos se colocarán a una tasa equivalente a un 50 por ciento de la tasa básica pasiva calculada por el Banco Central o la tasa LIBOR a un mes. (b) Alternativamente, establecer por lo menos cuatro agencias o sucursales dedicadas a prestar los servicios bancarios básicos – tanto de tipo pasivo como activo – en las siguientes regiones: Chorotega, Pacífico Central, Brunca, Huetar Atlántico y Huetar Norte, manteniendo por lo menos un diez por ciento, una vez que la reserva correspondiente haya sido deducida, de las captaciones totales a corto plazo (a 30 días o menos), en moneda local o extranjera, en créditos dirigidos a los programas designados por el Poder Ejecutivo, que se colocarán a una tasa no mayor de la tasa básica pasiva calculada por el Banco Central, en sus colocaciones en colones, y a la tasa LIBOR a un mes, para los recursos en moneda extranjera. El Estado y las instituciones públicas de carácter estatal, así como las empresas públicas cuyo patrimonio pertenezca en forma mayoritaria al Estado o a sus instituciones, sólo podrán efectuar depósitos y operaciones en cuenta corriente y de ahorro por medio de los bancos comerciales del Estado."*⁴⁸

- para establecer y operar un banco cooperativo se requiere de al menos diez cooperativas costarricenses;
- para establecer y operar un banco solidario se requiere de al menos 25 asociaciones solidaristas;
- el Banco Popular y de Desarrollo Comunal es el único banco que administrará los fondos del ahorro obligatorio.

Los subsectores del sector de servicios financieros para los que no se aplica lo acordado en materia de acceso a mercados, amparado a medidas, son:

Subsector bancario:

- el Banco Popular y de Desarrollo Comunal es el único banco que administrará los fondos del ahorro obligatorio.

⁴⁶ Artículo 12.9.4.

⁴⁷ Artículo 12.9.1.(c) del Anexo III.

⁴⁸ Anexo III, Lista de Costa Rica, Sección A.

- los bancos privados deberán estar constituidos u organizados según la legislación costarricense.

Subsector seguros:⁴⁹

“Los servicios de seguros y reaseguros en Costa Rica están reservados a un monopolio estatal, el Instituto Nacional de Seguros (INS). No obstante las medidas listadas arriba, Costa Rica permitirá a los proveedores de servicios de cualquier Parte, sobre una base no discriminatoria, a competir efectivamente para suministrar al consumidor servicios de seguros según se encuentra establecido en los compromisos y en la lista establecida en los “Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Seguros” en el Anexo 12.9.2. Una vez completado el programa de liberalización el 1 de enero del 2011, esta medida disconforme dejará de ser aplicable.”

Con esta medida, se aclara que se mantiene el monopolio estatal en seguros, pero al mismo tiempo se incorporan los compromisos específicos de apertura, según lo acordado, de manera que la medida disconforme deja de ser aplicable a partir del 1 de enero del 2011.

Ciertamente, no se menciona la garantía del estado respecto de las obligaciones del INS, como sí se hace para los bancos estatales.⁵⁰ No obstante, es claro que el Estado debe responder siempre por sus instituciones autónomas, incluso cuando estas compiten en el mercado respectivo.

Otros subsectores distintos de banca y seguros:⁵¹

“Costa Rica se reserva el derecho de adoptar o mantener medidas que requieran la incorporación en Costa Rica de instituciones financieras extranjeras, distintas a aquellas que busquen operar como bancos o compañías aseguradoras en Costa Rica.”

7. Creación del Comité de Servicios Financieros.⁵²

Los países miembros del TLC-CA establecen un Comité de Servicios Financieros, que se reunirá por lo menos una vez al año para evaluar el funcionamiento de lo acordado en el TLC-CA sobre servicios financieros e informar a la Comisión de Libre Comercio al respecto.⁵³ En el caso de Costa Rica los representantes nacionales en dicho Comité serán el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) y el Ministerio de Comercio Exterior para banca y otros servicios financieros y para seguros.⁵⁴

El Comité tendrá las funciones de supervisar la implementación de lo acordado en materia de servicios financieros y su desarrollo posterior, así como considerar asuntos relacionados que sean remitidos por los países y participará también en asuntos relacionados con los procedimientos de solución de controversias sobre inversión en servicios financieros.⁵⁵

8. Solución de controversias.

El procedimiento para la solución de controversias que surjan de la aplicación de lo acordado en materia de servicios financieros es un tanto diferente a aquel que se aplica para otros capítulos del tratado. Las diferencias consisten en: a. la selección de los individuos para actuar como árbitros o panelistas; b.

⁴⁹ Anexo III, Lista de Costa Rica, Sección A.

⁵⁰ Una de las medidas disconformes es la propia Ley No. 12 del 30 de octubre de 1924, Ley Monopolios del Instituto Nacional de Seguros, y ahí se consigna la garantía del Estado con respecto a las obligaciones del INS. La garantía del Estado, comprendida en esa ley, se mantiene hasta 1 de enero del 2011, pero la medida disconforme dejará de ser aplicable a partir de esa fecha.

⁵¹ Anexo III, Lista de Costa Rica, Sección B.

⁵² Artículo 12.16.

⁵³ Las decisiones del comité serán tomadas por consenso, a no ser que decida lo contrario.

⁵⁴ Anexo 12.16.1.

⁵⁵ Los países podrán, independientemente del Comité, realizar consultas sobre cualquier asunto que afecte los servicios financieros, informando al Comité. Esas consultas incluirán a los representantes de cada país. No obstante, las consultas no son vinculantes para divulgar información o para actuar de forma tal que afecte asuntos de regulación, administración o aplicación de determinadas medidas o bien la derogación de legislaciones relevante sobre intercambio de información entre reguladores financieros o exigencias de un acuerdo o convenio entre autoridades financieras de los países miembros del TLC-CA. Artículo 12.17.

los requisitos que deben cumplir; y c. el tratamiento que se da al incumplimiento y la suspensión de beneficios. En ese sentido, se modifican las disposiciones contenidas en el Capítulo 20 sobre Solución de Controversias y se adoptan de disposiciones específicas para la solución de controversias en servicios financieros.

Según el Capítulo 20 del TLC-CA, el procedimiento para la solución de controversias contempla, primeramente, la realización de consultas bilaterales⁵⁶ para alcanzar una solución mutuamente aceptable. Si después de 60 días⁵⁷ no se ha logrado resolver el asunto, éste puede ser remitido a la Comisión de Libre Comercio,⁵⁸ la que, interponiendo sus buenos oficios, procurará contribuir al logro de una solución mutuamente satisfactoria entre las partes en conflicto.

Si después de 30 días de haberse reunido la Comisión, o después de 75 días de haberse presentado la solicitud de consultas, en el caso de que la comisión no se haya reunido,⁵⁹ el asunto no se ha resuelto a satisfacción de las partes, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un panel o grupo arbitral.⁶⁰

No obstante, en materia de servicios financieros, los países pueden acordar, alternativamente, la constitución del panel arbitral de una lista, que se integrará a más tardar dentro de los siguientes seis meses de vigencia del Tratado,⁶¹ de hasta 24 individuos dispuestos y capaces de actuar como panelistas en servicios financieros, y los que deberán *“(a) tener conocimientos especializados o experiencia en el derecho financiero o la práctica de servicios financieros, que podrá incluir la regulación de instituciones financieras;”*⁶²

El procedimiento ante el grupo arbitral se realiza según las denominadas Reglas Modelo de Procedimiento,⁶³ salvo que las partes en conflicto acuerden algo diferente,⁶⁴ y el mandato del grupo arbitral será, salvo que las partes acuerden algo diferente, *“Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables de este Tratado, el asunto a que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del grupo arbitral y emitir las conclusiones,⁶⁵ determinaciones y recomendaciones⁶⁶ ...”*⁶⁷ respectivas, así como presentar tanto un informe inicial como un informe final.

⁵⁶ Cualquier otro país interesado en el tema puede participar en las consultas, según el Artículo 20.4.3.

⁵⁷ Queda abierta la posibilidad de que este plazo se amplíe, según el artículo 20.5.1.c.

⁵⁸ La Comisión de Libre Comercio está conformada por los Ministros responsables del comercio exterior de cada país miembro del Tratado. Anexo 19.1. del Capítulo 19 (Sección A: Administración del Tratado).

⁵⁹ Queda abierta la posibilidad de que ese plazo se amplíe, según lo acuerden las partes consultantes, según el Artículo 20.6.1.e.

⁶⁰ El panel arbitral se selecciona de una lista de sesenta panelistas, que se integrará a más tardar dentro de los siguientes seis meses de vigencia del Tratado. Los miembros de esa lista deberán: *“(a) tener conocimientos especializados o experiencia en Derecho, comercio internacional, otros asuntos de este Tratado, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales; (b) ser electos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad, y buen juicio; (c) ser independientes, no tener vinculación con cualquiera de las Partes, y no recibir instrucciones de las mismas; y (d) cumplir el código de conducta que establezca la Comisión”* de Libre Comercio. Artículo 20.7. Los tres panelistas seleccionados, mediante procedimientos y reglas claramente establecidos en el Artículo 20.9 para resolver conflictos bilaterales, no serán nacionales de las partes involucradas. Artículo 20.9.1.

⁶¹ Artículo 12.18.2.

⁶² Artículo 12.18.3. El panel estará compuesto por panelistas que cumplan con ese y los siguientes otros requisitos: *“(b) ser elegidos estrictamente sobre la base de objetividad, confiabilidad y buen juicio; (c) ser independiente de y no estar afiliado o recibir instrucciones de cualquier Parte; y (d) cumplir con el código de conducta que será establecido por la Comisión”* de Libre Comercio. Artículo 12.18.3.

⁶³ Las Reglas Modelo de Procedimiento que se establecerán a la hora de entrada en vigencia del Tratado garantizarán: (a) el derecho, al menos, a una audiencia ante el panel, la cual será pública, sujeto al subpárrafo (e); (b) una oportunidad para cada Parte contendiente de presentar alegatos iniciales y de replica por escrito; (c) que los alegatos escritos de cada Parte participante, las versiones escritas de sus declaraciones orales, y las respuestas escritas a una solicitud o a las preguntas del grupo arbitral serán disponibles al público, de conformidad al subpárrafo (e); (d) que el grupo arbitral considerará intervenciones de entidades no - gubernamentales de los territorios de las Partes contendientes para entregar opiniones escritas relacionadas con la controversia que puedan ayudar al grupo arbitral en la evaluación de los alegatos y argumentos de las Partes contendientes; y (e) la protección de la información confidencial. Artículo 20.10.1. Reglas de Procedimiento. Sin embargo, la Comisión de Administración del Tratado puede variarlas. Artículo 20.10.3.

⁶⁴ Artículo 20.10.2. El grupo arbitral no podrá ser convocado para revisar una medida en proyecto. Artículo 20.6.6.

⁶⁵ Conclusiones en relación con el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado una medida que la parte demandante juzgue incompatible con las obligaciones del tratado, sólo podrán formularse si fue solicitado expresamente por una parte contendiente. Artículo 20.10.6.

⁶⁶ Recomendaciones para la solución de la controversia sólo podrán ser emitidas si las partes lo han solicitado. Artículo 20.13.2.

⁶⁷ Artículo 20.10.4.

El informe inicial deberá ser presentado por el grupo arbitral a más tardar 120 días después de haber sido seleccionado el último panelista,⁶⁸ y contendrá: a. las conclusiones de hecho; b. la determinación sobre si una parte ha incumplido una obligación de manera tal que afecte al comercio entre las partes; c. recomendaciones para la solución de la controversia, si las partes así lo hayan solicitado al grupo arbitral.⁶⁹ Ese informe inicial será revisado por las partes, sus observaciones pueden ser reconsideradas por el grupo arbitral y éste podrá realizar exámenes adicionales, si así lo considera conveniente.

30 días después de presentado el informe inicial, salvo que las partes acuerden un plazo diferente,⁷⁰ el grupo arbitral presentará su informe final. Con base en el informe final, las partes contendientes acordarán la solución de la controversia, en caso de que se haya determinado un incumplimiento, procediendo a la eliminación del incumplimiento. Eventualmente, las partes acordarán un plan de acción para la eliminación del incumplimiento.

Sin embargo, si los países no logran un acuerdo sobre la solución a la controversia, el país demandante podrá iniciar negociaciones tendientes a obtener una compensación mutuamente aceptable. Pero si no logran un acuerdo sobre una compensación o un país considera que el otro no ha cumplido con los términos de ese acuerdo, el país reclamante podrá iniciar las gestiones tendientes a la suspensión de beneficios.

La tercera diferencia con respecto al procedimiento para la solución de controversias se da en la suspensión de beneficios. Si la suspensión de los beneficios es avalada por el grupo arbitral, ésta solo puede darse en el sector de servicios financieros, si la medida que origina la suspensión de beneficios sólo afecta el sector de servicios financieros. Si la medida afecta también a otro sector, la suspensión de beneficios

solo puede darse en el sector de servicios financieros, con una medida equivalente al efecto de la medida en el sector de servicios financieros. Si la medida solo afecta a un sector que no sea el de servicios financieros, no se podrán suspender beneficios en el sector de los servicios financieros.⁷¹

Un aspecto adicional sobre solución de controversias, incluido en el capítulo sobre servicios financieros, es el relacionado con la solución de controversias en materia de inversiones en servicios financieros.⁷²

En caso de que un inversionista someta una reclamación a arbitraje, pero el país demandado alegue que se trata de la adopción de una medida por medidas cautelares, el asunto deberá ser remitido al Comité de Servicios Financieros para una decisión.⁷³ Mientras esa decisión no se dé, el tribunal arbitral no podrá proceder, y cuando la decisión esté tomada, ésta será vinculante para el tribunal.

No obstante, si el Comité no decide sobre el asunto en un plazo de 60 días, el inversionista o su país podrán solicitar el establecimiento de un panel arbitral, según el mecanismo de solución de controversias y lo establecido al respecto sobre servicios financieros. El informe que emita el panel arbitral será vinculante para el tribunal, pero si el establecimiento del panel no se solicita en el plazo previsto, el tribunal podrá proceder a resolver el caso.

9. Compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de seguros.

Contrario a la situación del mercado de los seguros en los otros países centroamericanos, en la República Dominicana y en los Estados Unidos, el mercado de los seguros en Costa Rica es un monopolio estatal, operado por el INS, creado por la Ley No. 12 del 30 de octubre de 1924.

⁶⁸ Puede ser otro plazo, según lo establezca la Comisión de Libre Comercio a la hora de establecer las Reglas Modelo de Procedimiento a la fecha de entrada en vigencia del Tratado. Artículo 20.10. y 20.13.3. En todo caso, el plazo no puede ser mayor de 180 días, según el artículo 20.13.4.

⁶⁹ Artículo 20.13.3.

⁷⁰ Artículo 20.13.3.

⁷¹ Artículo 12.18.5.

⁷² Artículo 12.19.

⁷³ El Comité de Servicios Financieros podrá delegar la toma de la decisión a las autoridades relevantes de los países entre los cuales se dé la controversia. Artículo 12.19.4.

La negociación sobre el tema de los seguros concluyó con la inclusión de la Sección H del Anexo 12.9.2. sobre compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de seguros.⁷⁴

Los compromisos específicos de Costa Rica en materia de seguros, se agrupan en tres áreas:⁷⁵

- a. Preámbulo, en que se establece que la apertura se basará en la Constitución Política, que será en beneficio del consumidor, que será gradual y en base a la regulación prudencial y que toma en cuenta la modernización del INS así como la modernización del marco jurídico aplicable al sector, que data de 1924;
- b. Modernización del INS y del Marco Jurídico de Costa Rica en el Sector de Seguros;
- c. Compromisos Graduales de Apertura del Mercado.

Basar la apertura del sector de los seguros en la Constitución Política se refiere, entre otros, a la aplicación de los principios de trato nacional y Nación Más Favorecida, además de lo previsto en la Constitución Política sobre los seguros sociales.⁷⁶

Sobre la modernización del INS, nótese que el compromiso únicamente se menciona en el título, pero no se entra en detalle sobre el mismo. Se infiere del título que el país tiene que cumplir con ese compromiso a más tardar al 1 de enero del 2007.

La modernización del marco jurídico aplicable en el sector de seguros a más tardar el 1 de enero del 2007,⁷⁷ consiste en establecer una autoridad reguladora de seguros, independiente de los proveedores de servicios de seguros, sin responder a ellos, que actuará imparcialmente con respecto a todos los participantes en el mercado y que contará con los poderes adecuados, la protección legal y los recur-

sos financieros para ejercer sus funciones de manera consistente con los principios fundamentales de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros, y manejar la información confidencial de la manera apropiada.

La apertura del mercado de seguros se inicia con la entrada en vigencia del TLC-CA, con lo cual puede suceder que la apertura se inicie sin que exista la autoridad reguladora. Con lo negociado, tendrá que crearse la entidad reguladora a la mayor brevedad, de manera que cuando se apruebe el TLC-CA se cuente con ella, y la apertura, a partir de la aprobación del TLC-CA, cuente con la debida supervisión. Los plazos corren antes de la aprobación del TLC-CA en la Asamblea Legislativa. Ahora bien, debe aclararse también que ninguno de los compromisos que entran en vigor con el TLC-CA implica desprotección al consumidor, ya que todos los servicios están supervisados también en el exterior y además son servicios transfronterizos por su propia naturaleza, o ya se suministran hoy en día, como los reaseguros o las cuentas globales.

Ahora bien, la necesidad de la creación de una autoridad reguladora de los seguros es independiente del TLC-CA, e independientemente de si hay o no otros actores en el mercado, dado que en esta materia se trata de proteger los intereses del consumidor, que obtiene los servicios de seguros, pero que no tiene la garantía de la solvencia de la entidad que los ofrece. De ahí que el estado deba fiscalizar esas actividades para garantizar la solvencia, cosa que el individuo, por sí mismo, no puede hacer. Ciertamente existe la garantía del estado, al ser el INS una institución estatal, pero de lo que se trata es de garantizar la solvencia de la institución, no de que la sociedad en su conjunto asuma el costo de indemnización al individuo, por algo que la institución no fue capaz de hacer.

⁷⁴ Contrario al tema de las telecomunicaciones, en el que los compromisos asumidos por Costa Rica están incorporados en un Anexo, independiente del Capítulo sobre telecomunicaciones, en el caso de los seguros los compromisos específicos en materia de servicios de seguros son parte del capítulo sobre servicios financieros, por lo que los compromisos específicos no son independientes de los otros compromisos contraídos en el capítulo de servicios propiamente.

⁷⁵ Sección H: Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Seguros. Anexo 12.9.2.

⁷⁶ "Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social. No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales. Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales." Artículo 73 de la Constitución Política.

⁷⁷ Artículo II, Sección H: Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Seguros. Anexo 12.9.2.

Los servicios de seguridad social suministrados por la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) están excluidos del proceso de apertura. Sin embargo, el seguro de riesgos del trabajo, siendo un seguro social, pero que no es suministrado por la CCSS sino por el INS, sí está sujeto a la apertura.

Concretamente, los compromisos graduales de apertura del mercado se establecen en tres etapas:⁷⁸

- i. Cuando entra en vigencia el TLC-CA;
- ii. a partir del 1 de julio del 2007;
- iii. a partir del 1 de enero del 2008;
- iv. a partir del 1 de enero del 2011.

- i. Cuando entra en vigencia el TLC-CA.

A partir de la entrada en vigencia del TLC-CA, Costa Rica permitirá a las “... personas localizadas en su territorio, y sus nacionales adonde quiera que se encuentren, a comprar cualquiera y todas las líneas de seguros (excepto el seguro obligatorio de vehículos⁷⁹ y seguros contra riesgos de trabajo⁸⁰)⁸¹ de proveedores transfronterizos de servicios ...”, bajo la modalidad de suministro del servicio en la que una persona de un país ofrece servicios financieros en el territorio de otro país. “Esto no obliga a Costa Rica a permitir que tales proveedores hagan negocios u oferta pública en su territorio. Costa Rica podrá definir “hacer negocios” y “oferta pública”, en la medida en que no se afecte al principio de trato nacional.

Lo anterior vendría a legalizar una práctica seguida en el país y que consiste en que los costarricenses y los extranjeros radicados en el país compren seguros de empresas aseguradoras extranjeras que no tienen representación en Costa Rica. No obstante, el compromiso no obliga a permitir que esos proveedores hagan negocios u oferta pública en el país, siempre que, al definir el país “hacer negocios” y “oferta pública”, no se afecte el principio de trato nacional que se refiere a la no discriminación de personas en razón de su nacionalidad.⁸² Ello deja en manos del país la regulación respectiva sobre la forma en que los proveedores extranjeros de servicios transfronterizos pueden hacer negocios en el país.⁸³

Con respecto al seguro obligatorio de vehículos y al seguro de riesgos del trabajo, éstos fueron excluidos de poder ser suministrados por empresas extranjeras bajo la modalidad mencionada, dado su carácter social.

En el caso del seguro contra riesgos del trabajo, “Tan es así que la misma Constitución Política de la República ubica en su artículo 73, donde desarrolla el tema de los seguros sociales en beneficio de los trabajadores, a los seguros contra riesgos profesionales”.⁸⁴

⁷⁸ Artículo III, Sección H: Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Seguros. Anexo 12.9.2.

⁷⁹ “Para efectos de este compromiso, “seguro obligatorio de vehículos” tiene el significado dado al término en el Artículo 48 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, Ley No. 7331 del 13 de abril de 1993”. Según ese artículo: “El seguro obligatorio de los vehículos cubre la lesión y la muerte de las personas, víctimas de un accidente de tránsito, exista o no responsabilidad subjetiva del conductor. Asimismo, cubre los accidentes producidos con responsabilidad civil, derivados de la posesión, uso o mantenimiento del vehículo. En este último caso, esta responsabilidad debe ser fijada mediante los procedimientos establecidos y ante los tribunales competentes.”

⁸⁰ “Tal como se hace referencia en el último párrafo del Artículo 73 de la Constitución Política de la República de Costa Rica. Seguros contra riesgos de trabajo es un seguro obligatorio que cubre a los trabajadores que están bajo una relación de subordinación contra accidentes o enfermedades que ocurran por consecuencia del trabajo que desempeñan, así como los efectos directos, inmediatos y evidentes de esos accidentes y enfermedades.” Según el Artículo 73 de la Constitución Política de Costa Rica, el seguro contra riesgos del trabajo es un seguro social. “Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine. La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social. No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales. Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.”

⁸¹ “Para mayor certeza, Costa Rica no está obligado a modificar su regulación del seguro obligatorio de vehículos y de seguros contra riesgos de trabajo, siempre que dicha regulación sea consistente con las obligaciones asumidas en este Tratado, incluyendo este Anexo.”

⁸² Artículo III.1.A.(i) de la Sección H del Anexo 12.9.2.

⁸³ Cada país podrá exigir el registro de esos proveedores transfronterizos como requisito para hacer negocios. Artículo 12.5.3.

⁸⁴ Serrano, 2004, pág.68.

En el caso del seguro obligatorio de automóviles “... puede ser que no tenga un carácter social tan marcado como el de Riesgos del Trabajo, pero igual tiene un sentido social importante, el de suministrar prestaciones médicas a las víctimas de un accidente ocasionado por un vehículo automotor. La inquietud en cuanto al suministro de este seguro por parte de varias compañías, se centra básicamente en la atención de víctimas cuando el vehículo se dio a la fuga, en ese supuesto por ser varias las empresas que brindan el seguro no se podría determinar cuál es la obligada con esa víctima”.⁸⁵

Sin embargo, ambos seguros fueron incluidos en el TLC-CA para que puedan ser suministrados por empresas privadas proveedoras de servicios de seguros a partir del 1 de enero del 2011. Lo anterior, por cuanto “Para mayor certeza, Costa Rica no está obligado a modificar su regulación del seguro obligatorio de vehículos y de seguros contra riesgos de trabajo, siempre que dicha regulación sea consistente con las obligaciones asumidas en este Tratado, incluyendo este Anexo.”⁸⁶ Al ser la regulación de esos seguros consistente con las obligaciones asumidas, la regulación actual en la materia no deberá ser modificada. Únicamente lo relacionado con el ofrecimiento del servicio en monopolio se modifica con el TLC-CA, ya que eso sí es inconsistente con el tratado.⁸⁷ La modificación respectiva se realizará con la aprobación del tratado.

Las obligaciones asumidas en el TLC-CA se relacionan con los principios de trato nacional y de Nación Más Favorecida, transparencia y acceso al mercado, pero no se relacionan con la forma en la que se establezcan las regulaciones internas. Es así como, siendo esos seguros solidarios, las regulaciones internas pueden establecer las características actuales que los

rigen.⁸⁸ Nada parece impedir que las regulaciones internas contemplen esas características para el ofrecimiento de esos seguros en el mercado, ya establecidas en la legislación nacional.

La limitación al compromiso de apertura, en el sentido de que es el país el que define qué es “hacer negocios” y “oferta pública”, deja en manos del país la regulación respectiva sobre la forma en que los proveedores extranjeros de servicios transfronterizos pueden hacer negocios en el país. Al respecto, el país tiene toda la libertad para definir las condiciones bajo las cuales los proveedores de servicios transfronterizos pueden hacer negocios en Costa Rica,⁸⁹ siempre que no afecte el principio de trato nacional, que se refiere a la no discriminación de personas en razón de su nacionalidad.

Costa Rica también estaría permitiendo, a partir de la entrada en vigencia del tratado, el suministro o comercio transfronterizo de servicios de seguros, bajo la modalidad en la que una persona de un país ofrece servicios financieros en el territorio de otro país, con respecto a:

“(a) riesgos de seguros relacionados con:

- (i) lanzamiento espacial de carga (incluyendo satélite), transporte marítimo y aviación comercial, que cubran alguno o la totalidad de los siguientes elementos: las mercancías objeto de transporte, el vehículo que transporte las mercancías y la responsabilidad que pueda derivarse de los mismos; y
- (ii) mercancías en tránsito internacional;
- (b) reaseguros y retrocesión;
- (c) servicios necesarios para apoyar cuentas globales;⁹⁰

⁸⁵ Serrano, 2004. Pág. 70.

⁸⁶ Nota al pie de página No. 22, Artículo III.1.A.(i) de la sección H del Anexo 12.9.2.

⁸⁷ Artículo 12.4.

⁸⁸ En el caso del seguro contra riesgos del trabajo, sus características fundamentales: “Obligatoriedad, universalidad, que sea un régimen forzoso y en el que se responsabiliza al patrono por sus trabajadores no asegurados, suministro de prestaciones aun a trabajadores no asegurados, inexistencia de tope de prestaciones y en caso de que el patrono haya reportado un salario menor ajuste de las mismas con base en el salario real devengado, inmediatez y obligatoriedad del suministro de prestaciones al trabajador, posibilidad de otorgar beneficios extraordinarios en casos justificados, posibilidad de conmutación de rentas y sobre todo imposibilidad de contemplar utilidades en sus tarifas” Serrano, 2004. Op.cit., págs. 70 y 71.

⁸⁹ Nótese que el compromiso no incluye que las empresas deben estar ubicadas en el país, pero cada país puede exigir su registro, según el Artículo 12.5.3.

⁹⁰ “Para efectos de esta subcláusula, (a) **servicios necesarios para apoyar cuentas globales** significa que la cobertura de póliza master (global) de seguros emitida para un cliente multinacional en territorio distinto a Costa Rica, por un asegurador de una Parte se extiende a las operaciones del cliente multinacional en Costa Rica; y (b) un cliente multinacional es cualquier empresa extranjera, mayoritariamente propiedad de un fabricante o proveedor de servicios extranjero haciendo negocios en Costa Rica.”

(d) *servicios auxiliares de los seguros,*⁹¹ “... por ejemplo los de los consultores, actuarios, evaluación de riesgos e indemnización de siniestros.”⁹²

y

“(e) *intermediación de seguros suministradas por corredores y agentes de seguros fuera de Costa Rica, como corretaje y agencia,*”⁹³

Se trata de categorías específicas de seguros, que son seguros internacionales que adquieren las empresas en el exterior para objetos que de una u otra forma ingresan al territorio nacional, así como los reaseguros y la retrocesión, que es el reaseguramiento de las empresas reaseguradoras. Con respecto a los servicios necesarios para apoyar cuentas globales, el compromiso consiste en extender la cobertura de póliza master (global) de seguros emitida para un cliente multinacional⁹⁴ en territorio distinto a Costa Rica por un asegurador de otro país, a las operaciones del cliente multinacional en Costa Rica.

Costa Rica, al igual que los demás países que firmaron el TLC-CA,⁹⁵ asumió el compromiso de autorizar los servicios necesarios para apoyar cuentas globales; ello hará posible que las empresas multinacionales no tengan que asegurar sus instalaciones con empresas aseguradoras en el país, sean éstas públicas o privadas, lo cual no promueve la inversión extranjera

en empresas aseguradoras, además de que los dineros de los seguros no permanecerían en el país. No obstante, actualmente, si una empresa multinacional quiere asegurar con una empresa aseguradora en el exterior una operación en Costa Rica, contratos supervisados y exigibles en el exterior, nada impide que lo haga y, de hecho, las empresas en esa condición lo hacen. Ante esa realidad, el INS cobra a esas empresas un “fronting” por la nacionalización de esos contratos, dado el monopolio del INS en el país,⁹⁶ cosa que, aprobado el TLC-CA, no podría hacer. Por su parte, las empresas multinacionales nacionales también podrán contar con los servicios de cuentas globales en otros países, dada la reciprocidad acordada en el articulado del capítulo, del cual forma parte el Anexo.⁹⁷

ii. A partir del 1 de enero del 2007.

A partir del 1 de enero del 2007, Costa Rica se compromete Costa Rica a ampliar el ámbito de cobertura de los servicios de seguros transfronterizos permitidos en el país, bajo la misma modalidad, incluyendo, a partir de esa fecha, los siguientes:⁹⁸

a. *servicios auxiliares (consultores, actuarios, evaluación de riesgos e indemnización de siniestros) para todas las líneas de seguros;*⁹⁹

⁹¹ Artículo III.1.A. (ii) de la Sección H del Anexo 12.9.2.

⁹² Artículo 12.20. Existen restricciones importantes al ejercicio profesional de extranjeros en el país. Por una parte, cada país está facultado a adoptar o mantener medidas cautelares. Estas incluyen “... el mantenimiento de la seguridad, solvencia, integridad o responsabilidad financiera de instituciones financieras o de proveedores transfronterizos de servicios financieros.” con lo cual se podría exigir un registro o establecer una garantía por los servicios ofrecidos por parte de esos profesionales. Por otra parte, los servicios profesionales de extranjeros están sujetos a lo dispuesto por las regulaciones nacionales de los colegios profesionales respectivos, según se establece en el Anexo I.

⁹³ Artículo III.1.A.(ii) de la Sección H del Anexo 12.9.2.

⁹⁴ Se entiende como cliente multinacional a cualquier empresa extranjera, en su mayoría propiedad de un fabricante o proveedor de servicios extranjero establecida en Costa Rica. Nota al pie de página No. 23 del Artículo III.1.A.(ii) de la Sección H del Anexo 12.9.2.

⁹⁵ “Cada Parte permitirá a las personas localizadas en su territorio, y a sus nacionales dondequiera que se encuentren, a comprar servicios financieros de proveedores de servicios financieros transfronterizos de otra Parte localizados en el territorio de esa otra Parte o de cualquier otra Parte.” Artículo 12.5.2. El hecho de que dicho compromiso esté incluido en los compromisos específicos de Costa Rica, y no en el caso de los otros países centroamericanos, se debe a que esos países lo tendrán a partir de la entrada en vigencia del TLC-CA, sin que medie la interacción con una empresa nacional que tenga el monopolio de seguros en su territorio, mientras que en el caso de Costa Rica se quiso especificar, en vista de la situación particular del monopolio de seguros del INS y su interferencia en el proceso.

⁹⁶ Según el Ministerio de Comercio Exterior, dicha nacionalización legalmente no es necesaria.

⁹⁷ “Cada Parte permitirá, en términos y condiciones que otorguen trato nacional, que los proveedores de servicios financieros transfronterizos de otra Parte suministren los servicios especificados en el Anexo 12.5.1.” Artículo 12.5.1. “Cada Parte permitirá a las personas localizadas en su territorio, y a sus nacionales dondequiera que se encuentren, comprar servicios financieros de proveedores de servicios financieros transfronterizos de otra Parte localizados en el territorio de esa otra Parte o de cualquier otra Parte. Esto no obliga a una Parte a permitir que tales proveedores hagan negocios o se anuncie n en su territorio. Cada Parte podrá definir “hacer negocios” y “anunciarse” para los efectos de esta obligación, sujeto a que dichas definiciones no sean inconsistentes con el párrafo 1.” Artículo 12.5.2.

⁹⁸ Artículo III.1.B.(b) de la Sección H del Anexo 12.9.2.

⁹⁹ Esta cláusula aplica a todas las líneas de seguros.

- b. intermediación de todas las líneas de seguros, mediante actividades de corretaje y agentes;¹⁰⁰
 c. líneas de seguros no ofrecidas¹⁰¹

Además, a partir de esa fecha,¹⁰² se permitirá también el establecimiento de oficinas de representación.¹⁰³ Si bien el establecimiento de una oficina de representación no representa el derecho de vender seguros, su autorización se debe a que posteriormente se pueda establecer una empresa, como siguiente paso en el proceso de gradualidad de la apertura.

- iii. A partir del 1 de enero del 2008,

A partir del 1 de enero del 2008, Costa Rica permitiría, sobre una base no discriminatoria, a los proveedores de servicios de seguros de otros países establecerse en el país, ofreciendo cualquier y todas las líneas de seguros, con excepción del seguro obligatorio de vehículos y del seguro sobre riesgos del trabajo.

- iv. A partir del 1 de enero del 2011.

A partir del 1 de enero del 2011, Costa Rica permitiría que el seguro obligatorio de vehículos y el seguro contra riesgos del trabajo sean ofrecidos en el país por otras empresas establecidas a partir del año 2011, con lo que efectivamente se rompe el monopolio del Estado para la venta de esos seguros a partir de esa fecha.¹⁰⁴ Importante de destacar es que las empresas proveedoras de servicios que se establezcan podrán hacerlo a través de cualquier forma jurídica (sucursales o subsidiarias), pero que el país podrá establecer en su regulación los requisitos prudenciales de

solvencia e integridad, de manera que esas empresas dispongan en el país de las reservas que se requiere para proteger al consumidor.¹⁰⁵ Llama la atención que en una carta paralela al TLC-CA, Costa Rica y los Estados Unidos, establecen un entendimiento sobre la forma cómo suministrar servicios de seguros en Costa Rica: *“Una empresa de seguros podrá suministrar servicios de seguros en Costa Rica, sujeto a estándares regulatorios consistentes con el Tratado, a través de una relación comercial con los bancos, sujeto a que la empresa de seguros sea la suscriptora de la póliza de seguros.”*¹⁰⁶

De esta forma, con el TLC-CA el país se compromete a la apertura del mercado de los seguros, incluyendo el seguro contra riesgos del trabajo, que es un seguro social y como tal está contemplado en la Constitución Política, y exceptuando los otros seguros sociales, suministrados por la CCSS. No está claro cuáles son los impactos que la apertura tendrá sobre las finanzas del INS, sobre el empleo en el sector seguros, la inversión extranjera directa, ni sobre el impacto que la apertura tendrá, en general, sobre la actividad de seguros en el país.

Uno de los aspectos a tomar en consideración es el financiamiento del Cuerpo de Bomberos, actividad que en la actualidad es financiada por el INS. Este organismo ha obtenido tradicionalmente su financiamiento de un incremento de 4% en las pólizas que vende el INS. La apertura del mercado podría afectar el financiamiento del Cuerpo de Bomberos, por la eventual reducción de la participación relativa del INS en el mercado. Sin embargo, una disposición similar a la existente, valedera para la venta de pólizas

¹⁰⁰ Esta cláusula aplica a todas las líneas de seguros.

¹⁰¹ *“Líneas no ofrecidas de seguros (líneas surplus) significa líneas de seguros (productos que cubren conjuntos específicos de riesgos con características específicas, atributos y servicios) que reúnan los siguientes criterios: (a) líneas de seguros diferentes a aquellos que el INS suministra a la fecha de la firma de este Tratado, o líneas de seguros que son sustancialmente las mismas que dichas líneas; y (b) que sean vendidas, ya sea (i) a clientes con primas cuyo costo sobrepase los 10.000 dólares americanos por año, o (ii) a empresas, o (iii) a clientes con un valor neto específico o ingresos de un monto particular o número de empleados. A partir del 1 de enero del 2008, líneas surplus serán definidas como la cobertura de seguros que no esté disponible de ninguna compañía autorizada en el mercado regular.”* Nota al pie de página No. 28, Artículo III.1.B.(iii) de la Sección H del Anexo 12.9.2.

¹⁰² Los plazos corren antes de que la Asamblea Legislativa apruebe el TLC-CA.

¹⁰³ Artículo III.1.B.(a) de la Sección H del Anexo 12.9.2.

¹⁰⁴ Algunos argumentan que el ofrecimiento de los seguros obligatorios puede hacerse a través de las cuentas globales que las empresas multinacionales mantienen con empresas aseguradoras en el exterior. Aparte de que esos seguros no existen en otros países, con lo cual difícilmente una empresa aseguradora del exterior lo crearía solamente para el caso de Costa Rica, los seguros obligatorios en Costa Rica son definidos por ley, y las empresas que los quieran ofrecer deberán cumplir con lo que se establece en esa ley. Además, la incorporación de esos seguros en cuentas globales necesariamente hace que la cuenta global deje de serlo, por lo que las empresas deberán tomar esos seguros en Costa Rica.

¹⁰⁵ Artículo III.2. del Anexo 12.9.2.

¹⁰⁶ Carta de entendimiento entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos. www.comex.go.cr

por parte de todas las empresas aseguradoras participantes en el mercado, podría garantizar la continuidad en el financiamiento del Cuerpo de Bomberos. No obstante, no se ha determinado cuál será el impacto de la apertura sobre el financiamiento del Cuerpo de Bomberos, si se decide financiarlo de esa forma. En todo caso, las regulaciones internas al respecto deberán considerar este aspecto, y garantizar el financiamiento respectivo, o, en su defecto, el país deberá buscar otra forma de financiar esa actividad.

4. Conclusiones

Los compromisos en materia de servicios financieros asumidos en el TLC-CA contemplan la aplicación de una serie de principios en la regulación interna de cada uno de los países, que tienen relación con el trato nacional, Nación Más Favorecida, transparencia y acceso a mercados.

Con respecto a los servicios financieros, excluyendo seguros, los principios acordados no establecen mayores diferencias con respecto a las regulaciones existentes, con excepción del establecimiento de sucursales de entidades bancarias, que expresamente fueron excluidas, al establecerse que los bancos privados en Costa Rica están obligados a estar constituidos u organizados de conformidad con la legislación costarricense.

Con respecto a los seguros, el TLC-CA establece la apertura del monopolio de los seguros en Costa Rica, hasta ahora bajo la administración exclusiva de INS. Con la entrada en vigencia del TLC-CA se abre a todas las empresas de cualquier país, con cierta gradualidad, la posibilidad de vender todas las líneas de seguros en Costa Rica, lo que será regido por las regulaciones internas que al efecto se establezcan.

A partir de la entrada en vigencia del TLC-CA, los proveedores transfronterizos de servicios financieros de seguros, bajo la modalidad de suministro del servicio en la que una persona de un país ofrece servicios financieros en el territorio de otro país (consumo en el exterior), podrán vender en el mercado local cualquier tipo de seguros, con excepción del seguro obligatorio de vehículos y el seguro contra riesgos del trabajo, bajo las regulaciones que internamente se definan, siempre que cumplan con el principio de trato nacional.

Igualmente, a partir de la entrada en vigencia del TLC-CA, los proveedores transfronterizos de servicios financieros de seguros, bajo la modalidad de suministro del servicio en la que una persona de un país ofrece servicios financieros en el territorio de otro país (comercio transfronterizo), podrán vender, adicionalmente, otras categorías específicas de seguros, que son seguros internacionales que adquieren las empresas en el exterior para mercancía que de una u otra forma ingresa al territorio nacional, así como los reaseguros y la retrocesión, que es el reaseguramiento de las empresas reaseguradoras. También se permitirá, a partir de esa fecha, los servicios auxiliares de los seguros, como por ejemplo los de los consultores, actuarios, evaluación de riesgos e indemnización de siniestros, y los servicios de intermediación de seguros suministrados por corredores y agentes de seguros fuera de Costa Rica, como corretaje y agencia. Para ello, se permitiría a los profesionales extranjeros que vengan a Costa Rica a ejercer su profesión en el país, sujeto a las disposiciones que sobre la prestación de servicios auxiliares establezca la regulación interna y a las disposiciones sobre servicios profesionales establece el tratado.

A partir del 1 de enero del 2007, Costa Rica permitirá que se suministren servicios auxiliares para todas las líneas de seguros, servicios de intermediación de todas las líneas de seguros, mediante actividades de corretaje y agentes y el ofrecimiento de líneas de seguros no ofrecidas. Además, a partir de esa fecha, se permitirá también el establecimiento de oficinas de representación.

A partir del 1 de enero del 2008, Costa Rica permitiría, sobre una base no discriminatoria, a los proveedores de servicios de seguros de otros países establecerse en el país, ofreciendo cualquiera y todas las líneas de seguros, con excepción del seguro obligatorio de vehículos, del seguro sobre riesgos del trabajo y de los servicios de seguridad social ofrecidos por la CCSS.

Finalmente, a partir del 1 de enero del 2011, Costa Rica permitiría, sobre una base no discriminatoria, a los proveedores de servicios de seguros de otros países establecerse en el país, ofreciendo cualquiera y todas las líneas de seguros, incluyendo el seguro

obligatorio de vehículos y el seguro sobre riesgos del trabajo, pero exceptuando a los servicios de seguridad social ofrecidos por la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS).

Ahora bien, hay quienes consideran que los plazos para la apertura del mercado de los seguros son cortos. Además, es un hecho que esos plazos corren antes de la aprobación del TLC-CA. En ese sentido, el TLC-CA, si se quiere aprobar, obliga al país a discutir y tomar decisiones pronto, en un tema sobre el cual se ha debatido desde hace mucho tiempo, pero sobre el cual no se ha tomado ninguna decisión.

Importante de destacar es que en el TLC-CA se consignó que la apertura se daría con base en la Constitución Política. Sin embargo, lo establecido en la Constitución sobre el seguro contra riesgos del trabajo, en el sentido de su definición como seguro social, se somete a la competencia entre las entidades proveedoras de servicios de seguros. Ahora bien, la forma en que dicho seguro sea suministrado por las empresas proveedoras de servicios de seguros, depende de la regulación interna que al respecto se establezca. Esa regulación podría eventualmente modificar lo que actualmente rige en materia del seguro contra riesgos del trabajo. No obstante, lo que finalmente se defina al respecto es una decisión nacional, no algo impuesto por TLC-CA.

Por otra parte, a pesar de que se menciona la modernización del INS, no se incluye ningún compromiso en ese sentido, sino más bien el compromiso de crear una autoridad reguladora. Claro está que la modernización del INS no es necesaria incluirla como compromiso en el TLC-CA, pero el país tiene

la obligación de hacerlo, si desea que el INS pueda competir en el mercado de seguros. En materia de telecomunicaciones sí se estableció el compromiso de modernización del ICE y, aunque no es de esperar que por ello se denuncie incumplimiento de lo acordado, su inclusión en el TLC-CA envía una señal importante para discutir y tomar pronto una decisión al respecto.

Otro aspecto importante de mencionar es que, mientras el plazo para la creación de la autoridad reguladora es fijo¹⁰⁷, el plazo para la apertura es a partir de la aprobación del TLC-CA. Ello pone de manifiesto la importancia de otorgar prioridad a la creación de la autoridad reguladora por parte de la Asamblea Legislativa antes de que se apruebe el TLC-CA, ya que de otro modo podría suceder que la apertura se dé sin que se haya aprobado la autoridad reguladora.

Del análisis de los compromisos asumidos es claro que las regulaciones internas en materia de seguros son determinantes para el ordenado funcionamiento del mercado, de manera que se proteja al consumidor y, a la vez, se conserve el carácter social que se le quiera dar al seguro obligatorio de vehículos así como al seguro contra riesgos del trabajo.

En cuanto al financiamiento del Cuerpo de Bomberos, la apertura del mercado puede ocasionar que el INS no lo pueda cubrir, con el recargo del 4% que actualmente cobra por las pólizas que vende. La definición de las regulaciones internas deberán considerar este aspecto, y garantizar el financiamiento respectivo, o, en su defecto, el país deberá buscar otra forma de financiar esa actividad.

¹⁰⁷ En la Sección H, “Compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de seguros” se fija el 1 de enero del 2007 como fecha límite para establecer una entidad reguladora en materia de seguros.

TELECOMUNICACIONES*

1. Introducción

Al tratar el tema de las telecomunicaciones en Costa Rica, resulta imperativo hacer referencia al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), creado en 1949¹ para resolver el problema de escasez de energía eléctrica, y al que en 1963 se le encarga, además, el desarrollo de las telecomunicaciones.² Los logros del ICE en materia de energía y telecomunicaciones han sido muy satisfactorios y, paradójicamente, ello se ha constituido en uno de los principales obstáculos para la reforma, pues la discusión se ha llenado de posiciones políticas e ideológicas.

Costa Rica se propuso que, como parte de su modelo de desarrollo, además de la educación gratuita y obligatoria y el acceso a un sistema de salud solidario y universalizado, los servicios de energía eléctrica y telecomunicaciones debían ser parte integral de la vida de sus ciudadanos. Los principios de universalidad y solidaridad social en materia de telecomunicaciones se han materializado bajo el paradigma del acceso generalizado a la red de telefonía fija con subsidios cruzados, que históricamente se apoyaron en la telefonía internacional y hoy en día privilegian la telefonía residencial.

La globalización y los cambios tecnológicos exigen un replanteamiento de ese modelo que fue exitoso durante décadas. Sin embargo, la sociedad costarricense no ha sido capaz de conciliar la coexistencia

de una mayor competencia en el sector de telecomunicaciones con el mantenimiento de los principios de universalidad y solidaridad en los servicios. Naciones de mayor desarrollo relativo como Suecia y Holanda, por ejemplo, hace mucho tiempo lograron resolver la controversia, y hoy disfrutan de los beneficios de un marco moderno para el desarrollo de las infocomunicaciones y de menores niveles en brecha digital.

El debate nacional sobre el futuro de las telecomunicaciones no es nuevo, y se remonta a la década de los ochenta, con la ejecución de los Programas de Ajuste Estructural. En aquella época, algunos otros países latinoamericanos deciden abrir sus mercados a la competencia, alentados por la corriente de apertura y los procesos de reforma económica. Sin embargo, en Costa Rica, el mercado de las telecomunicaciones, en lo referente a la telefonía fija, internet, telefonía celular y redes privadas, ha permanecido cerrado a la competencia, a pesar de que en diversos momentos en las diferentes administraciones se ha debatido al respecto. El último esfuerzo en ese sentido culminó con el proceso de concertación nacional que promovió la Administración Rodríguez Echeverría, en la que se acordó un modelo de apertura incluso mucho más ambicioso que el incorporado en el TLC-CA. (cuadro 13.1.)

* Este capítulo fue elaborado por José Eduardo Angulo.

¹ Ley No. 449, Ley Constitutiva del Instituto Nacional de Electricidad. Esa ley tiene un mandato único: procurar una solución a los problemas de escasez de energía eléctrica, con el fin de impulsar el desarrollo social y económico de Costa Rica.

² Ley No. 3226 de 1963. Esta ley otorga al ICE la responsabilidad para el establecimiento, mejoramiento, extensión y operación de los servicios de telecomunicaciones en todo el territorio nacional.

Acuerdos del Proceso de Concertación en el Sector de Telecomunicaciones

Acuerdos del Proceso de Concertación	Proyectos de ley y decretos elaborados por el Poder Ejecutivo
<p>Fortalecimiento del ICE mediante reformas en materia legal; reformar su Consejo Directivo, el cual estará integrado por 5 miembros nombrados por el Gobierno, dos por los trabajadores del ICE y dos por UCCAEP.</p> <p>Creación de una ley general de telecomunicaciones para garantizar el acceso igualitario de particulares a la explotación de actividades económicas derivadas de servicios inalámbricos y de telecomunicaciones.</p> <p>Creación de una entidad reguladora de telecomunicaciones, separada totalmente de la ARESEP; sus funciones serán regular los servicios, fijar tarifas, velar por la calidad e investigar posibles conductas monopólicas.</p> <p>La apertura del mercado de las comunicaciones será un proceso gradual, que culminará a más tardar en enero del 2002, y consistirá en cinco etapas.</p> <p>El presupuesto del ICE no debería formar parte del muestreo de los entes externos, a más tardar en mayo de 1999.</p> <p>El ICE pagará impuestos sobre la renta al Gobierno; además, se autofinanciará mediante los recursos que capte por la prestación de sus servicios y la aplicación de mecanismos de apalancamiento.</p>	<p>Apertura del mercado de telecomunicaciones</p> <ul style="list-style-type: none"> • Reforma a los artículos 188, 189 y 190 de la Constitución Política • Ley General de Electricidad, expediente No 120693. • Ley General de Telecomunicaciones, expediente No 12.694 • Ley de Modernización y Fortalecimiento del ICE, expediente No 12.695 <p>La reforma constitucional se encomendó a una Comisión Ad Hoc. Los tres proyectos restantes fueron trasladados a la Comisión de Gobierno y Administración.</p>

Fuente: Secretaría Técnica de la Concertación, diario oficial La Gaceta y PNUD-CONARE, 1998.

A pesar de los acuerdos logrados en el proceso de concertación nacional en torno a las telecomunicaciones, los hechos acaecidos con el “Combo del ICE” generaron un completo rechazo político a la discusión fundamentada del tema, y cualquier manifestación de ello fue entendida como privatización del servicio de telecomunicaciones. Ante la sensibilidad política que el tema había suscitado y suscita todavía, el tema no volvió a ser objeto de la discusión nacional.

Es dentro de ese contexto que Costa Rica inicia las negociaciones para la firma de un tratado de libre comercio entre Centroamérica y Estados Unidos.

Costa Rica debió haber consensado una posición nacional sobre el futuro de su sector de telecomunicaciones, independientemente de cualquier negociación comercial internacional que se desarrollara. Sin embargo, como al inicio del proceso de negociación Estados Unidos exigió la apertura total e inmediata de las telecomunicaciones y la privatización del ICE, siendo un tema por resolver internamente, las máximas autoridades del Gobierno giraron instrucciones al grupo negociador, en el sentido de que Costa Rica no negociaría la apertura de los servicios de telecomunicaciones.

2. Objetivos de la negociación

Desde el inicio de las negociaciones para el TLC-CA, los Estados Unidos propusieron la apertura total e inmediata de todo el sector de las telecomunicaciones y, en el caso de Costa Rica, la privatización del ICE. La posición estadounidense no era casual. En ningún acuerdo comercial bilateral o subregional suscrito anteriormente por esa nación se ha excluido el sector de telecomunicaciones, y Centroamérica no sería la excepción. Incluso Singapur, último país con el que los Estados Unidos firmaron un TLC antes de iniciar las negociaciones respectivas con los países centroamericanos, tuvo que aceptar la apertura total del sector.

A pesar de la posición inicial de los Estados Unidos, Costa Rica había establecido, con anterioridad que *“En la negociación de las normas y disciplinas del TLC la posición del gobierno de la República es que la definición del futuro de este sector debe ser resultado de un consenso nacional derivado de un debate amplio de la sociedad costarricense. Por este motivo, se buscará que el TLC no implique la apertura de los servicios de telecomunicaciones.”*³

Ante la posición de negociación de los Estados Unidos, Costa Rica decidió mantener silencio sobre este tema, e incluso propuso, para no obstaculizar el proceso, que las otras naciones centroamericanas continuaran las negociaciones con Estados Unidos. El señor Presidente de la República dijo expresamente a los costarricenses, en varias ocasiones, que en el TLC-CA no se negociaría el tema de las telecomunicaciones y que no habría una apertura de ese sector durante su administración.

La posición costarricense estaba fundamentada tanto en razones técnicas como políticas. Desde el punto de vista técnico, la falta de una Ley de Telecomunicaciones, existiendo solamente la Ley de Radio y Televisión de 1956, ha provocado que la regulación sobre nuevas tecnologías resulte incierta y sujeta a interpretaciones por parte de la Sala Constitucional. Esas interpretaciones se relacionan con cuáles servicios se encuentran actualmente abiertos y cuáles no, y cuáles son sujetos de la Ley de Radio y Televisión.

Desde el punto de vista político, a pesar de la profunda discusión y los consensos logrados durante el proceso de concertación nacional, la ruptura del proceso que se dio con el *“Combo del ICE”*, hizo imposible terminar de negociar los objetivos nacionales en materia de telecomunicaciones, vitales para establecer una estrategia de negociación.

Tomando en consideración esas limitaciones técnicas y políticas, las autoridades costarricenses consideraron que era inconveniente incorporar el tema de las telecomunicaciones en las negociaciones.

El 1 de octubre del 2003, ya avanzadas las negociaciones en otros temas, el Presidente de la República recibe la visita del Representante Comercial de Estados Unidos, Robert Zoellick. Éste manifiesta comprender lo sensible del tema para Costa Rica y las limitaciones que el Gobierno tiene para negociar al respecto, pero que para los Estados Unidos era inaceptable que Costa Rica ni siquiera estuviera dispuesta a *“hablar sobre el tema.”* Asimismo, el señor Zoellick manifestó que, si para Costa Rica no era viable negociar un tratado excluyendo bienes esenciales como el café y el banano, entre otros, para los Estados Unidos tampoco era viable dejar por fuera el tema de las telecomunicaciones, y que si no había una negociación en el tema, los Estados Unidos no enviarían el proyecto al Congreso, dejando a Costa Rica fuera de la posibilidad de tener un TLC con ese país.

Comprendiendo la poca viabilidad que tenía un TLC sin telecomunicaciones y los riesgos que esa posición implicaba, el señor Presidente de la República modifica su posición y emite una nueva directriz al equipo negociador, facultándolo para explorar las posibilidades de abrir ciertos servicios a la competencia, respetando la Constitución y el ordenamiento jurídico costarricense, y manteniendo al ICE como empresa estatal, dentro de un marco de apertura selectiva, gradual y regulada.

Fue la primera vez durante el proceso de negociación que se consideró por parte de Costa Rica el tema de la apertura de las telecomunicaciones. Esa apertura no podría ser completa, dado que la directriz fue

³ COMEX, 2003b; pág. 23.

considerar solamente la apertura de ciertos servicios; no podría ser inmediata, debido a que, al mantenerse el ICE como empresa estatal, sería necesario fortalecer la institución, antes de iniciar cualquier proceso de apertura; también debía ser regulada, mediante la creación de una institución reguladora del mercado. Igualmente, era necesario revisar de manera exhaustiva los compromisos a que hacía referencia el capítulo respectivo en el TLC-CA, los cuales en ese momento ya habían sido negociados con el resto de Centroamérica.

3. Resultados de la negociación

Al contrastarse los lineamientos de la directriz costarricense con los compromisos del capítulo 13, resultó evidente que lo pactado entre Estados Unidos y los demás países centroamericanos era inviable para Costa Rica. El capítulo parte de la premisa de que el mercado de telecomunicaciones se encuentra abierto, por lo que su aceptación implicaba la apertura inmediata del sector.

Al estar los mercados de telecomunicaciones de los países centroamericanos y de los Estados Unidos abiertos a la competencia, el contenido de dicho capítulo en el TLC-CA desarrolla los aspectos regulatorios que enmarcarían la conducta de los diferentes actores en un mercado competitivo, estableciéndose tres tipos de obligaciones:

1. Las obligaciones de los competidores en el mercado;
2. las obligaciones de los Estados, que es básicamente una sección en la que se establece la libre competencia tutelada por un ente regulador;
3. las obligaciones del proveedor dominante, que establece las reglas bajo las cuales se controla el poder de mercado que podría ejercer el proveedor dominante sobre el resto de participantes, en virtud de su tamaño, lo cual pretende evitar actuaciones que podrían conducir a la aparición de un monopolio privado.

Por la manera en que el Anexo 13 fue incorporado en el TLC-CA, los derechos que confieren los países firmantes en materia de telecomunicaciones son vinculantes para todas las partes, incluso para Costa Rica, mientras que las obligaciones de dicho capítulo, presentadas en el párrafo anterior, no aplican para Costa Rica, país que se comprometió únicamente con las obligaciones del Anexo. Lo anterior quedó claramente estipulado en una nota al pie de página que se colocó al inicio del capítulo 13: *“En lugar de las obligaciones establecidas en este capítulo, Costa Rica asumirá los compromisos específicos estipulados en el Anexo 13”*.⁴ La observancia de este hecho es de vital relevancia, dado que delimita cuáles partes del Tratado son vinculantes para Costa Rica y cuáles no, permitiendo concentrar la discusión en los asuntos sustantivos que si son objeto del tratado firmado.

De esta forma Costa Rica logró, para sí, que la apertura no fuera total e inmediata, como originalmente habían solicitado los Estados Unidos, quedando así estipulada y vinculante para los otros países centroamericanos.⁵ Los compromisos en materia de telecomunicaciones para Costa Rica están contemplados en el Anexo 13, propuesto por Costa Rica. Este anexo incluye un apartado específico sobre el fortalecimiento y modernización del ICE, como uno de los requisitos antes de la apertura. Incluye, además, que en la readecuación del marco regulatorio se garantice la preservación de los principios de universalidad y solidaridad que han caracterizado a los servicios de telecomunicaciones en el país. Adicionalmente, incluye cierta gradualidad en la apertura.

Los resultados de la negociación que logró Costa Rica en materia de Telecomunicaciones, contenidos en el Anexo 13, son los siguientes

⁴ Nota al pie de página No. 1 del Capítulo 13.

⁵ No obstante, algunos afirman que la apertura de servicios de Internet, por la integración de todos los servicios en ésta, en realidad representa la apertura total del mercado.

1. Apertura gradual y selectiva de tres servicios de telecomunicaciones, respetando la soberanía nacional en estricto apego a la Constitución Política, la legislación interna y los principios de universalidad y solidaridad en protección del usuario: servicios de redes privadas⁶ y servicios de Internet,⁷ al 1 de enero del 2006, y servicios inalámbricos móviles⁸ a partir del 1 de enero del 2007.
2. Compromiso de promulgación de una Ley de Modernización del ICE antes de la apertura, a más tardar el 1 de enero del 2005.
3. Compromiso de promulgación de una ley específica para telecomunicaciones y la creación de una entidad reguladora antes de que la apertura se concrete, a más tardar el 1 de enero del 2006.
4. Aplicación de una serie de principios regulatorios en materia de telecomunicaciones.

Para comprender los alcances de la negociación para Costa Rica en materia de telecomunicaciones en el TLC-CA, es necesario analizar con detenimiento cada uno de los apartados contenidos en el Anexo 13, siguiendo la secuencia de los mismos: el Preámbulo, la Modernización del ICE, los Compromisos Selectivos y Graduales de **Apertura del Mercado y los Principios Regulatorios**. A continuación se describen y comentan cada uno de esos apartados, incluidos en los resultados de la negociación.

El Preámbulo

En el preámbulo se establecen las condiciones bajo las cuales el Gobierno de Costa Rica asume los compromisos en materia de los servicios de telecomunicaciones, establecidos únicamente en el Anexo 13.⁹

En primer lugar, se reafirma la decisión del Gobierno “... de asegurar de que el proceso de apertura en su sector de servicios de telecomunicaciones se base en su Constitución Política.”¹⁰

En segundo lugar, se señala que ante cualquier circunstancia o duda en la interpretación del contenido del Anexo, siempre prevalecerán los objetivos sociales de universalidad y solidaridad orientados al beneficio del usuario. Este es quizás uno de los puntos más importantes del Anexo; la manifestación expresa de la soberanía del Estado costarricense para definir, sin que ningún Estado pueda cuestionarle, sus propios objetivos sociales de universalidad y solidaridad para cualquiera de los servicios de telecomunicaciones ofrecidos en el país, sean o no sujetos de apertura. “... dicho proceso de apertura será en beneficio del usuario y se fundamentará en los principios de gradualidad, selectividad y regulación, y en estricta conformidad con los objetivos sociales de universalidad y solidaridad en el suministro de los servicios de telecomunicaciones.”¹¹

⁶ “Servicios de redes privadas (servicios de grupo cerrado de usuarios) significan las redes suministradas para comunicaciones sin interconexión al sistema público conmutado de telecomunicaciones en ninguno de sus extremos. Nada en este Anexo se entenderá en el sentido de impedir a Costa Rica que prohíba a las personas que operen redes privadas del uso de sus redes para suministrar redes o servicios públicos de telecomunicaciones a terceras personas.” Nota al pie de página No. 2, Anexo 13.

⁷ “Servicios de Internet incluirán servicios de correo electrónico, extracción y procesamiento de información en línea y de bases de datos y servicios de intercambio electrónico de datos, y ofreciendo la posibilidad de acceso a la Internet.” Nota al pie de página No. 3, Anexo 13.

⁸ “Servicios inalámbricos móviles significan voz, datos y/o servicios de banda ancha prestados a través de medios radioeléctricos en bandas específicamente determinadas, utilizando equipo terminal móvil o fijo, usando celular, PCS (Personal Communications Service-Servicios de Comunicación Personal), satélite o cualquier otro tipo de tecnología similar que pueda ser desarrollada en el futuro para estos servicios.” Nota al pie de página No. 4, Anexo 13.

⁹ Aún cuando todos estos aspectos son abordados en forma muy general en el Anexo, su cumplimiento se garantiza a través de las Reglas de Interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, donde se expresa que los tratados “deberán interpretarse de buena fe ..., teniendo en cuenta su objetivo y fin”. Asimismo manifiesta que la correcta interpretación será acorde al contexto en que fue realizado “incluidos (además) de su preámbulo y anexos” todos aquellos acuerdos y/o instrumentos que se refieren al Tratado y que haya sido concertados por las partes, además de todos los acuerdos o prácticas ulteriores al tratado sobre su interpretación, pudiendo recurrirse, si lo amerita el caso, a “los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración cuando su interpretación deje ambiguo u oscuro el sentido o cuando conduzca a un resultado absurdo o irrazonable”. Lo anterior resulta de especial relevancia en caso de que se susciten controversias y problemas de interpretación entre las partes. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), que entró en vigencia el 27 de Enero de 1980. Interpretación de los Tratados: 31. Regla General de Interpretación, Inciso 1 e Inciso 2.

¹⁰ Anexo 13, Preámbulo. Con ello, el proceso de apertura no discrimina a favor de determinado país o grupos de países, sino que es una apertura frente a todos los países, sean o no miembros del TLC-CA.

¹¹ Anexo 13, Preámbulo.

Lo anterior, que muestra el carácter social que siempre ha caracterizado a Costa Rica, es también un compromiso importante con la misma sociedad, en el sentido de obligar al Estado a buscar el consenso sobre cuáles deben ser los objetivos sociales que orienten el futuro de las telecomunicaciones. La sociedad costarricense deberá decidir y plasmar en su ordenamiento jurídico, independientemente de lo estipulado en el TLC-CA, el tipo de universalidad y solidaridad que desea, estableciendo cuáles servicios deben ser universales (telefonía fija, celular, Internet, entre otros) y el esquema que posibilite dicha solidaridad. La tarea no es sencilla, dado que Costa Rica lleva ya muchos años tratando de hallar dicho consenso. Sin embargo, con la aprobación del TLC-CA, esa tarea se haría impostergable.

En tercer lugar, se hace constar el interés y el compromiso del Estado costarricense de fortalecer y modernizar al ICE, de forma tal que éste pueda enfrentar la competencia en el mercado “... como un participante en un mercado competitivo de telecomunicaciones y asegurando que el uso de su infraestructura será remunerada...”¹². Asimismo, se expresa el compromiso de establecer un ente regulador para supervisar el desarrollo del mercado.¹³

La modernización del ICE

Este apartado, que fue incorporado en el Anexo a pedido del ICE¹⁴ pese a estar ya incorporado en el preámbulo, pone nuevamente de manifiesto el compromiso de promulgar un nuevo marco jurídico para fortalecer y modernizar el ICE antes de que entre en vigencia la apertura de algunos de sus servicios, de manera que la institución pueda desempeñarse adecuadamente en un contexto de apertura parcial de sus servicios.

Dicho nuevo marco jurídico deberá ser promulgado a más tardar el 31 de diciembre del 2004, mediante la aprobación de la Ley de Modernización del ICE por parte de la Asamblea Legislativa, como un paso importante para ir ordenando el sector y prepararlo para la competencia, a partir del 1 de enero del 2006.

Ciertamente, los plazos acordados para la modernización y el fortalecimiento del ICE en relación con la fecha establecida para la apertura son relativamente cortos¹⁵ y la gradualidad es reducida (hasta el 31 de diciembre del 2004 para promulgar la ley de fortalecimiento, y apertura de los servicios de redes privadas e internet a partir del 1 de enero del 2006), sobretodo si se comparan con los plazos establecidos en procesos similares aplicados en otros países, por ejemplo en España, que han tomado más de cinco años, para que la empresa estatal se prepare para la competencia.

La opción de condicionar la apertura a la modernización y el fortalecimiento del ICE u obtener un mayor plazo para la apertura, prolongaría indefinidamente o alargaría, una vez más, un proceso sobre el cual el país desde hace más de una década no llega a un acuerdo. Además, para los Estados Unidos, una cláusula de esa naturaleza no era aceptable, luego de haber cedido en lo referente a la inmediata apertura total y privatización del ICE, que era la propuesta de negociación inicial de ese país. La fecha establecida reconoce el carácter de urgencia y evita la prolongación de una discusión que lleva ya más de una década. Con ese compromiso en el TLC-CA, se agilizaría la decisión de conceder al ICE mayores espacios para que su administración pueda ser capaz de desarrollar las inversiones necesarias para mejorar los servicios, sin mayores restricciones presupuestarias o presiones de índole política, en un contexto de mayor competencia en el mercado.

¹² Preámbulo, Anexo 13.

¹³ Preámbulo, Anexo 13.

¹⁴ Según el Ministerio de Comercio Exterior, el ICE participó en la definición de la posición nacional de negociación, pero no estaba conforme con la mención general del compromiso de modernización de la Institución que se había incorporado en el preámbulo, y solicitó que se colocara una sección específica sobre el tema de la modernización.

¹⁵ Costa Rica había propuesto el año 2008 para la apertura parcial de los servicios.

Internamente en el país, se ha criticado la premura de la fecha establecida para la promulgación de la ley de fortalecimiento y modernización del ICE y las implicaciones que un eventual incumplimiento pudiera generar y por tanto resultar sujeto de alguna demanda. Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación asumida en el tratado, es un asunto que interesa única y exclusivamente a Costa Rica. Ningún competidor, nacional o extranjero, de los Estados Unidos o de cualquier otro país centroamericano o de la República Dominicana, estaría preocupado porque su principal competidor sea capaz de responder competitivamente cuando se dé la apertura del mercado. Es por esta razón que, aún cuando el país no lograra promulgar la ley de fortalecimiento y modernización del ICE en la fecha prevista, no sería de esperar que se active el mecanismo de solución de controversias por incumplimiento de ese compromiso.

Costa Rica aún cuenta con lo que resta del 2004 y el año 2005 para llevar a cabo la modernización del ICE, dado que la apertura de los servicios de Internet y de Redes Privadas se daría hasta el 1 de enero de 2006. La modernización del ICE no debiera demorarse, dado que la institución necesita de cierto tiempo para asimilar los espacios y afrontar los retos que este proceso conlleva.

Compromisos selectivos y graduales de apertura del mercado

Este apartado establece dos tipos de compromisos por parte del Estado costarricense:

- a. en materia de nivel acceso al mercado; y
- b. en relación con los servicios que son objeto de apertura gradual y selectiva.

En relación con el primer compromiso, *“Costa Rica permitirá a los proveedores de servicios de otra Parte suministrar servicios de telecomunicaciones en términos y condiciones no menos favorables que aquellas establecidas por u otorgadas de conformidad con su legislación vigente al 27 de enero del 2003.”*

Este compromiso se refiere al suministro de servicios de telecomunicaciones únicamente, y no se refiere a algún reconocimiento de derechos retroactivos a las nuevas empresas que ingresen al mercado, ni a la imposibilidad de cobrar por el uso del espectro radioeléctrico, ni a la imposibilidad de imponer restricciones sobre tarifas o futuras regulaciones que el Estado pueda emitir en el futuro.

Es importante aclarar que las *condiciones no menos favorables* se refieren a la consolidación del nivel de acceso al mercado al inicio de las negociaciones, lo cual tiene como propósito garantizar que el país permitirá el ingreso de nuevos operadores de servicios de telecomunicaciones, únicamente de aquellos servicios que a la fecha señalada ya están abiertos a la competencia. La consolidación del nivel de acceso a mercado responde al principio de mantener el *status quo*, que es una práctica común al inicio de las negociaciones comerciales internacionales donde se establece que las condiciones prevalecientes deben permanecer inalteradas, de manera que no se modifiquen a raíz de lo que se vislumbra puede ser un resultado de la negociación.

Aún cuando parece trivial determinar cuáles servicios están abiertos y cuáles no, la situación jurídica costarricense no es muy clara¹⁶ en esta materia. En el caso de los *beepers*, que son servicios que utilizan parte del espectro radioeléctrico, su condición actual es de completa apertura; contrario sucede con el servicio de telefonía fija y celular, cuya situación es de monopolio por parte del ICE. Sin embargo, hay una serie de servicios en los que la condición de apertura no es tan clara, tal y como sucede con los servicios de *“trunking”* y también con los servicios de Internet.

A pesar de las limitaciones expuestas, era necesario establecer cuáles servicios están abiertos antes del inicio de las negociaciones, en respuesta al principio del *status quo*. Dado que la situación no es clara, se convino que debían ser la Sala Constitucional y los demás órganos competentes quienes decidieran al

¹⁶ Existen serios desacuerdos con la interpretación de la ley de radio. La Sala Cuarta manifestó que esa ley no puede utilizarse para el otorgamiento de permisos en el campo de las telecomunicaciones, sin embargo manifestó que si se podía utilizar en el caso de los beepers. En materia de servicios de *trunking*, la Sala Cuarta no se ha pronunciado, la Procuraduría General de la República manifestó que no se podría utilizar la Ley de Radio, y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa argumentó afirmativamente. En definitiva, existe una gran confusión sobre el tema. Para terminar de complicar el panorama, actualmente la ley de Radio no se puede aplicar porque hay un recurso de amparo interpuesto.

respecto, sin retroceder en apertura de los servicios a la situación prevaleciente al 27 de enero del 2003. Una vez aclarado esto y habiendo garantizado el *status quo*, esos servicios tendrán que ser incorporados en una nueva Ley General de Telecomunicaciones.

El segundo compromiso se refiere a la gradualidad y selectividad de la apertura. La gradualidad tiene que ver con los plazos diferidos para la apertura de los servicios: 1 de enero del 2006 (para los servicios de redes privadas y los servicios de Internet) y 1 de enero del 2007 (para los servicios inalámbricos móviles). La selectividad se refiere a aquellos servicios que serán abiertos a la competencia en los plazos establecidos por la gradualidad: los servicios de redes privadas, los servicios de Internet y los servicios inalámbricos móviles. Al respecto cabe señalar que la apertura, gradual y selectiva, puede realizarse con respecto a todo el mundo, no sólo con respecto a los países miembros del TLC-CA, ya que el derecho que se otorga a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte (otro país miembro) es para competir efectivamente en el suministro de los servicios de telecomunicaciones que se abrirán la competencia; no se establece un derecho exclusivo para los miembros del TLC-CA, al no establecerse entre quiénes se va a competir.¹⁷

Este segundo compromiso incluye la no discriminación entre los proveedores de servicios. Ello significa que las reglas del juego deben ser comunes a todos los participantes del mercado, sean públicos o privados, nacionales o extranjeros, es decir, busca cumplir con lo que se conoce como trato nacional, que también es tutelado en la Constitución Política, en el artículo 19.

El Capítulo 11 del TLC-CA, que trata sobre el comercio transfronterizo de servicios, expone que trato nacional¹⁸ en el caso de servicios es que *“cada Parte otorgará a los proveedores de servicios de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus proveedores de servicios”*.

Lo anterior permite, entre otras cosas, despejar una controversia que se ha suscitado con respecto al uso y cobro del espectro radioeléctrico. El TLC-CA no establece ningún compromiso sobre el cobro del espectro radioeléctrico, únicamente establece que para el uso y el cobro del espectro debe aplicarse el trato nacional.

Si los legisladores costarricenses definen que el ICE puede utilizar el espectro radioeléctrico sin pagar por su uso, entonces no puede exigirse al proveedor privado pagar por él. El condicionamiento de si el ICE, y por lo tanto los nuevos proveedores, deben pagar por la utilización de este recurso escaso propiedad del Estado, es un tema que el legislador costarricense deberá definir.

El trato nacional es igualmente aplicable a los principios de universalidad y la solidaridad. Estos principios podrían verse reflejados en las tarifas y deberían operar también sobre una base no discriminatoria (trato nacional), siendo compartidos por todos los operadores en el mercado, públicos o privados, nacionales o extranjeros. De esta manera, la universalidad y la solidaridad deben ser costeadas por la sociedad, a través de las tarifas de los servicios públicos que cobren todos los operadores en el mercado.

Otro aspecto que se ha prestado a polémica es la definición misma de lo que el Tratado establece como servicios inalámbricos móviles. Como la definición misma de lo que es un servicio inalámbrico es difícil de precisar, el grupo negociador utilizó la definición incluida en el Reglamento General de Telecomunicaciones.¹⁹ No obstante, la transcripción de la definición incluida en el Tratado no es textual, pero para los efectos del Tratado resulta equivalente.²⁰

La referencia a equipos fijos que se hace en la definición tiene que ver única y exclusivamente con la tecnología celular, de forma que el artículo no abre una puerta para que otros proveedores brinden servi-

¹⁷ Anexo 13, Artículo III.2.(a)

¹⁸ Complementario con la consideraciones de Trato Nacional, la apertura contempla normas de acceso, las cuales son definidas en el Capítulo 11, artículo 11.4 y establecen que ningún país puede adoptar medidas que impongan limitaciones al número de proveedores de servicios, al valor total de los activos o transacciones de servicios, al número total de operaciones de servicios, a la cuantía de producción de servicios o al número total de personas naturales que pueden emplearse en un determinado sector de servicios, así como tampoco puede hacerlo limitando el tipo de personas jurídicas bajo las cuales un proveedor puede suministrar sus servicios.

¹⁹ Decreto No. 30110-MP-G-MEIC del 3 de enero de 2002.

²⁰ El Reglamento General de Telecomunicaciones en su artículo 11 define como servicios celulares aquellos *“servicios de Telecomunicaciones que se prestan a través de medios radioeléctricos en bandas específicamente determinadas, utilizando equipo terminal móvil”*

cios telefónicos fijos, servicio que continuará siendo ofrecido en forma monopólica por el ICE. En el caso de que se suscitaran controversias, el mismo decreto original puede ser utilizado, de acuerdo con lo que permite la Convención de Viena.

Principios regulatorios

Dado que a partir del 1 de enero del 2006 se daría la apertura para los servicios de redes privadas y de Internet, y a partir del 1 de enero del 2007 para los servicios inalámbricos móviles, es necesario disponer de un marco regulatorio a partir del 1 de enero del 2006.

La inclusión de principios regulatorios, como compromiso en el tratado, busca asegurar que el marco regulatorio que ha de promulgarse en Costa Rica para los servicios de telecomunicaciones, debe estar de conformidad con ellos, garantizándose de esta manera la soberanía para establecer ciertos objetivos políticos y sociales que considere esenciales, como es el caso de la universalidad y de la solidaridad. La aplicación de esos principios, sin embargo, no implica que se amplíe el acceso al mercado. *“Para mayor certeza, esta sección no establece derechos u obligaciones de acceso a mercado.”*²¹

Los compromisos adquiridos en este apartado son, para los Estados Unidos, la garantía de que el marco regulatorio que Costa Rica tendrá para normar las telecomunicaciones, no menoscabe los compromisos de acceso a que Costa Rica se compromete en el TLC-CA, y así evitar poner en riesgo la actividad de un nuevo prestador de servicios.

Los diez principios pretenden regular las relaciones entre los diferentes actores del mercado, los que proveen servicios públicos de telecomunicaciones y los que hacen uso de dichos servicios. Dichos principios son:

- a. la universalidad del servicio;
- b. la independencia de la autoridad reguladora;
- c. la transparencia;
- d. la asignación de los recursos escasos;
- e. la interconexión regulada;
- f. el acceso y uso de redes;
- g. el suministro de servicios de información;
- h. la competencia;
- i. el acceso a cables submarinos; y
- j. la flexibilidad para elegir opciones tecnológicas.

A pesar de que los principios se encuentran explícitos en el Tratado, algunos han generado ciertas preocupaciones a nivel local, no por su contenido, sino por las implicaciones que se perciben sobre el operador dominante, en este caso el ICE. La apertura necesariamente va a significar un cambio de paradigma en relación con la manera en que históricamente ha operado el ICE. El reto es cómo adaptar el esquema para que los principios estipulados se mantengan, sin perjudicar al ICE, pero reconociendo la participación de nuevos actores en el mercado.

- a. Servicio Universal.

El principio de servicio universal se aplica a cualquier servicio que el Estado costarricense considere que debe ser accesible de forma generalizada para sus ciudadanos. Actualmente, el modelo de universalidad en telecomunicaciones sólo incluye la telefonía fija. Sin embargo éste podría modificarse, extenderse o trasladarse hacia otros servicios, tales como Internet o la telefonía celular, en el marco regulatorio a establecer, sin que ello pueda ser cuestionado por ninguna de las partes. Lo controversial en este sentido no es la definición de cuál servicio debe tener el carácter de universalidad, sino más bien cómo ha de implementarse dicha universalidad.

o fijo dentro del área de servicio del Operador, que se encuentra configurada en celdas o estaciones base”, mientras que la nota al pie de página No. 4 del Anexo 13 establece que son servicios inalámbricos móviles los que significan “voz, datos y/o servicios de banda ancha prestados a través de medios radioeléctricos en bandas específicas determinadas, utilizando equipo terminal móvil o fijo, usando celular, PCS (Servicios de Comunicación Personal), satélite o cualquier otro tipo de tecnología similar que pueda ser desarrollada en el futuro para estos servicios.”

²¹ Nota al pie de página No. 5, Anexo 13.

En la práctica, es común que los servicios considerados como universales se encuentren altamente subsidiados,²² para así permitir el acceso a los segmentos más vulnerables de la sociedad, como sucede en el caso de la telefonía fija residencial. Este servicio no se abriría a la competencia con el TLC-CA, por lo que seguirá siendo ofrecido en forma monopólica por el ICE. Sin embargo, el TLC-CA no establece que solamente el ICE asuma el costo del subsidio requerido para continuar ofreciendo ese servicio como servicio universal. Además de que un compromiso de esa naturaleza no está incluido en el TLC-CA, ya que ello pondría en peligro la estabilidad financiera del ICE, lo que el principio plantea es que el Estado debe definir no sólo cuáles servicios serán universales, sino también la forma bajo la cual el ICE y los demás proveedores participantes del mercado, tendrán la obligación de contribuir para financiar su cobertura.

El modelo que se adopte no podrá constituirse en un instrumento que limite el ingreso de nuevos operadores, y ello se cumple en la medida de que sea operado bajo una base transparente, con neutralidad y no discriminatoria (trato nacional). No obstante, también se establece que las obligaciones, que según el trato nacional tendrán todos los operadores para el tipo de servicio universal definido, no han de ser más gravosas de lo necesario.²³ No se define en el TLC-CA qué podría ser más gravoso de lo necesario.

b. Independencia de la Autoridad Reguladora.

El principio de independencia de la autoridad reguladora, necesariamente conlleva la obligación que tiene Costa Rica de contar con un ente regulador. No se establece en el TLC-CA que el ente regulador debe ser la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), pudiendo ser otro, aunque no necesariamente, ya que ello es una decisión que deberá tomarse internamente.

El TLC-CA tampoco hace referencia a la conformación de dicho órgano, sino que indica que cualquiera que fuese ese órgano, debe de gozar de independencia política y de mercado. *“Costa Rica establecerá o mantendrá una autoridad reguladora para los servicios de telecomunicaciones, que será independiente de todo proveedor de servicios de telecomunicaciones y no responderá a ellos.”*²⁴

Sí se establece que el regulador debe tener la potestad y la obligación de imponer las sanciones pertinentes, cuando considere que alguno de los proveedores está incurriendo en prácticas anticompetitivas, además de que sus decisiones y procedimientos deben ser imparciales para todos los participantes en el mercado.²⁵ En ese sentido, deberá modificarse la ley constitutiva de la ARESEP para que incluya esa potestad, si es que se decide que el ente regulador ha de ser la ARESEP, o bien dotar de esa potestad a un nuevo ente regulador, si se decide crear uno nuevo.

También se abre la posibilidad para que esta autoridad pueda emitir *“jurisdicción sobre la administración del espectro, servicio universal, fijación de tarifas y otorgamiento de licencias para nuevos participantes del mercado.”*²⁶ Lo anterior es una posibilidad que ese ente tendría, siempre y cuando el legislador así lo estipule en su ley constitutiva. De lo contrario, dicha atribución seguirá siendo potestad de la Asamblea Legislativa, tal y como lo es actualmente, según el Artículo 121, inciso 14.c. de la Constitución Política.²⁷

c. Transparencia.

La transparencia es el tercer principio enunciado en el Tratado y dice que *“Costa Rica asegurará que los procedimientos aplicables a la interconexión con un proveedor importante (...) sean puestos a disposición del público.”*²⁸ Lo anterior tiene como fundamento garantizar el acceso público a información indispen-

²² Nótese que en la OMC no están regulados los subsidios en el sector servicios.

²³ Artículo IV.1 del Anexo 13.

²⁴ Artículo IV.2. del Anexo 13.

²⁵ Preocupa a algunos que el mantenimiento de tarifas bajas por parte del ICE, impida la entrada de nuevos competidores en el mercado, en razón de que no alcanzarían la rentabilidad deseada en su negocio, y que ello pueda alegarse como una práctica anticompetitiva – dumping - que obligue al ICE a incrementar las tarifas, de manera que otras empresas puedan participar en el mercado.

²⁶ Artículo IV.2. del Anexo 13.

²⁷ Ese artículo establece que los servicios inalámbricos *“... sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.”*

²⁸ Artículo IV.3. del Anexo 13.

sable para poder operar, en lo que la interconexión con el proveedor dominante es fundamental. Esta es la mínima garantía que requiere un nuevo operador de que no será objeto de trato discriminatorio y prácticas anticompetitivas, como ha sucedido en otros mercados que se han abierto a la competencia.

De igual forma deben ser accesibles al público la información relativa al otorgamiento de concesiones y la autorización de licencias, así como lo requisitos que debe cumplir cualquier proveedor que desee ingresar al mercado. Ello obliga al Estado a mantener procedimientos objetivos y uniformes para autorizar la operación de cualquier operador.

d. Asignación de Recursos Escasos.

El principio de asignación de recursos escasos presupone la existencia de ciertos recursos críticos en la operación de los servicios de telecomunicaciones, los que por su naturaleza deben ser administrados por el Estado. *“Costa Rica asegurará que los procedimientos para la asignación y utilización de recursos escasos, incluyendo frecuencias, números y los derechos de vía, sean suministrados de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria (...)”*²⁹

Es evidente que los recursos escasos, en materia de telecomunicaciones, deben ser administrados por el Estado por medio de la regulación. El principio lo que hace es exigir que, en el marco regulatorio, existan procedimientos de asignación y utilización de estos recursos, garantizando a la vez que dichos procedimientos no beneficien o perjudiquen a un proveedor en beneficio de otro. De nuevo, determinar qué institución debe administrar el espectro radioeléctrico es un asunto que le concierne sólo a Costa Rica, al igual de si su uso debe cobrarse o ser gratuito. Igual sucede con la posibilidad de utilizar los derechos de vía³⁰ y la determinación de las tarifas por su uso.

²⁹ Artículo IV.4. del Anexo 13.

³⁰ Si bien los derechos de vía no son necesarios para el tipo de servicio que se pretende abrir a la competencia, la regulación al respecto no está de más, ya que bien puede ser que en el futuro se abran a la competencia servicios que sí los necesitan. Sin embargo, en el TLC-CA no se abren a la competencia otros servicios más que los señalados, y los principios regulatorios claramente no implican que se amplíe el acceso a los mercados. Nota al pie de página No. 5, Anexo 13.

³¹ Artículo IV.5. del Anexo 13.

³² *“basado en costos” significa basados en costos, y podrá incluir una utilidad razonable, y podrá involucrar diferentes metodologías de cálculo de costo para diferentes instalaciones o servicios;* Artículo 13.17. sobre Definiciones.

³³ Por regla general, las tarifas de los servicios públicos, sean estos prestados por entidades públicas o privadas, deben ser fijadas en los costos.

³⁴ Artículo IV.5.(b).

e. Interconexión Regulada.

El principio de interconexión regulada garantiza que cualquier proveedor de servicios de telecomunicaciones tendrá acceso para interconectarse con la red y poder brindar sus servicios, sobre una base no discriminatoria, con acceso oportuno y bajo un esquema de tarifas de interconexión calculadas al costo y sobre una base razonable y transparente.

La apertura presupone la existencia de un operador dominante con el cual es necesario interconectarse para poder operar. *“Costa Rica asegurará (...) interconexión con un proveedor importante (...) con tarifas basadas en costos, que sean transparentes, razonables y que tengan en cuenta la viabilidad económica.”*³¹

Es importante señalar que bajo un contexto de apertura, el tránsito por la red debe ser regulado. Será una decisión nacional el tipo de modelo que se determine para el cálculo de las tarifas de interconexión.³² Pero al tratarse de un servicio público, esas tarifas deben estar basadas en el principio de servicio al costo, el cual debe proveer los recursos necesarios para garantizar la expansión y mantenimiento de la red.³³ De esta manera, la tarifa de la interconexión a la red sería un elemento de costo que pagarían todos los operadores, públicos y privados, nacionales o extranjeros. El ICE no tendría que pagar por el uso de su propia red.

Además de garantizar un acceso no discriminatorio al servicio de interconexión, se establece el derecho que tiene un proveedor a apelar por igualdad de trato cuando siente que es sujeto de discriminación por parte del proveedor importante. Así, el Estado debe garantizar un ente nacional independiente, que podría ser la autoridad reguladora, que resuelva en forma imparcial las diferencias que pudieran presentarse.³⁴

f. Acceso y Uso de Redes.

El principio de acceso y uso de redes permite a las empresas de otro país miembro del TLC-CA, tener acceso y hacer uso de cualquier servicio público de telecomunicaciones. Al respecto, debe aclararse que este principio no da derecho de acceso al mercado a proveedores de servicios de telecomunicaciones no autorizados, por dos razones: a. los principios regulatorios no establecen derechos u obligaciones de acceso a mercado;³⁵ y b. el principio de acceso y uso de redes no permite a las empresas de otro país miembro del TLC-CA ofrecer servicios públicos de telecomunicaciones, sino “... tener acceso a, y hacer uso de cualquier servicio de telecomunicaciones, incluso los circuitos arrendados, ofrecido en su territorio de manera transfronteriza, en términos y condiciones razonables y no discriminatorias...”³⁶. Adicionalmente, el acceso y uso de redes no es irrestricto, por lo que “Costa Rica podrá tomar las medidas que sean necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los mensajes, o proteger la privacidad de los datos personales no públicos de los suscriptores de servicios públicos de telecomunicaciones...”³⁷

Por otra parte, se garantiza que las empresas proveedoras de servicios podrán usar protocolos de operación a su elección.³⁸ No obstante, “Costa Rica también garantizará que no se impongan condiciones al acceso y el uso de redes o servicios públicos de telecomunicaciones, distintas de las necesarias para salvaguardar las responsabilidades del servicio público de los prestadores de redes o servicios públicos de telecomunicaciones, en particular su capacidad para poner sus redes o servicios a disposición del público en general, o proteger la integridad técnica de las redes o servicios públicos de telecomunicaciones.”³⁹ Con ello se restringe a las empresas proveedoras de servicios la utilización de protocolos a aquellos con los que se pueda realizar la interconexión en el país.

g. Suministro de Servicios de Información.

El principio de Suministro de Servicios de Información está reservado para aquellas empresas que generan, almacenan o procesan información y que utilizan las telecomunicaciones como medio de transporte. Se consideran empresas de servicios de información las que operan el servicio 113, las que brindan la información sobre la Guía Telefónica, las que brindan la hora a través del 112, entre otras. Corresponde al país definir lo que se considerará un servicio de información, de acuerdo con la legislación interna.

Dado que este tipo de servicios son, por su naturaleza, servicios privados, y pueden ser ofrecidos tanto por operadores públicos como por operadores privados, no existe obligación para exigirle a la empresa prestadora de estos servicios que los suministre al público en general, ni tampoco que sus precios se fijen de acuerdo a modelos tarifarios basados en principio al costo, o bien que sus tarifas deban ser autorizadas por el ente regulador. No obstante, cuando se verifique que este tipo de servicios se realicen con prácticas anticompetitivas, el Estado está en la obligación de tomar las acciones pertinentes para remediar esa práctica, haciendo prevalecer ante todo el interés de los consumidores.

h. Competencia.

La Competencia es otro de los principios fundamentales para garantizar el acceso de nuevos proveedores al mercado: “Costa Rica mantendrá medidas adecuadas con el fin de prevenir que proveedores importantes (...) empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas tales como no poner a disposición (...) de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente relevante...”⁴⁰

³⁵ Artículo IV, Nota al pie de página No. 5.

³⁶ Artículo IV.6.(a) El ICE no pagaría por el uso de su propia red.

³⁷ Artículo IV.6.(b).

³⁸ Artículo IV.6.b (iv).

³⁹ Artículo IV.6.(c).

⁴⁰ Artículo IV.8.

Es importante recalcar que este principio se establece para promover la competencia y, en consecuencia, evitar prácticas anticompetitivas. El compromiso consiste en tomar medidas para evitar prácticas anticompetitivas del proveedor dominante, de forma tal que todos y cada uno de los proveedores interesados tengan acceso a la información técnica y comercial relevante, promoviendo de esa manera una competencia justa y transparente en el mercado. Aquella información técnica y comercial no relevante para garantizar una competencia justa y transparente en el mercado, no deberá ser puesta a disposición de los proveedores de servicios de telecomunicaciones. La definición de qué es información técnica y relevante tendrá que ser definida en la legislación respectiva.

i. Acceso a Cables Submarinos.

El principio de acceso a cables submarinos es una garantía que se brinda a los proveedores autorizados de telecomunicaciones, sobre una base razonable y no discriminatoria (trato nacional). Ello no implica concesión alguna, derecho u obligación de acceso al mercado nacional de telecomunicaciones, sino que es el acceso a conexión internacional que tiene el país en materia de telecomunicaciones, por cable submarino o por satélite. Además, como se mencionó, estos principios no establecen derechos u obligaciones de acceso a mercado. *“Costa Rica garantizará un trato razonable y no discriminatorio para el acceso a sistemas de cable submarino (incluyendo instalaciones de puesta a tierra), en su territorio (...).”*⁴¹

j. Flexibilidad para elegir entre Opciones Tecnológicas.

Finalmente, basado en el principio de flexibilidad para elegir las opciones tecnológicas, el TLC-CA otorga a los proveedores de servicios de telecomunicaciones completa libertad para elegir las opciones tecnológicas que más convengan a sus intereses, siempre y cuando su utilización no afecte tecnológicamente los servicios de otros proveedores y se ajuste a los requerimientos tecnológicos establecidos por el Estado, tal y como se indicó en el principio de transparencia.

4. Conclusiones

La discusión sobre los compromisos de Costa Rica en el TLC-CA, en materia de servicios de telecomunicaciones, resultaría menos compleja de abordar, si Costa Rica hubiese aprobado en el pasado una Ley General de Telecomunicaciones para sustituir la actual Ley de Radio y Televisión, creada en 1956, y que todavía continúa vigente, normando, aunque parcialmente, ciertas áreas del complejo negocio de las telecomunicaciones.

Con un cuerpo normativo mucho más moderno, aunque hubiese sido diseñado para regular un mercado relativamente cerrado, se tendría una mayor claridad y definición en el uso del espectro radioeléctrico. Discusiones sobre cuáles servicios se encuentran abiertos a la competencia y cuáles no, estarían fuera de contexto, al igual que las preocupaciones sobre el cobro y acceso a los recursos considerados escasos, y hasta la conveniencia y naturaleza de un ente regulador.

Bajo ese escenario, la discusión nacional estaría enfocada hacia la conveniencia estratégica y viabilidad tecnológica de mantener en el mediano y largo plazo ciertos servicios operando en forma monopólica por parte del Estado, y las mayores preocupaciones se centrarían en la forma de preservar los principios de universalidad y solidaridad en los servicios, con visión de largo plazo, con el único objetivo de cerrar la brecha digital.

Desafortunadamente, el escenario anterior no es la realidad y en estos momentos el debate sobre las telecomunicaciones se ha tornado muy complejo y dogmatizado. Gran parte de las preocupaciones y temores giran en torno a las repercusiones de la apertura para el ICE, como si la apertura tecnológica no se estuviera produciendo, y hay gran dificultad para concebir un modelo abierto con varios operadores ofreciendo los principales servicios, al mismo tiempo que garantice la universalidad para ciertos servicios.

Surgen dudas importantes al imaginarse al ICE actual compitiendo, en igualdad de condiciones, con un operador privado. Los múltiples cuestionamientos que se han presentado por quienes se oponen a la apertura

⁴¹ Artículo IV.9.

dad el ICE no paga por dicho recurso escaso; a la desigualdad que significaría para el ICE, que es el dueño de la infraestructura que se requiere para operar, estar en la obligación de facilitarle dicha infraestructura a los demás operadores al costo, cuando se tiene la concepción de que únicamente el privado persigue el lucro; al problema que enfrentaría el ICE en sus finanzas, al tener que cubrir el costo de la universalidad y la solidaridad en telefonía fija, como si fuera el único operador en un contexto de apertura; y al tema del *“incremento”⁴² tarifario que la apertura implicaría; entre muchas otras preocupaciones e interrogantes, no todas adecuadamente fundamentadas.*⁴³

El problema principal con este tipo de interrogantes es que surgen como resultado de comparar a un ICE en monopolio con un operador privado en competencia. Las reglas que se aplican cuando el ICE está sólo en el mercado no pueden seguirse aplicando cuando el mercado se está abriendo a la competencia.

El nuevo escenario exige distribuir las cargas entre los diferentes operadores y definir de manera muy clara, cuáles son los recursos escasos, de naturaleza pública, y con base en qué criterio se cobrará por ellos.

Otro grupo de cuestionamientos responsabilizan al TLC-CA como activador de cambios en la legislación y perturbador de la soberanía que tiene el Estado costarricense para legislar en materia de telecomunicaciones, imponiendo la apertura de un sector estratégico que la sociedad costarricense había reservado para el Estado.

Lo acordado en el TLC-CA precipita que se retome, nuevamente, el debate sobre las telecomunicaciones en el país, sirviendo como elemento catalizador en la discusión, dado que obligaría a la sociedad costa-

rricense a decidir sobre una discusión que lleva más de una década, y la cual se interrumpió con el denominado *“combo del ICE”*, cuando los consensos logrados para la apertura del sector fueron abandonados y no se volvió a discutir sobre el tema.

Si se acepta la apertura del mercado de telecomunicaciones, no parece que el TLC-CA sea un obstáculo a la soberanía del país para legislar.⁴⁴ Si bien es cierto la apertura requiere de nueva legislación, la misma debe ser dictada por la Asamblea Legislativa, en apego a los objetivos nacionales de desarrollo, siendo la única condición que impone el TLC-CA la incorporación de una serie de principios universalmente aceptados, y que en la actualidad son de aplicación generalizada en Costa Rica y tutelados por la Constitución y otras leyes internas, como por ejemplo, el trato nacional. El objetivo de incorporar dichos principios en la negociación, pretende evitar que las naciones firmantes permitan retrocesos en el tema de apertura del sector. En el caso de Costa Rica, con el TLC-CA el país se aseguraría que dichos principios estén contemplados en el marco regulatorio que se debe desarrollar para que entre en operación el 1 de enero del 2006.

Una vez que estos dos grupos de interrogantes y preocupaciones son apartados, sólo quedan para la discusión los temas sustantivos. El primero tiene que ver con el marco normativo adecuado para el fortalecimiento del ICE, y el segundo es la decisión nacional sobre cómo implementar los principios de universalidad y solidaridad en los servicios de telecomunicaciones costarricenses. Sobre estos dos grandes temas la sociedad debería haber decidido hace mucho tiempo, independientemente del TLC-CA.

⁴² El tema de la evolución de las tarifas de telecomunicaciones es sumamente complejo en Costa Rica y sería necesario un estudio muy profundo que clarifique el modelo tarifario del ICE y los mecanismos de costeo. Había que hacer explícitos todos los subsidios cruzados entre los diferentes servicios y los criterios de asignación de los costos de una institución que opera energía y telecomunicaciones. El asunto se complica aún más cuando en apertura hay que incorporar nuevos elementos de costo que anteriormente no habían sido contemplados, como el uso del espectro, la infraestructura y el pago de renta por parte de todos los operadores. En fin, las tarifas actuales en monopolio no serían comparables con las tarifas en competencia y también sería necesario incorporar los cambios en la recaudación fiscal como producto de la reforma. No es posible determinar a priori si las tarifas subirán o bajarán como consecuencia de la apertura y de una mayor competencia en el mercado, sin conocer claramente las condiciones bajo las cuales se dará la competencia en el mercado, manteniendo el principio de universalidad.

⁴³ En 1996 el ICE contrató la realización de varios estudios, cuyo análisis debe ser parte de la discusión sobre el marco regulatorio para las telecomunicaciones y sobre la Ley de Fortalecimiento del ICE. Véanse al respecto los estudios de Townsend, 1996 y Gallegos, 1996.

⁴⁴ Si no se acepta la apertura, obviamente el TLC-CA es un obstáculo para la soberanía para gobernar, ya que con el TLC-CA el país adquiere la obligación de abrir el mercado de telecomunicaciones en los tres servicios mencionados.

COMERCIO ELECTRÓNICO*

1. Introducción

Este capítulo regula el comercio de mercancías y servicios que atraviesan las fronteras por medios electrónicos. Los ejemplos más evidentes de productos distribuidos electrónicamente son libros, música y videos, pero también programas de cómputo transmitidos a través de líneas telefónicas o de internet. A diferencia de los bienes materiales y de otros servicios, esas mercancías o servicios deben estar contenidos en un medio digitalizado, por lo que merece un tratamiento diferente. En la actualidad, el comercio electrónico no está regulado.

En los últimos años, el comercio electrónico ha adquirido una gran importancia en el desarrollo de la actividad comercial mundial, mostrando un crecimiento vertiginoso, como consecuencia de la revolución en las telecomunicaciones y la informática. *“A manera de ejemplo, algunas estimaciones señalan que las transacciones electrónicas a nivel mundial han crecido de US \$22 billones en el año 1997 a US \$180 billones en 1999. Asimismo, se prevé que para el año 2004 el comercio electrónico alcanzará la suma de US \$6,9 trillones.”*¹

Se estima que el valor agregado del comercio electrónico representa cerca de un 30% del producto interno bruto en los sectores de servicios a nivel mundial.² Tres cuartas partes de ese 30% son atribuidas a los servicios comerciales, financieros y de distribución. Aunque el comercio electrónico se centra especialmente en los sectores de servicios, algunos sectores manufactureros están teniendo una importancia creciente en ese comercio. Por sus características, el comercio electrónico conlleva ganancias en productividad, que se traducen en precios más bajos en todos los productos ofrecidos en el mercado a través del mercado virtual; las empresas no requieren de locales comerciales para ofrecer sus productos al público, y los procedimientos para la tramitación de órdenes de compra y los pagos respectivos, requieren de inversiones mucho menores de aquellas requeridas en el comercio tradicional.

El comercio electrónico puede ser dividido en tres etapas.³ La primera es la etapa de la pre - compra, que consiste en la publicación de anuncios (oferta) y la búsqueda de información (demanda) en las red electrónicas mundial (internet); la segunda etapa es la de la realización de las compras, que consiste en la orden de compra y el pago respectivo, realizados electrónicamente a nivel nacional o internacional; la tercera etapa consiste en la entrega del producto, actividad que se realiza electrónicamente o físicamente.

* Este capítulo fue elaborado por José Eduardo Angulo

¹ Picado 2002.

² Schuknecht y Pérez - Esteve, 1999.

³ Schuknecht y Pérez - Esteve, 1999.

En principio, todos los productos pueden ser anunciados y comprados en redes electrónicas. Sin embargo, la entrega electrónica es más limitada, ya que requiere que el producto final pueda ser presentado como información digitalizada y transmitida electrónicamente, siendo la Internet el medio más idóneo para hacerlo. Muchos servicios pueden ser suplidos como información digitalizada, tales como las transacciones financieras, la asesoría legal, y productos de entretenimiento tipificados como bienes (libros, software, música y videos). Otros productos solamente pueden ser entregados físicamente.

Dada la creciente importancia del comercio electrónico dentro del comercio mundial, su inclusión en las negociaciones del TLC-CA era evidente. A partir del reconocimiento del potencial de desarrollo del comercio electrónico y su contribución al desarrollo, los países acordaron una serie de disposiciones para facilitararlo, según las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), evitando el surgimiento de barreras que impidan el desarrollo de esa nueva modalidad comercial.

Costa Rica ya ha venido trabajando en el desarrollo de una plataforma relacionada con el incentivo al comercio electrónico como actividad cada vez más importante de la economía. Por ejemplo, en el caso del TLC entre Costa Rica y Canadá, se estableció una agenda de cooperación para el desarrollo de la sociedad de la información y la economía, encaminada a crear un ambiente positivo para el crecimiento del comercio electrónico, mucho más amplia que la que se firmó con los Estados Unidos. Esa agenda se basa en los siguientes aspectos:⁴

“1. La creación de confianza para usuarios y consumidores - asegurando salvaguardias para otorgar protección y aumentar la confianza en el mercado digital tratando temas como privacidad, seguridad, y protección al consumidor.

2. El establecimiento de reglas transparentes y objetivos para el mercado digital - reconociendo que los marcos legal y comercial existentes en áreas tales como legislación contractual y de propiedad intelectual se apliquen a las transmisiones electrónicas y tomen en cuenta el crecimiento futuro del comercio electrónico y su potencial social.

3. El fortalecimiento de la infraestructura de la información - asegurándose el acceso efectivo de bajo costo y alta calidad en las redes de telecomunicaciones y servicios para el comercio electrónico.

4. Maximizar los beneficios sociales y económicos - tratando las necesidades de los negocios, incluyendo las pequeñas y medianas empresas (PyMES), organizaciones y consumidores en los países en desarrollo y desarrollados.

5. Promover la participación global – desarrollando un acercamiento de colaboración amplio que incluya a los gobiernos, el sector privado, la comunidad en general, y las organizaciones internacionales cuyos objetivos sean maximizar el potencial social y económico del comercio electrónico en todas las economías y las sociedades.”

Por otro lado, en ese mismo acuerdo de cooperación, Costa Rica y Canadá establecieron una serie de principios para promover el crecimiento y el uso del comercio electrónico y el futuro desarrollo de la sociedad de la información, en los siguientes términos⁵:

- *El sector privado debería liderar en proveer la inversión y la innovación necesaria para fomentar el crecimiento del comercio electrónico. También cumple un papel importante, en conjunto con los gobiernos y la comunidad en general, para asegurarse que las prácticas nacionales e internacionales de negocios faciliten la confianza entre sí y del consumidor.*

⁴ SICE, 2004.

⁵ SICE, 2004.

- *Para alcanzar el interés público, el papel principal de los gobiernos es crear un ambiente favorable para el comercio electrónico global, para ambos los negocios y los consumidores, y maximizar su potencial para el desarrollo social, cívico y comunitario de una manera que:*
- *optimice la inversión del sector privado, la innovación y la iniciativa en un ambiente competitivo;*
- *minimice las barreras legales y regulatorias al comercio electrónico y evite la aparición de nuevas barreras, reconociendo al mismo tiempo el derecho de los gobiernos a establecer objetivos de política pública.*
- *proporcione confianza en los instrumentos y redes de comercio electrónico a través de la acción gubernamental apropiada y el uso de herramientas políticas (por ejemplo, legislación, regulación y autoregulación) que sean claras, transparentes y predecibles y que protejan el interés público y los derechos de los consumidores.*
- *tome en cuenta las necesidades e intereses de la comunidad en general a través de consultas con grupos representativos.*
- *Los gobiernos también juegan un papel importante en el crecimiento del comercio electrónico al actuar como “usuario modelo” y al apoyar las iniciativas lideradas por el sector privado y aquellas que se les solicite. Los gobiernos pueden resaltar tanto los negocios como la confianza del usuario, y mejorar la administración al pretender excelencia en la entrega en línea de servicios gubernamentales e información usando sistemas de pago en línea e infraestructura pública y otras tecnologías de autenticación.*
- *La cooperación y armonización internacional entre todos los países, basado en estándares internacionales, ayudarán en la construcción de un ambiente global adecuado para el comercio electrónico y ampliará sus beneficios a todos.”*

Es importante aclarar que, si bien la intención es facilitar el comercio electrónico en general, el capítulo sobre comercio electrónico en el TLC-CA no se refiere al comercio de productos, facilitado por la vía electrónica, pero que finalmente se materializa en la aduana. Más bien, el capítulo sobre comercio electrónico en el TLC-CA trata del comercio de servicios que se produce por medios electrónicos; dicho servicio, a diferencia de los bienes materiales y de otros servicios, debe estar contenido en un medio digitalizado, por lo que merece un tratamiento diferente.

2. Objetivos de la Negociación

Dentro del marco de los objetivos de negociación que los ministros centroamericanos establecieron para el comercio transfronterizo de servicios,⁶ que buscan incentivar la expansión y el desarrollo de crecientes flujos de comercio de servicios transfronterizos, los ministros centroamericanos acordaron “Promover a través de reglas y principios generales, un entorno favorable para la expansión del comercio electrónico, que sirva como instrumento para facilitar y abrir nuevas oportunidades de comercio y en general como medio para fomentar el desarrollo, modernización y competitividad a favor del sector productivo y los consumidores”⁷

Por su parte, la posición de Costa Rica, coincidente con la de los demás países de la región, fue la de buscar en la negociación:⁸

- “a) el establecimiento de disposiciones que contribuyan a aclarar el alcance del concepto de comercio electrónico;
- b) el desarrollo de mecanismos que fomenten la expansión del comercio electrónico entre las Partes; y
- c) la introducción de principios básicos reguladores de este tipo específico de comercio, que aseguren el desarrollo de reglas transparentes y razonables y que resguarden a su vez margen

⁶ En la definición de los objetivos de la negociación sobre el comercio transfronterizo de servicios se incluyó el tema del comercio electrónico. Sin embargo, el tema se trató de forma separada en las negociaciones, elaborándose un capítulo específico sobre el comercio electrónico.

⁷ COMEX, 2003b.

⁸ COMEX, 2003b.

de maniobra de las Partes para regular esta modalidad comercial, permitiéndoles a las Partes tutelar adecuadamente ciertos valores legítimos de sus sociedades, tales como, el resguardo a la seguridad de los contratos, la protección de la privacidad individual así como a la moral y el interés público, entre otros”.

En ese mismo documento se hacen alusiones, también de tipo general, a que la negociación también buscará promover el desarrollo y la difusión del comercio electrónico, buscando, en particular, beneficios concretos para el sector productivo, incluyendo las pequeñas y medianas empresas (PYMEs) y el sector turismo,⁹ al consumidor y al sector público costarricense.¹⁰

3. Resultados de la Negociación

El conjunto de transacciones comerciales denominadas “comercio electrónico de servicios”, por su naturaleza, no asume las características de un bien, pero tampoco las características de otro tipo de servicios, haciendo compleja la aplicación de los conceptos utilizados para la facilitación del comercio internacional, tales como los principios de trato nacional y Nación Más Favorecida, entre otros.

Ante dicha situación, no es casualidad que desde hace algunos años, los países miembros de la OMC acordaran una mora arancelaria para los productos digitalmente codificados y comercializados a través de la Internet, haciendo una distinción fundamental entre el producto digitalizado, que no debe pagar aranceles, y el medio portador de ese producto digitalizado, que sí es objeto para el cobro de aranceles.

A partir del reconocimiento de la importancia del comercio electrónico de servicios y la necesidad de evitar la imposición de obstáculos a dicho comercio, los países centroamericanos y los Estados Unidos acordaron lo siguiente en la materia:

1. Aplicación de las reglas establecidas en otros capítulos del TLC-CA al suministro electrónico de servicios.
2. Tratamiento aduanero de los productos digitales.
3. Otorgamiento de un trato no menos favorable a productos digitales transmitidos electrónicamente.
4. Transparencia en las disposiciones legales en materia de comercio electrónico.
5. Cooperación para el fomento del desarrollo del comercio electrónico.

A continuación se describen y se comentan los acuerdos alcanzados.

1. Aplicación de las reglas establecidas en otros capítulos del TLC-CA al suministro electrónico de servicios.

Cuando el comercio electrónico consista en el suministro de servicios utilizando medios electrónicos,¹¹ se aplican todas las regulaciones establecidas en los capítulos sobre inversión, sobre comercio transfronterizo de servicios, y sobre servicios financieros. Con lo anterior, el medio por el cual se presta el servicio no lo excluye de los compromisos asumidos en esos capítulos.¹²

2. Tratamiento aduanero de los productos digitales.

En materia de productos digitales se acuerda que no se podrán imponer aranceles aduaneros, tarifas u otras cargas relacionadas con la importación de productos digitales por transmisión electrónica. De esta manera, se asume en el TLC-CA lo ya acordado en la OMC, en el sentido de que se hace también la distinción fundamental entre el producto digitalizado y el medio portador, estableciendo que “*Ninguna Parte impondrá aranceles aduaneros, tarifas u otras cargas relacionados con la importación o exportación de productos digitales por transmisión electrónica.*”¹³ y “*Para los efectos de determinar los aranceles aduaneros aplicables, cada Parte determinará el valor adua-*

⁹ “Garantías para que el comercio electrónico pueda desarrollarse y atender las necesidades de las pequeñas y medianas empresas del sector turismo, facilitando así la promoción del país y su uso como medio para facilitar los procesos de reservaciones hoteleras, de tours o boletos de transporte.” (COMEX, 2003b, pág. 22)

¹⁰(COMEX, 2003b, pág. 27)

¹¹ Artículo 14.2

¹² Véanse al respecto los capítulos 10, 11 y 12 del TLC-CA, respectivamente.

¹³ Artículo 14.3.1.

nero de un medio portador importado que incorpore un producto digital basado únicamente en el costo o valor del medio portador, independientemente del costo o valor del producto digital almacenado en el medio portador.”¹⁴ Esa disposición favorece el desarrollo de la industria exportadora de software.

No obstante, *“nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de evitar que una Parte imponga impuestos internos a los productos digitales, ya sea de manera directa o indirecta.”¹⁵ Con lo anterior, se clarifica la potestad que tienen los gobiernos para gravar los productos digitales con impuestos internos, siempre que no sean discriminatorios.*

3. Otorgamiento de un trato no menos favorable a productos digitales transmitidos electrónicamente.

Sobre los productos digitales transmitidos electrónicamente se acuerda aplicar un trato no menos favorable en dos sentidos:

- a. A los productos digitales transmitidos electrónicamente, *“... creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, comisionados, o que estén disponibles por primera vez en términos comerciales fuera de su territorio”¹⁶, con respecto al trato que se dé a productos digitales similares transmitidos electrónicamente, “... que sean creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, comisionados, o que estén disponibles por primera vez en condiciones comerciales en el territorio de un país no Parte”¹⁷, o que “... cuyo autor, intérprete, productor, gestor, o distribuidor sea una persona de otra Parte que el que otorga a productos digitales similares transmitidos electrónicamente cuyo autor, intérprete, productor, gestor o distribuidor sea una persona de un país no Parte.”¹⁸*

Con esas disposiciones, se elimina toda restricción al comercio de productos digitales, sin importar dónde fueron producidos, y sin importar quién los produjo, o sea, sin importar la nacionalidad de quienes los desarrollaron.

- b. *A algunos productos digitales transmitidos electrónicamente con respecto a otros productos digitales similares transmitidos electrónicamente, en razón de ser “... creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, comisionados o que estén disponibles por primera vez en condiciones comerciales fuera de su territorio;”¹⁹ o que “el autor, intérprete, productor, gestor, o distribuidor de dichos productos digitales sea una persona de otra Parte o de un país no Parte”²⁰ o que de otra manera proporcionen protección a productos digitales similares transmitidos electrónicamente “... creados, producidos, publicados, almacenados, transmitidos, contratados, comisionados o que estén disponibles por primera vez en condiciones comerciales en su territorio.”²¹*

Con esta disposición se permite a la industria local de software de todos los países miembros del TLC-CA, realizar el desarrollo de los productos sobre una base global, sin que existan restricciones en relación con el país donde se realiza parte del desarrollo del producto o la nacionalidad del programador.

Consecuentemente, las medidas disconformes en materia de inversiones, comercio transfronterizo de servicios y servicios financieros, no se aplican a las disposiciones sobre comercio electrónico,²² con lo que se aplican irrestrictamente las disposiciones de trato nacional y Nación Más Favorecida, entre otros, a este comercio.

¹⁴ Artículo 14.3.2.

¹⁵ Artículo 14.1.2

¹⁶ Artículo 14.3.4.(a)

¹⁷ Artículo 14.3.4.(a)

¹⁸ Artículo 14.3.4.(b)

¹⁹ Artículo 14.3.3.(a)(i)

²⁰ Artículo 14.3.3.(a)(ii)

²¹ Artículo 14.3.3.(b)

²² Artículo 14.3.5.

4. Transparencia en las disposiciones legales en materia de comercio electrónico.

En relación con el principio de transparencia, los países se comprometen a publicar o poner a disposición de cualquier otra forma sus leyes, reglamentos y medidas de aplicación general que se relacionen con el comercio electrónico.²³

5. Cooperación para el fomento del desarrollo del comercio electrónico.

Finalmente, un compromiso importante es el relativo a la cooperación, según el cual los países reconocen la importancia de:²⁴

- “trabajar conjuntamente para superar los obstáculos que enfrenten las pequeñas y medianas empresas en el uso del comercio electrónico;
- compartir información y experiencias sobre regulaciones, leyes y programas en el ámbito del comercio electrónico;
- trabajar para mantener los flujos de información transfronteriza;
- estimular el desarrollo por parte del sector privado de métodos de autorregulación; y
- participar activamente en foros internacionales con el propósito de promover el desarrollo del comercio electrónico.”

No obstante, esta agenda es más limitada que la que Costa Rica acordó, en su oportunidad, con Canadá, dentro del marco del TLC firmado entre ambos países.

Algunas consideraciones adicionales:

A pesar de lo acordado en el TLC-CA sobre comercio electrónico, es importante hacer algunas consideraciones adicionales con respecto a los obstáculos al desarrollo del comercio electrónico, que son importantes para el desarrollo del mismo en Costa Rica.

La OMC señala una serie limitaciones que puede enfrentar el comercio electrónico en los países, tales como: el acceso a la infraestructura de comunicaciones con suficiente capacidad para que las corrientes de información sean fluidas; el marco jurídico y reglamentario de las transacciones a través de Internet; la seguridad y el carácter confidencial de las transacciones; las cuestiones tributarias; y el dinero electrónico, entre otras.²⁵

En el caso de Costa Rica resulta importante el análisis de los obstáculos que pueden derivar de la infraestructura y el marco jurídico.

Acceso a la infraestructura

Al respecto la OMC señala que:

“Todas las formas de comercio electrónico, y en particular el comercio a través de Internet, sólo son posibles si existe una infraestructura de comunicaciones que proporcione suficiente capacidad para que las corrientes de información no tropiecen con obstrucciones. La congestión de Internet se ha convertido en un problema. La solución es ampliar la capacidad de la infraestructura mediante la utilización de más cables de fibra óptica y satélites o de nuevas redes, por ejemplo de televisión por cable, o incluso de líneas eléctricas. Pero la falta de infraestructura es con frecuencia un problema más general, que puede incluso consistir en una insuficiencia de las conexiones telefónicas, y muchos países se alegrarían de que su único problema en esta esfera fuera la congestión ocasional de Internet.

Otro obstáculo al comercio electrónico pueden ser las políticas de precios inadecuadas. La comunicación y el comercio electrónicos se ven entorpecidos a menudo por las elevadas tarifas de las telecomunicaciones, que no reflejan necesariamente los costos o la escasez de infraestructura. Por ejemplo, el costo de las conexiones telefónicas o las líneas arrendadas en Europa puede ser varias veces mayor que en los Estados Unidos (Beltz, 1997). Por otra parte, la aplicación de precios excesivamente bajos o no diferenciados puede dar lugar a un uso excesivo y a estrangulamientos.

²³ Artículo 14.4.

²⁴ Artículo 14.5.

²⁵ Brocheta, et al., 1998.

Estas observaciones indican la especial importancia del debate sobre si el suministro de infraestructura y la fijación de los precios deben ser públicos o privados.”²⁶

El gran reto que sobre el tema de la infraestructura enfrenta Costa Rica, es superar los problemas que adolece el ICE en materia de contrataciones de los medios que le permitirán mejorar la infraestructura en telecomunicaciones. Asimismo, es fundamental el ampliar el acceso al Internet en sus diferentes dimensiones: ampliación de la capacidad o ancho de banda, y reducir su costo.

En relación con el primer aspecto, el ancho de banda²⁷ se pretende resolver el problema de acceso a la Internet con el proyecto de Internet avanzada, así como el costo de acceso. Con este proyecto que pretende realizar el ICE se busca *“utilizar los anillos de fibra óptica instalados en el país, los circuitos SDH (Synchronous Data Hierarchical) y la red existente de cobre, lo que brinda al sistema una alta capacidad basada en protocolos de Internet, permitiendo transportar voz, imágenes y datos a grandes velocidades, con conexiones dedicadas de banda ancha, bajos costos de conexión, seguridad, confiabilidad y flexibilidad. Con este programa se ha logrado tener un acceso digital de banda ancha las 24 horas del día con un precio significativamente menor al actual.*

Este cambio tecnológico representaría un salto cualitativo y cuantitativo que permitirá además de obtener significativas reducciones en las tarifas de servicio de Internet, un aumento significativo en el número de usuarios de banda ancha en el país, colocando a Costa Rica en tercer lugar a nivel mundial (2,75%) después de Corea del Sur (9,2 %) y Canadá (4,5%), en materia de cobertura de banda ancha.

El mejoramiento de la conectividad del país es otro aspecto de gran importancia. Se está estableciendo la conexión de anillos de fibra óptica en todo el territorio nacional y se logró la conexión al mundo por medio del Cable Submarino de fibra óptica Maya 1 y

el cable denominado Arcos 1, ambos en el Mar Caribe. La conexión a estos cables submarinos de fibra óptica ha permitido que Costa Rica se conecte a las redes internacionales de telecomunicaciones, mejorando así la calidad, el costo y el ancho de banda de las comunicaciones en relación con la ofrecida por la compañía estatal vía satélite.”²⁸

No obstante la importancia de este proyecto, el ICE apenas logró adjudicar la licitación que pretende instalar una red de Internet de alta velocidad conocida como Internet avanzada a finales del año pasado. El proceso de contratación fue sometido a una serie de objeciones y apelaciones, que alargaron el proceso de licitación, con el consecuente retraso para el país en el mejoramiento de las condiciones de infraestructura para favorecer el acceso a Internet y el comercio electrónico. Sin embargo, no se logró que se refrendara el contrato y recientemente la Contraloría General lo devolvió sin el respectivo refrendo por una serie de deficiencias encontradas en su redacción, lo que atrasa aún más el inicio de este proyecto.

En materia de acceso la situación es la siguiente:

“En Costa Rica solo hay dos proveedores de acceso a Internet, amparados en la interpretación legal de este servicio de valor agregado forma parte de la concesión legislativa otorgada en exclusiva al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y a su subsidiaria Radiográfica Costarricense S. A. (Racsa).

Pero a su alrededor funciona un enjambre de unas 2800 empresas privadas que tienen contratos con Racsa para proveer servicios y acceso a la Red. Unas ofrecen servicios de contenido (diseño de página web y administradoras de servicios en esa red) y acceso de “última milla”²⁹ vía cable módem, cafés Internet y líneas telefónicas.

²⁶ Brocheta, et al; 1998, pág 39.

²⁷ El tema del ancho de banda se asocia con problemas de calidad en el acceso al servicio, ya que existen diferentes anchos de banda y equipos. Por ejemplo, RACSA ofrece velocidades de 256 Kbps a 2 Mbps, aunque hay tecnologías de hasta 2 Gbps.

²⁸ Picado, 2002.

²⁹ Se entiende que los servicios de “última milla” permiten que diversas empresas privadas participen en la distribución del servicio entre las redes de Internet –en manos del ICE y Racsa- y los clientes, ya sean personales o corporativos (otras empresas e instituciones públicas).

Todas esas compañías cubren por lo menos 400.000 personas, el 40% de la población con acceso a Internet, según Racsa.

....

Además, existen empresas privadas que proveen acceso a Internet a otras compañías sin que medie alguna alianza o contrato con ICE o Racsa, porque interpretan que la ley se los permite.”³⁰

Este es otro reto que enfrenta el país, y que consiste en ordenar la forma en que el acceso a Internet lo logran los productores y los consumidores, existiendo una urgente necesidad de aclarar el marco jurídico que regula este sector.

Marco jurídico que regula la Internet en el país

Esta es otra área en la que la OMC vislumbra un reto para la mayoría de los países miembros, no siendo Costa Rica la excepción, por cuanto ni siquiera está claro quiénes tienen la posibilidad de prestar los servicios de comunicación electrónica, básicamente vía Internet. Por otro lado, si no existe claridad sobre la naturaleza de los contratos electrónicos y la solución de controversias surgidas de la ejecución anormal de dichos contratos, la situación se agrava. La falta de seguridad jurídica que enfrenta el país en esta materia, torna en urgente la necesidad de contar con una adecuada regulación del tema, algo que el TLC-CA no se establece, excepto en materia aduanera.

A la falta de legislación adecuada, se añade otro problema, relacionado con la legislación existente, como el caso de Costa Rica:

“A la discusión sobre la fragmentación y de legislación actual, se une el tema de si las leyes y reglamentos van ligadas al avance tecnológico y comercial.

El primer problema es que mientras la legislación habla de la concesión de radiofrecuencias, las telecomunicaciones no utilizan como único medio las radiofrecuencias. Más bien emplean medios alámbricos (como la fibra óptica) para la transmisión de datos, voz e imágenes.

Sin embargo, para algunas entidades como el ICE y la Procuraduría General de la República –basándose en el criterio técnico del mismo ICE y en documentos de hace 25 años prevalece el uso de las frecuencias.

El tema se complica porque la legislación actual –que establece en la Constitución de Costa Rica que los servicios inalámbricos son del dominio del Estado– permite la concesión a particulares.”³¹

Otro problema que surge en relación con este tema es el caso de las transacciones internacionales, “ya que la incertidumbre acerca de la jurisdicción sobre el comercio realizado a través de Internet se considera uno de los principales obstáculos al comercio internacional.”³²

Un tercer tema, especialmente delicado, es el que se refiere a la aceptación de las firmas y la documentación electrónicas, con la fuerza necesaria para obligar a cumplir los contratos y en la presentación de pruebas en el caso de controversias. En relación con este tema desde hace varios años se ha venido discutiendo en la Asamblea Legislativa un proyecto de ley sobre firma digital,³³ que dentro su exposición de motivos, indica la importancia del comercio electrónico y la debida seguridad jurídica que está llamado a tener. Al respecto se indica que:

“El desarrollo del comercio electrónico ha sido vertiginoso, sin embargo, presentará obstáculos difíciles de superar si no se resuelven ciertos aspectos técnicos y de índole legal. Desde el punto de vista jurídico esta revolución tecnológica e informática ha significado un reto complejo y desafiante: dotar de seguridad jurídica el tráfico, tanto de información como de bienes y servicios. La contratación electrónica debe ser objeto de regulación, en forma muy cuidadosa, para que las nuevas tecnologías de la información no se vuelvan inoperantes. Uno de los temas esenciales a tratar, si no el más importante, es el del reconocimiento legal de la Firma Digital. No es posible concebir un creciente desarrollo del comercio electrónico, y la incursión de otro tipo de transacciones jurídicas en la red, si no se provee de la

³⁰ Cordero, 2003a, pág. 33.

³¹ Cordero, 2003b, pág. 33.

³² Brocheta, et al., 1998.

³³ Asamblea Legislativa 1999.

adecuada seguridad para el normal desempeño de estas actividades. La Firma Digital es un mecanismo concebido en función de esta meta prevaleciente, y es objetivo del presente proyecto regularla de forma tal, que existan los elementos jurídicos fundamentales para el desarrollo de la Economía Digital en un contexto razonable, mas no infalible, de seguridad jurídica, estimulando el poder de su “motor”: el comercio electrónico.”

El proyecto, se encarga de regular una de las áreas problemáticas en relación con el comercio electrónico, estableciendo un conjunto de normas orientadas a *“regular el reconocimiento legal expreso de la Firma Digital; determinar los efectos de la Firma Digital; el reconocimiento del principio de equivalencia funcional por medio del cual se confiere al documento digital firmado los mismos efectos que se le imputan al documento escrito; acoger el “principio de neutralidad tecnológica”, de forma tal que la normativa no limite el mecanismo de Firma Digital a una sola tecnología; establecer reglas mínimas en materia de conservación, envío y recepción de mensajes de datos para aquellos casos en que las partes no hayan estipulado reglas especiales.”* También se constituye al Ministerio de Ciencia y Tecnología en un órgano rector del tema.

Ese proyecto de ley, se convierte en otro reto para el país en aras de seguir promoviendo el comercio electrónico, ya que significaría avanzar en la dirección que el TLC-CA establece, en cuanto a la eliminación de obstáculos que impiden un adecuado desarrollo del comercio electrónico.

A nivel mundial, las Naciones Unidas han venido promoviendo un anteproyecto de Convención sobre la utilización de mensajes de datos en el comercio internacional y en el contexto de los contratos internacionales, que busca también establecer un marco jurídico general que regule, entre otras cosas, la firma digital, entendiendo por mensajes de datos *“la información generada, enviada, recibida o archivada en medios electrónicos, ópticos o similares, como*

*podrían ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax.”*³⁴ Sin embargo, este proyecto, al igual que el costarricense, no ha avanzado con la celeridad que debiera.

Por otra parte, el documento de la OMC señala otros problemas asociados a la seguridad jurídica, como lo es el respeto a los derechos de propiedad intelectual y la distribución de contenidos dañinos o ilegales, que también son preocupación de los usuarios y de los encargados de la reglamentación de Internet, temas que requieren un adecuado desarrollo normativo.

4. Conclusiones

El comercio electrónico es un capítulo del TLC-CA que no tiene un desarrollo exhaustivo. Incluso, dentro de la documentación generada previo al inicio de las negociaciones, no se encuentran posiciones claras sobre cómo los países centroamericanos pensaban abordar el tema, y más bien se le vio como parte del capítulo de comercio transfronterizo de servicios, dándole especial énfasis a su promoción para apoyar el turismo y las pequeñas y medianas empresas.

En términos generales, la regulación que hace el TLC-CA sobre el tema es bastante escueta, máxime si se le compara con la agenda de cooperación que sobre este tema firmaran Costa Rica y Canadá al amparo del TLC firmado entre ambos países.

Si bien son muchos los retos que este tema impone al país, existen dos que son especialmente importantes. El primero es el relacionado con el desarrollo de la infraestructura que soportará el acceso a las vías que facilitan el comercio electrónico y la disminución de costos que esto pueda significar. El segundo reto es el tema de la seguridad jurídica, en el que el avance es muy pobre y queda un gran camino que recorrer, si bien el problema es generalizado a nivel mundial.

³⁴ Naciones Unidas, 2003. Este documento entiende la firma electrónica o digital como: *“Por “firma electrónica” se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al tenedor de los datos de creación de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que esa persona aprueba la información contenida en el mensaje de datos.”*

PROPIEDAD INTELECTUAL*

1. Introducción

El derecho a la propiedad intelectual es el derecho de todo autor o inventor sobre la propiedad de su creación, tanto para explotarla en todas sus formas (derecho patrimonial) como para ser conocido como autor (derecho moral o de mención). En Costa Rica, el derecho a la propiedad intelectual está consagrado en la Constitución Política.¹

La propiedad intelectual está compuesta por diversos derechos. Por una parte, los derechos de autor de las obras literarias, artísticas y científicas, así como los derechos conexos; éstos son los derechos derivados de la transformación de una obra original por parte de los artistas, intérpretes y ejecutantes, que se convierten en un derecho autónomo protegido por la propiedad intelectual. Por otra parte, los derechos de la propiedad industrial, que abarcan las patentes, las marcas, las denominaciones de origen, las indicaciones geográficas, los esquemas trazados y los circuitos integrados, así como los derechos que en las últimas décadas también se han considerado dentro de la categoría de la propiedad intelectual, como los nombres de dominio, las obtenciones vegetales y el material genéticamente modificado, entre otros.

La finalidad de la protección a la propiedad intelectual es proteger al autor y a la inversión en el desarrollo de nuevas tecnologías, con la intención de incentivar la investigación y el desarrollo, así como

para propiciar la protección de obras en la transferencia de tecnología, por medio de inversiones extranjeras directas, empresas conjuntas, licenciamiento y comunicación pública.

La necesidad de proteger a la industria para incentivar la inversión en el desarrollo de invenciones rentables, es lo que hizo de la propiedad intelectual un derecho con interés económico, concediendo mecanismos para garantizar plazos de explotación en exclusiva de los productos en los que se ha invertido para su invención y desarrollo. La Propiedad Intelectual, como materia comercial, también protege al usuario, a través de limitaciones y excepciones para acceder al conocimiento.

El derecho a la propiedad intelectual no es un derecho nuevo. Desde el siglo XV, el derecho se ha venido desarrollando para proteger la propiedad del inventor y del autor, de manera que se dé un equilibrio entre los derechos del propietario de esa creación y el acceso al conocimiento por parte de la sociedad.

El incremento del comercio internacional a nivel mundial, como consecuencia de la globalización y de la revolución tecnológica en las telecomunicaciones y la informática, ha propiciado que productos y obras protegidas por la propiedad intelectual sean también objeto de ese comercio. Sin embargo, la protección de los derechos de propiedad intelectual se ha visto afectada, al no existir estándares similares en los diversos países que participan en ese comercio.

* Este capítulo fue elaborado por Alejandra Castro

¹ "Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley." Artículo 47 de la Constitución Política.

Desde la década de los años 80, los países desarrollados advirtieron que uno de los aspectos que se debía tratar en las negociaciones comerciales internacionales era la homologación de la legislación internacional en la protección de la propiedad intelectual, que evitara la fuga de conocimiento sin retribución y reforzara el sistema económico. Un régimen internacional sobre la materia permitiría que el conocimiento se mantuviera protegido bajo un régimen de observancia mínimo, que garantizara la seguridad de la industria en un ámbito extraterritorial.

Como materia de comercio internacional, la observancia de los derechos de propiedad intelectual, empezó a ser introducida por los Estados Unidos durante la segunda Administración del Presidente Reagan.² Los empresarios estadounidenses de las industrias de software, de las industrias productoras de fonogramas, así como de las grandes compañías farmacéuticas y productoras de organismos genéticamente modificados (GMO's), empezaron a ejercer presión sobre el Gobierno de los Estados Unidos para proteger sus exportaciones a países cuyos regímenes legales no les concedían derechos exclusivos sobre los bienes exportados, ni imponían sanciones por violación a los derechos de propiedad intelectual, afectando con ello su patrimonio y, en consecuencia, su negocio.

Los Estados Unidos presionaron por reformas internacionales a partir de la Ley de Comercio 301 de los Estados Unidos de 1974,³ en su apartado "*Special 301*." En ese apartado se incorporan las reglas básicas de un sistema legal que protege tanto al autor como a la industria que facilita las obras e invenciones. Bajo el procedimiento de la *Special 301*, el Representante Comercial de los Estados Unidos⁴ está obligado a levantar una lista y evaluar anualmente a las naciones que incumplen con los requerimientos mínimos en regulación de la propiedad intelectual. La inclusión en dicho listado⁵ provoca que se imponga una serie de sanciones comerciales unilate-

rales, desincentivando la inversión extranjera en el país incumpliente. Ello ha forzado a muchos países a aprobar normas sobre propiedad intelectual, o bien modificar las existentes, haciéndolas más acordes con las exigencias de los Estados Unidos.

La "*Special 301*" y los mínimos legales ahí contenidos fueron el antecedente para la inclusión del tema en las negociaciones comerciales de la Ronda Uruguay, por parte de los países desarrollados. Ello resultó en la aprobación del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre ADPIC o TRIPs, por sus siglas en inglés)⁶ en 1994.⁷

El acuerdo sobre ADPIC regula cómo deben aplicarse los principios básicos del sistema de comercio y otros acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual, cómo debe brindarse una protección adecuada a la propiedad intelectual, cómo deben hacerse respetar adecuadamente esos derechos en los países, y cómo han de resolverse las diferencias en materia de propiedad intelectual entre los países miembros de la OMC. Con el acuerdo sobre ADPIC se hace obligatorio, vinculante y universal, para los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), un derecho mínimo internacional de protección a la propiedad intelectual, y obliga a los países miembros a promulgar legislación interna en esa materia.

Ese acuerdo se adoptó en un contexto internacional en el que las legislaciones de los países en vías de desarrollo eran nulas o insipientes en la materia, y en un momento en que incluso los países desarrollados aún no contaban con estándares homogéneos de protección y de observancia de los derechos de la propiedad intelectual. Esto, sin duda, ha obligado a que con el transcurso del tiempo, en las negociaciones en diversos ámbitos internacionales, los acuerdos sobre propiedad intelectual hayan tenido que irse adaptando a las exigencias de los actores

² "*IPR: commercial issue*". New York Times, 14-04-90, pág. 12.

³ Esta ley fue enmendada por reforma en 1984 y en 1988.

⁴ United States Trade Representative (USTR).

⁵ El listado es denominado como "Priority Watch List" (Lista de vigilancia prioritaria).

⁶ Acuerdo de Marrakech, del 15 de abril de 1994, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus anexos 1C (ADPIC: Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio) y Anexo 2 (entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias).

⁷ El ADPIC entró en vigor desde el 1 de enero de 1995, con plazos perentorios para que ciertos países tuviesen tiempo de incorporar a su legislación nacional los mínimos legales dispuestos en este arreglo multilateral.

involucrados en su defensa, que suelen responder a grandes intereses económicos,⁸ incluso por encima de los derechos particulares de los autores. Bajo esa conciencia, incluso, se generaron plazos perentorios de incorporación de las normas del acuerdo sobre ADPIC disímiles para los países, según su categoría de menos desarrollados, en vías de desarrollo y países desarrollados.

A pesar de que muchos de los principios de propiedad intelectual se fundamentan en la aplicación territorial de la protección jurídica concedida, con la aplicación paulatina del acuerdo sobre ADPIC, los países han ido adoptando no sólo normas mínimas de regulación de la propiedad intelectual que poco a poco se acercan a un régimen global, sino también una cultura de respeto al cumplimiento de dichas reglas, que ha sido aún más difícil de implementar.

En Costa Rica, los mínimos legales del acuerdo sobre ADPIC ya fueron incorporados a la legislación costarricense desde el año 2000, a través de un paquete de leyes que incluyó, con la Ley 7979 del 6 de enero de 2000, reformas a la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos (Nº 6683); la aprobación de tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), como el de Interpretación y Ejecución de Fonogramas y el de Derechos de Autor; la ley de marcas y signos distintivos (Nº 7978); reformas a la ley de patentes (Nº 6867); la ley de protección de los sistemas de trazado de los circuitos integrados (Nº 7961); la ley de información no divulgada (Ley Nº 7975); y la ley de procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual (Ley 8039).

Entre los cambios más notorios introducidos en la normativa costarricense relativa a la propiedad intelectual, se encuentran los siguientes:⁹

- variación del plazo de protección de patentes de un año a 20 años;¹⁰

- introducción de temas como la información no divulgada y los datos de prueba, que si bien desde el 2000 se aprobó la ley respectiva¹¹, ésta no se ha podido aplicar al no haberse definido el plazo de protección;¹²
- introducción de la protección de indicaciones geográficas, esquemas trazados, dibujos y modelos industriales;
- protección de los derechos de autor en el ámbito digital, a través de la ratificación de los tratados de la OMPI.¹³

Con el acuerdo sobre ADPIC en vigencia, si un Estado aprueba los mínimos exigidos en ese acuerdo internacional, no podría ser sujeto de las consecuencias comerciales de las sanciones impuestas por incumplimiento a la protección de la propiedad intelectual.

No obstante, a criterio de los Estados Unidos, el acuerdo sobre ADPIC resultó insuficiente ante la inaplicabilidad de sus alcances, pese a ser un paso importante para la protección internacional de la industria en materia de propiedad intelectual generada por los Estados Unidos. Por esa razón, ese país adoptó una política de negociación secuencial para lograr mínimos legales internacionales más acordes con sus propios intereses y normativa interna. Eso es lo que ha llegado a denominarse “ADPIC-Plus”. Se trata de una estrategia de negociación regional que pretende imponer una política comercial para lograr acuerdos más amplios que aquellos logrados en entidades de participación multilateral, así como su aplicación efectiva. Esta estrategia de negociación busca asegurar estándares de legislación territoriales, que en conjunto podrían llegar a aumentar los mínimos internacionales en la materia, ante una negociación multilateral posterior. El TLC entre Chile y los Estados Unidos, el TLC entre Singapur y los Estados Unidos, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

⁸ De productoras de fonogramas, empresas de software, industrias farmacéuticas, laboratorios, entidades de gestión colectiva, entre otros.

⁹ La ratificación del acuerdo sobre los ADPIC, y específicamente la aprobación de la ley de observancia de la propiedad intelectual, mediante la cual se varió el régimen de sanciones, penales, civiles y administrativas en Costa Rica, provocó la creación del Tribunal Registral, encargado de la resolución de recursos por conflictos registrales de los derechos de propiedad intelectual.

¹⁰ Ley 7979, de reforma a la Ley de patentes Nº 6867.

¹¹ Ley 7975 del 18 de enero de 2000

¹² En los ADPIC se establece que los datos de prueba deben ser protegidos, pero no establece el período de protección.

¹³ Por medio de la Ley Nº 7967 del 22 de diciembre de 1999 y la Ley Nº 7968 del 22 de diciembre de 1999.

(TLCAN) y el TLC-CA se inscriben dentro del contexto de esas negociaciones secuenciales, en las que el tema de la propiedad intelectual, con esos objetivos, es parte de la agenda de negociación.

Por otra parte, el Congreso de los Estados Unidos, al promulgar la Autoridad de Promoción Comercial (TPA por sus siglas en inglés) en el año 2002, conocida también como “Vía Rápida”, exige que en todos los tratados comerciales en que participen los Estados Unidos, se debe incorporar la negociación de medidas sobre transferencia tecnológica, lo que a su vez exige la protección jurídica de la propiedad intelectual de los bienes transferidos en ese proceso. Esta exigencia derivó en que se impulsara el reconocimiento de estándares de protección en materia de propiedad intelectual a nivel internacional, coincidentes en principio con la *Special 301*.

A dicho requerimiento se debe que en los acuerdos comerciales que los Estados Unidos negocian, el capítulo de propiedad intelectual sea un tema en la agenda de negociación. TLC-CA no fue la excepción.

En un mundo globalizado, la propiedad intelectual se convierte en un mecanismo para conseguir la competitividad mundial, para asegurar los bienes protegidos por ésta y para propiciar incentivos para la inversión en ciencia y tecnología.

A pesar de que la inclusión del tema de la protección de los derechos de propiedad intelectual ha sido impulsado por los países desarrollados, debe considerarse que los países en vías de desarrollo también pueden verse beneficiados de la protección que puedan conceder a sus autores, inventores, obtentores vegetales, y en general a la propiedad intelectual para, al igual que lo hicieron en su momento los países desarrollados, lograr un salto en materia de competitividad internacional y atracción de inversiones, que procure el fomento de la inversión en investigación e innovación, contribuyendo a su desarrollo.

2. Objetivos de la Negociación

Los ministros centroamericanos acordaron, como objetivo para las negociaciones en materia de propiedad intelectual, lo siguiente:

*“Buscar el establecimiento de disciplinas que aseguren una adecuada y efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual que tomen en consideración las diferencias de tamaño y desarrollo en las economías de los países centroamericanos y de Estados Unidos.”*¹⁴

Los elementos principales de la posición de negociación de Costa Rica, congruentes con los de los demás países de la región, fueron los siguientes:¹⁵

- *“Disciplinas generales*
Para lograr este objetivo general, Costa Rica buscará:
 - a) *el establecimiento de disciplinas que, en consonancia con los objetivos de política nacional, aseguren una adecuada y efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, promoviendo mayores niveles de inversión e innovación en el país, y tomando en consideración las diferencias de tamaño y desarrollo en las economías de los países centroamericanos y de Estados Unidos;*
 - b) *el otorgamiento a los nacionales de una Parte de un trato no menos favorable que el que se otorgue a los propios nacionales con respecto a la protección y disfrute de los derechos de propiedad intelectual;*
 - c) *la aplicación de las disposiciones del capítulo a los derechos de propiedad intelectual protegidas o que a partir de la entrada en vigor del acuerdo llegaran a cumplir los requisitos para su protección;*
 - d) *la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual de manera que contribuyan a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de los conocimientos tecnológicos buscando un equilibrio de derechos y obligaciones.*

¹⁴ COMEX, 2003b, pág. 35.

¹⁵ COMEX, 2003b, págs. 34 - 37.

e) el establecimiento de compromisos en materia de cooperación técnica; así como de mecanismos efectivos en materia de observancia de los derechos de propiedad intelectual.

- *Derechos de autor y derechos conexos*

Costa Rica buscará a través de la negociación:

- garantizar a los autores y demás titulares una adecuada protección de sus derechos en el entorno de las nuevas tecnologías, dando énfasis a la implementación de los Tratados Internet de la OMPI (WCT y WPPT);
- garantizar que los autores tengan el derecho de colocar sus obras en Internet;
- garantizar el uso de software legítimo por parte de las instituciones del Gobierno de cada Parte;
- establecer mecanismos que determinen la función de los Proveedores de Servicios de Internet cuando sean anfitriones de páginas que violen derechos de propiedad intelectual.

- *Marcas*

Costa Rica promoverá en la negociación:

- establecer disposiciones sobre transparencia en los procedimientos para el registro de marcas;
- definir la relación entre las marcas y los nombres de dominio de Internet, con el fin de combatir la piratería cibernética de marcas; y
- definir la relación entre las marcas y las indicaciones geográficas, con el fin de que aquellas indicaciones geográficas que puedan existir en el país, no puedan ser objeto de inscripción como marcas en otros países.

- *Patentes*

Costa Rica buscará:

- garantizar la protección mediante patentes a las invenciones en todos los campos de la tecnología, siempre que cumplan los requisitos y condiciones establecidas en cada legislación;
- garantizar la posibilidad de los países de conceder licencias obligatorias en las circunstancias determinadas al efecto, incluyendo emergencias nacionales.

- *Protección y uso de datos de prueba*

Costa Rica buscará en la negociación:

- dar cumplimiento a los compromisos internacionales y disposiciones legales que requieren establecer una debida regulación en cuanto a la protección y uso de los datos de prueba, sobre todo en relación con la aprobación de comercialización de productos farmacéuticos y agroquímicos genéricos y su relación con productos protegidos por patentes.¹⁶
- garantizar que la protección que se otorgará a los datos de prueba no constituya una extensión sobre otros mecanismos de protección que buscan objetivos diferentes a aquel que se persigue a través de la protección a los datos de prueba.
- asegurar que no existan otros mecanismos para extender plazos de protección de manera ilimitada con el fin de menoscabar la competencia.

- *Observancia de los derechos de propiedad intelectual*

En materia de observancia de los derechos de propiedad intelectual, Costa Rica buscará establecer como resultado del proceso de negociación:

- que las Partes adopten o mantengan mecanismos adecuados y efectivos para la debida protección de estos derechos;
- establecer normas claras sobre procedimientos administrativos, civiles y penales, que aseguren el establecimiento de sanciones adecuadas y suficientes en sus respectivas legislaciones.
- el establecimiento de disposiciones que incluyan mecanismos eficaces de cooperación y asistencia técnica entre las Partes con el fin de asegurar la efectiva implementación de las disciplinas del acuerdo y la observancia de los derechos de propiedad intelectual.”

Como se puede apreciar, los objetivos de la negociación fueron amplios y poco explícitos, pero basados en su compatibilidad con las normas de la OMC, buscando la reciprocidad de derechos y obligaciones, y también la consideración de las diferencias de tamaño y desarrollo de las economías de los países

¹⁶ Ninguna disposición del TLC prohibirá la producción o adquisición de productos farmacéuticos y agroquímicos genéricos en el país.

centroamericanos con respecto a los Estados Unidos. En otros aspectos, la posición nacional fue más clara, por ejemplo, en cuanto a su objetivo de garantizar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, la protección en el entorno de las nuevas tecnologías, garantizar el uso de software legítimo, establecer mecanismos de responsabilidad de proveedores de servicio en Internet, vincular el registro de marcas y nombres de dominio para combatir la ciberpiratería, así como buscar mecanismos adecuados y efectivos para la protección de la propiedad intelectual.

Los objetivos de la negociación estadounidense fueron claros desde el inicio de las negociaciones para el TLC-CA, al estar ya enunciados en la Autoridad de Promoción Comercial: promover la adecuada y efectiva protección de la propiedad intelectual, tanto para asegurar el cumplimiento del acuerdo sobre ADPIC como para reflejar un estándar de protección similar al de ese país (ADPIC-Plus).

3. Resultados de la Negociación

Los países centroamericanos y los Estados Unidos acordaron los siguientes elementos en materia de propiedad intelectual:

1. Disposiciones Generales
2. Ratificación de siete tratados internacionales.
3. Realización de esfuerzos razonables para ratificar tres convenios internacionales.
4. Marcas.
5. Indicaciones geográficas.
6. Nombres de dominio en Internet.
7. Obligaciones sobre derechos de autor y derechos conexos.
8. Protección de las señales de satélite codificadas portadoras de programas.
9. Patentes.

10. Observancia de los derechos de propiedad intelectual.

11. Limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios.

A continuación se describe y comenta cada uno de los elementos negociados en materia de propiedad intelectual:

1. Disposiciones Generales.

Las Disposiciones Generales inician con una declaración que evidencia el rumbo de la política de aplicación del acuerdo sobre ADPIC. Por una parte, los países afirman sus derechos y obligaciones existentes bajo el acuerdo sobre ADPIC¹⁷ y acuerdos sobre propiedad intelectual concluidos dentro del marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);¹⁸ por otra parte, declaran que podrán adoptar una legislación nacional para protección y observancia de la propiedad intelectual, más amplia que la acordada en el TLC-CA, pero que no vaya en contra de lo acordado en éste.¹⁹

2. Ratificación de siete tratados internacionales.

Se acuerda la ratificación de siete tratados internacionales, a saber:

- a. El Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (ratificado);²⁰
- b. el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (ratificado);²¹
- c. el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (ratificado);²²
- d. el Tratado de Budapest sobre Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos;
- e. el Convenio sobre la Distribución de Señales de Satélite Portadoras de Programas (ratificado)²³;
- f. el Tratado sobre el Derecho de Marcas;

¹⁷ En efecto, expresamente no se incluyó en el capítulo referencia alguna al principio de trato nacional. No obstante, el Artículo 3 del Acuerdo sobre ADPIC establece que cada miembro concederá a los nacionales de los demás países un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual.

¹⁸ Artículo 15.1.7. Además, "Las Partes confirman los derechos y obligaciones vigentes entre ellas conforme al Acuerdo sobre la OMC y otros acuerdos de los que sean parte." Artículo 1.3., Capítulo 1, Disposiciones Iniciales.

¹⁹ Artículo 15.1.1.

²⁰ Aprobado por Ley 7968 del 22 de diciembre de 1999.

²¹ Aprobado por ley 7967 del 22 de diciembre de 1999

²² Aprobado por Ley No. 7836 de 24 de septiembre de 1998

²³ Hecho en Bruselas el 21 de mayo de 1974 y aprobado en Costa Rica por la Ley N° 7829 del 16 de octubre de 1998.

- g. el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV, por sus siglas en francés).

No obstante, los países centroamericanos ya tenían el compromiso de ratificación de esos tratados, incorporado en la ratificación de los Acuerdos de la OMC de 1994.²⁴

De ellos, cuatro ya han sido ratificados por Costa Rica, por lo que su inclusión en el TLC-CA conlleva la obligación de cumplirlos, ya que de lo contrario el país se vería expuesto a sanciones comerciales, previo sometimiento al mecanismo de solución de controversias. Al respecto, sin embargo, existe una posición divergente sobre dicha afirmación, que sostiene que el compromiso adquirido por Costa Rica es exclusivamente sobre “ratificar y acceder” a los tratados, por lo que la ratificación y acceso no implicaría una obligación explícita con respecto al cumplimiento.

El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor fue ratificado por Costa Rica en 1999.²⁵ Su objetivo es desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas, introduciendo nuevas normas internacionales y clarificando la interpretación de ciertas normas vigentes, para proporcionar soluciones a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos, a la luz del desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas.

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas fue ratificado por Costa Rica en 1999.²⁶ Con ese tratado se otorga protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas de la manera más uniforme posible, mediante nuevas normas internacionales que actualizaron la legislación ante las variantes provenientes de la sociedad de la informa-

ción y la debilidad del derecho de autor (con respecto a las obras musicales), de cara a la inserción de las obras en la convergencia de las tecnologías de información y comunicación.

El Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), ya ratificado por Costa Rica 1998, busca una armonización internacional de las legislaciones internas con respecto a conceptos de fondo y requisitos de tramitación internacional de las patentes, así como la simplificación de trámites para poder, en un mismo procedimiento, lograr la protección de la patente en diversos países parte de dicho tratado. Las patentes son independientes de las obtenidas para la misma invención en otros países, por lo que la concesión en un país, no obliga a la concesión en otro país. El tratado simplifica procedimientos en una sola instancia y bajo una solicitud única, a partir de la cual se procede al estudio de los países donde el petente pide protección para su invento, con el fin de obtener una protección más allá de la territorial. El tratado también propició que el usuario tuviese un acceso directo a las últimas invenciones divulgadas en las solicitudes del PCT.

La aprobación del Tratado de Budapest sobre Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos está prevista para el 1 de enero de 2006.²⁷ No obstante, ya ante la OMC los países habían adquirido la obligación de regular en esta materia. En efecto, el acuerdo sobre ADPIC deja a discreción de los países el patentar las plantas y los animales, excepto los microorganismos, así como procedimientos biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos microbiológicos.²⁸ De no regular los países en esa materia, la OMC dispone de la obligación de regular la materia de microorganismos, razón por la cual con el TLC-CA se provoca la ejecución de ese acuerdo. Por otra parte, interesa a Costa Rica adoptar este mecanismo de protección, ya que será necesario reconocer autoridades internacionales de depósito de microorganismos, dada la carencia de infraestructura en el país para asumir

²⁴ Artículo 27, ADPIC

²⁵ Ley 7968 del 22 de diciembre de 1999.

²⁶ Ley 7967 del 22 de diciembre de 1999.

²⁷ Artículo 15.1.3.(a).

²⁸ Art. 27, apartado b) del párrafo 3 del ADPIC

el depósito de tales organismos, con la finalidad de conocer, difundir y conservar el microorganismo, como parte de la información pública necesaria para dar a conocer las invenciones patentables.

El Convenio sobre la Distribución de Señales de Satélite Portadoras de Programas fue ratificado por Costa Rica en 1998. Ese Convenio impide la distribución de señales portadoras de programas y transmitidas mediante satélite por distribuidores, a quienes esas señales no estén destinadas, con la finalidad adicional de proteger a los titulares de las obras que sean transmitidas por esa vía de comunicación.

El Tratado sobre el Derecho de Marcas tiene como objetivo primordial hacer que los sistemas nacionales y regionales de registro de marcas se rijan por un modelo en común, para simplificar y armonizar los procedimientos, tanto para los titulares de las marcas como para sus representantes. La suscripción de este tratado pretende que el país asuma los lineamientos generales que de hecho ha venido cumpliendo en la última década, con respecto a procesos y trámites, que deberá valorarse aparejado al Arreglo al Protocolo de Madrid, descrito más adelante.

A pesar de que el objetivo de la negociación del gobierno era no asumir el compromiso²⁹ de ratificar la Convención Internacional para la Protección de Variedades Vegetales (UPOV), el país se vio forzado a acceder con esta ratificación. Ello ha generado una fuerte reacción de quienes no están de acuerdo con la UPOV, ya que consideran que dicho convenio protege excesivamente al obtentor y no suficientemente al productor o a la biodiversidad nacional.

Costa Rica, al igual que los otros países miembros de la OMC, ya había asumido el compromiso, desde el año 1995,³⁰ de promulgar una legislación antes del 31 de diciembre del 2004 que protegiera las obtenciones vegetales, mediante un sistema de patentes o mediante un modelo nacional alternativo denominado sistema "sui generis", o bien bajo la opción alternativa de suscribir el Convenio de la UPOV.

No obstante, el país no posee a la fecha una legislación que permita comprobar el cumplimiento del acuerdo sobre ADPIC en esta materia. Varios proyectos han sido discutidos en la Asamblea Legislativa, relativos a un sistema "sui generis". Sin embargo, ello no fue suficiente garantía para los Estados Unidos de que con esos proyectos se dispone en el país de un régimen aplicable y de la seguridad de su implementación. El atraso en la presentación de un sistema nacional uniforme y concertado de protección de las obtenciones vegetales, obligó a Costa Rica a asumir el compromiso de suscribir el Convenio de la UPOV, eliminándose así la posibilidad de, en su lugar, promulgar un sistema alternativo para la protección de las obtenciones vegetales.

Ahora bien, a cambio de haber cedido en este aspecto, el país obtuvo el compromiso hacer esfuerzos razonables para patentar plantas, lo que no implica el compromiso de patentar plantas. Adicionalmente, se acordó el 1 de junio de 2007 como plazo para aprobar el convenio de la UPOV, ampliando el plazo originalmente acordado, contándose con tres años más para su aprobación.

Si bien con la OMC Costa Rica tenía la opción de aprobar UPOV o un sistema alternativo, TLC-CA obliga a UPOV, pero con un plazo superior para la discusión. A pesar de lo anterior, en diciembre del presente año vence el plazo para interponer la protección a las obtenciones vegetales según lo acordado en la OMC, por lo que Costa Rica continúa con el compromiso de tomar una decisión al respecto en el presente año, so pena de incurrir en incumplimiento ante los demás países miembros de la OMC.

Por otra parte, las implicaciones supuestamente negativas resultantes del compromiso de suscripción de la UPOV pueden ser superadas, mediante la promulgación de una ley que permita el ejercicio de excepciones al derecho exclusivo del obtentor, así como mediante mecanismos de protección a la biodiversidad y a los recursos genéticos, sin que ello contravenga el convenio indicado. La suscripción a

²⁹ Dicho objetivo no está explícitamente mencionado en el documento de posición nacional, pero fue esbozado por los negociadores en los diferentes foros de información y consulta.

³⁰ Artículo 27, apartado b) del párrafo tercero del ADPIC.

UPOV exige de la comprobación previa de que el país cuenta con una legislación interna que desarrolle las premisas del convenio. En dicha legislación se pueden establecer excepciones al sistema que el país considere necesarias, basándose en particularidades de su condición económica y de su particular biodiversidad. Para ello, en el TLC-CA se estableció lo siguiente:³¹

“Las Partes reconocen que el Convenio UPOV 1991 contiene excepciones a los derechos del obtentor, incluyendo los actos realizados en el marco privado y con fines no comerciales de los agricultores. Además, las Partes reconocen que el Convenio UPOV 1991 establece restricciones al ejercicio de los derechos del obtentor por razones de interés público, siempre que las Partes tomen todas las medidas necesarias para asegurar que el obtentor reciba una remuneración equitativa. Las Partes también entienden que cada Parte puede valerse de estas excepciones y restricciones. Finalmente, las Partes entienden que no existe ninguna contradicción entre el Convenio UPOV y la capacidad de una Parte de proteger y conservar sus recursos genéticos.”

Con lo anterior se reconoce que la aprobación de UPOV no es óbice para que los países definan una legislación particular que proteja sus recursos.

El TLC-CA pretende dar los mecanismos para proteger al inventor (obtentor), reconociendo un derecho sobre la modificación que realice sobre semillas que produzcan nuevas variedades vegetales que pueden ser explotadas, propiedad sobre la que, al ser creación del obtentor, no podría negarse su titularidad.

En aras de establecer una legislación que permita imponer excepciones necesarias al derecho en exclusiva del obtentor así como proteger la diversidad biológica y la salud pública, dicha legislación podría tomar en consideración los siguientes aspectos, entre otros:

- Evaluar el impacto ambiental y los principios precautorios para la defensa de la biodiversidad;
- evaluar el impacto en la salud ;

- proteger el patrimonio genético y la biodiversidad local, imponiendo el consentimiento previo del uso de la biodiversidad mediante acuerdos que retribuyan alguna contraprestación proporcional, razonable y ética, con garantía de reparto proporcional de beneficios;
- evitar la expropiación del conocimiento tradicional en medicina, alimentos y técnicas agrícolas;
- reducir la dependencia tecnológica y económica de los países en vías de desarrollo.

También es importante anotar que la oposición total a cualquier regulación en esta materia debe considerar que existen empresas y ciudadanos costarricenses que son obtentores vegetales y que requieren de tal protección.

Por lo anterior, pareciera conveniente disponer de una legislación concertada, acompañada de una efectiva implementación, considerando a todos los sectores involucrados y que permita un equilibrio razonable de intereses. La solución no es “no regular”, sino regular en concordancia con las necesidades del país. En este sentido, la aprobación del Convenio hará que Costa Rica forme parte de un grupo de naciones que, bajo mínimos legales y garantías equivalentes, regulan las obtenciones vegetales a nivel internacional. Esa es una garantía importante para la industria nacional de semillas pero que también debe acompañarse de políticas y normas de excepción que protejan los derechos del agricultor, por lo que el país deberá aprobar a corto plazo un régimen que contemple tales necesidades.

En este punto, también debe advertirse que a nivel nacional se ha creado la confusión e incluso se habla indistintamente de las obtenciones vegetales y el material transgénico, éste último excluido de las negociaciones del TLC-CA. Una obtención vegetal es la denominación que reciben las variedades vegetales que haya creado o descubierto y desarrollado una o varias personas, denominados obtentores. La variedad vegetal es una especie nueva que se genera como resultado de un genotipo cierto o la combinación de varios genotipos que se distinguen de cualquier otro conjunto de plantas y que en sí mismo

³¹ Nota al pie de página No. 1., Artículo 15.1.5(a).

puede considerarse como una unidad única, en el tanto sea nueva, distinta, homogénea y estable. Por su parte, el material transgénico es la denominación de un organismo que fue genéticamente modificado al agregársele genes provenientes de otro organismo totalmente distinto, adquiriendo las características del gen introducido, desarrollado por medio de la ingeniería genética; en el tanto un gen del genoma de un organismo se inserta al genoma de otro organismo vivo por identidad del DNA, generando un transgénico de origen animal, vegetal o fermentado.

Así las cosas, sobre el material transgénico, pese a que en el país existen desarrolladores del mismo³² e incluso se autoriza su importación, su regulación y protección no está contemplada en el TLC-CA y por ende no es conveniente vincular ambos procesos y productos en este análisis.

3. Realización de esfuerzos razonables para ratificar tres convenios internacionales.

Los países centroamericanos y los Estados Unidos adquieren el compromiso de realizar “esfuerzos razonables”³³ para aprobar los siguientes convenios internacionales:³⁴

- el Tratado sobre el Derecho de Patentes;
- el Arreglo de la Haya sobre el Depósito Internacional de Diseños Industriales;
- el Protocolo al Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas.

El Tratado sobre Derechos de Patentes (PLT, por sus siglas en inglés³⁵) es muy similar al PCT, ya ratificado por Costa Rica. Su objetivo es establecer un sistema armonizado para homologar los requisitos de presentación para la inscripción de patentes en la legislación nacional, de manera que se simplifique la protección internacional por patente y se facilite el acceso público a toda información técnica sobre

invenciones protegidas bajo dicho sistema. Mediante la presentación de una sola solicitud internacional de patente según el PCT, es posible solicitar simultáneamente protección para una invención en varios países, mientras que el PLT asegura la homologación de los requisitos para procesos nacionales.

El Arreglo de la Haya sobre el Depósito Internacional de Diseños Industriales data de 1925. El sistema ofrece a toda persona física o entidad jurídica, que tenga: a. un establecimiento industrial o comercial efectivo y real en uno de los Estados parte en el Arreglo de La Haya, y b. un domicilio en uno de ellos o la nacionalidad de uno de esos Estados, la posibilidad de obtener protección para dibujos y modelos industriales en un conjunto de países, mediante un depósito único en la OMPI. El compromiso en el TLC-CA consiste en generar el debate nacional sobre ese convenio, cuyo resultado será la decisión del país sobre su adopción.

Con respecto al Protocolo al Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas,³⁶ éste pretende igualmente imponer un sistema de registro y protección de marcas en el conjunto de países adheridos a él, mediante un procedimiento único. Sobre este Protocolo, se solventó la objeción presentada por parte del gremio de profesionales en Derecho, habiéndose logrado la incorporación del español como idioma oficial, de manera que el proceso de tramitación no discrimine el idioma oficial del país.³⁷ Asimismo, se aclaró, por haber sido objetado para su aprobación, que el costo de registro de las marcas no iba a aumentar desproporcionadamente, por cuanto el arancel aumentaría por número de países en los que se requiera la protección, pero no por la marca nacional. Al respecto es importante indicar que el costo sí podría aumentar, por cuanto depende de las tasas que se cobren en los países donde se pretende proteger simultáneamente la marca y no del acuerdo mismo.

³² Ejemplo de ello es el Programa de Biotecnología del Arroz del Centro de Investigación en Biología Celular y Molecular (CIBCM) de la Universidad de Costa Rica, la producción de maíz transgénico resistente al virus del Rayado Fino del Maíz, desarrollado por el CIBCM y la Escuela de Biología, de la UCR, y la generación de plátano y banano resistentes a la Sigatoka Negra, por el Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza (CATIE).

³³ Realizar “esfuerzos razonables” no es una obligación de ratificación, pero sí para iniciar el debate respectivo que conduzca a una decisión sobre su aprobación.

³⁴ Artículo 15.1.6.

³⁵ Patent Law Treaty.

³⁶ Administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Por otro lado, es necesario aclarar que la aprobación del acuerdo respetaría las marcas registradas a la fecha de entrada en vigor del Arreglo. Finalmente, al mantener al Registro Público como mediador de la inscripción internacional, no sólo garantiza las competencias constitucionales del Estado en la protección de la propiedad intelectual,³⁸ sino que también garantiza que el petente no tendría que acudir a autoridades internacionales para dar seguimiento al proceso de registro.

4. Marcas

En materia de marcas, Costa Rica posee una legislación que coincide, en términos generales, con lo señalado en el texto del TLC-CA.³⁹ No obstante, para un sector la novedad en esta materia, que a su juicio obligará a esclarecer los instrumentos legales vigentes,⁴⁰ es la facultad de incluir de una protección a favor de marcas olfativas y la inclusión de las marcas sonoras. Otro sector –incluido el propio Registro Público– interpreta que no es una nueva modalidad de marca y que nuestra legislación posee amplitud suficiente para interpretar que ya en Costa Rica es posible la inscripción de estas marcas⁴¹. Sin embargo, es importante advertir que los criterios de seguridad jurídica podrían exigir que el país adopte una política pública clara sobre qué marcas son inscribibles de manera que sea específica en la determinación de los alcances de la norma, pues en países como el propio EEUU se ha llegado a inscribir marcas cuyo signo se limita exclusivamente a un color, con ajenidad a un diseño. El Tratado exige la protección específica de marcas colectivas, las que ya en Costa Rica están reguladas por la Ley 7978, de certificación y sonoras, así como marcas vinculadas con indicaciones geográficas, como un derecho en exclusiva del titular.

El TLC-CA prohíbe expresamente⁴² que los países firmantes impongan obstáculos al uso y efectividad de una marca, en el momento de disponer requerimientos legales para su uso. Igualmente, prohíbe el uso por parte de quienes no ostentan la titularidad de la marca, de signos relacionados con los bienes y servicios protegidos por una marca, cuando dé lugar a confusión.⁴³

Por otra parte, en el TLC-CA se establece que, en la mayor medida de lo posible, se digitalice la información, por ejemplo, en las notificaciones que se realicen en los procesos,⁴⁴ se disponga de un sistema electrónico para la solicitud, procesamiento, registro y mantenimiento de una marca,⁴⁵ y se mantenga una base de datos electrónica (incluyendo una en línea) de las solicitudes y registros.⁴⁶

Si bien la digitalización propuesta se previó, no como una obligación sino como una excitativa a los países firmantes,⁴⁷ resulta preocupante que a la fecha no existe un estudio que dimensione cuántos recursos deberán invertirse en ese proceso.

Salvo la digitalización del sistema, en materia de plazos y oposiciones la afectación de la normativa nacional no será dramática. Por ejemplo, se mantendrá la protección de marcas por el plazo de 10 años⁴⁸, que es el que indica la normativa nacional, y se reitera una práctica que ya es así en el país, en el sentido de que las licencias de marcas serán válidas con el acuerdo de partes y no con base en su registro, en donde la inscripción de las mismas rige para efectos de terceros.⁴⁹

³⁷ A partir del 1 de abril de 2004 por modificación de las estipulaciones del convenio, los usuarios del sistema internacional de marcas podrán presentar solicitudes en español, además de poder hacerlo en francés o en inglés. Se elimina así la barrera del idioma que impedía su aprobación por acuerdo de la entidad registrante.

³⁸ Art. 121.18 Constitución Política

³⁹ Ley No. 7978 de 22 de diciembre de 1999

⁴⁰ Específicamente, la Ley de Marcas y signos distintivos, No. 7978 del 22 de diciembre de 1999.

⁴¹ De hecho, en setiembre de 2004, se procedió a la inscripción de la primera marca sonora a favor de la Cervecería Costa Rica, por el sonido que representa el águila que sirve de diseño a la cerveza Imperial.

⁴² Artículo 15.2.2.

⁴³ Artículo 15.2.3.

⁴⁴ Artículo 15.2.6.(a).

⁴⁵ Artículo 15.2.7.

⁴⁶ Artículo 15.2.7.

⁴⁷ Artículo 15.2.6. y Artículo 15.2.7.

⁴⁸ Artículo 15.2.9

⁴⁹ Art. 15.2.10

5. Indicaciones geográficas

Las indicaciones geográficas *“son aquellas indicaciones que identifican a un producto como originario del territorio de una Parte, o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del bien sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico. Todo signo o combinación de signos, en cualquier forma, serán susceptibles de constituir una indicación geográfica.”*⁵⁰

En esta materia, se exige la aprobación de medios legales que identifiquen y protejan las indicaciones, estableciendo un sistema que deberá evaluar y constatar la calidad del producto sobre el cual se requiere la protección, así como del cumplimiento de mínimos técnicos que faculden al solicitante para ser adjudicatario de este régimen. El estudio respectivo está vinculado al registro de marcas existentes, lo que implícitamente podría obligar al país a la digitalización de los sistemas respectivos.⁵¹

Debido a que la legislación nacional es incipiente en la materia, se deberá actualizar la legislación nacional al respecto. Ello cobra aún más importancia, ya que las indicaciones geográficas son un mecanismo de valor agregado y de certificación de la calidad de ciertos productos locales que podrían contribuir a un mejor posicionamiento en los mercados internacionales, no sólo en relación con el TLC-CA, sino en general.

6. Nombres de Dominio

Un nuevo asunto que deberá ser regulado en el país es el relativo a nombres de dominio. El TLC-CA⁵² establece una obligación genérica de regular procedimientos de administración de los dominios de nivel superior de código de país (“country-code top-level

domain” o ccTLD), solución de controversias, vigilancia de la piratería cibernética en relación con las marcas, acceso público a bases de datos confiables, protección de la privacidad y exigencia de un agente de contacto responsable del dominio.

Lo importante del acuerdo es que permite a los países tomar medidas legales para controlar la ciber-ocupación, que consiste en la usurpación de marca con fines desleales en perjuicio de su titular. Esa situación obligará, eventualmente, a vincular el registro de los nombres de dominio con el de marcas. Este ha sido un problema a nivel internacional, que ha generado prácticas desleales cuando la especulación en el mercado provoca que ciertos nombres de dominio sean adquiridos por personas interesadas en obligar a las empresas a comprar a precios elevados, aquellos dominios que coincidan con la identificación de su empresa (razón social o marca).

7. Derechos de Autor y Derechos Conexos

En cuanto a derechos de autor y derechos conexos, se establece que los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, incluyendo cualquier sucesor interesado, tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir toda reproducción de sus obras, interpretaciones o ejecuciones, o fonogramas, en cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante la venta u otro medio de transferencia de propiedad, “incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica.”⁵³

Lo anterior deja como reproducción ilegítima la copia *caché*⁵⁴ realizada de forma mecánica por la computadora, en el momento de navegar por Internet o reconocer en pantalla cierta información. No obstante, durante el proceso de negociación, a solicitud de las universidades estatales costarricenses, se incluyó una limitación al respecto en lo relativo a la

⁵⁰ Artículo 15.3.1.

⁵¹ Artículo 15.3.2.

⁵² Artículo 15.4.

⁵³ Artículo 15.5.1. notas al pie de página No. 10 y No. 11. y Artículo 15.5.2. El concepto de almacenamiento temporal en forma electrónica ya está incluido en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (WCT), que Costa Rica aprobó en el año 2000. En el CAFTA se incluye una nota al pie de página para aclarar que el derecho de reproducción y las excepciones permitidas contenidas en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1971) son aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Artículo 15.5.1. Nota al pie de página No. 12.

⁵⁴ El sistema *caching* lo que permite es una navegación más rápida y eficiente a través de las visitas que ejecute el usuario y su fin no es la copia en sí misma de la obra. En tanto el *caching* no sea permanente, sino temporal y accesorio, es una de las excepciones que se permite dentro de la reproducción de las obras en el ámbito digital, pues implica un uso que de forma independiente no posee un interés económico sino que facilita un proceso técnico que no puede ser limitado por el derecho.

observancia de la propiedad intelectual,⁵⁵ con la que se excluye de las responsabilidades por infracciones a la propiedad intelectual al almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático. Esto hace la actividad ilícita, pero no punible, ya que no se trata de una actividad de reproducción voluntaria o que perjudique al autor de una obra.

Por otro lado, también se indica de forma expresa la idéntica condición jerárquica que ostentan los derechos de autor con los derechos conexos (de los artistas intérpretes y ejecutantes), siempre que solicite permiso para la transformación de la obra original. Lo anterior aporta mayor claridad en la materia, estableciendo iguales derechos para el autor de una obra original, como para aquel que realice una interpretación o ejecución de esa obra original, adquiriendo por esa obra derivada idénticos derechos al autor de la obra que le sirve de base.⁵⁶

En cuanto a plazos de protección de una obra, interpretación o ejecución, o fonograma, se establece el término de un mínimo de 70 años desde la muerte del autor, cuando se calcule sobre la base de la vida de una persona física. En el caso de que el plazo de protección se calcule sobre una base distinta, el término será de un mínimo de 70 años a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la obra, interpretación o ejecución, o fonograma, y de un mínimo de 70 años desde la finalización del año calendario en que se creó la obra, interpretación o ejecución, o fonograma, en el caso de que la publicación autorizada no se haya hecho en los cincuenta años siguientes a partir de la creación de la obra.⁵⁷ Dichos plazos coinciden con los establecidos en la legislación de Costa Rica, contenidos en la actualización de las normas nacionales al respecto en atención a los compromisos asumidos en el acuerdo sobre ADPIC de la OMC.

Las medidas tecnológicas son sistemas informáticos que protegen las obras digitalizadas contra todo acceso no autorizado, transformación, reproducción o comunicación pública, dependiendo del tipo de medida que se incorpore en la obra, por ejemplo, un software que impida copiar o imprimir una obra comunicada en Internet.⁵⁸

Las disposiciones sobre medidas tecnológicas en el TLC-CA⁵⁹ establecen que cada país hará responsable a la persona que evada sin autorización cualquier medida tecnológica efectiva, o que fabrique, importe, distribuya, ofrezca al público o trafique dispositivos, productos o componentes, u ofrezca al público servicios tendientes a evadir medidas tecnológicas efectivas, o sin autorización realice dichas actividades con fines comerciales diferentes a evadir medidas tecnológicas efectivas.

Para lo anterior, los países se comprometen a establecer recursos civiles, tales como medidas cautelares, daños sufridos, pago al titular del derecho y la destrucción de dispositivos y productos, aplicables a la persona hallada como responsable, exceptuando del pago de daños a una biblioteca, archivo, institución educativa u organismo público de radiodifusión sin fines de lucro, que tendrá sin embargo que demostrar que desconocía y carecía de motivos para saber que sus actos constituían una actividad prohibida.⁶⁰ Asimismo, los países se comprometen a establecer los procedimientos y sanciones penales cuando se determine que una persona se haya involucrado dolosamente y con el propósito de lograr una ventaja comercial o una ganancia financiera privada en cualquiera de las actividades descritas.⁶¹

⁵⁵ Artículo 15.11.27.(b).(i).A

⁵⁶ Artículo 15.5.3.

⁵⁷ Artículo 15.5.4.

⁵⁸ “Medida tecnológica efectiva significa cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, controla el acceso a una obra, ejecución, fonograma u otra materia protegida, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor” Artículo 15.5.7.(g).

⁵⁹ Artículo 15.5.7

⁶⁰ Artículo 15.11.14.

⁶¹ Artículos 15.5.7. y Artículo 15.11.14. Existe, además la posibilidad de que los países establezcan excepciones, siempre que no se afecte la adecuación de la protección legal o la efectividad de los recursos legales contra medidas tecnológicas efectivas. CAFTA deja a discreción de las partes la determinación de las excepciones a las medidas tecnológicas que se implementen, para lo cual el país podría establecer excepciones que garanticen en la implementación de la medida tecnológica, considerando: a. el ejercicio legítimo por parte

Con respecto a la información sobre gestión de derechos,⁶² se regula la protección de la información que identifique a la obra o su titular, condiciones de uso de dicha obra y un código de identificación de la misma, con la finalidad de que el titular pueda mantener el control sobre la divulgación y gestión de su obra, y bajo la indicación de que ningún Estado podrá obligar al autor o titular a incluir la misma.

Al ser omisa la legislación costarricense al respecto, deberán incorporarse dichas disposiciones al ordenamiento jurídico costarricense, incluyendo las sanciones por elusión no autorizada de las medidas tecnológicas.

Sobre la evasión de medidas tecnológicas que protegen a las obras de acceso no autorizados, el TLC-CA impone sanciones, de manera que en la legislación nacional sobre observancia de la propiedad intelectual, una de las reformas más importantes será la actualización de los alcances de este delito⁶³.

Una de las grandes preocupaciones de los Estados Unidos es el “*enforcement*” o aplicación efectiva de la legislación nacional, por lo que las medidas tecnológicas responden a la necesidad de proporcionar herramientas efectivas para proteger la propiedad intelectual en el ámbito digital, y las sanciones (incluso tasadas) permitirán perseguir las infracciones a la ley cometidas en perjuicio de la propiedad intelectual, cuando se eludan esos mecanismos de protección informática.

Las excepciones que expresamente reconoce el TLC-CA son muy amplias e incluyen excepciones para “actividades gubernamentales esenciales”⁶⁴, quedando abierta la interpretación de los alcances del

término. En general, no hay una limitación expresa de las excepciones que impida a los países eventualmente disponer legalmente de aquellas que crean convenientes en la legislación nacional de cada país.

No obstante, es importante señalar que, en el ámbito digital, la prerrogativa de acceso de las instancias educativas (institución educativa sin fines de lucro, archivos, bibliotecas) a las obras protegidas por la propiedad intelectual se ve limitada con el TLC-CA.⁶⁵ Se les concede el derecho de elusión de medidas tecnológicas, solamente si tal elusión se realiza para decidir sobre la compra, y no para procurar el acceso al material para efectos educativos. Esta situación varía sensiblemente la tradicional prerrogativa que tenían esas instancias para acceder a las obras gratuitamente, en el ejercicio legítimo de una excepción al derecho exclusivo del autor, de manera que las obligaría a pagar por utilizar las obras digitales con la finalidad de ilustrar la enseñanza.⁶⁶

En efecto, las instancias educativas solo podrán evadir medidas tecnológicas para decidir sobre la adquisición de la obra, de manera que si todas las obras digitales adquieren este tipo de protección técnica, la prerrogativa de acceso de las universidades, archivos y bibliotecas sobre obras digitales, será inaplicable. Ello produciría un grave perjuicio a la educación y al acceso al conocimiento, salvo que se disponga de los recursos respectivos para adquirir el material.

Es importante señalar que la norma que obliga a elaborar una ley eficaz para uso de programas de computación “autorizados” para el gobierno,⁶⁷ de manera que se ejerzan controles efectivos para el uso de programas con licencias e impedir la repro-

del usuario de las limitaciones o excepciones al derecho exclusivo del autor, y b. la protección del derecho a la intimidad del usuario, al dar seguimiento ilícito de las acciones que realice en el proceso de disposición del material respectivo, previsto tímidamente en el Artículo 15.5.7.(f). Artículo 15.5.7.(d), (e) y (f).

⁶² Artículo 15.5.7.c

⁶³ Actualmente el delito se tipifica en los artículos 62 y 63 de la Ley de Observancia de los Derechos de la Propiedad Intelectual N°. 8039

⁶⁴ Artículo 15.5.7 (g)

⁶⁵ Artículo 15.5.7.(e)(i)

⁶⁶ La excepción para instancias educativas está recogida en legislaciones internacionales por ejemplo, en el Artículo 5 inciso. 3,a. y en el inciso 2,c.; inciso 3, n. de la Directiva 2001/29/CE, Artículo 10.2 del Convenio de Berna y el Artículo 74 de la Ley 6683 y el Artículo 58 de la Ley 8039.

⁶⁷ Artículo 15.5.9

ducción ilegítima, no es óbice para que el Estado determine el tipo de tecnología que implementará ni el tipo de software que utilizará en sus gestiones.⁶⁸ Así las cosas, el gobierno podrá adquirir cualquier tipo de tecnología, en el entendido de que si adquiere software propietario, deberá cancelar las licencias respectivas.

Finalmente, las definiciones⁶⁹ que en materia de derechos conexos incorpora el TLC-CA, son una actualización de los términos para los efectos de seguridad jurídica y homologación legal de la región, que deberán ser actualizados e incorporados a la legislación de los países, en Costa Rica a través del Reglamento de derechos de autor y derechos conexos,⁷⁰ no obstante que son los mismos términos contemplados en el Tratado sobre Derechos de Autor de la OMPI,⁷¹ del que Costa Rica es parte desde 1999.

8. Señales de satélite codificadas

En materia de protección de las señales de satélite codificadas portadoras de programas, se exige la tipificación penal para la *“(a) la fabricación, ensamble, modificación, importación, exportación, venta, arrendamiento o distribución por otro medio, de un dispositivo o sistema tangible o intangible, sabiendo o teniendo razones para saber que el dispositivo o sistema sirve primordialmente para decodificar una señal de satélite codificada portadora de programas sin la autorización del distribuidor legítimo de dicha señal; y (b) la recepción y subsiguiente distribución dolosa de una señal portadora de programas que se haya originado como una señal de satélite codificada a sabiendas que ha sido decodificada sin la autorización del distribuidor legítimo de la señal.”*⁷²

Asimismo, se exige a los países el establecimiento de los recursos civiles, incluyendo los daños compensatorios, para las personas perjudicadas.⁷³

Al respecto, deberá promulgarse la legislación respectiva, considerando la actualización del artículo 61 de la Ley de procedimientos de observancia No 8032,⁷⁴ y a la luz de las propuestas existentes al respecto en la Asamblea Legislativa.

9. Patentes

Como se mencionó, pese al acuerdo sobre ADPIC en la OMC, los Estados Unidos lo consideran insuficiente por carecer, sobre todo de aplicación, ciertos alcances normativos dispuestos en la OMC. Por esa razón, ese país ha venido aplicando una política de negociación secuencial, mediante la negociación de tratados comerciales bilaterales o subregionales, tales como el TLCAN, el TLC entre Chile y los Estados Unidos, el TLC entre Singapur y los Estados Unidos, y ahora el TLC-CA, para lograr mínimos legales internacionales más acordes con su propia legislación, lo que ha sido denominado ADPIC-Plus.

La inclusión del tema de la propiedad intelectual en el TLC-CA, en lo relacionado con el tema de las patentes, ha suscitado una gran polémica en el país, desde el punto de vista de sus implicaciones sobre la competitividad y el acceso de la industria de productos farmacéuticos y agroquímicos genéricos al mercado, así como desde el punto de vista de las implicaciones sobre el acceso a productos farmacéuticos genéricos y el costo para la seguridad social del país.

Sin embargo, es preciso aclarar que dicha polémica no se debe tanto a lo negociado en TLC-CA, sino que está relacionada con la aprobación, por parte de la Asamblea Legislativa, de los acuerdos de la OMC en el año 1995, incluyendo el acuerdo sobre ADPIC, los que no fueron suficientemente debatidos en la opinión pública nacional. La discusión del tema en el ámbito del TLC-CA ha suscitado una discusión que

⁶⁸ Mediante Decreto Ejecutivo 30151-J de febrero de 2002, Costa Rica emitió una resolución para ordenar el uso de software legítimo en la Administración Pública, lo que coincide con esta disposición del CAFTA

⁶⁹ Artículo 15.7.5.

⁷⁰ Artículo 3, Decreto N° 24611-J, publicado en La Gaceta N° 201 del 24 de octubre de 1995.

⁷¹ Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, Ley N° 7968 del 22 de diciembre de 1999.

⁷² Artículo 15.8.1.

⁷³ Artículo 15.8.2.

⁷⁴ El artículo dice: “Será sancionado con prisión de uno a tres años quien fabrique, importe, venda u ofrezca para la venta, dé en arrendamiento o facilite un dispositivo o sistema útil para descifrar una señal de satélite portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esta señal, de modo que pueda resultar perjuicio a los derechos del distribuidor.”

se debió haber dado al momento del sometimiento de los acuerdos de la OMC a la Asamblea Legislativa, independientemente de si lo que se negoció puede ser considerado como un ADPIC Plus, como se analizará a continuación.

Derivado de los compromisos adquiridos por el país ante la OMC, se reformó la ley de patentes en el año 2000, estableciendo un plazo de protección de veinte años, y se promulgó la ley de información no divulgada, a través de la cual se establece protección a los datos de prueba.⁷⁵ No se estableció un plazo para la protección de los datos de prueba, ya que ese plazo tampoco está definido en los acuerdos de la OMC, pero el país tampoco lo definió, no pudiéndose aplicar la legislación promulgada.

En el acuerdo sobre ADPIC de la OMC, se deja a discreción de los países patentar métodos de diagnóstico, quirúrgicos y terapéuticos así como plantas y seres vivos.⁷⁶ Por otra parte, no se establece ninguna limitación a los países para realizar importaciones paralelas.⁷⁷ Tampoco existe ninguna obligación de regular las patentes de segundo uso,⁷⁸ ni de ampliar el plazo de la patente, si se genera información nueva. Igualmente, en el acuerdo sobre ADPIC se limita la imposición de excepciones a las patentes,⁷⁹ siempre que no atenten contra su explotación normal de forma injustificada ni causen perjuicio a los intereses legítimos del titular, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros, ni se restringe el uso de licencias obligatorias.⁸⁰

La intención de los Estados Unidos, de negociar en el TLC-CA un ADPIC Plus, se refleja en su propuesta de negociación en materia de patentes, en la cual se planteó a los países centroamericanos

- patentar métodos quirúrgicos, terapéuticos y de diagnóstico;
- patentar seres vivos (plantas y animales);
- incluir patentes de segundo uso;
- prohibición de importaciones paralelas;
- restricción de excepciones a los derechos de patentes;
- restricción en el uso de licencias obligatorias;⁸¹
- aumentar los plazos de vigencia de las patentes por atrasos administrativos y acumulación de otras protecciones;
- ampliar el plazo de la patente, si se genera información nueva; y
- establecer plazos de protección para datos de prueba (5 años para medicamentos y 10 para agroquímicos).

La propuesta de patentar métodos quirúrgicos, terapéuticos y de diagnóstico para el tratamiento de personas o animales no fue incluida en el TLC-CA; con ello se evitó el costo social que dicho patentamiento implicaría en materia de salud pública para los países centroamericanos. Asimismo, se excluyó la propuesta de patentar seres vivos, dejando tal prerrogativa a discreción de los países, tal y como está establecido en la OMC,⁸² en el entendido de que deban hacer “esfuerzos razonables” solo para decidir sobre el patentamiento de plantas.⁸³ Igualmente, se excluyó la propuesta de regular patentes o invenciones de segundo uso.

⁷⁵ Los datos de prueba son la información clínica que las empresas que han patentado una entidad química nueva deben generar, para demostrar la eficacia y seguridad del nuevo producto, como requisito para poder ser comercializado.

⁷⁶ Artículo 27, a), párrafo tercero del ADPIC.

⁷⁷ Son las que permiten adquirir medicamentos que se venden más barato en otras naciones.

⁷⁸ Se trata de patentes sobre las cuales se descubre un nuevo uso con posterioridad a su registro y distinto al original, por lo que a partir de esa nueva información se solicita una patente nueva por otro tipo de reivindicación o utilidad.

⁷⁹ Las excepciones son usos que autoriza la ley sin que intervenga el inventor.

⁸⁰ La licencia obligatoria es aquella que se obtiene sin autorización del titular de los derechos para atender casos de emergencia nacional, pero con sujeción a determinadas condiciones ya dispuestas a nivel multilateral, que exigen: a. haber realizado intentos infructuosos de obtener una licencia voluntaria en términos y condiciones razonables y en un plazo prudencial; b. pagar una remuneración adecuada según las circunstancias propias de cada caso; y c. las decisiones estarán sujetas a revisión judicial u otra revisión independiente por una autoridad superior diferente. Artículo 31 del Acuerdo sobre ADPIC.

⁸¹ Como se verá más adelante, las licencias son permisos de uso de la patente durante el plazo de protección en exclusiva que se negocian con el inventor o se imponen judicialmente y las excepciones son usos que autoriza la ley sin que intervenga el inventor.

⁸² Artículo 27, b), párrafo tercero del ADPIC.

⁸³ Artículo 15.9.2

Como se puede observar, la materia patentable no se amplía en el TLC-CA, con la excepción sabida del compromiso de suscripción al Convenio de la UPOV, y las particularidades comentadas al respecto.

Por su parte, las importaciones paralelas de medicamentos seguirán siendo autorizadas. Las importaciones paralelas garantizan la protección de un bien superior como lo es la salud pública, al permitir al país escoger en cuál mercado y bajo qué precios comprará los medicamentos que se ajusten a su presupuesto y conveniencia. De esta forma, las importaciones paralelas posibilitan la competencia, incluso entre dos productos del mismo fabricante, por lo que busca un beneficio a los consumidores y la eliminación de la competencia desleal, producida por empresas que fijan precios distintos para un mismo producto, según el mercado al que se destine. Debe advertirse, sin embargo, que las importaciones paralelas no son mecanismos absolutamente libres y poseen sus restricciones en el sentido de que no permiten la importación de un producto para competir con otro similar (originario o genérico) si el producto importado no está registrado aún en el país, o sea, no posee el correspondiente permiso para la comercialización. Adicionalmente, no debe desconocerse que ha sido eficaz la reducción de los costos de los medicamentos y los agroquímicos a través de la competencia de productos genéricos, por lo que se requerirá de adecuadas políticas públicas que hagan efectiva la aplicación de los instrumentos indicados para la garantía de acceso a medicamentos a precios accesibles.

En el TLC-CA se deja, además, a criterio de los países firmantes, la imposición de excepciones a las patentes, siempre que no atenten contra su explotación normal de forma injustificada ni causen perjuicio a los intereses legítimos del titular, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros.⁸⁴

Las licencias obligatorias tampoco fueron restringidas en el TLC-CA, por lo que se seguirá permitiendo acceder a medicamentos en caso de emergencia nacional, o por las disposiciones que determine cada país en caso de necesidad pública.

Lo anterior es congruente con la Declaración de la Conferencia Ministerial de Doha, de noviembre del 2001, en la que se acordó lo siguiente:

“Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos. A este respecto, reafirmamos el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.”

Esas flexibilidades incluyen aceptar el derecho de cada Estado de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias. De ahí resulta injustificado que en un acuerdo posterior a las disposiciones multilaterales, se pacte algo distinto, a pesar de que esa era una intención de los Estados Unidos. Eso fue respetado en el TLC-CA.

Sobre licencias obligatorias en medicamentos, la Conferencia de Doha también acordó lo siguiente:

“El Consejo de los ADPIC tiene que encontrar solución a los problemas con los que pueden tropezar los países si sus capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes para hacer uso de las licencias obligatorias, y tiene que informar al respecto al Consejo General antes de fines de 2002. La Declaración prorroga asimismo hasta el 1° de enero de 2016 el plazo de que disponen los países menos adelantados para aplicar las disposiciones relativas a las patentes de productos farmacéuticos.”

Precisamente, en la sección de propiedad intelectual del la TPA, se indica que uno de los objetivos de las negociaciones comerciales es procurar el respeto a la Declaración sobre el acuerdo sobre ADPIC

⁸⁴ El Artículo 15.9.3 es explícito en ese sentido: *“Una Parte podrá prever excepciones limitadas a los derechos exclusivos conferidos a una patente, a condición de que tales excepciones no atente de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros.”*

y la Salud Pública de la IV Conferencia Ministerial de Doha, Qatar, el 14 de noviembre de 2001.⁸⁵ Lo anterior quedó así estipulado en un “Entendimiento relativo a algunas medidas de salud pública” entre todos los países firmantes del TLC-CA, que dice:

“En reconocimiento del compromiso de acceder a medicinas que son suplidas de conformidad con la Decisión del Consejo General del 30 de agosto de 2003 sobre la Implementación del Párrafo Seis de la Declaración de Doha relacionada con el Acuerdo ADPIC y la salud pública (WT/L/540) y la Declaración del Presidente del Consejo General de la OMC que acompaña la Decisión (...), el Capítulo Quince no impide la efectiva utilización de la Solución ADPIC/Salud./ En relación con los asuntos mencionados anteriormente, si entra en vigor una enmienda de una disposición del Acuerdo de la OMC sobre ADPIC (1994) respecto a las Partes y esa enmienda es incompatible con el Capítulo Quince, nuestros gobiernos deberán consultar para efectos de adaptar el Capítulo Quince según corresponda a la luz de la enmienda.”⁸⁶

Pese a que no es jurídicamente vinculante por no ser parte integral del TLC-CA, con las declaraciones de las Conferencias Ministeriales citadas y con la firma de ese entendimiento se reconoce el derecho de acceso a medicinas según las disposiciones que regule cada país, pero además que, si en un determinado momento en materia de acceso a medicinas y salud se llegare a reformar el acuerdo sobre ADPIC, el TLC-CA quedará automáticamente supeditado al acuerdo multilateral, situación coincidente con el Artículo 1.1. del acuerdo sobre ADPIC.

El hecho de que tanto las licencias como las excepciones y las importaciones paralelas no hayan sido restringidas en el TLC-CA, permite el acceso a los medicamentos en los términos indicados. Esa ha sido la razón principal para afirmar que no existirá un daño real sobre la disposición de medicinas a precios accesibles. Claro esta, dependerá de la eficiencia del país en la aplicación efectiva de estos mecanismos, el que se verifique un acceso real a productos (en especial medicamentos) más baratos

para el país, buscando además la adquisición con base en criterios de calidad, que es una discusión pendiente a nivel nacional, dado que se reducirá la competencia de algunos genéricos en el mercado.

Sobre el tema de propiedad intelectual y los aspectos sobre la definición de la calidad, cuya discusión no fue introducida en el TLC-CA, existe un informe emitido por la Contraloría General de la República el 20 de octubre del 2004 (Informe N° FOE-AM-19/2004), por afectar algunos alcances de la política nacional sobre esta materia en lo que respecta al registro de agroquímicos. En el informe se hace mención a la imposibilidad de hacer referencia a los datos presentados por un tercero para sustentar la inscripción de segundo producto utilizando los datos de uno ya registrado. Además, aunque un nuevo registrante tenga los derechos para utilizar la información de otro en el registro de un producto, sostiene la Contraloría que siempre es necesario comprobar que esa información le sea aplicable al nuevo producto que se pretende registrar, requiriéndose los correspondiente análisis de equivalencia. Al respecto dice el Informe:

“En consecuencia, un aspecto es el tema de que un tercero utilice los datos de un producto, sin la autorización del fabricante de ese producto, o del propietario de esos datos de registro; lo cual es una discusión sobre propiedad intelectual. Otro aspecto muy distinto es comprobar que la información de uno sea de utilidad para registrar otro. Es decir, aunque el fabricante de un producto se encuentre autorizado para utilizar los datos de otro producto, siempre debe probarse que esa información le sea aplicable al producto que se pretende registrar, verificando que se trate de productos equivalentes, de conformidad con los procedimientos de equivalencia establecidos por las organizaciones internacionales pertinentes.”

Con respecto a la ampliación del plazo de vigencia de las patentes, éste no se extiende más allá de los 20 años estipulados tanto en el acuerdo sobre ADPIC como en la legislación costarricense. Sin embargo, el TLC-CA incorpora dos nuevas excepciones a esa disposición:

⁸⁵ Punto 4-C de la Autoridad de Promoción Comercial (TPA).

⁸⁶ Ver en <http://www.comex.go.cr>

- a. Se amplía el plazo de vigencia de la patente, si se da un atraso injustificado en el otorgamiento de la misma por más de 5 años desde la presentación de la solicitud, o 3 años desde la solicitud de examen de la patente,⁸⁷ siempre que el retraso no sea imputable al solicitante.⁸⁸

Según el Registro Público de Costa Rica, el plazo promedio para el otorgamiento de una patente es de tres años. Ese plazo fue el que se estableció en el TLC-CA. Sin embargo, en el país nunca se ha otorgado una patente para productos farmacéuticos. Al no saberse cuánto tiempo se requerirá en el país para el otorgamiento de una patente de producto farmacéutico, no es posible conocer el impacto de la disposición acordada sobre la ampliación del plazo de la patente, en el caso de la tramitación de patentes que requieren un mayor estudio, tanto del invento como de su localización en el estado de la técnica, como es el caso de los productos farmacéuticos. Sin embargo, pareciera razonable que la administración asuma la responsabilidad de reconocer al titular de una patente los atrasos ocasionados por ella, pues no debiera el inventor asumirlo en perjuicio de su derecho. Ahora bien, el artículo no hizo discriminación entre los atrasos que afectan y los atrasos que no afectan al titular de la patente, por lo que le concede protección aún si el atraso no le causa perjuicio económico alguno. El plazo en el que se ampliaría la vigencia de la patente no está establecido en el TLC-CA, lo que quedaría sujeto a una discusión posterior.

- b. Se amplía el plazo de la vigencia de la patente, si se da un atraso injustificable en la aprobación de la comercialización.⁸⁹

Sobre esa segunda ampliación no se indicó ningún límite temporal. Ello podría prestarse, si no se regula adecuadamente, para que el titular de los datos de prueba logre que el registrador nacional atrase la inscripción a su favor, ampliando en efecto el plazo de ejercicio exclusivo de su derecho, limitando la competencia en el mercado.

Una adecuada legislación sobre este aspecto debería incluir procesos de vigilancia de la tramitación, la definición de un plazo específico que delimite a partir de cuándo y hasta qué momento se puede compensar el tiempo de la patente, e indicar, expresamente, que ese plazo solamente se aplicará cuando el atraso sea imputable a la administración. En ambos casos, además, deberán definirse procesos adecuados, razonables y justos, que permitan establecer si procede o no la ampliación del plazo, y siempre que el mismo se conceda a petición de parte y no de oficio,⁹⁰ mediante plazos preestablecidos.

Es importante mencionar que el atraso en la autorización de la inscripción de los datos de prueba, que es el proceso de aprobación para la comercialización, se vinculó con el plazo de la patente. Ello se debe a que si existe un atraso en la autorización para la comercialización y no se posee una patente sobre el producto, no se tendría derecho a esta ampliación, por cuanto depende de la existencia de una patente. El poder explotar una patente depende del permiso de comercialización. De ahí que se pretenda mantener tal relación. Esta vinculación, además es un límite al derecho de compensación por el atraso, por cuanto restringe ese derecho no sólo a los productos que requieran autorización para comercialización, sino también a los productos que dependan de una patente nacional.

En la parte de procedimientos, la legislación nacional deberá revisarse para proporcionar las vías procesales necesarias que se incluyen en el TLC-CA, a efectos de armonizar los procesos de aprobación, enmiendas y trámite de patentes.

Sobre la ampliación del plazo de la patente cuando se genera información nueva, no habrá tal ampliación, ya que la propuesta estadounidense en ese sentido no prosperó, y en consecuencia, no está contemplada en el TLC-CA.

⁸⁷ Por consulta al Registro Nacional, estos plazos superan el periodo promedio para este trámite.

⁸⁸ Artículo 15.9.6.

⁸⁹ Artículo 15.10.2. No se hace referencia a los agroquímicos.

⁹⁰ O sea, que la compensación de tiempo no la reconozca la Administración sino que medie una petición del titular que se sienta afectado y previo proceso para tal extensión de tiempo.

Con respecto al establecimiento de plazos de protección para los datos de prueba, ya en la ley de información no divulgada,⁹¹ promulgada con base en los compromisos del país ante la OMC, se había consignado su protección, pero no se estableció el plazo de protección.

Al respecto, es pertinente hacer algunas aclaraciones:

a. Naturaleza del derecho

La información no divulgada es, por su naturaleza, información que es necesario resguardar en secreto por la importancia económica que implica. Los datos de prueba son una categoría particular de una protección genérica conocida como “información no divulgada”, pero que posee una regulación particular y diferente. Datos de prueba son la información clínica de entidades químicas y agroquímicas nuevas, que generan las empresas que han invertido en investigación y desarrollo, con el fin de demostrar su eficacia y seguridad⁹².

En el acuerdo sobre ADPIC se exige que la información no divulgada, tal como secretos comerciales e industriales, o conocimientos tecnoprácticos (know-how), goce de protección. Bajo esa naturaleza, se da protección a la información que sea secreta, que tenga un valor comercial por ser secreta y que haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, por lo que excluye de protección automáticamente a la que estuviere en dominio público.⁹³

Sin embargo, de lo establecido en el acuerdo sobre ADPIC, se desprende⁹⁴ que se protege de forma independiente una segunda naturaleza derivada de la anterior, pero que debe interpretarse de forma dife-

rente. Se trata de la protección para la no divulgación de los datos de prueba, mientras se pide la autorización para la comercialización de un producto y con el fin de evitar el uso comercial no desleal.

En efecto, la preservación del secreto por parte del titular de los datos no es tan importante para el legislador, mas sí que la elaboración supusiera un esfuerzo razonable y que la aprobación sea condición necesaria para la comercialización del producto. La protección es para impedir la divulgación, pero nada dice la norma de excluir de protección por esta vía a la información que en alguna medida no se ha mantenido secreta. Esta situación sí se establece en el TLC-CA para los datos de prueba.

b. Información en dominio público

Ahora bien, no debe confundirse “información no divulgada” con “datos de prueba”. La primera hace referencia a información que debe mantenerse secreta y sobre la cual se han tomado las previsiones para que nadie tenga acceso a ella, por ser perjudicial para los intereses comerciales del titular y la cual, una vez divulgada, pierde automáticamente su protección y exclusividad a favor del titular por entrar en dominio público.

En cuanto a los datos de prueba, la importancia de otorgar un plazo de protección y resguardo de la información, reside en el hecho de que la información podría haberse dispuesto al servicio de la comunidad científica para efectos de la valoración de la eficacia y experimentación necesaria, de la cual se deriven los datos clínicos que se pretenden proteger, incluso en razón de haberse cotejado la naturaleza de la “entidad nueva”. Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el TLC-CA, esas actuaciones podrían calificar a esa información como de “dominio público” y según el articulado, excluirlas de protección.

⁹¹ Ley de información no divulgada, N° 7975 del 22 de diciembre de 1999.

⁹² Téngase en cuenta que el desarrollo y análisis de la propiedad intelectual, no incluye los aspectos relativos a la seguridad y la eficacia y sus implicaciones alcanzan hasta la definición de la titularidad y las prerrogativas que ostenta el titular sobre su creación.

⁹³ Artículo 39 del acuerdo ADPIC: Las personas físicas o jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información: a. Sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; b. tenga un valor comercial por ser secreta; y c. Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

⁹⁴ Artículo 39.3. del Acuerdo sobre ADPIC: “Los Miembros, cuando exijan como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.”

En el TLC-CA se señala que, para efectos de los datos de prueba, cada Parte no podrá considerar como información no divulgada, aquella que esté en dominio público.⁹⁵ Esa intención de excluir la información en dominio público, podría derivarse en que la comunidad científica vea restringido el acceso a la información generada de investigaciones con interés comercial posterior, por la amenaza a la industria de que el conocimiento que generen sea utilizado con fines desleales. Una posible salvedad podría ser delimitar el concepto de “dominio público”, situación que deberá ser debatida en el ámbito nacional, aunque ya el propio TLC-CA previó limitaciones para ello.

Sobre la confidencialidad o no de los datos de prueba, es importante indicar que dada la naturaleza de los mismos, los datos se hacen públicos de dos formas:

- cuando la droga sale al mercado, los resultados de las pruebas se hacen públicos; quedando protegida muy escasa información en la entidad de registro; y
- por la necesidad de informar a la comunidad científica y al público sobre la nueva droga, mucha de la información es divulgada, y debería serlo, para conocer sus consecuencias y el resultado de las pruebas.

Por lo anterior, el grado de confidencialidad que protege a la información no divulgada no puede ser aplicable a los datos de prueba, ya que el acuerdo sobre ADPIC lo previó de esa forma y en la práctica no pareciera ser imprescindible. Por el contrario, los datos de prueba se debieron proteger contra la competencia desleal, entendiendo que si bien se procuraría resguardar la confidencialidad de los mismos, su divulgación no implica el derecho de uso comercial por parte de terceros. De ahí que la competencia desleal sería aplicada en caso de que el tercero utilizara los datos de prueba sin autorización del titular, tal como lo ha confirmado la propia Contraloría General de la República⁹⁶. Nótese, sin embargo, que el TLC-CA es más restrictivo en la interpretación y pro-

tegió los datos de prueba contra toda divulgación, salvo por salud pública y contra “todo uso comercial desleal”, situación que deberá ser reglamentada detalladamente en beneficio de la seguridad jurídica. Ello pareciera ser un beneficio para los productores de productos genéricos, porque restringe los productos cuyos datos pueden ser susceptibles de esta protección en exclusiva.

c. Plazo de protección

Pareciera que es razonable que una empresa requiera de protección exclusiva de tal información por un plazo determinado, si se toman en consideración los siguientes aspectos:

- Los datos de prueba no son datos que existan en el momento de obtener la patente, sino que han sido generados a partir de investigaciones para demostrar su seguridad y eficacia y poder comercializar el producto. De hecho, un alto porcentaje de patentes resultan en inventos no comerciables;
- la naturaleza misma de la información que resguardan los datos de prueba obliga a compartirla con comunidades de científicos y a ejercer experimentaciones, de las cuales podría filtrarse dicha información;
- la patente no contiene la información que constituyen los datos de prueba, por lo que no procede relacionar ambas protecciones;
- la patente protege la exclusividad de un invento de aplicación industrial, mientras que los datos de prueba protegen la forma de la aplicación e información sobre su seguridad y eficacia, necesarios para que se permita el acceso del público a ellos.

Costa Rica ya adquirió el compromiso de proteger los datos de prueba, al incorporar, en 1995, el acuerdo sobre ADPIC en la legislación nacional. En el TLC-CA se determina el plazo, que si bien no es definido en la OMC, es necesario para hacer efectiva la protección, pues sin plazo, la protección no es aplicable.

⁹⁶ Ver Informe N° FOE-AM-19/2004 del 20 octubre de 2004.

⁹⁵ Artículo 15.10.1.(d)

El TLC-CA confiere derechos exclusivos de esa información clínica por un plazo⁹⁷ de 5 años a medicamentos⁹⁸ y de 10 años para agroquímicos.⁹⁹ Ello significa que los productores de genéricos no pueden utilizar los datos de prueba en ese plazo, por lo cual deberán atrasar la comercialización del medicamento o agroquímico hasta que la información esté disponible y bajo el apercibimiento de la interpretación generada por el Informe supra citado de la Contraloría General de la República.

d. Acceso universal

La protección de la propiedad intelectual debe estar en equilibrio con los derechos sociales, como el acceso universal a los medicamentos. Ello se logra a través de las importaciones paralelas, licencias obligatorias y las excepciones, aspectos que no se varían en el TLC-CA. Al respecto, es importante mencionar que en Costa Rica, los derechos conferidos por una patente no se aplican a quienes, con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud, se encontraban produciendo el producto o usando el procedimiento de la invención.¹⁰⁰ Así, quienes estuvieran ejerciendo el uso de una patente, tendrán derecho a continuar haciéndolo.

e. Productos nuevos

Un producto nuevo es definido en el TLC-CA como aquel que no contiene una entidad química previamente aprobada por un país.¹⁰¹ Esta disposición restringe la inscripción de datos de prueba de medicamentos que poseen una aplicación o eficacia adicional o diferente de aquellos ya registrados, lo que es una práctica usual de las industrias farmacéuticas. Dice: *“un producto nuevo es aquel que no contiene una entidad química que haya sido aprobada previamente en la Parte.”*¹⁰²

Si la información clínica contiene un medicamento que ya fue registrado, o uno que contiene una entidad química conocida, no recibirá protección en exclusiva. En consecuencia, la información podrá incluso ser utilizada por terceros, ya que no se podrá alegar exclusividad de derechos. Así las cosas, un producto de “primera indicación” que contenga un químico conocido, no será considerado como “entidad nueva” y por ende carecerá de la protección del plazo en exclusiva.

Aceptar como “producto nuevo” aquel que no haya sido previamente aprobado por el país, utilizando un criterio de territorialidad y no un criterio mundial, proporciona protección territorial, aunque el producto ya no tenga la protección en otro país. Ello afecta los intereses de la industria nacional de genéricos, que abogó por la utilización de un criterio mundial para la definición de un producto nuevo, con lo que podría entrar a competir en el mercado de ese producto más rápidamente. No obstante, tal criterio mundial no podía incorporarse, dada la naturaleza territorial propia de los sistemas de propiedad intelectual y considerando que los mismos permisos de comercialización también son territoriales y no mundiales. Un “producto nuevo” no puede considerarse en el contexto global sino local, dada la territorialidad del derecho sobre los datos de prueba, y considerando que la novedad absoluta que se verifica en el estado de la técnica propia del estudio de patentes, no es aplicable a una materia de datos de prueba que corresponde a una protección disímil para bienes jurídicos también distintos.

Ahora bien, en el TLC-CA se establece para los países la posibilidad de que los datos de prueba, necesarios para obtener el permiso de comercialización, deben presentarse en el otro país firmante dentro de los 5 años siguientes al registro en el primer país.¹⁰³

⁹⁷ El TLCAN prevé plazos similares en su artículo 17.11, que también se acordaron en el TLC entre Chile y los Estados Unidos. Aunque los países firmantes del ADPIC en su mayoría aún no han adoptado plazos exclusivos, todo indica que será una tendencia.

⁹⁸ Que en la actualidad se tramitan ante el Ministerio de Salud.

⁹⁹ Trámite que se realiza ante el Ministerio de Agricultura y Ganadería.

¹⁰⁰ Este derecho es reconocido en el Artículo 16, inciso 3, de la Ley de Patentes de Invención.

¹⁰¹ Artículo 15.10.1.c.

¹⁰² Artículo 15.10.1 (c)

¹⁰³ Artículo 15.10.1.b Ello deberá hacerse constar en la legislación interna.

Con esa disposición, se logra que los productos que se comercialicen sean novedosos o de última generación, ya que de lo contrario no dispondrán de la protección. Además, con ello se logra disminuir el registro y la comercialización de medicamentos ya obsoletos en otras regiones del mundo. Los productos podrán traerse también después de esos 5 años, pero ya no tendrían derecho a la protección del plazo en exclusiva otorgado por los datos de prueba. No es procedente interpretar que la exigencia de presentar los datos de prueba 5 años después del registro en el primer país, sea una ampliación del plazo de la patente, por cuanto se trata de protecciones sobre bienes diferentes. Adicionalmente, debe recordarse que las patentes que pretendan inscripción en el país deben ser innovadoras. La novedad absoluta exige que el invento a patentar no esté en el estado de la técnica un año antes de la solicitud de la patente, pues perdería el requisito de innovador. En este sentido, es de prever que si se aplica la norma en discusión, lo que se pretende es más bien hacer coincidir el plazo del dato de prueba con el de la patente, o conceder protección de datos de prueba en caso de que el producto no sea patentable.

Esta medida tiende a una universalización del plazo de las patentes, al exigir la distribución casi simultánea de los productos a nivel mundial (en este caso, por lo menos a nivel regional), lo que conduce a buscar su protección en cada país lo más rápidamente posible.¹⁰⁴ Ello significa, también, que la industria de productos genéricos no se podrá desarrollar, en razón de que el medicamento no esté patentado en el país o no esté registrado para la comercialización. La industria de productos genéricos deberá esperar a que expiren los plazos de protección, en respeto a los derechos de propiedad intelectual del innovador, o bien generar sus propios datos.

Sobre esta norma, muchos sectores han interpretado que lo que produce es una “ventana de prioridad” para reservarle el mercado al producto innovador durante 5 años que se sumarían a los 5 años adicionales de la protección nacional del dato de prueba. Sin embargo, debe advertirse que tales protecciones

por su naturaleza jurídica son territoriales y se refieren por tanto a una protección concedida en el mercado local en el que el titular de los datos no ha ejercido actividad comercial alguna sobre el producto que se pretende introducir en el mercado, pues precisamente la inscripción de los datos de prueba tiene la finalidad de solicitar permiso para comercializar por primera vez el producto.

Debe advertirse también que si desde la primera inscripción en otro país algún tercero lograra el permiso para la comercialización en Costa Rica, ya el segundo registro no podría violentar los derechos de quien se encuentre comercializando un producto similar. De igual forma, el país deberá adoptar la decisión respectiva con respecto a la autorización de los registros por referencia, llamamiento con respecto al cual ya se pronunció la Contraloría General de la República.

f. Informar sobre solicitudes que contengan información de una patente.

En el TLC-CA¹⁰⁵ se establece el requisito de informar al titular de una patente¹⁰⁶ cuando un tercero solicite la aprobación de comercialización de un producto. Este requisito deberá ser incorporado en la legislación y promulgarse la debida reglamentación. Al respecto, opositores de esta norma han interpretado que se trata de un mecanismo de oficio para limitar la comercialización de productos genéricos. Sin embargo, no puede desconocerse que sin la posesión de una licencia sobre una patente, quien no sea titular no puede hacer uso de la misma pues incurriría en la violación de la propiedad intelectual penada en Costa Rica como delito desde muchos años antes de las negociaciones del mismo TLC-CA; se trata, por tanto, de una medida propia a la política de hacer efectivas las normas de protección de los derechos de propiedad intelectual.

Adicionalmente debe señalarse que esta medida no podría limitar licencias obligatorias –como también se ha querido exponer en algunos sectores– por cuanto en el tanto se cumpla con los requerimientos

¹⁰⁴ Recuérdese que las patentes se otorgan a nivel nacional.

¹⁰⁵ Artículo 15.10.2.b

¹⁰⁶ Debe ser una patente nacional, pues el sistema de protección es territorial y por ende impide la vinculación directa a otros registros.

propios para obtener una licencia obligatoria (expresados en el propio acuerdo sobre ADPIC, según se detalló en páginas previas), no pueden existir restricciones ulteriores que de hecho no encuentran amparo en las normas analizadas.

Con las medidas descritas no se afectarán el acceso a los medicamentos ni la capacidad de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) para adquirirlos. Sin embargo, aún si no se afectara la CCSS, es evidente que la intención es aplicar medidas efectivas de protección de los productos innovadores, y las restricciones que incluso ya están contempladas en la Ley de Patentes vigente, lo que eventualmente sí podría perjudicar a la industria de genéricos en caso de no sujetarse a esta política de aplicación de la defensa de los derechos de propiedad intelectual.¹⁰⁷

Pero lo acordado en el TLC-CA podría afectar también a las empresas innovadoras nacionales o asentadas en territorio nacional.¹⁰⁸ En el TLC-CA se excluyen de protección los datos de prueba que se encuentren en “dominio público”, y aquellos datos que contengan componentes ya registrados (por lo que la originalidad residirá en la totalidad de la información) o entidades viejas, aún si el producto final es innovador en sí mismo.

Así las cosas, en general se trata de un régimen que con los años evidencia la tendencia a ser más estricto en materia de protección de la propiedad intelectual, sobre todo por la voluntad de países hegemónicos, en aras de impulsar políticas de fomento de la inversión en innovación y el desarrollo.

Sin embargo, en el TLC-CA se incluyó la denominada “Cláusula o excepción Bolar”.¹⁰⁹ La Cláusula Bolar establece que una empresa productora de genéricos puede iniciar las gestiones para la obtención del permiso de comercialización y organizar la producción de la copia del producto, utilizando la información pública de la patente mediante ingeniería reversa. Para ello, se hace referencia a los datos de prueba de la empresa que tiene la patente, antes de que la patente venza, con el propósito de que se obtenga

el permiso de comercialización una vez vencida la patente y se esté listo para producir y comercializar. Si bien la Cláusula Bolar no permite que los datos de prueba se liberen a terceros, sí permite hacer referencia a ellos para solicitar el permiso de comercialización pero el producto podrá sacarse a mercado hasta que la patente esté en dominio público o hasta que expiren los plazos de protección de los datos de prueba.

La Cláusula Bolar da flexibilidad al sistema de protección que construye el régimen de la propiedad intelectual y señala claramente, que si terceras personas utilizan materia patentada para generar información para la solicitud de comercialización de un producto (farmacéutico o químico agrícola), debe garantizar que no lo comercializará hasta que expire la patente. Cabe señalar que la Cláusula Bolar se aplica tanto a los productos farmacéuticos como a los agroquímicos.

g. ¿Se afectará la adquisición de medicamentos baratos por parte de la CCSS?

Según un estudio realizado a efectos de evaluar el impacto del TLC-CA en el actual esquema de adquisiciones de medicamentos de la CCSS, se llegó a las siguientes conclusiones:¹¹⁰

1. Con un 9.1% de su presupuesto, la CCSS adquirió en el año 2002 un cuadro básico de principios activos de 426, mismo que cada año tiene una variación promedio del 3%.
2. Un promedio de 10 medicamentos nuevos se registran cada año en el cuadro básico.
3. Específicamente en el año 2003, 17 productos fueron incluidos al cuadro básico de la CCSS. Asumiendo que en este momento existiera una protección a los datos de prueba de medicamentos por cinco años, habría que evaluar aquellos medicamentos que fueron registrados después de 1999,¹¹¹ ya que los anteriores no tendrían protección. De los 17 medicamentos, solo 7 fueron comercializados después de 1999 en Costa Rica. Uno de ellos (Acido Zoledrónico) fue

¹⁰⁷ Ley 6867 del 25 de abril de 1983, reformada por Ley 7979 del 6 de enero de 2000.

¹⁰⁸ En general a la industria farmacéutica.

¹⁰⁹ Artículo 15.9.5

¹¹⁰ Informe de COMEX según datos suministrados por el Departamento de Farmacoterapia de la Caja Costarricense de Seguro Social.

¹¹¹ Parámetro utilizado en virtud de la protección de 5 años que se da a los datos de prueba.

comercializado primero en Costa Rica que en Estados Unidos, y otro (Anastrozol) en el mismo año. Para esos cinco casos restantes, un genérico tendría que generar sus propios datos o esperarse al vencimiento del plazo para poderlos usar por referencia, por lo que el impacto en principio se hubiera reducido solo en 5 medicamentos. No obstante, es importante resaltar que dado que en todos los casos las compras de estos medicamentos se hicieron a innovadores y no a genéricos, la protección que brinda el TLC-CA a los datos de prueba -de haber estado vigente- no hubiera tenido ningún impacto sobre la Caja el año pasado.

4. Las compras realizadas a productos innovadores representaron menos de un 3% del presupuesto total de medicamentos de la CCSS para ese año, lo cual ni siquiera quiere decir que ese podría ser el eventual impacto, pues la Caja en principio busca comprar al oferente más barato y, en caso de que existiera un genérico más barato que por alguna razón no participó en el procedimiento de concurso para la compra, lo cierto es que su costo también implicaría egresos en el presupuesto de la institución.
5. Del presupuesto total de la CCSS de medicamentos, de 27.000 millones de colones, un 33% del mismo se destina a medicamentos originales, mientras que un 67% por ciento a medicamentos genéricos, lo cual evidencia el alto interés comercial sobre este mercado, el cual podrá continuar con su política de utilización de productos genéricos.

El anterior estudio, cotejado con información propia de la CCSS, en efecto demuestra que en el esquema de adquisiciones actuales de la Caja, en el caso de que el régimen de protección de datos de prueba hubiese estado vigente, el presupuesto de la institución no se habría desestabilizado ni hubieran cambiado las políticas de adquisición de medicamentos, en el tanto si bien el 67% del presupuesto para medicamentos se destina a la adquisición de medicamentos genéricos, solo se adquirieron 7 productos de primera comercialización que en efecto hubieran podido tener protección de datos de prueba, que en todo caso tampoco habría desestabilizado el presupuesto

institucional, pues fueron adquiridos a la industria innovadora. El porcentaje restante no habría sufrido ninguna limitante en la comercialización del producto, por lo que la industria no se habría afectado.

De tal forma, si bien en ese pequeño porcentaje se habría eliminado la competencia entre genéricos e innovadores con el plazo de protección de los datos de prueba, ello no tendría mayor impacto ni en el presupuesto de la CCSS (por el monto que actualmente se destina a tales adquisiciones) ni en el acceso a genéricos, salvedad hecha a los productos novedosos sobre los cuales sí se restringe la producción de genéricos como incentivo a la inversión en el desarrollo del producto innovador.

Ahora bien, considerando la reiterada objeción al sistema de patentes, debe señalarse que las patentes solo pueden concederse a productos innovadores con menos de un año de estar en el estado de la técnica (innovación absoluta, verificada en todo el mundo). De tal forma, la protección del plazo de las patentes solo afectaría a aquellos productos innovadores que lleguen a distribuirse en el mercado, en el entendido de que ello será un efecto lógico, aún sin el TLC-CA, por cuanto ya Costa Rica cuenta con protección jurídica de patentes por 20 años, según la legislación nacional actual. En este caso, no existiría mayor impacto para la industria no innovadora, en el tanto el régimen aplica a productos absolutamente novedosos y no, retroactivamente, a aquellos productos que ya se están distribuyendo en el mercado.

Con respecto a la restricción que sobre el acceso a genéricos podría imponer la protección de 5 años de los datos de prueba, considerando que en efecto existe un interés de seguir adquiriendo productos genéricos que puedan fomentar la competencia en el mercado, la protección de datos de prueba exigirá mayor eficacia en la obtención –aún con la protección que pretende el TLC-CA- de alternativas para disposición rápida de medicamentos genéricos, que bien podrían garantizarse con una vigilancia estricta de las condiciones garantistas que para este sector señala el acuerdo comercial, y específicamente a aquellas que permitirán en este marco la pronta competencia de productos innovadores y genéricos en cuanto a:

- a. El ejercicio de las potestades que implica la cláusula Bolar;
- b. políticas claras y eficientes para sacar provecho real de las importaciones paralelas;
- c. reglamentación de excepciones y licencias obligatorias dentro del marco soberano costarricense y sin que ello merme la competitividad de la industria innovadora, pero que permita un ejercicio eficaz de tales prerrogativas en atención a la función social;
- d. la vigilancia de los alcances de la clasificación de un producto de “primera indicación” que contenga un químico conocido, para que no sea considerado como “entidad nueva” y por ende limite la protección de los datos –como así lo señala el TLC-CA-;
- e. vigilar para que aquella información en dominio público no vaya ulteriormente a ser resguardada como información confidencial en el registro sanitario.

En general, el régimen internacional de propiedad intelectual, tiende en efecto a promover la protección de la industria innovadora a través de la concesión de plazos para la protección de sus datos de prueba, en el entendido –eso sí– que no se trata ni siquiera de un derecho exclusivo sobre esos datos, pues en el momento que un tercero pueda también producirlos por sus medios, podrá utilizarlos en el tanto los datos de prueba solo garantizan la protección para la no divulgación.

Debe señalarse, además, que en atención al derecho a la salud y la vida, como así ya lo expuso la propia Sala Constitucional mediante el Voto 12226 del 28 de noviembre del 2001, es importante establecer los requisitos que deben exigirse para el registro de los productos farmacéuticos tanto innovadores como para los genéricos o multiorigen. El Decreto

Nº 28466-S aceptaba ya la necesidad de incluir información técnica que demuestre Equivalencia Terapéutica (Bioequivalencia y Biodisponibilidad), como parte de la evaluación de calidad de un medicamento genérico, para poder garantizar intercambiabilidad, pues la verificación de la seguridad, calidad y eficacia de un producto (tanto innovador como genérico) destinado a la salud humana, debe ir más allá que la mera presentación de documentos o la referencia a datos de terceros.

10. Observancia de los derechos de propiedad intelectual.

El tema de la observancia de los derechos de propiedad intelectual fue incluido en este capítulo para hacerlo más efectivo y asegurar el cumplimiento del mismo. Se entiende que los procedimientos y los recursos que cada país defina para la observancia de los derechos de propiedad intelectual deben responder a los principios del debido proceso y a los fundamentos de su propio sistema legal.¹¹² Para ello, cada país podrá seguir aplicando el sistema judicial existente y destinar los recursos que considere para la aplicación de la ley en general, siempre y cuando se cumpla con lo acordado.¹¹³

Al exigirse el cumplimiento de lo acordado en el TLC-CA, deberá modificarse la legislación nacional, de manera que en los procedimientos judiciales relativos a la observancia de la propiedad intelectual, se incluyan sanciones privativas de libertad o pecuniarias,¹¹⁴ indemnizaciones adecuadas, además de las ganancias obtenidas por el infractor a raíz de la infracción cometida, para compensar el daño que las transgresiones ocasionen al titular de los derechos, otorgando a las autoridades judiciales una serie de facultades para actuar en contra de los infractores,¹¹⁵ estableciendo los recursos civiles respectivos.¹¹⁶

¹¹² Artículo 15.11.1.

¹¹³ Artículo 15.11.2. Como alternativa a los daños sufridos, cada país debe establecer en su legislación interna, indemnizaciones pre-determinadas, al menos para las infracciones de los derechos de autor y derechos conexos, así como para la falsificación de marcas. Artículo 15.11.8.

¹¹⁴ Artículo 15.11.26.

¹¹⁵ No se podrá “... imponer el pago de daños contra una biblioteca, archivo, institución educativa u organismo público de radiodifusión sin fines de lucro, que tenga la carga de la prueba para demostrar que desconocía y carecía de motivos para saber que sus actos constituían una actividad prohibida.” Artículo 15.11.14.

¹¹⁶ Artículo 15.11.7. Se otorga, además, a las autoridades judiciales las facultades para ordenar que el infractor sea quien pague al titular las costas procesales y los honorarios de los abogados, tanto en el caso de infracciones de patentes, como en el caso de infracciones de derechos de autor, derechos conexos y falsificación de marcas, el decomiso de la mercancía o cualquier material o implementos relacionados, su destrucción o donación para fines de caridad, exigir del infractor información adicional sobre personas involucradas y alcance de la infracción cometida, o exigir al infractor que desista de la infracción para evitar que se introduzca al mercado nacional o interna

Las investigaciones y la adopción de medidas de observancia de oficio, es otra de las facultades que se suman a las ya mencionadas, contenidas en el TLC-CA, y que también contribuyen a construir un marco jurídico seguro que contribuya a la labor judicial de la aplicación de las normas civiles, penales y administrativas.¹¹⁷

La ampliación de las facultades de las autoridades judiciales y la obligación de su ejecución, a ser incorporadas en la legislación nacional de cada país, es una garantía para el autor o productor de obras. La seguridad jurídica que estas disposiciones buscan asegurar, fortalecen el régimen de protección de los derechos de propiedad intelectual y buscan incentivar la producción, al ser un aliciente para el autor, no sólo contar con las normas que resguarden sus derechos, sino también con las garantías que permitan que aquellos han de cumplirse ante terceros, bajo la premisa que se trata de una regulación que bajo esos principios, potestativamente definirá cada Estado.

11. Limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios.

Finalmente, se incluyen limitaciones a la responsabilidad por parte de los proveedores de servicio de Internet, cuando se cometan infracciones a la propiedad intelectual en las páginas alojadas en sus servidores, ya sea por infracciones que no estén en su control, ni hayan sido iniciadas o dirigidas por ellos, o que se den a través de sistemas o redes que ellos operen.

En efecto, el TLC-CA exige la adopción de “incentivos legales” para que los proveedores colaboren para disuadir a los usuarios de almacenar y transmitir obras protegidas por la propiedad intelectual,

siendo claro que la responsabilidad recaerá en ellos si facilitan la comisión del ilícito, inicia la cadena de transmisión del material protegido o de alguna forma interfiera en ello.¹¹⁸

Por otro lado, el TLC-CA obliga al proveedor de servicios a adoptar las políticas que condicionen la actuación de los infractores, adaptar las medidas de protección del material protegido por el derecho de autor, sin que por ello esté obligado a realizar labores de monitoreo.¹¹⁹ En ese sentido, también se fortalece la figura del proveedor de servicios en el tanto se le otorgan potestades para la conservación de lo que podría constituirse como prueba de una infracción contra los derechos de la propiedad intelectual, y reconoce sus prerrogativas para terminar cuentas y bloquear accesos. De hecho, las compensaciones que judicialmente se acuerden tomarán en consideración tanto el daño contra el autor como contra el proveedor de servicios que hizo lo razonablemente posible para evitar la infracción¹²⁰.

En este último caso, se insta al proveedor a retirar o inhabilitar el acceso al material basado en una presunta infracción, acción que evidentemente persuadirá al proveedor para evitar la responsabilidad del caso.

4. Conclusiones

El acuerdo sobre ADPIC y su incorporación en la legislación nacional, hizo posible que Costa Rica cuente desde el año 2000 con un sistema de protección de la propiedad intelectual, acorde con los mínimos exigidos por los acuerdos multilaterales adoptados en la OMC.

cional, entre otras. Artículo 15.11.9., Artículo 15.11.10., Artículo 15.11.11., Artículo 15.11.15. y Artículo 15.11.12. Para evitar abusos, incluso para medidas en frontera, se regula el procedimiento para presentar demandas, sin que por ello resulte disuasivo, mediante el aporte de garantías para proteger al demandado en caso de imposición de medidas precautorias y mediante el aporte de pruebas sobre la existencia de una presunta infracción, entre otros. Artículo 15.11.20., Artículo 15.11.21.

¹¹⁷ Artículo 15.11.26.(iv).

¹¹⁸ Artículo 15.11.27.

¹¹⁹ Artículo 15.11.27.(vii).

¹²⁰ Artículo 15.11.27.(viii)

El acuerdo sobre ADPIC en efecto sostiene que: “Los miembros aplicarán las disposiciones de este acuerdo.”¹²¹ En este sentido, es evidente que los alcances del acuerdo sobre ADPIC son vinculantes para los estados parte de la OMC y por tanto los compromisos adquiridos ante ese organismo deben implicar no solo aprobación de normas sino también su ejecución o aplicación. En este punto, en efecto el interés de los EUA en lo que respecta a nuestro país, fue precisamente lograr una negociación que en alguna medida estableciera bases para la eficacia y aplicación efectiva de la legislación aprobada por Costa Rica a la luz del acuerdo sobre ADPIC.

En este sentido, el acuerdo sobre ADPIC continúa diciendo: “(...) Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo.”¹²² En efecto, si bien no existe la obligación de prever normas que superen los mínimos del acuerdo sobre ADPIC, los Estados pueden acordar aumentos (que se denominan ADPIC-Plus o TRIPS-Plus) o bien aplicar las disposiciones del acuerdo, que responden a la obligación de hacer efectiva la normativa acordada ante la OMC concediéndole eficacia interna al derecho de propiedad intelectual.

Es este último punto el que mejor coincide con los alcances del TLC-CA, en el tanto en su mayoría las normas acordadas dentro del TLC-CA se dirigen a establecer la base para lo que en EEUU se denomina el “enforcement” de la ley.

En general, las disposiciones contenidas en el TLC-CA responden a un mecanismo de desarrollo y aclaración de normas ya contempladas en la legislación costarricense, complementado con el compromiso de lograr una mayor efectividad en su aplicación e incorporando una serie de disposiciones en los procedimientos administrativos y judiciales tendientes a lograr una mayor rigurosidad en cuanto a penalidades y una mayor claridad en cuanto al alcance de la ley.

Los aspectos más debatidos de los resultados del TLC-CA, residen en efecto en normas sobre cuya aplicación ya el país había adquirido compromisos ante la OMC y que sin embargo es el TLC-CA el instrumento que impone mecanismos para su efectivo cumplimiento.

Lo acordado en el TLC-CA no representa un ADPIC-Plus, ya que las disposiciones nacionales en materia de propiedad intelectual no se aumentan sino que se clarifican y se conceden mecanismos específicos que serán desarrollados particularmente en cada legislación para la aplicación de normativa, cuya base ya fue acordada por el país en negociaciones multilaterales. Más bien, se desarrolla la legislación nacional, estableciendo mecanismos para mejorar la efectividad de la aplicación de la normativa vigente e incorporando aspectos que permiten aclarar el régimen jurídico actual.

Son pocas las novedades que se introducirán en la legislación nacional, como en el caso de regulación de las responsabilidades de los proveedores de servicios de Internet, nuevos alcances en la regulación de medidas tecnológicas, dos excepciones sobre el aumento del plazo de patentes por atrasos administrativos, la cláusula bolar, entre otros, que sí podrían ser denominados como ADPIC-plus por ser regulaciones que en efecto amplían los alcances del acuerdo sobre ADPIC. Sin embargo, sobre los aspectos más controvertidos, sean las normas que obligan a la suscripción del Convenio de la UPOV y la determinación de plazos de protección de los datos de prueba, en ambos casos ya el país había asumido posiciones y compromisos en las negociaciones multilaterales.

En el primer caso, el Artículo 27.3.b del acuerdo sobre ADPIC señala que “los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste”, compromiso cuyo cumplimiento vence el 31 de diciembre de 2004. Considerando que a la fecha (y desde 1994 que se adquirió el compromiso) el país no ha optado por un régimen específico, el TLC-CA obliga

¹²¹ Artículo 1.1 ADPIC

¹²² Artículo 1.1 ADPIC

por tanto a la suscripción del Convenio UPOV, pero ello sin perjuicio que a nivel nacional se puedan prever excepciones para la protección de intereses nacionales.¹²³

En el segundo caso, la obligación de conceder 5 años para la protección de los datos de prueba sobre productos farmacéuticos y 10 años sobre agroquímicos, deriva del compromiso asumido por el país en atención a que el párrafo 3 del Artículo 39 del acuerdo sobre ADPIC obliga a proteger los datos de prueba y otros no divulgados, así consignado también en la Ley de Información no divulgada, cuya aprobación, en el año 2000,¹²⁴ no contempló la definición de plazos de protección, por lo que hasta la fecha ha sido inaplicable dado que tampoco se procedió a reglamentarla. Esa misma norma ADPIC denota que, en efecto, los datos de prueba pueden ser datos no divulgados, situación que no se alteró en el TLC-CA, que más bien delimita el concepto de divulgación de datos de prueba a aquellos que no estén en dominio público, lo que no podría considerarse como un ADPIC-Plus.

Pese a lo anterior, lo acordado hará necesario que el país emita una serie de políticas de implementación de esos derechos, así como legislación adecuada que permita un desarrollo eficiente de la propiedad intelectual, previendo la protección de aspectos indispensables para la sociedad, tales como la salud pública, la protección del patrimonio genético y la biodiversidad, cuya discusión deberá establecerse en otro contexto y sin desatender la oportunidad de rentabilizar los productos nacionales amparados por esta disciplina.

La política nacional también debe estar orientada a conceder incentivos para la promoción de la investigación y la innovación, reducir los obstáculos en materia de vinculación con el sector público y privado y participar en la consolidación de un sistema integrado de cooperación técnica y financiera, que eviten un monopolio privado del conocimiento y propicien el desarrollo científico y tecnológico.

Ante la nueva política que, internacionalmente y derivado directamente del acuerdo sobre ADPIC, amplía la concepción y el alcance de los derechos de propiedad intelectual, se requiere de eficiencia política en la adecuación de la normativa que facilite la implementación de las nuevas exigencias. El reforzamiento de los derechos de la propiedad intelectual y su aprovechamiento nacional puede ser un importante instrumento para impulsar la investigación, el desarrollo y la innovación, base de la productividad y la competitividad internacional.¹²⁵

En este sentido, la aprobación de la agenda legislativa resultante de los compromisos asumidos en el TLC-CA deberá ser ampliamente debatida dentro del contexto de la estrategia nacional de desarrollo, ya que es en virtud de aquella que se podrán asegurar los resultados favorables o negativos para el país, a partir de lo acordado en el TLC-CA.

¹²³ Ello incluye intereses del agricultor y aspectos relativos a la biodiversidad.

¹²⁴ Ley N° 7975

¹²⁵ Importantes estudios de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) han determinado que la inversión en innovación y tecnología es un factor determinante para el desarrollo. (Ver <http://www.unctad.org/sp/docs/wir98ove.sp.pdf> consultado 12/11/04) igualmente el Euroíndice Laboral, del Centro de Investigación de las Organizaciones (IRCO) del Instituto de Estudios Empresariales de la Universidad de Navarra indicó que la escasa inversión en innovación y desarrollo mantiene estancada la productividad en Europa (Ver <http://www.cubasindical.org/news/internacionales/y04/o07120406.htm>)

LABORAL*

1. Introducción

A inicios de la década de los noventas, el fenómeno de la globalización, como consecuencia de la revolución tecnológica en la informática y las telecomunicaciones, y el fin de la guerra fría, propiciaron un debate mundial acerca de las normas fundamentales del trabajo.¹ Dicho debate se intensificó al hacerse cada vez más evidente que el nuevo entorno internacional no propicia los elementos esenciales para el crecimiento, el empleo y el bienestar. Además, los indicadores respectivos indican que el crecimiento ha sido desigual, tanto dentro de países como entre distintos países. En el caso de los países centroamericanos, las tasas de crecimiento promedio durante la década de los noventas han sido de alrededor del 2%, mucho menores que las tasas de crecimiento promedio durante la década de los setentas; además, la desigualdad se ha incrementado (en el 2001 el coeficiente de Gini fue de 0.564, y la pobreza no se ha disminuido (50.8% de la población para el 2001)².

Esta situación condujo a un debate importante sobre el comercio y las normas laborales, denominado “debate sobre la cláusula social”, cuando se creó la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1994.

En la Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Singapur en 1996, los Ministros de Comercio reafirmaron su compromiso de observar las normas fundamentales del trabajo reconocidas internacio-

nalmente y reconocieron que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer y aplicar estas normas. Con ello, el tema laboral se sale de la esfera de la OMC y se traslada a la OIT, pero los Ministros declaran que el crecimiento económico y el desarrollo pueden contribuir a la promoción de dichas normas, y rechazan su utilización con fines proteccionistas. Un estudio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) sobre comercio y normas laborales, realizado ese mismo año, respalda las normas desde un punto de vista económico, al señalar que las normas laborales, que incorporan los derechos humanos fundamentales, pueden estimular el desarrollo económico y, por consiguiente, obran en interés de todos los trabajadores (y los países) del mundo. Ese mismo estudio sugiere que la adopción de normas laborales más exigentes no es un obstáculo para la inversión extranjera.

En junio de 1998, los representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, reunidos en la Conferencia Internacional del Trabajo, asumen las tareas que les encomendó la comunidad internacional y adoptan la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. La Declaración compromete a todos los Estados Miembros de la OIT a respetar los principios de cuatro categorías, a saber:³

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹ Las siguientes apreciaciones se basan en: OIT, 1998.

² Proyecto Estado de la Región-PNUD. 2003.

³ OIT, 1998.

- *“la libertad de asociación y la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva;*
- *la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio;*
- *la abolición del trabajo infantil; y*
- *la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”*

En 1999, la Conferencia Internacional del Trabajo adopta otro instrumento que trata de estos derechos fundamentales: el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil. Esos principios y derechos se expresan y se desarrollan, en forma de derechos y obligaciones específicos,⁴ en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la OIT.

Si bien el tema laboral no forma parte de las negociaciones comerciales multilaterales dentro del marco de la OMC, éste sí forma parte de los esquemas de acceso preferencial que los Estados Unidos y la Unión Europea mantienen, desde hace muchos años, para fomentar las importaciones provenientes de los países en desarrollo, así como de los acuerdos comerciales subregionales y bilaterales más recientes.

Tanto el Sistema Generalizado de Preferencias, vigente desde 1974, como la Iniciativa para la Cuenca del Caribe (ICC), vigente desde el año 1983,⁵ establecen que, para gozar de los beneficios del acceso arancelario preferencial al mercado de los Estados Unidos, los países beneficiarios deben cumplir, entre otros, con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, so pena de que sus beneficios arancelarios sean suspendidos. Específicamente, esos sistemas preferenciales de acceso establecen como requisito para acceder a sus beneficios, lo siguiente:

1. *“derecho de asociación;*
2. *derecho de organización y negociación colectiva;*
3. *prohibición de utilizar cualquier forma de trabajo forzado u obligatorio;*
4. *edad mínima para el empleo de los niños; y*
5. *condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad laboral y de salubridad.”*⁶
6. *cumplimiento de los compromisos para eliminar las peores formas de trabajo de menores.”*⁷

El condicionamiento del respeto a los derechos laborales para la obtención de los beneficios de esos sistemas de acceso preferencial ha sido muy efectivo. La Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) realiza periódicamente evaluaciones sobre el respeto a los derechos laborales. Bajo la amenaza de perder los beneficios de la ICC, Costa Rica tuvo que realizar modificaciones en su Código de Trabajo en 1993, incluyendo un capítulo especial para incluir las garantías sindicales.⁸ Igualmente, Guatemala tuvo que modificar su Código de Trabajo para reforzar asuntos relacionados con derechos de libertad sindical.⁹

El tema laboral también es parte integral de las negociaciones comerciales subregionales y bilaterales. La primera negociación comercial subregional en la que se aborda el tema laboral es el Tratado de Libre Comercio entre Canadá, los Estados Unidos y México, a través de un acuerdo paralelo, denominado Acuerdo de Cooperación Laboral, entre esos tres países. El contenido del acuerdo se centra en la obligación de las Partes de promover la observancia y aplicación efectiva de los derechos laborales fundamentales de los trabajadores, con énfasis en los derechos laborales contenidos en la Declaración re-

⁴ Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; el derecho a la negociación colectiva; el derecho de huelga; la prohibición del trabajo forzado; la protección en el trabajo para los niños y jóvenes, la eliminación de la discriminación e igual remuneración para hombres y mujeres. Declaración relativa a los principios fundamentales en el trabajo, www.ilo.org

⁵ Tanto el SGP como la ICC son sistemas preferenciales de acceso al mercado de los Estados Unidos y son de carácter unilateral, en el sentido de que son concesiones unilaterales de ese país para con países en desarrollo. Mientras el SGP se otorga a países en desarrollo de todo el mundo, la ICC se otorga únicamente a los países de la Cuenca del Caribe.

⁶ U.S. Department of Commerce International Trade Administration, 2004.

⁷ Este requisito fue incorporado al aprobarse en 1999 en la Conferencia Internacional del Trabajo.

⁸ Costa Rica fue también objeto de dos denuncias de irrespeto a los derechos laborales.

⁹ Algunos agravantes de este sistema tienen que ver con la subjetividad con la que el USTR es juez y parte, y la informalidad o inexactitud de los temas denunciados

lativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo de 1998, así como en la cooperación entre los países para el fomento del cumplimiento de la legislación laboral.

Esa experiencia sirvió como modelo para el tratamiento del tema laboral en otras negociaciones comerciales bilaterales, tales como el TLC entre Canadá y Chile, que entró en vigencia en 1996, y el TLC entre Canadá y Costa Rica, que entró en vigencia en el año 2001.¹⁰ El tema fue incluido a solicitud de Canadá, y en ambos casos, se negociaron acuerdos complementarios al del tratado de libre comercio,¹¹ denominados Acuerdos de Cooperación Laboral que, como su nombre lo indica, enfatizan en la cooperación para fortalecer la capacidad de los países de cumplir con el respeto a las normas laborales.

No obstante, mientras el acuerdo en materia laboral entre Costa Rica y Canadá no incluye un régimen sancionatorio por incumplimiento,¹² sino que se centra exclusivamente en el fortalecimiento de la cooperación, el acuerdo entre Canadá, Estados Unidos y México, y el acuerdo entre Chile y Canadá, si lo incluyen. En el caso del acuerdo entre Chile y Canadá se incorpora la posibilidad de multas de hasta US \$ 10 millones,¹³ y en el caso de los tres países del Norte de América de no más de US \$ 20 millones,¹⁴ además de sanciones comerciales por incumplimientos en materia laboral.¹⁵

A partir de la autorización dada al Presidente de los Estados Unidos en el año 2002 para negociar acuerdos comerciales, conocida como TPA,¹⁶ los Estados Unidos varían el abordaje del tema laboral en las negociaciones comerciales internacionales, estableciendo:¹⁷

- a. *asegurar mediante los acuerdos comerciales que no se debiliten ni reduzcan las protecciones o leyes laborales nacionales con el fin de afectar el comercio. Con ello el tema laboral no debe ser un acuerdo paralelo de cooperación, sino que debe ser parte integral de los tratados comerciales;*
- b. *buscar el mecanismo de imposición de una multa si una parte en conflicto, según los términos del acuerdo, no cumple con las obligaciones estipuladas en el acuerdo.*

Es así como el tema laboral ya es parte integral de otros acuerdos bilaterales de los Estados Unidos, tales como los TLCs que ese país ha negociado con Jordania, Chile y Singapur, y es parte integral del TLC-CA.

¹⁰ En los otros acuerdos comerciales de Costa Rica con México, Chile, la República Dominicana y los países del CARICOM, y en los acuerdos centroamericanos de integración económica, no se incluye el tema laboral.

¹¹ En el caso de Costa Rica se trata de un acuerdo independiente, en el sentido de que el Acuerdo de Cooperación Laboral es un acuerdo jurídico separado y diferente, que no forma parte del acuerdo jurídico del TLC, además de que no existen multas ni sanciones comerciales por incumplimientos, por lo que no existe vinculación jurídica entre el TLC y el Acuerdo de Cooperación Laboral.

¹² En el Acuerdo de Cooperación Laboral entre Costa Rica y Canadá se crea la posibilidad de tomar medidas a raíz de incumplimientos en materia laboral, pero se excluye expresamente la posibilidad de establecer multas y de otras medidas que afecten al comercio. En su lugar, se establece la posibilidad de recurrir a la cooperación para contribuir al cumplimiento de la legislación laboral. Artículo 23 del Acuerdo de Cooperación Laboral entre Costa Rica y Canadá.

¹³ Acuerdo de Cooperación Laboral entre Chile y Canadá.

¹⁴ Después del primer año, la contribución monetaria no será mayor del 0.007 por ciento del comercio total de bienes entre las Partes correspondiente al año más reciente para el cual se tenga información disponible, según el Anexo 39 del Acuerdo de Cooperación Laboral.

¹⁵ Capítulo de Solución de Controversias en el Acuerdo de Cooperación Laboral entre Canadá, Estados Unidos y México.

¹⁶ Trade Promotion Authority (TPA por sus siglas en inglés), denominado anteriormente “fast track authority”, es la facultad que da el Congreso al Presidente de los Estados Unidos para negociar acuerdos comerciales internacionales dentro de parámetros determinados, garantizando que lo negociado será debatido en el Congreso sin enmiendas introducidas por éste último.

¹⁷ Murillo y Ruiz, 2003. Congreso de los Estados Unidos, 2002.

2. Objetivos de la Negociación

En conocimiento del condicionamiento de la inclusión del tema laboral en la negociación de tratados de libre comercio, establecido en la Autoridad de Promoción Comercial (TPA) de los Estados Unidos, los Ministros centroamericanos establecieron como objetivos de las negociaciones en relación con el tema laboral en el TLC-CA, los siguientes:¹⁸

- *“Establecer un marco de normas y principios que promuevan la protección y el cumplimiento de los derechos de los trabajadores internacionalmente reconocidos, a través de la observancia y aplicación de la respectiva legislación laboral de cada uno de los países, tomando en consideración las diferencias en tamaño y desarrollo de éstos.*
- *Fomentar la cooperación entre las Partes para el desarrollo de proyectos de interés mutuo en el área laboral.*
- *Reafirmar que el marco de normas y principios adoptados en materia laboral no constituya ni permita la adopción de medidas que afecten el comercio entre las Partes.”*

Partiendo de esos objetivos, así como de su compromiso con la protección de los derechos de los trabajadores internacionalmente reconocidos, reflejado en la legislación interna vigente, la ratificación de

una gran cantidad de convenios internacionales en esa materia, y en la participación activa en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la posición de negociación del Gobierno de Costa Rica, que coincide con la posición de negociación de los demás países de la región, contiene los siguientes elementos:¹⁹

- *“Fortalecer el respeto y la observancia a la legislación laboral nacional, con especial énfasis a la observancia y cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores contenidos en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT (1998);*
- *garantizar que no se disminuyan los estándares de protección laboral en el país, con el ánimo de promover el comercio o la inversión;*
- *desarrollar una estructura institucional que permita a las autoridades laborales reunirse periódicamente para discutir asuntos de interés mutuo sobre la aplicación efectiva de la legislación laboral en sus países;*
- *consolidar y fortalecer la cooperación existente²⁰ para la observancia y el cumplimiento de la legislación laboral, debido a que los incumplimientos a menudo se deben a la falta de recursos económicos, humanos e institucionales para prevenir y solventar dichos incumplimientos.”*

¹⁸ COMEX, 2003b, pág 35.

¹⁹ COMEX, 2003b, pág 50.

²⁰ Los países centroamericanos y Estados Unidos ya tienen experiencia con varias iniciativas de cooperación laboral, como las siguientes: a. Proyecto Modernización del Mercado Laboral, financiado por el Convenio BID-SIECA, ejecutado por SIECA (en ejecución). Componentes: Plan piloto del centro de resolución alterna de conflictos laborales, capacitación en técnicas de conciliación, y preparación de funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) como capacitadores; donación de un servidor e implementación de un sistema de información laboral (pendiente). b. RELACENTRO, ejecutado por la OIT, financiado por el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, desde enero 2001 a diciembre 2003. Componentes: Actores sociales capacitados en cursos de buenas prácticas, resolución alternativa de conflictos y relaciones laborales; trabajo de investigación; contribución hacia una agenda laboral subregional; Magistrados y Jueces capacitados en normas internacionales del Trabajo. c. Defensa de Derechos Laborales de las Mujeres: Proyecto de la Oficina de los Derechos de la Mujer, financiado por el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, ejecutado por el MTSS y el Instituto Nacional de la Mujer (INAMU), de agosto de agosto de 2000 a agosto de 2003. Componentes: Participación y capacitación de líderes de todo el país y funcionarios (as) del MTSS para la divulgación de los derechos laborales de las mujeres; campaña por medios; elaboración de una Guía de Buenas Prácticas Laborales. d. Cooperación del Gobierno de los Estados Unidos para el Desarrollo de Sistemas de Información: Proyecto de Modernización de los Ministerios de Trabajo de Centroamérica, Panamá y Belice, ejecutado por la Fundación del Servicio Exterior para la Paz y la Democracia (FUNPADEM), financiado por la Agencia para el Desarrollo Internacional del Gobierno de los Estados Unidos con sede en Guatemala (USAID), ejecutado entre diciembre de 1998 y noviembre del 2000. Componentes: Sistema de Información Laboral (SIL); Capacitación: talleres nacionales, regionales, cursos regionales, videoconferencias regionales a funcionarios del MTSS. e. Proyecto Regional de Modernización del Mercado Laboral, ejecutado por la Secretaría de Integración Económica de Centro América (SIECA), financiado por la Agencia para el Desarrollo Internacional del Gobierno de los Estados Unidos con sede en Guatemala (USAID) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Componentes: Donación de software y hardware; desarrollo del Sistema Regional de Información Laboral, disponible únicamente en Internet y hospedado en SIECA y capacitación a funcionarios. f. Proyectos dirigidos a la Prevención y Eliminación del Trabajo Infantil en la Actividad Cafetalera, ejecutado por Defensa de los Niños – Internacional,

Como se puede observar, los países centroamericanos se habían planteado como objetivo de no mezclar el tema laboral con los temas comerciales, y mucho menos aceptar la posibilidad de sanciones comerciales por incumplimiento. En su lugar, plantearon el tema desde el punto de vista de la cooperación, conocedores de la dificultad de cumplimiento debido a la falta de recursos económicos, humanos e institucionales.

Ese objetivo de negociación se mantuvo durante buena parte del proceso de negociación, sabiendo los países centroamericanos que ese objetivo era contrario a lo que la legislación estadounidense permitía. Ésta, como se mencionó, incluía la imposición de multas por incumplimiento. No se elaboró una propuesta de negociación en materia laboral en función de los intereses de los países, sino que la negociación se basó, finalmente, en el texto que previamente los Estados Unidos habían negociado con Chile.

3. Resultados de la Negociación

En el TLC-CA, los países centroamericanos y los Estados Unidos acordaron lo siguiente:

1. Reafirmar las obligaciones como miembros de la OIT y los compromisos asumidos en la Declaración de la OIT.
2. Comprometerse a no debilitar ni reducir la protección laboral existente (con el objetivo de promover el comercio o la inversión).
3. Establecer un Consejo de Asuntos Laborales a nivel ministerial.
4. Establecer un Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades.
5. Realización de Consultas Laborales Cooperativas.

A continuación se describen y se comentan cada uno de los elementos negociados.

1. Reafirmación de las obligaciones como miembros de la OIT y los compromisos asumidos en la Declaración de la OIT

Los países miembros del tratado reafirman sus obligaciones como miembros de la OIT y los compromisos asumidos en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998). Para ello, reconocen expresamente que *“los estándares laborales no deben ser utilizados para fines comerciales proteccionistas”*²¹ y mencionan explícitamente los siguientes principios y derechos laborales internacionalmente reconocidos:²²

- “(a) el derecho de asociación;*
- (b) el derecho de organizarse y negociar colectivamente;*
- (c) la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio;*
- (d) una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y*
- (e) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.”*²³

Por otra parte, los países afirman el pleno respeto a las Constituciones de cada país y reconocen el derecho de cada país para establecer sus propias normas laborales, permitiendo su modificación y mejora, siempre y cuando sean consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos.²⁴

en colaboración con la Fundación Hijos del Campo, COOCAFE y la Oficina de Atención y Erradicación del Trabajo Infantil y Protección del Trabajador Adolescente del MTSS. País donante: Estados Unidos de América, realizado del 2001 al 2003. Componentes: Talleres de capacitación dirigidos a personeros de las Cooperativas, miembros de la comunidad, y funcionarios de otras instituciones destacados en la zona; reinserción educativa y apoyo económico. Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, presentación en Power Point, sin fecha. g. Proyecto Centroamérica Cumple y Gana: Fortalecimiento de los derechos laborales, iniciado en septiembre del 2003, ejecutado por FUNPADEM, con el financiamiento del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos. Componentes: Difusión de las leyes y normas laborales de los países de la región centroamericana; Fortalecimiento de los sistemas de inspección laboral; promoción del uso de la resolución alternativa de conflictos.

²¹ Capítulo 16, Nota al pie de página No. 1.

²² Artículo 16.8.

²³ Las condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional no son parte de los principios y derechos fundamentales incluidos en la Declaración de la OIT de 1998, pero fueron incluidos como derechos esenciales en el Tratado.

²⁴ Artículo 16.1.2.

La mención explícita de principios y derechos laborales internacionalmente reconocidos en el Tratado, no es coincidente con el listado de los mismos en la Declaración de la OIT. Destaca, dentro de ese listado, la ausencia de mención explícita a la no discriminación en materia de empleo y ocupación. Únicamente en materia de prioridades de Cooperación y Desarrollo de Capacidades, se menciona la totalidad de esos principios, en forma coincidente con la Declaración de la OIT.²⁵

La falta de coincidencia entre la lista de los principios y derechos laborales internacionalmente reconocidos en el Tratado, omitiendo la mención explícita de un derecho fundamental, y la lista de los mismos en la Declaración de la OIT, es un tanto desafortunada, ya que ha hecho surgir críticas y temores en cuando a que el derecho a la no discriminación no esté cubierto por el tratado.

No obstante que en el tratado se estipula que “Una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral ...”;²⁶ también se afirma el pleno respeto por las Constituciones de los países y se reconoce su derecho de establecer sus propias normas laborales, por lo que ese derecho sí está cubierto y como tal debe ser respetado. Ese derecho también está claramente contemplado en la Constitución Política de Costa Rica, así como en otras leyes.²⁷

Por otra parte, la Declaración de la OIT contempla ocho convenios fundamentales. Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua han ratificado todos, El Salvador ha ratificado seis y los Estados Unidos han ratificado solamente dos²⁸ (cuadro 16.1) .

Cuadro 16.1.
Ratificaciones de los Convenios sobre los derechos humanos fundamentales (OIT)

■ Convenio ratificado ■ Convenio pendiente de ratificar

País	Libertad sindical y negociación colectiva		Eliminación del trabajo forzoso u obligatorio		Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación		Abolición del trabajo infantil	
	Convenio 87 a/	Convenio 98 b/	Convenio 29 c/	Convenio 105 d/	Convenio 100 e/	Convenio 111 f/	Convenio 138 g/	Convenio 182 h/
Costa Rica	■	■	■	■	■	■	■	■
El Salvador	■	■	■	■	■	■	■	■
Estados Unidos	■	■	■	■	■	■	■	■
Guatemala	■	■	■	■	■	■	■	■
Honduras	■	■	■	■	■	■	■	■
Nicaragua	■	■	■	■	■	■	■	■

Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización (1948). b/ Convenio sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva (1949). c/ Convenio sobre el trabajo forzado (1930). d/ Convenio sobre la abolición del trabajo forzado (1957). e/ Convenio sobre la igualdad en la remuneración (1951). f/ Convenio sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958). g/ Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo (1973). h/ Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999). Nowalsky, J. 2002. Asimetrías Económicas, laborales y sociales en Centroamérica: desafíos y oportunidades. San José. Fuente: Castro, 2004; OIT, 2003; Nowalsky, 2002.

²⁵ Anexo 16.5.1.

²⁶ Artículo 16.2.1.a.

²⁷ Artículo 33 y 68 de la Constitución Política de Costa Rica.

²⁸ Castro, 2004.

En el Tratado no existe el compromiso expreso de los países de ratificar los convenios internacionales a los que hace referencia la Declaración de la OIT, como sí existe para la ratificación de convenios internacionales en materia de propiedad intelectual.²⁹

Lo anterior ha generado críticas y dudas en cuanto a la obligatoriedad de El Salvador y los Estados Unidos de cumplir con los principios y derechos fundamentales de la OIT mencionados en el TLC-CA, mediante la ratificación de los convenios respectivos. Los países adquieren el compromiso de cumplir con la legislación interna, pero no de ampliarla con la aprobación de los convenios de la OIT. Dentro de ese contexto, nuevamente resalta el aspecto relacionado con la no discriminación, no existiendo, a primera vista, ninguna posibilidad de sanción por discriminación en el trabajo, aspecto del que se estarían librando los Estados Unidos, afectando la población migrante y de color en ese país.³⁰

No obstante, al reafirmar sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT de 1998, “... *la Declaración compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos (), hayan o no ratificado los convenios pertinentes.*”³¹

Ahora bien, la ratificación de los convenios relacionados con la Declaración de la OIT hará necesario que los países realicen reformas legales, de manera tal que la legislación laboral nacional sea consistente con los convenios de la OIT. Un estudio reciente de la OIT sobre legislación laboral en los países centroamericanos identifica una serie de aspectos de la legislación laboral de cada país de la región que no son consistentes con las obligaciones en los convenios.³² (Cuadro 16.2.)

2. Compromiso de no debilitar ni reducir la protección laboral existente en la legislación interna.

Los países reconocen que no es apropiado debilitar ni reducir la protección laboral existente en la legislación interna, como una forma para incentivar el comercio o la inversión.³³ En ese sentido, los países se comprometen a no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral.³⁴

La mención explícita de la protección laboral existente en la legislación interna refuerza el argumento de que toda la legislación laboral debe ser respetada, a partir de los principios y derechos fundamentales establecidos. Sin embargo, el término ‘legislación laboral’ es definido como “... *las leyes y regulaciones de una Parte, o disposiciones de las mismas que estén directamente relacionadas con los ... derechos laborales internacionalmente reconocidos*”³⁵ Esa definición ha sido interpretada como que bajo el término legislación laboral únicamente se contemplan los derechos explícitamente mencionados en el tratado, y que otros derechos laborales establecidos en la legislación interna de Costa Rica, tales como el contrato de trabajo, el aguinaldo, las vacaciones, el seguro de salud, pensión, los procedimientos para el despido, y específicamente, el Código de Trabajo, podrían quedar excluidos de la legislación laboral del país, en materia del tratado, una vez aprobado éste.

Aun si algunos derechos laborales no están explícitamente mencionados en el Tratado como parte de la legislación laboral costarricense, el hecho de que se estipule que la legislación laboral de cada país debe ser respetada y aplicada, garantiza que esos derechos laborales continuarán siendo parte de la legislación laboral nacional. Si bien hay un listado mínimo de derechos que deben cumplirse, y es cierto que no se hace mención explícita al Código de Trabajo, sí hay una obligación implícita de cumplir con la legisla-

²⁹ Véase al respecto el Capítulo 15 sobre Propiedad Intelectual del TLC-CA.

³⁰ Trejos, 2004. pág. 11,

³¹ OIT, 1998.

³² OIT, 2003.

³³ Artículo 16.2.2.

³⁴ Artículo 16.2.1.a.

³⁵ Artículo 16.8.

ción existente en cada uno de los países. Es importante mencionar en este contexto que, al tratarse de un acuerdo comercial multilateral, entre seis países con legislaciones laborales distintas, el principio rector en la negociación en materia laboral fue el respeto a los derechos internacionalmente reconocidos y a la legislación laboral interna, no la armonización de los estándares laborales en todos los países.

Más bien, los derechos laborales tendrán un refuerzo, en tanto los países se comprometen a que el procedimiento sea “justo, equitativo y transparente”³⁶ y que “dichos procedimientos no impliquen costos o plazos irrazonables, o demoras injustificadas.”³⁷ Además, se obliga al Estado costarricense a que la

justicia sea pronta, al establecer que “Cada Parte dispondrá que las resoluciones finales sobre el fondo del caso en tales procedimientos...”³⁸ “... se hagan disponibles, sin demora indebida...”³⁹ No hacerlo podría significar una denegación de justicia que podría ser denunciada a la luz del tratado. Ello es particularmente importante a raíz del deterioro que ha sufrido la emisión de resoluciones judiciales en materia laboral. En 1994, el 34% de los casos elevados a tribunales competentes en segunda instancia fueron revocados mientras que en el 2003 este porcentaje aumentó a 69%⁴⁰. En ese sentido, el tratado vendría a crear una obligación del país para revertir ese deterioro.

Cuadro 16.2.
Inconsistencias entre la legislación laboral de los países centroamericanos y los convenios de la OIT

Derecho	Observación	Inconsistencias existentes
Derecho a la sindicalización (artículo 60 de la Constitución Política)	Convenio 87: 2001 y 2003	Modificar el artículo 14 de la Constitución Política, para que incluya la aplicación del Código de Trabajo, y, por tanto, de los derechos sindicales, a los trabajadores de las explotaciones agrícolas y ganaderas, que ocupen de forma permanente no más de cinco trabajadores ^{1/} .
Derecho de constituir organizaciones sin ninguna distinción y sin autorización previa	Convenio 87: 2003	Modificar el artículo de los requisitos de inscripción de los sindicatos para que establezca un plazo concreto y corto para que la autoridad administrativa se pronuncie sobre la inscripción de los sindicatos, transcurrido el cual sin que haya habido decisión se entienda que han obtenido la personalidad jurídica.
Autonomía organizativa	Convenio 87: 1993 y 2003.	Modificar el artículo 345 del Código de Trabajo y el artículo 60 de la Constitución Política para eliminar las restricciones al derecho de los extranjeros de acceder a cargos sindicales. Estos se consideran incompatibles con el artículo 3 del Convenio 87, donde no existe inconveniente a que ello suceda una vez que haya residido cierto tiempo en el país.
Garantías de protección	Convenio 98: 2002 y 1999	Modificar la legislación 6 para que los procesos laborales sobre discriminación antisindical se agilicen y sean tramitados rápidamente y que se garantice la ejecución de las sentencias judiciales, a través de medios eficaces.

³⁶ Artículo 16.3.2.

³⁷ Artículo 16.3.2.d.

³⁸ Artículo 16.3.3.

³⁹ Artículo 16.3.3.b.

⁴⁰ Elaboración propia a partir de los Poder Judicial, varios años.

Negociación colectiva voluntaria	Convenio 98: 2002	Según la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, quedan excluidos del derecho de negociación colectiva en el sector público, los empleados que tengan una relación estatutaria, incluso si trabajan en empresas públicas, comerciales o instituciones públicas autónomas ^{2/} , correspondiendo a la administración o empresas públicas, determinar quién es el personal estatutario, decisión que puede ser tomada de manera judicial ^{3/} . Esto viola el artículo 6 del Convenio 98, que dice que sólo permite excluir de su campo de aplicación a los funcionarios públicos en la administración del Estado.
El contenido de la negociación colectiva voluntaria	Convenio 98: 2002	La Sala Constitucional declaró inconstitucionales algunas cláusulas convencionales, utilizando criterios de legalidad, proporcionalidad, racionalidad e igualdad, invocando privilegios irrazonables y desproporcionados que se otorgan en ciertos casos con fondos públicos ^{4/} . Según el convenio, las cláusulas convencionales sólo podrían anularse por defectos de forma o por incumplimiento de los mínimos legales.
Derecho de huelga	Convenio 87: 2003	La Sala Constitucional declaró inconstitucional la prohibición del derecho de huelga en los servicios públicos descritos en los incisos a), b) y e) del artículo 376 ^{5/} , en la cual se aplica esa prohibición únicamente en los servicios esenciales, que se enumeran de forma restrictiva y que se relacionan con la salud o la economía pública (artículo 376 del Código de Trabajo), incluyendo a los servicios de transporte. Esto es incompatible con el derecho de las organizaciones de trabajadores de ejercer libremente sus actividades y formular su programa de acción, tal y como se consagra en el artículo 3 del Convenio.
El respeto al desarrollo normal físico-psíquico	Convenio 138: 1999 y 2001	El artículo 71 de la Constitución Política, como parte de la protección especial del menor, prohíbe que ejecutar actividades consideradas como insalubres y peligrosas pero no se definen este tipo de trabajos ^{6/} .
Edad mínima de admisión al empleo	Convenio 138: 2001	La edad mínima de admisión al empleo es de 15 años en los artículos 78, 85, 86 y 92 del CNA. Sin embargo hay que derogar el artículo 47 del Código de Trabajo, que indica una edad diferente. Además, para actividades insalubres o peligrosas (artículo 94 del CNA) se estipula como mínima la edad de 18 años.

^{1/} El Gobierno manifestó que cumplió en la edición de marzo del 2001 la disposición de que las ediciones el Código de Trabajo reflejen la decisión adoptada en 1952 por la Corte Suprema de Justicia. ^{2/} Voto número 4453-2000 del 24 de mayo del 2000 y número 9690-2000 del 1 de noviembre del 2000 de la Sala Constitucional. ^{3/} Informe de la Misión de Asistencia Técnica que tuvo lugar en Costa Rica del 3 al 7 de septiembre de 2001. El Gobierno suministró una copia de los proyectos de ley que presentó a la Asamblea Legislativa, por los que se reforma el artículo 192 de la Constitución Política para garantizar la negociación colectiva en el sector público y crear la ley para la negociación de convenciones colectivas en el sector público y se adiciona un inciso 5) al artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública. ^{4/} Voto número 7730-2000, de 30 de agosto de 2000 de la Sala Constitucional. ^{5/} Voto número 1317-98 de 27 de febrero de 1998 de la Sala Constitucional. ^{6/} Para el Gobierno, en concordancia con lo que dispone el Convenio 138 de la OIT y los artículos 83 y 94 CNA, se elaboró un documento denominado Condiciones y Actividades Laborales Peligrosas e Insalubres para el Adolescente, base para la emisión del decreto 29220-MTSS, publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 10 de enero de 2001, relativo al Reglamento para la contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes.

Fuente: OIT, 2003.

Otro aspecto a analizar es que “... las personas con un interés jurídicamente reconocido conforme a su legislación, tengan en un determinado asunto adecuado acceso a los tribunales para el cumplimiento de la legislación laboral...”⁴¹ Las críticas al respecto señalan que “... el recurso a los tribunales internos ha representado el incumplimiento repetido e impune de la normativa laboral en los países de Centroamérica, ya que por esa vía no se garantiza su acatamiento.”⁴² No obstante la validez de ese argumento, que denota las dificultades existentes para hacer cumplir la legislación laboral, el tratado contempla la obligación de su cumplimiento, si bien no en una forma que establezca plazos perentorios, como se mencionó anteriormente. Ello tiene implicaciones de magnitud importante sobre las reformas que tendrán que llevarse a cabo, a efectos de cumplir con esa obligación, en beneficio de la clase trabajadora.

Ahora bien, a diferencia de los procedimientos que tutelan los derechos de los inversionistas en caso de expropiaciones, que exigen que la indemnización debe “pagarse sin demora”,⁴³ o los procedimientos sobre contrataciones públicas, que deben ser “oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el debido proceso”,⁴⁴ en el caso de los procedimientos laborales únicamente se establece que “no impliquen costos o plazos irrazonables, o demoras injustificadas.”⁴⁵ No está claro qué son costos y plazos irrazonables o demoras injustificadas en materia laboral, y es un asunto que tendrá que ser definido, sea por la legislación interna de cada país, o bien por el Consejo de Asuntos Laborales.

En cuanto a garantías procesales e información pública, en el tratado se establece que las resoluciones o los asuntos pendientes de resolución emanadas de los tribunales administrativos, cuasijudiciales, judiciales o de trabajo de cada país, así como otros procedimientos relacionados, no serán objeto de re-

visión ni podrán ser reabiertos con base en lo negociado dentro del TLC-CA.⁴⁶ De esta manera se estaría garantizando que el Tratado no se preste para revisar cosa juzgada según los tribunales nacionales, o bien para que a través del tratado se pueda interceder ante el poder judicial de un país, buscando la seguridad jurídica y el respeto a la soberanía de cada país en cuanto a asuntos pendientes de resolución.

Sin embargo, los críticos consideran que “Esto evidentemente no tiene ningún sentido, casualmente porque lo que se discute, o se debería discutir en el TLC es si esas violaciones laborales han afectado el comercio y por lo tanto deben generar una sanción internacional.”⁴⁷

Otra crítica que se hace a lo negociado es que los migrantes se mantienen desprotegidos, porque en el capítulo sobre servicios se establece que “Este capítulo no impone a una parte ninguna obligación respecto a una nación de otra parte que pretenda ingresar a su mercado de trabajo o que tenga empleo permanente en su territorio, ni de conferir ningún derecho a ese nacional, respecto a dicho acceso o empleo”⁴⁸, con lo cual no se establece ningún compromiso en el Tratado para regular la situación de los migrantes ilegales en los Estados Unidos, aspecto que puede ser de especial relevancia para la mayoría de los países de la región.⁴⁹

Ciertamente, el tema migratorio no está contemplado en el tratado, para ningún país, pudiendo haberlo estado, por sus efectos sobre el comercio, generando mecanismos para la tutela de los derechos de la población migrante.

Finalmente, la no armonización de los estándares laborales en el TLC-CA hace que se dé una asimetría en los costos de producción, en desventaja de aquellos países con estándares laborales más altos,

⁴¹ Artículo 16.3.1.

⁴² Trejos, 2004, Pág. 11.

⁴³ Artículo 10.7.2.(a)

⁴⁴ Artículo 9.15.3.

⁴⁵ Artículo 16.3.2.d.

⁴⁶ Artículo 16.3.

⁴⁷ Castro, 2004, pág. 41.

⁴⁸ Artículo 11.1.5.

⁴⁹ Trejos, 2004, Pág. 14.

que se traducen en “cargas” laborales que afectan su competitividad internacional, con respecto a otros países que basan su producción en costos de producción que no contienen esos estándares laborales más altos.⁵⁰

En opinión del sector sindical, la invisibilización de esas asimetrías en los costos de producción en el TLC-CA, generará presión al sector productivo nacional hacia el incumplimiento de estándares laborales y hacia la informalización.

3. Establecimiento de un Consejo de Asuntos Laborales a nivel ministerial.

El Consejo de Asuntos Laborales se crea “para supervisar la implementación y revisar el avance de acuerdo con este Capítulo, incluyendo las actividades del Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades ... y para darle seguimiento a los objetivos laborales de este Tratado,”⁵¹ en el que todas las decisiones son tomadas por consenso, haciendo públicos los informes que elabore.⁵²

Para atender las labores del Consejo, cada país se compromete a crear una unidad o punto de contacto dentro de su Ministerio de Trabajo. Asimismo, se crea la posibilidad de crear en cada país, si es que ya no existe, un comité nacional de trabajo consultivo o asesor, a través del cual los miembros de la sociedad, incluyendo las organizaciones de los trabajadores y los empresarios, puedan canalizar sus puntos de vista sobre cualquier asunto relacionado con este capítulo. No obstante, a diferencia del capítulo sobre ambiente, en el que se establece expresamente que las recomendaciones del comité respectivo deben ser consideradas por el Consejo de Asuntos Ambientales,⁵³ en el caso de los asuntos laborales no se contempla expresamente ese compromiso.⁵⁴

4. Establecimiento de un Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades.

El mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades servirá al propósito de establecer las prioridades y desarrollar las actividades de cooperación laboral y desarrollo de capacidades, de cualquier forma en que los países la consideren adecuada (programas de asistencia técnica, proyectos de diversa índole, entre otros) y en relación con una gran cantidad de asuntos, que van desde la legislación, práctica e implementación relacionada con los elementos básicos de la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, hasta temas de género, sistemas de promoción de nuevas oportunidades de empleo, resolución alterna de conflictos, administración laboral, entre otros asuntos, dejando la posibilidad abierta de incluir otros asuntos que acuerden las partes.⁵⁵ Sin embargo, no se establecen los mecanismos de financiamiento de la cooperación; únicamente se establece que deberá buscarse el apoyo de organizaciones internacionales para “... avanzar en los compromisos comunes sobre asuntos laborales.”⁵⁶

Por otra parte, se echa de menos no haber incluido en el capítulo de cooperación laboral algo que sí se incluyó en el TLC de los Estados Unidos con Chile, que dice: “(d) asuntos relativos a la pequeña y mediana empresa: promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; mejoría de las condiciones de trabajo; medios de colaboración entre empleadores y representantes de los trabajadores y servicios sociales de protección convenidos entre organizaciones de trabajadores y empleadores o sus asociaciones”⁵⁷, lo que hubiese permitido posicionar dentro del tratado y los mecanismos de cooperación una política de fomento a la producción, con el objetivo de asistir a las empresas en el cumplimiento de los estándares definidos.

⁵⁰ Al respecto, Costa Rica ya está dando lucha a nivel internacional para que se reconozcan sus estándares laborales, ambientales y sociales en la producción y exportación de banano, buscando el reconocimiento internacional en ese campo para obtener una ventaja competitiva frente a países con estándares más bajos.

⁵¹ Artículo 16.4.2.

⁵² Artículo 16.4.5.

⁵³ Artículo 17.6.4.

⁵⁴ Artículo 16.4.4.

⁵⁵ Anexo 16.5., Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades.

⁵⁶ Anexo 16.5.2.d.

⁵⁷ Anexo 18.5.4.d., Mecanismo de Cooperación Laboral en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos.

La inclusión de esa política de apoyo “... es un proceso de generación de condiciones y capacidades de los sectores productivos nacionales, sobre todo la micro, pequeña y mediana empresa que representa el 98% de las unidades productivas costarricenses, para que gradualmente pueda ir acercándose a un cabal cumplimiento de los estándares definidos. Durante todo ese proceso y una vez obtenida esa certificación de cumplimiento, esas unidades productivas deben recibir una serie de políticas de apoyo y fomento productivo, como por ejemplo capacitación, transferencia tecnológica, apoyo a la comercialización, crédito diferenciado por medio de la Banca de Desarrollo, contratación prioritaria con el Estado y sus Instituciones, incentivos fiscales, etc. Esto permitiría generar realmente esas condiciones objetivas para el cumplimiento efectivo de derechos de las personas trabajadoras tal y como, al menos en el papel, definió la llamada “Posición Nacional” (sic) de COMEX.”⁵⁸

5. Realización de Consultas Laborales Cooperativas.

Los países acordaron llevar a cabo Consultas Laborales Cooperativas respecto de cualquier asunto que surja en relación con lo acordado en materia laboral. Las consultas pueden realizarse a nivel bilateral o bien a nivel multilateral, convocando al Consejo de Asuntos Laborales para buscar una solución, y enfatizando que, en caso de conflicto, la solución al mismo debe realizarse considerando las oportunidades de cooperación para resolverlo, lo mismo que los buenos oficios, la conciliación y mediación para su resolución. Igualmente, si los países involucrados en las consultas acuerdan dilucidar el asunto en otro foro del cual sean partes, pueden remitirlo a ese foro para que se proceda de acuerdo a lo estipulado en él.⁵⁹

Ahora bien, cuando surja un conflicto de incumplimiento (no aplicación efectiva) con la legislación laboral “... de una manera que afecte el comercio entre las Partes ...”,⁶⁰ éste también debe ser resuelto según el procedimiento descrito, o sea, a nivel bilateral o bien a nivel del Consejo de Asuntos Laborales. Sin embargo, si luego de 60 días no se ha logrado resolver satisfactoriamente, se puede recurrir al mecanismo de Solución de Controversias, según el Capítulo 20 del TLC-CA, pero solamente cuando se trate de asuntos relacionados con aparentes incumplimientos de la legislación laboral que afecte el comercio entre las partes.

Es difícil determinar a priori qué tipo de incumplimiento afecta el comercio. Ello podría dar pie para una interpretación muy amplia, pero también podría afirmarse todo lo contrario, que al no definirse cómo se conceptualiza esa afectación comercial, el tema se verá limitado, por ejemplo, a la competencia desleal por costos de producción. El Consejo de Asuntos Laborales tendrá que definir esa tipificación o bien determinar si las denuncias específicas que se presenten, caso por caso, tienen suficiente sustento y son razonables dentro del espíritu del tratado para darles curso.

El procedimiento para la solución de controversias según el Capítulo 20 del TLC-CA contempla, primeramente, la realización de consultas bilaterales⁶¹ para alcanzar una solución mutuamente aceptable. Si después de 60 días⁶² no se ha logrado resolver el asunto, éste puede ser remitido a la Comisión de Libre Comercio,⁶³ la que, interponiendo sus buenos oficios, procurará contribuir al logro de una solución mutuamente satisfactoria entre las partes en conflicto.

⁵⁸ Castro, 2004; Pág. 40.

⁵⁹ Tales foros son la OIT, o bien el Consejo Centroamericano de Ministros de Trabajo.

⁶⁰ “Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado” Artículo 16.2.1. (a) Nótese que la referencia es a la legislación laboral de cada país, en la que, en el caso de Costa Rica, se encuentra la no discriminación en el trabajo.

⁶¹ Cualquier otro país interesado en el tema puede participar en las consultas, según el Artículo 20.4.3.

⁶² Queda abierta la posibilidad de que este plazo se amplíe, según el artículo 20.5.1.c.

⁶³ La Comisión de Libre Comercio está conformada por los Ministros responsables del comercio exterior de cada país miembro del TLC-CA. Anexo 19.1. del Capítulo 19.

Si después de 30 días de haberse reunido la Comisión, o después de 75 días de haberse presentado la solicitud de consultas, en el caso de que la comisión no se haya reunido,⁶⁴ el asunto no se ha resuelto a satisfacción de las partes, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un panel o grupo arbitral.⁶⁵

El procedimiento ante el grupo arbitral se realiza según las denominadas Reglas Modelo de Procedimiento,⁶⁶ salvo que las partes en conflicto acuerden algo diferente,⁶⁷ y el mandato del grupo arbitral será, salvo que las partes acuerden algo diferente, “Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables de este Tratado, el asunto a que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del grupo arbitral y emitir las conclusiones,⁶⁸ determinaciones y recomendaciones⁶⁹ ...”⁷⁰ respectivas, así como presentar tanto un informe inicial como un informe final.

El informe inicial deberá ser presentado por el grupo arbitral a más tardar 120 días después de haber sido seleccionado el último panelista,⁷¹ y contendrá: a. las conclusiones de hecho; b. la determinación sobre si una parte ha incumplido una obligación laboral de manera tal que afecte al comercio entre las partes; c. recomendaciones para la solución de la controversia, si las partes así lo hayan solicitado al grupo

arbitral.⁷² Ese informe inicial será revisado por las partes, sus observaciones pueden ser reconsideradas por el grupo arbitral y éste podrá realizar exámenes adicionales, si así lo considera conveniente.

30 días después de presentado el informe inicial, salvo que las partes acuerden un plazo diferente,⁷³ el grupo arbitral presentará su informe final. Con base en el informe final, las partes contendientes acordarán la solución de la controversia, en caso de que se haya determinado un incumplimiento, procediendo a la eliminación del incumplimiento. Eventualmente, las partes acordarán un plan de acción para la eliminación del incumplimiento.⁷⁴

El tratamiento que se da al posible incumplimiento de la legislación laboral en cada país es muy diferente a lo establecido en la ICC. En ésta, como se mencionó, es la Oficina del Representante Comercial la que hace una evaluación del incumplimiento de la legislación laboral, basada en los principios y derechos fundamentales de la OIT. Si esta oficina llega a determinar que hubo un incumplimiento, se procede a la suspensión unilateral de las preferencias arancelarias, sin que los países beneficiarios tengan el derecho a que la decisión sea tomada imparcialmente ni el derecho a la revisión de la decisión adoptada.

⁶⁴ Queda abierta la posibilidad de que ese plazo se amplíe, según lo acuerden las partes consultantes, según el Artículo 20.6.1.e.

⁶⁵ El panel arbitral se selecciona de una lista de sesenta panelistas, con requisitos y cualidades claramente establecidas, que se integrará a más tardar dentro de los siguientes seis meses de vigencia del Tratado. Artículo 20.7. y Artículo 20.8. Los tres panelistas seleccionados, mediante procedimientos y reglas claramente establecidos en el Artículo 20.9 para resolver conflictos bilaterales, no serán nacionales de las partes involucradas. Artículo 20.9.1.

⁶⁶ Las Reglas Modelo de Procedimiento que se establecerán a la hora de entrada en vigencia del Tratado garantizarán: (a) el derecho, al menos, a una audiencia ante el grupo arbitral, la cual será pública, sujeta al párrafo (e); (b) una oportunidad para cada Parte contendiente de presentar alegatos iniciales y de replica por escrito; (c) que los alegatos escritos de cada Parte participante, las versiones escritas de sus declaraciones orales, y las respuestas escritas a una solicitud o a las preguntas del grupo arbitral serán disponibles al público dentro de los 10 días después a su entrega, de conformidad al subpárrafo (e); (d) que el panel considerará intervenciones de entidades no - gubernamentales de los territorios de las Partes contendientes para entregar opiniones escritas relacionadas con la controversia que puedan ayudar al grupo arbitral en la evaluación de los alegatos y argumentos de las Partes contendientes; y (e) la protección de la información confidencial. Artículo 20.10. Reglas de Procedimiento. Sin embargo, la Comisión de Administración del Tratado puede variarlas. Artículo 20.10.3.

⁶⁷ Artículo 20.10.2. El panel no podrá ser convocado para revisar una medida en proyecto. Artículo 20.6.6.

⁶⁸ Conclusiones en relación con el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado una medida que la parte demandante juzgue incompatible con las obligaciones del tratado, sólo podrán formularse si fue solicitado expresamente por una parte contendiente. Artículo 20.10.6.

⁶⁹ Recomendaciones para la solución de la controversia sólo podrán ser emitidas si las partes lo han solicitado. Artículo 20.13.2.

⁷⁰ Artículo 20.10.4.

⁷¹ Puede ser otro plazo, según lo establezca la Comisión a la hora de establecer las Reglas Modelo de Procedimiento a la fecha de entrada en vigencia del Tratado. Artículo 20.10. y 20.13.3. En todo caso, el plazo no puede ser mayor de 180 días, según el artículo 20.13.4.

⁷² Artículo 20.13.3.c.

⁷³ Artículo 20.14.1.

⁷⁴ Artículo 20.15.3.

En el TLC-CA, en cambio, se contempla todo un procedimiento, primero de consultas a nivel bilateral, y luego de consultas dentro del marco del Consejo de Asuntos Laborales. Si se recurre al mecanismo de solución de controversias, también se realiza una serie de consultas antes de convocar a un grupo arbitral compuesto por nacionales de países diferentes a los que se encuentran en el diferendo. Si no prosperan las consultas y los buenos oficios de mediación y conciliación de la Comisión de Libre Comercio, el grupo arbitral es la instancia que finalmente determina si ha habido un incumplimiento o no con la legislación laboral existente en cada país. En consecuencia, con el tratado se elimina la disposición unilateral de la ICC de excluir como beneficiario al país en el que, según los Estados Unidos, se haya incumplido la legislación laboral, y se introducen principios del derecho internacional para la solución de posibles incumplimientos de la legislación laboral nacional de cada país.

Ahora bien, contrario a lo originalmente estipulado en los objetivos de la negociación, así como en la posición nacional de Costa Rica en materia laboral,⁷⁵ Costa Rica y los demás países centroamericanos debieron aceptar en la negociación la inclusión de la posibilidad de que se imponga una multa de hasta US \$ 15 millones por incumplimiento de sus obligaciones en materia laboral, relacionadas con el comercio. Dicha aceptación se debió a la imposibilidad del equipo negociador de dejar por fuera la imposición de multas por concepto de incumplimiento de la legislación laboral en relación con el comercio, por cuanto la Autoridad de Promoción Comercial (TPA) instruye al equipo negociador de los Estados Unidos a que sanciones de este tipo deben estar incluidas en el Tratado.⁷⁶

De hecho, en caso de que el grupo arbitral en su informe final haya determinado un incumplimiento de la legislación laboral interna de un país, y si las partes no han logrado un acuerdo para eliminar ese incumplimiento dentro de 45 días después de recibido el informe final, o bien una parte considere que la parte demandada no ha cumplido con el plan de acción acordado, la parte reclamante podrá solicitar que se constituya el grupo arbitral nuevamente para que imponga una contribución monetaria anual a la parte demandada.

Es importante mencionar que la posibilidad de que se imponga una contribución monetaria anual de hasta US \$ 15 millones únicamente entrará a regir:

- a. luego de que no se haya llegado a una solución sobre la controversia respectiva dentro del marco de las Consultas Laborales Cooperativas;
- b. luego de que se hayan realizado las consultas al amparo del Mecanismo de Solución de Controversias;
- c. luego de que se haya establecido el grupo arbitral y éste haya emitido su informe final;
- d. luego de que eventualmente se haya acordado un plan de acción para la eliminación del incumplimiento que una parte considere la otra parte no ha cumplido; y
- e. luego de que haya sido solicitado nuevamente el establecimiento del grupo arbitral para acordar una contribución monetaria anual, que en todo caso, se mantendrá mientras se mantenga el incumplimiento las obligaciones laborales, expresadas en la legislación interna de cada país, que afecten el comercio entre las partes.⁷⁷

El grupo arbitral determinará el monto de la contribución monetaria de hasta US \$ 15 millones, 90 días después de su nuevo establecimiento. Para el establecimiento del monto de la contribución – multa –, el grupo arbitral deberá considerar los siguientes criterios:⁷⁸

⁷⁵ “El país no ha favorecido un enfoque punitivo que establezca un ligamen entre los temas comerciales y los temas laborales, que tenga como consecuencia la imposición de multas o sanciones comerciales, o bien la suspensión de cualquier beneficio derivado del TLC.”

⁷⁶ Sección 2102, b) Principal trade negotiating objectives 12) dispute settlement and enforcement E y F, Congreso de los Estados Unidos, 2002.

⁷⁷ Artículo 20.17.2.

⁷⁸ Artículo 20.17.2. Es así como se consideran las diferencias existentes entre los países en cuanto al nivel de desarrollo y el tamaño de sus economías.

“(a) los efectos sobre el comercio bilateral generados por el incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente; (b) la persistencia y duración del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente; (c) las razones del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente incluyendo, cuando sea relevante, el incumplimiento en cuanto a la observancia de los términos de un plan de acción; (d) el nivel de cumplimiento que razonablemente podría esperarse de la Parte, habida cuenta de la limitación de sus recursos; (e) los esfuerzos realizados por la Parte para comenzar a corregir el incumplimiento después de la recepción del informe final del grupo arbitral, incluso mediante la implementación de cualquier plan de acción mutuamente acordado; y (f) cualquier otro factor pertinente.”

Las contribuciones o multas que deberán pagarse, a razón de cuotas trimestrales iguales, se depositarán en un fondo establecido y administrado por la Comisión de Libre Comercio, que serían utilizados, entre otros, para mejorar el cumplimiento de la legislación laboral existente en el territorio de la parte demandada. Podría interpretarse también que la imposición de multas es algo positivo, ya que si se llegara a establecer una multa, el monto de la misma tendría que ser utilizado en medidas para que el país incumpliente elimine el incumplimiento. El pago de la multa no consiste, entonces, en la transferencia de un monto determinado del país incumpliente al país demandante, sino de una reasignación presupuestaria del país incumpliente, a efectos de fortalecer su capacidad interna para el cumplimiento de la legislación laboral.

Ciertamente, las empresas que violentaron los estándares laborales no son sujetos de sanciones dentro del tratado y el tratado no contempla la reparación del daño causado. Las personas interesadas pueden acceder a los tribunales nacionales para el cumplimiento de la legislación laboral, “... de modo que las empresas no están sujetas al procedimiento de solución de controversias del Tratado.”⁷⁹ Además, “...

la trabajadora embarazada despedida, continuará despedida.”⁸⁰ Efectivamente, no se da, en el tratado, una legitimación activa a organizaciones sindicales, ONG’s o a las personas afectadas directamente por las violaciones, para presentar conflictos, quejas y reclamaciones, a diferencia de la participación activa que sí tienen los inversionistas para demandar a los países firmantes ante tribunales arbitrales.

Sin embargo, nada impide que complementariamente cada país pueda establecer sanciones a las empresas infractoras así como las reparaciones al daño causado. No obstante, mientras en el capítulo sobre ambiente sí se establece la obligatoriedad de los países de imponer sanciones y reparaciones apropiadas y efectivas,⁸¹ en el capítulo laboral no se asume dicha obligación.

Finalmente, si el país que efectivamente violenta la legislación laboral no cumple con su obligación de pagar la multa respectiva, el país demandante podrá adoptar otras sanciones, las que pueden incluir la suspensión de beneficios arancelarios acordados en el Tratado. “Dichas acciones pueden incluir la suspensión de beneficios arancelarios de conformidad con este Tratado en la medida necesaria para cobrar la contribución, teniendo presente el objetivo del Tratado de eliminar obstáculos al comercio e intentando evitar que se afecte indebidamente a partes o intereses que no se encuentren involucrados en la controversia.”⁸² Con esta disposición, se trata de focalizar la sanción comercial, sin afectar otras actividades comerciales.

Tanto las multas como las sanciones comerciales son medidas transitorias aplicables hasta que se elimine el incumplimiento dictaminado por el grupo arbitral. Cuando la parte afectada considere que ha eliminado el incumplimiento, deberá notificar al grupo arbitral, el que, después de noventa días, deberá emitir un informe. Si en el informe se concluye que efectivamente el incumplimiento ha sido eliminado, se restablecerán de inmediato los beneficios suspendidos o bien se eliminará la obligación de pagar la multa.⁸³

⁷⁹ Trejos, 2004, pág. 11.

⁸⁰ Castro, 2004, pág. 18.

⁸¹ Artículo 17.3.1.c. y Artículo 17.3.4.

⁸² Artículo 20.17.5.

⁸³ También se establece en el tratado que la Comisión debe revisar la efectividad del artículo referente a la imposición de multas o sanciones comerciales (Artículos 20.17 y 20.16), sea cinco años después de la entrada en vigencia del Tratado, o bien seis meses después de que se hayan impuesto sanciones o multas en cinco casos diferentes, según lo que se verifique primero. Artículo 20.19.

Debe tenerse presente que, tanto el proceso para la imposición de sanciones comerciales como el proceso para la imposición de una multa, requiere de una serie de instancias que no existían anteriormente y que hace más difícil ahora que antes, la imposición de sanciones comerciales. Desde ese punto de vista, la efectividad de la amenaza de sanciones comerciales, en relación con la situación prevalente bajo la ICC, disminuye, con lo cual también podría disminuir la efectividad de la aplicación de la legislación laboral en todos los países signatarios del Tratado. Bajo el procedimiento establecido en el TLC-CA, no basta con la amenaza de imponer una sanción comercial para que los países procedan a modificar o hacer cumplir su legislación laboral, y la sanción comercial sólo puede ser impuesta si el país demandado efectivamente no cumple con su obligación de “pagar” la multa respectiva, esto es, realizar la gestión interna en su presupuesto para asignar los recursos requeridos a las instituciones respectivas para eliminar el incumplimiento.

4. Conclusiones.

El tema laboral no forma parte de las negociaciones comerciales multilaterales dentro del marco de la OMC. En este foro, los Ministros de Comercio reafirmaron su compromiso de observar las normas fundamentales del trabajo reconocidas internacionalmente y reconocieron que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer y aplicar estas normas, rechazando su utilización con fines proteccionistas.

Sin embargo, el tema laboral sí es parte integral de los tratados de libre comercio que los países desarrollados negocian con los países en desarrollo, siendo incluso una condición de los países desarrollados para negociar dichos tratados. Ese ha sido el caso de Canadá, al negociar los TLCs con Chile, México y Costa Rica, y ese ha sido el caso de los Estados Unidos, al negociar el TLC con México, Chile y, ahora, el TLC con los países centroamericanos. Cabe resaltar que el objetivo de la negociación en el tema laboral por parte de los Estados Unidos, contemplada en la Autoridad de Promoción Comercial, no fue ir más allá del compromiso de cumplimiento de la legislación laboral interna de cada país, sin pretender la armonización de estándares laborales ni establecer organismos supranacionales para velar por su cumplimiento.

La insistencia en la inclusión del tema laboral en las negociaciones se debe a la competencia desleal (dumping social) que el irrespeto a la legislación laboral en los países en desarrollo pueda generar en detrimento de los puestos de trabajo en esos países. Es de esperar que el tema laboral se incluya a futuro en las negociaciones comerciales multilaterales. Desde la perspectiva nacional, la inclusión del tema laboral en el TLC-CA es positiva, como mecanismo de fomento para la generación de políticas internas que promuevan la movilidad social ascendente, influyendo en la creación de competencias, mejorando la productividad y las condiciones de vida de la población.

El tratamiento del tema laboral en el TLC-CA parte del respeto a los derechos laborales internacionalmente reconocidos y expresados en la Declaración de principios y derechos fundamentales del trabajo de la OIT de 1998, de la que son miembros todos los países que negociaron el TLC-CA. Asimismo, el tratamiento del tema laboral en el TLC-CA parte del respeto a la legislación laboral nacional de cada país participante en el acuerdo. De esta forma, los países se comprometen con los principios, pero cumplen con su legislación interna. En los casos que no coincidan los principios con la legislación interna, prevalece la aplicación de la legislación interna. Curiosamente, aquellos países que han ratificado los convenios de la OIT resultan más vulnerables que aquellos que no los han ratificado. Todo lo anterior redundaría en una asimetría al momento de aplicar principios y reglas en materia laboral, siendo que la regla laboral en los Estados Unidos es menos exigente que en los países centroamericanos.

Al tratarse de un acuerdo comercial multilateral, se trata de establecer el respeto a un nivel mínimo de derechos laborales internacionalmente reconocidos y a la legislación laboral interna de cada país. Partir del respeto a la legislación laboral de cada país, hace que se establezca un mínimo de derechos laborales a respetar para cada país, sin posibilidad de reducirlos en el futuro. Ciertamente, se consagra la asimetría en los mínimos como algo razonable. La negociación no fue sobre la armonización de los estándares laborales, siendo esa también la razón por la que en la negociación no fueron incluidas especificidades de la legislación laboral interna de cada país.

Ahora bien, son bien conocidos los obstáculos existentes al efectivo cumplimiento de la legislación laboral en los países de la región, debidos a la escasez de recursos humanos, materiales e institucionales. Quizás esa sea una razón por la que muchos países en desarrollo, incluyendo los países centroamericanos, se han resistido a ligar el tema del cumplimiento de la legislación laboral con los beneficios resultantes de una negociación comercial, mediante la imposición de multas o sanciones comerciales, y más bien han favorecido un enfoque de cooperación para el cumplimiento de la legislación laboral.

En el TLC-CA se establece, por una parte, el respeto a los derechos laborales internacionalmente reconocidos y a la legislación laboral nacional, como punto de partida. Por otra parte, los países adquieren el compromiso de hacerla cumplir efectivamente. No sólo se comprometen a que los procedimientos sean justos, equitativos y transparentes, sino a que esos procedimientos no impliquen costos o plazos irrazonables o demoras injustificadas, y a que las resoluciones finales se hagan disponibles sin demora indebida. A la luz del deterioro que ha sufrido la emisión de resoluciones en materia laboral en Costa Rica en los últimos años, los compromisos adquiridos están orientados a revertir esa tendencia.

El procedimiento que puede conducir a las posibles sanciones que pueden ser impuestas por incumplimiento de la legislación laboral, está ajustado a las normas del derecho internacional. En la situación prevaleciente con la ICC, el Gobierno de los Estados Unidos es el que determina, unilateralmente, si existe un incumplimiento con la legislación laboral y con base en ello procede con una sanción comercial. En el Tratado se establece todo un procedimiento que va, desde las consultas entre las partes en conflicto, la participación de otros países miembros, hasta el establecimiento de un grupo arbitral internacional para determinar si existe un incumplimiento, en cuyo caso se procede a la elaboración de un plan de acción para su remoción. Únicamente en el caso de que se llegue a determinar que, pese a las acciones emprendidas, el país incumpliente no remueve los obstáculos al incumplimiento, se procede a la fijación de una multa o contribución monetaria. Ésta, a su vez, no consiste en la transferencia de un monto

de dinero al país demandante, sino que consiste en una reasignación presupuestaria interna para atender el incumplimiento de la legislación laboral y asegurar su remoción.

El posible incumplimiento de la legislación laboral, que por razones de escasez de recursos humanos, materiales e institucionales se puede dar, tiene una contraparte de cooperación contemplada en el tratado, cuyo contenido es amplio, y que va desde la legislación, práctica e implementación relacionada con los elementos básicos de la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, hasta temas de género, sistemas de promoción de nuevas oportunidades de empleo, resolución alterna de conflictos, administración laboral, entre otros asuntos, dejando la posibilidad abierta de incluir otros asuntos que se acuerden.

De esta forma, el respeto a los principios y derechos fundamentales del trabajo así como la legislación laboral nacional y su aplicación efectiva, sin la posibilidad de disminuir la protección laboral en el futuro, quedan contempladas en el Tratado como compromiso nacional.

El reto que enfrentan los países de la región es cómo, a partir del compromiso del respeto a los derechos laborales internacionalmente reconocidos y del respeto a la legislación laboral existente, se aplicará efectivamente la legislación laboral en todos sus extremos. *“Con tan solo un 1% del gasto social, las capacidades de control e inspección nacionales, evidentemente no están en capacidad de atender la verificación interna y mucho menos la verificación y seguimiento de incumplimientos flagrantes que producen en otros países firmantes del TLC, a diferencia de lo que sucede e Estados Unidos que se goza de esas capacidades.”*⁸⁴ Y: *“... los mecanismos no serán utilizados con la misma intensidad por los países centroamericanos con relación a las infracciones que se producen en los Estados Unidos por empresas conocidas por sus políticas antisindicalistas y discriminatorias, las cuales incluso han sufrido boicots de consumidores a nivel internacional y dentro de los mismos Estados Unidos.”*⁸⁵ Es precisamente la obligatoriedad que establece el tratado para la aplicación de la legislación laboral lo que está en juego.

⁸⁴ Castro, 2004. pág. 38.

⁸⁵ Castro, 2004. pág. 38.

Para enfrentar ese gran reto, será necesario revisar las leyes existentes, eliminar las inconsistencias en relación con los convenios de la OIT, y emprender las acciones institucionales, programáticas y presupuestarias respectivas, además de definir políticas en materia laboral que contribuyan al cabal cumplimiento de la legislación laboral, con el consecuente mejoramiento de la calidad de vida de la población. El dimensionamiento de las tareas a realizar para efectivamente cumplir con los compromisos en el Tratado y la consecución de los recursos financieros requeridos, es una tarea pendiente.

Por último, no debe perderse de vista el objetivo de este acuerdo comercial. Se trata de un acuerdo de liberalización comercial, en el que el tema laboral es de importancia, en tanto afecta las relaciones comerciales entre los países que forman parte de ese acuerdo. Se trata de evitar el comercio desleal, producto del irrespeto o del incumplimiento de los derechos laborales mínimos internacionalmente reconocidos y de aquellos incluidos en la legislación laboral de cada país. No se trata de un acuerdo internacional en materia laboral.

AMBIENTE*

1. Introducción

La interacción entre el comercio y el ambiente, consistente en la relación de impacto de las políticas ambientales sobre el comercio así como en la relación de impacto del comercio sobre el medio ambiente, se empezó a debatir a inicios de los años setentas. La preocupación sobre los efectos del crecimiento económico sobre el ambiente condujo a la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano, conocida como la Conferencia de Estocolmo en 1972.

Ya en noviembre de 1971, el Consejo de Representantes del GATT había acordado la creación del Grupo de Medidas Ambientales y Comercio Internacional, que se reuniría a solicitud de las Partes Contratantes. Sin embargo, hasta 1991, ninguna parte había solicitado su activación. Durante esos veinte años, las políticas ambientales empezaron a tener impacto sobre el comercio y, con el incremento de los flujos comerciales, el efecto del comercio sobre el medio ambiente se hacía más evidente.¹

En 1991, a raíz de la imposición de un embargo por parte de los Estados Unidos a las exportaciones de atún provenientes de México, aplicando una legislación interna de 1974 sobre protección a los mamíferos marinos (delfines), México reclamó ante el GATT que dicho embargo era inconsistente con las reglas

internacionales del comercio. El panel del GATT determinó que dicho embargo en efecto violaba las obligaciones del GATT. En especial, el reporte mencionó que se violaba el Artículo XI,² en el sentido de que un país no podía decir a otro qué normas ambientales debía aplicar (prohibición de la utilización de medidas de tipo ambiental como barrera no arancelaria) y que las normas comerciales no permitían adoptar medidas contra el método utilizado para producir mercancías, en vez de limitarse a la calidad de las mismas.³

Esa situación generó una fuerte presión para incluir el tema ambiental en la normativa internacional del comercio. Varios países europeos solicitaron al GATT la reactivación del Grupo de Medidas Ambientales y Comercio Internacional. A pesar de la resistencia inicial de los países en desarrollo, de discutir el tema ambiental en el GATT, se acordó impulsar un debate estructurado sobre el tema. A partir de su mandato de examinar los posibles efectos de la protección ambiente sobre la operación del GATT, el grupo se concentró en los efectos de las medidas ambientales sobre el comercio internacional, la relación entre las reglas del sistema multilateral del comercio y las cláusulas comerciales contenidas en los Acuerdos Multilaterales Ambientales (AMUMAs) y la transparencia de las regulaciones ambientales nacionales con un impacto sobre el comercio.

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹ Esta y las siguientes apreciaciones se basan en: Comercio y Medio Ambiente en la OMC. Organización Mundial del Comercio. Mayo 2004.

² Obligación de abstenerse de imponer limitaciones o restricciones cuantitativas al comercio, o sea la obligación de abstenerse de imponer cuotas, o su máxima expresión, que sería un embargo a las importaciones.

³ Araya y Salazar- Xirinachs, 2000.

La reactivación del Grupo de Medidas Ambientales y Comercio Internacional fue seguida por otros desarrollos en foros ambientales. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo (conocida como la “Cumbre de la Tierra”), celebrada en Río de Janeiro en 1992 llamó la atención sobre el rol del comercio internacional para el alivio de la pobreza y el combate a la degradación ambiental. El programa de acción adoptado en la conferencia, conocido como Agenda 21, subrayó la importancia de promover el desarrollo sostenible, a través del comercio internacional, entre otros. El concepto de desarrollo sostenible estableció la interrelación entre la protección ambiental y el desarrollo en general. Existen muchas definiciones de desarrollo sostenible; una de las más conocidas es que el desarrollo sostenible es el “... desarrollo mediante el cual se satisfacen las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades.”⁴

Como resultado de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales, en el preámbulo de Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1994, los Ministros incluyen el concepto de desarrollo sostenible en su Declaración, al reconocer *...que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico.*⁵

Por otra parte, se creó el Comité sobre Comercio y Medio Ambiente, cuyo mandato es estudiar la relación entre medidas comerciales y ambientales y emitir recomendaciones sobre cambios que debieran darse en los acuerdos comerciales, considerando la variable ambiental. Además, se incorporaron

disposiciones relacionadas con el tema ambiental en los diferentes acuerdos de la OMC, convirtiéndose el tema ambiental en un eje horizontal de los diferentes acuerdos comerciales convenidos multilateralmente.

En la Declaración de Doha, los Ministros de Comercio reafirman su compromiso con el objetivo del desarrollo sostenible, enunciado en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech: *“Estamos convencidos de que los objetivos de respaldar y salvaguardar un sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio y de actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente. Tomamos nota de los esfuerzos de los Miembros por realizar, sobre una base voluntaria, evaluaciones ambientales a nivel nacional de las políticas comerciales. Reconocemos que, en virtud de las normas de la OMC, no deberá impedirse a ningún país que adopte medidas para la protección de la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales, o para la protección del medio ambiente, a los niveles que considere apropiados, a reserva de la prescripción de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Acogemos favorablemente la continuación de la cooperación con el PNUMA y otras organizaciones intergubernamentales que se ocupan del medio ambiente. Alentamos los esfuerzos destinados a promover la cooperación entre la OMC y las organizaciones internacionales pertinentes que se ocupan del medio ambiente y del desarrollo, especialmente en la preparación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible que se celebrará en Johannesburgo, Sudáfrica, en septiembre de 2002.”*

Distintos grupos se han dado a la tarea de establecer asociaciones positivas y negativas con respecto a esta relación entre comercio y ambiente.⁶ Algunos afirman que los impactos del comercio sobre el am-

⁴ Araya, Salazar - Xirimachs, 2000.

⁵ Preámbulo del Acuerdo de Marrakech.

⁶ Esta y las siguientes apreciaciones se basan en: Murillo, 2004. y Guevara, 2004.

biente son negativos, al tener el comercio una base material que crece con el comercio, generando inevitablemente mayor presión sobre los ecosistemas y sobre el uso de recursos naturales. Adicionalmente, que la necesidad de generar riqueza puede conducir a un debilitamiento o reducción de las normas dirigidas a la protección del medio ambiente, supeditándola al desarrollo del comercio y de las inversiones, reduciendo la protección ambiental en aras de impulsar el desarrollo económico. Otros afirman que existe una relación positiva entre el mercado y los recursos naturales, argumentando que el mercado promueve un uso eficiente de los recursos naturales, menor producción de desechos y la utilización de tecnologías limpias, y que entre mayor sea el desarrollo de la economía de mercado la relación entre crecimiento y contaminación se favorece: a mayor crecimiento, menos contaminación. Este argumento es fuertemente criticado, aludiendo que sus resultados dependen del tipo de variables que se utilicen y del fenómeno que se quiera medir.

En realidad, no se puede determinar a priori si la relación entre comercio y ambiente es positiva o negativa, ya que ésta va a variar de país a país, de sector en sector y de producto en producto, dependiendo en gran medida de la institucionalidad, la normativa respectiva y su nivel de cumplimiento. Se afirma que entre mejor sea la institucionalidad, mejor será la relación, y viceversa, entre más débil sea ésta, mayor probabilidad hay de que se establezca una relación negativa entre el comercio y el ambiente. Lo cierto es que para poder generar mayores niveles de ingreso, y su correspondiente distribución, es necesario producir más, siendo el reto cómo producir más provocando la mínima afectación en el ambiente. El desarrollo sostenible busca precisamente ese objetivo, para lo cual debe establecerse un balance entre las medidas de apertura comercial, fomento del comercio internacional, y las medidas de protección del ambiente.

Por parte de los países en desarrollo, la inclusión del tema ambiental en las negociaciones comerciales internacionales ha encontrado resistencia. A pesar de que muchos de ellos han firmado acuerdos multilaterales ambientales, el tema ha sido resistido en el ámbito comercial, por considerarse que representa una barrera no arancelaria que afecta la competitividad internacional, al establecerse estándares ambientales que sus empresas no pueden cumplir, dada la escasa capacidad técnica y financiera para implementarlos, y por el temor a que se impongan multas o sanciones comerciales.⁷

No obstante, el tema ambiental ha ido ganando terreno y legitimidad. En el ámbito de las negociaciones comerciales bilaterales y subregionales, el tema ambiental y su relación con el comercio fue abordado por primera vez en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá, los Estados Unidos y México (TLCAN), que entró en vigencia a partir de 1994, como acuerdo paralelo, denominado Acuerdo de Cooperación Ambiental.

Este acuerdo sirvió de modelo para las negociaciones de los TLCs entre Chile y Canadá, que entró en vigencia en 1996, y entre Canadá y Costa Rica, que entró en vigencia en el año 2001. En ambos casos se acordaron Acuerdos de Cooperación Ambiental, como acuerdos separados del tema comercial. No obstante, en este último no existe régimen sancionatorio por incumplimiento,⁸ a diferencia del TLCAN y del TLC entre Chile y Canadá. En estos se incorpora la posibilidad de multas de hasta US \$ 10 millones, en el caso del TLC entre Chile y Canadá,⁹ y de no más de US \$ 20 millones en el caso del TLCAN,¹⁰ además de sanciones comerciales en el caso del TLCAN por incumplimientos en materia ambiental.¹¹

⁷ Murillo, 2004; Guevara 2004.

⁸ Todo asunto relacionado con algún incumplimiento en materia ambiental sería resuelto mediante consultas entre los países y mediante actividades de cooperación. Artículo 13 del Acuerdo de Cooperación Ambiental entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá. Con ello se logra el objetivo de Costa Rica en esa negociación de que el tema ambiental no debe prestarse para obstaculizar el comercio.

⁹ Anexo 33 del Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Chile y Canadá.

¹⁰ Después del primer año, la contribución monetaria no será mayor del 0.007 por ciento del comercio total de bienes entre las Partes correspondiente al año más reciente para el cual se tenga información disponible, según el Anexo 34 del Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Canadá, los Estados Unidos y México.

¹¹ Capítulo de Solución de Controversias en el Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Canadá, los Estados Unidos y México.

A partir de la autorización dada al Presidente de los Estados Unidos en el año 2002 para negociar acuerdos comerciales,¹² los Estados Unidos varían el abordaje del tema ambiental en las negociaciones comerciales internacionales, estableciendo que se debe:

- a. *asegurar mediante los acuerdos comerciales que no se debiliten ni reduzcan las protecciones o leyes ambientales nacionales con el fin de afectar el comercio. Con ello, el tema ambiental no debe ser un acuerdo paralelo de cooperación, sino que debe ser parte integral de un acuerdo comercial.*
- b. *buscar el mecanismo de imposición de una multa si una parte en conflicto, según los términos del acuerdo, no cumple con las obligaciones estipuladas en el acuerdo.*

Es así como el tema ambiental ya es parte integral de otros acuerdos bilaterales, tales como los TLCs que han negociado los Estados Unidos con Singapur, Chile y Jordania, incluyendo la posibilidad de establecer sanciones económicas – multas - en caso de incumplimiento de las normas ambientales. Esto ha hecho que los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil tomen el tema más en serio a la hora de negociar acuerdos bilaterales y subregionales, siendo que puede tener consecuencias importantes sobre el comercio.

2. Objetivos de la Negociación

En conocimiento de lo establecido en la Autoridad de Promoción Comercial (TPA) de los Estados Unidos, de que el tema ambiental tenía que ser parte integral del TLC-CA, los Ministros centroamericanos establecieron como objetivos de las negociaciones en relación con el tema ambiental, los siguientes:¹³

- *“Establecer un marco de normas y principios que promuevan la protección del medio ambiente, a través de la aplicación efectiva de la respectiva legislación ambiental de cada una de las Partes, tomando en consideración las diferencias en tamaño y desarrollo entre los países centroamericanos y los Estados Unidos.*

- *Fomentar la cooperación entre las Partes para el desarrollo de proyectos de interés mutuo en el área ambiental.*
- *Buscar que el marco de normas y principios adoptados en materia ambiental y comercial no permitan la adopción de medidas que afecten el comercio o deterioren el ambiente.”*

Partiendo de esos objetivos, la posición costarricense, coincidente con la posición de los demás países de la región, contiene los siguientes elementos:¹⁴

- *“Fortalecer el respeto y la observancia a la legislación ambiental nacional, mediante la promoción del derecho soberano de los países de determinar y establecer sus propias políticas y prioridades ambientales, asegurando que Costa Rica pueda establecer y mantener sus propios niveles de protección ambiental y realizar las modificaciones futuras, según lo considere apropiado;*
- *garantizar que no se disminuyan los estándares de protección al medio ambiente con el ánimo de promover el comercio o la inversión en su territorio, incluyendo lograr que se asuma el compromiso de los países de promover niveles óptimos de protección ambiental;*
- *desarrollar una estructura institucional mediante la cual las autoridades ambientales competentes puedan reunirse de manera periódica para discutir asuntos de interés mutuo en relación con la aplicación de las disposiciones del tratado, a efectos de velar por la adecuada implementación y seguimiento a los compromisos asumidos;*
- *establecimiento de un mecanismo que fomente el intercambio de información y consultas con Estados Unidos, para así lograr un mayor entendimiento en relación con los eventuales incumplimientos en que se pueden incurrir y velar por el cumplimiento efectivo de las obligaciones asumidas por ambos países;*
- *favorecer la cooperación por encima de la aplicación de multas o sanciones comerciales o eliminación de beneficios comerciales en caso de incumplimiento, considerando que la cooperación entre los países resulta vital para promover*

¹² Trade Promotion Authority (TPA por sus siglas en inglés), denominado anteriormente “fast track authority”, es la facultad que da el Congreso al Presidente de los Estados Unidos para negociar acuerdos comerciales internacionales dentro de parámetros determinados, garantizando que lo negociado será debatido en el Congreso sin enmiendas introducidas por éste último.

¹³ COMEX, 2003b, pág. 46

¹⁴ COMEX, 2003b, pág. 47

el cumplimiento de las obligaciones contraídas, reconociendo la importancia de la cooperación y la asistencia técnica como requisito primordial para lograr un desarrollo sostenible, identificando las áreas de interés por parte de Costa Rica para el desarrollo de iniciativas de cooperación específicas, que permita a cada Parte aplicar efectivamente su respectiva legislación ambiental, y reconociendo las prioridades existentes entre las Partes en el nivel de desarrollo y el tamaño de las economías.

Como se puede observar, los países centroamericanos se habían planteado como objetivo no mezclar el tema ambiental con los temas comerciales, y mucho menos aceptar la posibilidad de sanciones comerciales por incumplimiento de la legislación ambiental. En su lugar, plantearon el tema desde el punto de vista de la cooperación, conocedores de la dificultad de cumplimiento debido a la falta de recursos económicos, humanos e institucionales.

3. Resultados de la Negociación

En el TLC-CA, los países centroamericanos y los Estados Unidos acordaron lo siguiente:

1. Compromiso de aplicación de las leyes ambientales nacionales.
2. Compromiso de no debilitar ni reducir la legislación ambiental existente.
3. Establecimiento de un Consejo de Asuntos Ambientales a nivel ministerial.
4. Creación de un Acuerdo de Cooperación Ambiental.
5. Realización de Consultas Ambientales Colaborativas.
6. Reconocimiento de los acuerdos ambientales multilaterales.

A continuación se describen y se comentan cada uno de los elementos negociados.

1. Compromiso de aplicación de las leyes ambientales nacionales.

El objetivo de negociación planteado por los países centroamericanos, en cuanto a la aplicación efectiva de la legislación nacional ambiental se ve reflejado en el TLC-CA, al establecerse en el Capítulo Ambiental, como punto de partida:

“Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, sus leyes y políticas ambientales, cada Parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas.”¹⁵

Se reconoce, por lo tanto, la soberanía de cada país en la materia, pero al mismo tiempo los países se comprometen a estimular altos niveles de protección ambiental. Para garantizar que las leyes y las políticas proporcionen y estimulen altos grados de protección ambiental, los países se comprometen a estimular el desarrollo y el uso de incentivos y mecanismos voluntarios para lograr y mantener la protección ambiental,¹⁶ así como a estimular el mantenimiento, desarrollo o mejora de las metas e indicadores utilizados para medir el desempeño ambiental, siendo en todo caso flexible en cuanto a los medios por los cuales dichas metas se logran y los estándares son cumplidos.¹⁷ Tanto el uso de incentivos y mecanismos voluntarios para lograr y mantener la protección ambiental, así como la flexibilidad por medio de la cual las metas ambientales se logren y se cumpla con los estándares, pueden ser complementados con la posibilidad de establecer internamente las sanciones y reparaciones que cada país considere apropiadas y efectivas. De hecho, existe la obligación de establecer sanciones y reparaciones, para el caso de que el país no las tenga.¹⁸

¹⁵ Artículo 17.1., Niveles de Protección.

¹⁶ Los incentivos y mecanismos voluntarios pueden incluir: “(a) Mecanismos que faciliten la acción voluntaria para proteger o mejorar el ambiente, tales como: (i) asociaciones involucrando la participación del sector empresarial, comunidades locales, organizaciones no gubernamentales, agencias gubernamentales u organizaciones científicas; (ii) lineamientos voluntarios para el desempeño ambiental; o (iii) compartir información y experiencia entre las autoridades, partes interesadas y el público, relacionado con: métodos para lograr altos niveles de protección ambiental, auditorías ambientales voluntarias y reportes ambientales voluntarios; formas para usar los recursos más eficientemente o reducir los impactos ambientales, monitoreo ambiental y la recolección de datos para establecer líneas base; o (b) Incentivos, incluyendo incentivos basados en el mercado cuando sea apropiado para estimular la conservación, restauración y protección de los recursos naturales y el ambiente, tales como: reconocimiento público de instalaciones o empresas que sean actores ambientales superiores, o programas para intercambiar permisos y otros instrumentos para ayudar a alcanzar las metas ambientales”. Artículo 17.4.1.

¹⁷ Artículo 17.4.2.

¹⁸ Artículo 17.3.1.c.

2. Compromiso de no debilitar ni reducir la legislación ambiental existente.

Asimismo, el objetivo de la negociación, de que la normativa ambiental de cada país no se debilitará ni se reducirá de manera que afecte el comercio o deteriore el ambiente, se encuentra adecuadamente reflejado en el TLC-CA, al establecerse que:

*“Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.”*¹⁹ y *“... cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con la otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.”*²⁰

Con ello se logró el objetivo de que no se deje de aplicar la legislación ambiental nacional para incentivar el comercio o la inversión, pero que el desarrollo del comercio tampoco afecte el ambiente, haciendo respetar la legislación ambiental interna de cada país. Lo que se ha querido es establecer un balance entre ambos temas ubicándolos al mismo nivel, más que poner un tema por encima del otro, al ser ambos determinantes para el desarrollo sostenible. De hecho, *“Las partes reconocen la importancia de fortalecer la capacidad para proteger el ambiente y para promover el desarrollo sostenible en conjunto con el fortalecimiento de las relaciones comerciales y de inversión.”*²¹ Podría entenderse, también, que el respeto a la legislación nacional de cada país, pero exigiendo su efectiva aplicación, es un reflejo del objetivo de la negociación de considerar las diferencias en tamaño y desarrollo entre los países centroamericanos la República Dominicana y los

Estados Unidos, al no exigirse la aplicación de la legislación de los Estados Unidos en los países de la región. En el TLC-CA se buscó establecer un balance entre ambos temas, como punto de partida, y un mínimo en el cumplimiento de la legislación ambiental en cada país, sin excluir la posibilidad de que las leyes y las políticas ambientales se puedan mejorar,²² aspecto que le corresponde definir a cada país.

Por otra parte, el término legislación ambiental exige de una definición, y ésta se presenta en el Artículo 17.13.:

“... legislación ambiental significa cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humana, animal o vegetal, mediante:

(a) la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;

(b) el control de sustancias ambientalmente peligrosas o químicos tóxicos, sustancias, materiales y desechos y la diseminación de información relacionada con ello; o

(c) la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo protección especial, en áreas con respecto a las cuales las Partes ejercen soberanía, derechos de soberanía, jurisdicción, pero no incluye ningún estatuto o regulación, o ninguna disposición en las mismas, relacionadas directamente a la seguridad o salud de los trabajadores.

*Para mayor certeza, legislación ambiental no incluye ninguna ley ni reglamento, o disposición de éstas cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o recolección indígena, de recursos naturales;”*²³

¹⁹ Artículo 17.2.1.

²⁰ Artículo 17.2.2.

²¹ Artículo 17.9.1.

²² Artículo 17.1.

²³ Artículo 17.13.1.

Se excluye, por lo tanto, de lo que debe entenderse como legislación ambiental, toda aquella legislación que se considera de índole comercial²⁴ o bien relacionada con la subsistencia de indígenas. Sin embargo, al reconocerse que cada país tiene el derecho a establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental,²⁵ pareciera que se otorga el margen necesario para aplicarlos, aún en el caso de que se considere que determinada legislación es de índole comercial, pero que afecta sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental. Ello se refuerza con el hecho de que, en el capítulo sobre inversiones, se establece que en caso de inconsistencia entre ese capítulo y otro prevalece el otro,²⁶ por lo que, en caso de alguna inconsistencia, el reconocimiento de que cada país tiene el derecho de establecer sus propios niveles de protección ambiental prevalece sobre cualquier otra obligación.

3. Establecimiento de un Consejo de Asuntos Ambientales a nivel ministerial.

Se crea un Consejo de Asuntos Ambientales, conformado por representantes de todos los países a nivel ministerial, apoyado por una secretaría.²⁷ Para ello, los ministerios respectivos en cada país deben establecer una oficina que sirva como punto de contacto. Con el objetivo de cumplir con su función de supervisar y revisar el progreso en la implementación de lo acordado – cumplimiento de la legislación ambiental nacional - , el Consejo definirá una agenda de trabajo, en la cual deberán ser considerados asuntos ambientales de interés del público, promoviendo

su participación en el trabajo, y creando la posibilidad de sesionar públicamente.²⁸ Adicionalmente, el Consejo debe dar seguimiento a las actividades de cooperación previstas en el Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA).²⁹

La participación pública en materia ambiental al amparo del Tratado es amplia. Se establece que los gobiernos deben tomar en consideración los comentarios y las comunicaciones, así como realizar los mejores esfuerzos para atender las peticiones del público relacionadas con la implementación de lo acordado. Además, los gobiernos deben consultar con un consejo o comité,³⁰ el que estará integrado por miembros de la sociedad civil, organizaciones empresariales, ambientales y otras personas, en todos los aspectos acordados, incluyendo la cooperación ambiental, que también forma parte del capítulo ambiental.³¹ El hecho de que se trate de un consejo o comité consultivo, y que por lo tanto sus recomendaciones no sean vinculantes, podría ser eventualmente resuelto mediante provisiones internas en los países, si éstos así lo determinan.

Por otra parte, si bien ningún país podrá realizar actividades orientadas a hacer cumplir su legislación ambiental en otro país, ³² cualquier persona, siempre y cuando sea nacional o resida en un país, puede informar a las autoridades incumplimientos o la no aplicación efectiva de la legislación ambiental de ese país, mediante una comunicación a la secretaría.³³ Esta decidirá si la comunicación, que puede ser una denuncia, procede, ³⁴ y si amerita de una

²⁴ La Ley de Biodiversidad, que regula el acceso a los recursos genéticos, el Código de Minería y la Ley de Hidrocarburos no se consideran para los fines de este capítulo.

²⁵ Artículo 17.1.

²⁶ Artículo 10.2.1.

²⁷ Artículo 17.5.

²⁸ Artículo 17.5.

²⁹ Este acuerdo fue negociado en el contexto, pero de manera separada del TLC-CA y se describe más adelante.

³⁰ Si ya existe algún comité consultivo o asesor deberá ser éste, de lo contrario deberá crearse uno nuevo. Artículo 17.6.3.

³¹ Artículo 17.6. La posibilidad de participación del público en actividades de cooperación ambiental también se prevé para actividades que se desarrollen a través del Acuerdo de Cooperación Ambiental.

³² Artículo 17.2.3.

³³ Si se trata de una persona que reside o está establecida en los Estados Unidos, la comunicación podrá ser remitida al Secretariado de la Comisión para la Cooperación Ambiental del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte. El TLC-CA establece que se harán los arreglos necesarios de manera que todo lo relativo a esas comunicaciones esté disponible al Consejo de Asuntos Ambientales. Artículo 17.7.3. y nota al pie de página.

³⁴ Para ello, la secretaría se basará en los siguientes criterios: (a) se presenta por escrito ya sea en inglés o castellano; (b) identifica claramente a la persona que presenta la comunicación; (c) proporciona información suficiente que permita al secretariado revisarla, e incluyendo las pruebas documentales que puedan sustentarla; (d) parece encaminada a promover la aplicación de la ley y no a hostigar una industria; (e) señala que el asunto ha sido comunicado por escrito a las autoridades pertinentes de la Parte y, si la hay, la respuesta de la Parte; y (f) la presenta una persona que reside o está establecida en territorio de una Parte.

respuesta del país objeto de esa denuncia.³⁵ Si la secretaría solicita una respuesta al país objeto de esa denuncia, éste tiene un máximo de 60 días para responder.³⁶ La respuesta del país objeto de la denuncia puede conducir a la elaboración de un expediente de hechos, por instrucción del Consejo de Asuntos Ambientales,³⁷ el que una vez concluido podrá ser hecho público, y emitirá sus recomendaciones a la Comisión de Cooperación Ambiental, creada mediante el ACA.

En cuanto a los procesos judiciales, cuasijudiciales o administrativos, se garantiza que éstos sean justos, abiertos y equitativos, cumpliendo con el principio del debido proceso, que las partes tengan el derecho de sustentar o defender sus respectivas posiciones y a presentar información o pruebas, según la legislación interna de cada país.³⁸ Asimismo, se garantiza que las personas interesadas puedan solicitar a las autoridades que investiguen supuestas infracciones y que le den la debida consideración, según la legislación ambiental nacional de cada país, además de otorgar derechos a reparaciones por daños causados y garantizar la imparcialidad e independencia de las instancias que conocen o revisan los procedimientos respectivos.³⁹

4. El Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA).

En el Anexo 17.9 del Capítulo Ambiental se reconoce la importancia de proteger, mejorar y conservar el ambiente, incluyendo los recursos naturales de los países miembros del Tratado y se subraya la importancia de "... *promover todas las formas posibles de cooperación...*"⁴⁰ La cooperación en materia ambiental se circunscribe a lo establecido en el Acuerdo de Cooperación Ambiental, el cual fue negociado en el contexto, pero de forma separada del TLC-CA.

El objetivo del acuerdo es establecer un marco para la cooperación, tanto bilateral como multilateral (regional) en materia ambiental, de manera que se fortalezca la capacidad de proteger el ambiente y de promover el desarrollo sostenible, junto con el fortalecimiento de las relaciones comerciales y de inversión.⁴¹ Los alcances de la cooperación no están limitados, pues puede desarrollarse con programas de asistencia técnica y/o financiera de cualquier forma que los países acuerden.⁴²

Para la implementación del ACA, se crea la Comisión de Cooperación Ambiental, compuesta por funcionarios de alto nivel de las entidades gubernamentales respectivas.⁴³ La Comisión será responsable de

³⁵ Para ello, la secretaría se basará en los siguientes criterios: (a) si la comunicación no es frívola y alega daño a la persona que la presenta. (b) si la petición, por sí sola o conjuntamente con otras, plantea asuntos cuyo ulterior estudio en este proceso contribuiría a la consecución de las metas de este Capítulo y del Acuerdo de Cooperación Ambiental entre Estados Unidos y Centroamérica (ACA), tomando en consideración las guías referentes a dichas metas dispuestas por el Consejo y la Comisión de Cooperación establecida en el ACA. (c) si se ha acudido a los recursos al alcance de los particulares conforme a la legislación de la Parte; y (d) si la petición se basa exclusivamente en noticias de los medios de comunicación. Cuando el secretariado solicite una respuesta, remitirá a la Parte una copia de la comunicación, así como cualquier otra información de apoyo que la acompañe. Artículo 17.7.4.

³⁶ En la respuesta del país objeto de la denuncia, éste debe informar: a) si el asunto particular es materia de un procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución, en cuyo caso el Secretariado no continuará con el trámite; y (b) cualquier otra información que la Parte desee presentar, tal como: (i) si el asunto ha sido previamente materia de un procedimiento judicial o administrativo; (ii) si hay recursos internos relacionados con el asunto que estén al alcance de la persona que presenta la comunicación y si se ha acudido a ellos; o (iii) información relativa a actividades de creación de capacidades de relevancia desarrolladas bajo el ACA.

³⁷ Para ello, solo se necesitará el voto de uno de sus miembros. Artículo 17.8.2.

³⁸ Artículo 17.3.1.a.,b.

³⁹ Artículos 17.3.2., 17.3.3.,y 17.3.4. y 17.3.5.

⁴⁰ Anexo 17.9.1.

⁴¹ Artículo 17.9. y Artículo III del ACA.

⁴² En el Artículo III del ACA se mencionan algunas actividades de cooperación, incluyendo "(f) cualquier otra forma de cooperación ambiental que pueda ser acordada por las Partes". Ello puede incluir también la determinación del impacto del comercio sobre el ambiente.

⁴³ Los representantes de alto nivel serán funcionarios de los ministerios de ambiente de todos los países centroamericanos y, en el caso de los Estados Unidos, será un representante del Departamento de Estado.

establecer las prioridades de cooperación, elaborar el programa de trabajo respectivo,⁴⁴ examinar y evaluar las actividades de cooperación⁴⁵ y hacer recomendaciones y orientar a los diferentes países para mejorar la cooperación en el futuro, tomando sus decisiones por consenso y haciéndolas públicas.⁴⁶ Asimismo, la Comisión deberá informar periódicamente al Consejo de Asuntos Ambientales sobre el estado de las actividades de cooperación desarrolladas bajo el ACA.⁴⁷

El programa de trabajo de la comisión reflejará las prioridades nacionales en materia de cooperación y será acordado entre los países miembros del acuerdo, pero el ACA establece que puede incluir las siguientes actividades:⁴⁸

- “(a) fortalecimiento de los sistemas de gestión ambiental de cada una de las Partes, incluyendo el fortalecimiento de los marcos institucionales y legales y la capacidad para desarrollar, implementar, administrar y aplicar la legislación ambiental, así como las regulaciones, normas y políticas ambientales;*
- (b) el desarrollo y promoción de incentivos y otros mecanismos voluntarios y flexibles a efecto de promover la protección ambiental, incluyendo el desarrollo de iniciativas de mercado e incentivos económicos para la gestión ambiental;*
- (c) fomento de asociaciones para tratar temas actuales y futuros de conservación y gestión ambiental; incluyendo capacitación del personal y creación de capacidades;*
- (d) la conservación y manejo de especies migratorias compartidas y que se encuentren en peligro de extinción y son objeto del comercio internacional, y el manejo de parques marinos y otras áreas protegidas;*

- (e) intercambio de información sobre la implementación a nivel nacional de acuerdos ambientales multilaterales que han sido ratificados por todas las Partes;*
- (f) promoción de mejores prácticas que conlleven a una gestión sostenible del ambiente;*
- (g) facilitar el desarrollo, capacitación y transferencia de tecnología para promover el uso, adecuado funcionamiento y mantenimiento de tecnologías de producción limpia;*
- (h) desarrollo y promoción de bienes y servicios beneficiosos al ambiente;*
- (i) crear capacidad para promover la participación del público en el proceso de toma de decisiones en materia ambiental.*
- (j) el intercambio de información y experiencia entre las Partes que deseen llevar a cabo revisiones ambientales, incluyendo revisiones de los tratados comerciales, a nivel nacional; y*
- (k) cualquier otra área de cooperación ambiental que pueda ser acordada por las Partes.”*

Con respecto a los recursos requeridos para la ejecución de las actividades de cooperación bajo el Acuerdo, éstos pueden ser aportados por los gobiernos o bien por instituciones privadas, fundaciones u organizaciones públicas internacionales. No obstante, las actividades que se desarrollarán quedarán sujetas a la disponibilidad de fondos y de recursos. En ese sentido, el ACA no contempla ningún compromiso financiero de parte de los Estados Unidos, ni de los demás países de la región, para la ejecución de programas de cooperación contemplados en el Acuerdo.

⁴⁴ Con el propósito de evitar duplicidades y complementar la actual cooperación, la elaboración del plan de trabajo debe considerar la compatibilidad y complementariedad con el trabajo ambiental que desarrollen otras organizaciones e iniciativas, incluyendo el Acuerdo Conjunto entre Estados Unidos de América – Centro América (CONCAUSA) así como programas manejados por agencias gubernamentales. Artículo V.4. del ACA.

⁴⁵ La Comisión deberá “... buscar y considerar insumos de organizaciones locales, regionales o internacionales de relevancia, en cuanto a maneras cómo mejor asegurar que la Comisión está monitoreando su progreso”. Asimismo, la Comisión deberá compartir con su público la información sobre el progreso de las actividades de cooperación. Artículo V.3. del ACA. Asimismo, la Comisión deberá incluir una sesión pública en el transcurso de sus reuniones ordinarias y deberá buscar contactos directos y la cooperación entre instituciones gubernamentales, organizaciones multilaterales, fundaciones, universidades, empresas y otras entidades en los países, así como contribuir a concluir arreglos de implementación entre ellos para emprender actividades de cooperación bajo el Acuerdo. Artículo VI.4. del ACA.

⁴⁶ A menos que la Comisión decida lo contrario.

⁴⁷ Artículo IV.5. del ACA.

⁴⁸ Artículo V del ACA.

Finalmente, el ACA establece que toda la información técnica obtenida a través de la implementación del acuerdo estará disponible a los países participantes, que no se prevé la creación de propiedad intelectual bajo el Acuerdo, y que si se llegara a crear propiedad intelectual, se realizarán las consultas del caso para determinar la asignación de los derechos respectivos.

5. Realización de Consultas Ambientales Cooperativas.

Los países acordaron realizar Consultas Ambientales Cooperativas en relación con cualquier asunto que surja contrario a lo acordado en materia ambiental. Las consultas pueden realizarse a nivel bilateral o bien a nivel multilateral, convocando al Consejo de Asuntos Ambientales para buscar una solución. Se enfatiza que, en caso de conflicto, la solución al mismo debe realizarse considerando las oportunidades de cooperación para resolverlo, lo mismo que los buenos oficios, la conciliación y mediación para su resolución. Igualmente, si los países involucrados en las consultas acuerdan dilucidar el asunto en otro foro del cual sean partes, pueden remitirlo a ese foro para que se proceda de acuerdo a lo estipulado en él.⁴⁹

Ahora bien, cuando surja un conflicto de incumplimiento (no aplicación efectiva) con la legislación ambiental “... de una manera que afecte el comercio entre las Partes ...”,⁵⁰ éste también debe ser resuelto según el procedimiento descrito, o sea, a nivel bilateral o bien a nivel del Consejo de Asuntos Ambientales. Sin embargo, si luego de 60 días no se ha logrado resolver satisfactoriamente, se puede recurrir al mecanismo de Solución de Controversias, según el

Capítulo 20 del TLC-CA, pero solamente cuando se trate de asuntos relacionados con aparentes incumplimientos de la legislación ambiental que afecte el comercio entre las partes.

Es difícil determinar a priori qué tipo de incumplimiento afecta el comercio. Ello podría dar pie para una interpretación muy amplia. El Consejo de Asuntos Ambientales tendrá que definir esa tipificación o bien determinar si las denuncias específicas que se presenten, caso por caso, tienen suficiente sustento y son razonables dentro del espíritu del tratado para darles curso.

El procedimiento para la solución de controversias según el Capítulo 20 del TLC-CA contempla, primeramente, la realización de consultas bilaterales⁵¹ para alcanzar una solución mutuamente aceptable. Si después de 60 días⁵² no se ha logrado resolver el asunto, éste puede ser remitido a la Comisión de Libre Comercio,⁵³ la que, interponiendo sus buenos oficios, procurará contribuir al logro de una solución mutuamente satisfactoria entre las partes en conflicto.

Si después de 30 días de haberse reunido la Comisión, o después de 75 días de haberse presentado la solicitud de consultas, en el caso de que la comisión no se haya reunido,⁵⁴ el asunto no se ha resuelto a satisfacción de las partes, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un panel o grupo arbitral.⁵⁵

⁴⁹ Tales foros son los AMUMAs.

⁵⁰ “Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado” Artículo 17.2.1.a.

⁵¹ Cualquier otro país interesado en el tema puede participar en las consultas, según el Artículo 20.4.3.

⁵² Queda abierta la posibilidad de que este plazo se amplíe, según el artículo 20.5.1.c.

⁵³ La Comisión de Libre Comercio está conformada por los Ministros responsables del comercio exterior de cada país miembro del Tratado. Anexo 19.1. del Capítulo 19 (Sección A: Administración del Tratado).

⁵⁴ Queda abierta la posibilidad de que ese plazo se amplíe, según lo acuerden las partes consultantes, según el Artículo 20.6.1.e.

⁵⁵ El panel arbitral se selecciona de una lista de sesenta panelistas, con requisitos y cualidades claramente establecidas, que se integrará a más tardar dentro de los siguientes seis meses de vigencia del Tratado. Artículo 20.7. y Artículo 20.8. Los tres panelistas seleccionados, mediante procedimientos y reglas claramente establecidos en el Artículo 20.9 para resolver conflictos bilaterales, no serán nacionales de las partes involucradas. Artículo 20.9.1.

El procedimiento ante el grupo arbitral se realiza según las denominadas Reglas Modelo de Procedimiento,⁵⁶ salvo que las partes en conflicto acuerden algo diferente,⁵⁷ y el mandato del grupo arbitral será, salvo que las partes acuerden algo diferente, “Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables de este Tratado, el asunto a que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del grupo arbitral y emitir las conclusiones,⁵⁸ determinaciones y recomendaciones⁵⁹ ...”⁶⁰ respectivas, así como presentar tanto un informe inicial como un informe final.

El informe inicial deberá ser presentado por el grupo arbitral a más tardar 120 días después de haber sido seleccionado el último panelista,⁶¹ y contendrá: a. las conclusiones de hecho; b. la determinación sobre si una parte ha incumplido una obligación ambiental de manera tal que afecte al comercio entre las partes; c. recomendaciones para la solución de la controversia, si las partes así lo hayan solicitado al grupo arbitral.⁶² Ese informe inicial será revisado por las partes, sus observaciones pueden ser reconsideradas por el grupo arbitral y éste podrá realizar exámenes adicionales, si así lo considera conveniente.

30 días después de presentado el informe inicial, salvo que las partes acuerden un plazo diferente,⁶³ el grupo arbitral presentará su informe final. Con base en el informe final, las partes contendientes acorda-

rán la solución de la controversia, en caso de que se haya determinado un incumplimiento, procediendo a la eliminación del incumplimiento. Eventualmente, las partes acordarán un plan de acción para la eliminación del incumplimiento.

A pesar de que en los objetivos de negociación de los países centroamericanos no se incluía la posibilidad de multas o sanciones comerciales, incluyendo la suspensión de cualquier beneficio derivado del TLC-CA, como consecuencia de incumplimientos de la legislación ambiental de manera que afecte el comercio, y a pesar de que la posición de Costa Rica expresamente fue de no favorecer un enfoque punitivo por incumplimiento de la legislación ambiental de manera que afecte el comercio,⁶⁴ los países centroamericanos tuvieron que aceptar en el Tratado la imposición de una multa de hasta US \$ 15 millones, sanciones comerciales y la eventual suspensión de los beneficios, si se llegara a determinar que ha existido un incumplimiento de la legislación ambiental de manera que afecte el comercio.⁶⁵

De hecho, en caso de que el grupo arbitral en su informe final haya determinado un incumplimiento de la legislación ambiental interna de un país, y si las partes no han logrado un acuerdo para eliminar ese incumplimiento dentro de 45 días después de recibido el informe final, o bien una parte considere que

⁵⁶ Las Reglas Modelo de Procedimiento que se establecerán a la hora de entrada en vigencia del Tratado garantizarán: (a) el derecho, al menos, a una audiencia ante el panel, la cual será pública, sujeto al subpárrafo (e); (b) una oportunidad para cada Parte contendiente de presentar alegatos iniciales y de replica por escrito; (c) que los alegatos escritos de cada Parte participante, las versiones escritas de sus declaraciones orales, y las respuestas escritas a una solicitud o a las preguntas del grupo arbitral serán disponibles al público, de conformidad al subpárrafo (e); (d) que el grupo arbitral considerará intervenciones de entidades no - gubernamentales de los territorios de las Partes contendientes para entregar opiniones escritas relacionadas con la controversia que puedan ayudar al grupo arbitral en la evaluación de los alegatos y argumentos de las Partes contendientes; y (e) la protección de la información confidencial. Artículo 20.10.1. Reglas de Procedimiento. Sin embargo, la Comisión de Administración del Tratado puede variarlas. Artículo 20.10.3.

⁵⁷ Artículo 20.10.2. El grupo arbitral no podrá ser convocado para revisar una medida en proyecto. Artículo 20.6.6.

⁵⁸ Conclusiones en relación con el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado una medida que la parte demandante juzgue incompatible con las obligaciones del tratado, sólo podrán formularse si fue solicitado expresamente por una parte contendiente. Artículo 20.10.6.

⁵⁹ Recomendaciones para la solución de la controversia sólo podrán ser emitidas si las partes lo han solicitado. Artículo 20.13.2.

⁶⁰ Artículo 20.10.4.

⁶¹ Puede ser otro plazo, según lo establezca la Comisión a la hora de establecer las Reglas Modelo de Procedimiento a la fecha de entrada en vigencia del Tratado. Artículo 20.10. y 20.13.3. En todo caso, el plazo no puede ser mayor de 180 días, según el artículo 20.13.4.

⁶² Artículo 20.13.3.

⁶³ Artículo 20.14.1.

⁶⁴ COMEX, 2003B, pág. 46

⁶⁵ Artículo 17.10. Dicha aceptación se debió a la imposibilidad del equipo negociador de dejar por fuera la imposición de multas por concepto de incumplimiento de la legislación ambiental, por cuanto la Autoridad de Promoción Comercial (Trade Promotion Authority o TPA por sus siglas en inglés), claramente estipula e instruye al equipo negociador de los Estados Unidos, en el sentido de que sanciones de este tipo deben estar incluidas en el Tratado.

la parte demandada no ha cumplido con el plan de acción acordado, la parte reclamante podrá solicitar que se constituya el grupo arbitral nuevamente para que imponga una contribución monetaria anual a la parte demandada.

Es importante mencionar que la posibilidad de que se imponga una contribución monetaria anual de hasta US \$ 15 millones únicamente entrará a regir:

- a. luego de que no se haya llegado a una solución sobre la controversia respectiva dentro del marco de las Consultas Ambientales Cooperativas;
- b. luego de que se hayan realizado las consultas al amparo del Mecanismo de Solución de Controversias;
- c. luego de que se haya establecido el grupo arbitral y éste haya emitido su informe final;
- d. luego de que eventualmente se haya acordado un plan de acción para la eliminación del incumplimiento que una parte considere la otra parte no ha cumplido; y
- e. luego de que haya sido solicitado establecimiento del grupo arbitral para acordar una contribución monetaria anual, que en todo caso, se mantendrá mientras se mantenga el incumplimiento las obligaciones ambientales, expresadas en la legislación interna de cada país, que afecten el comercio entre las partes.

El grupo arbitral determinará el monto de la contribución monetaria 90 días después de su nuevo establecimiento, el cual no superará los US \$ 15 millones. Para el establecimiento del monto de la contribución – multa –, el grupo arbitral deberá considerar los siguientes criterios: “(a) los efectos sobre el comercio bilateral generados por el incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente; (b) la persistencia y duración del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente; (c) las razones del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente incluyendo, cuando sea relevante, el incumplimiento en cuanto a la observancia de los términos de un plan de acción; (d) el nivel de cumplimiento que razonablemente podría esperarse de la Parte, ha-

bida cuenta de la limitación de sus recursos; (e) los esfuerzos realizados por la Parte para comenzar a corregir el incumplimiento después de la recepción del informe final del grupo arbitral, incluso mediante la implementación de cualquier plan de acción mutuamente acordado; y (f) cualquier otro factor pertinente.”⁶⁶

Las contribuciones o multas que deberán pagarse, a razón de cuotas trimestrales iguales, se depositarán en un fondo establecido y administrado por la Comisión de Libre Comercio, que serían utilizados, entre otros, para mejorar el cumplimiento de la legislación ambiental existente en el territorio de la parte demandada. Podría interpretarse también que la imposición de multas es algo positivo, ya que si se llegara a establecer una multa, el monto de la misma tendría que ser utilizado en medidas para que el país incumpliente elimine el incumplimiento. El pago de la multa no consiste, entonces, en la transferencia de un monto determinado del país incumpliente al país demandante, sino de una reasignación presupuestaria del país incumpliente, a efectos de fortalecer su capacidad interna para el cumplimiento de la legislación ambiental.

Finalmente, si la parte demandada no cumple con su obligación de pagar la multa respectiva, la parte demandante podrá adoptar otras sanciones, las que pueden incluir la suspensión de beneficios arancelarios acordados en el Tratado “... en la medida necesaria para cobrar la contribución, teniendo presente el objetivo del Tratado de eliminar obstáculos al comercio e intentando evitar que se afecte indebidamente a Partes o intereses que no se encuentren involucrados en la controversia.”⁶⁷ Con esta disposición, se trata de focalizar la sanción comercial, sin afectar otras actividades comerciales.

Tanto las multas como otras sanciones son medidas transitorias aplicables hasta que se elimine el incumplimiento dictaminado por el panel o grupo arbitral. Cuando la parte afectada considere que ha eliminado el incumplimiento, deberá notificar al grupo arbitral, el que, después de noventa días, deberá emitir un informe. Si en el informe se concluye que

⁶⁶ Artículo 20.17.2. Es así como se consideran las diferencias existentes entre los países en cuanto al nivel de desarrollo y el tamaño de sus economías.

⁶⁷ Artículo 20.17.5.

efectivamente el incumplimiento ha sido eliminado, se restablecerán de inmediato los beneficios suspendidos o bien se eliminará la obligación de pagar la multa.⁶⁸

Debe tenerse presente que, tanto el proceso para la imposición de sanciones comerciales como el proceso para la imposición de una multa, requiere que se pase una serie de instancias antes de llegar a la imposición de sanciones comerciales o multas.

Si bien en el TLC-CA no se contempla una multa para las empresas, sí está contemplada la posibilidad de establecer, internamente en cada país, sanciones e incluso, la posibilidad de exigir la reparación del daño causado, según la legislación nacional de cada país: *“Cada Parte establecerá sanciones y reparaciones apropiadas y efectivas por las infracciones de su legislación ambiental, que: i) tomen en consideración, según sea apropiado, la naturaleza y la gravedad de la infracción, cualquier beneficio económico obtenido por el infractor, su condición económica y otros factores pertinentes; y ii) podrán incluir sanciones y acciones civiles y penales tales como acuerdos de cumplimiento, penas, multas, medidas precautorias, suspensión de actividades y requerimientos para tomar medidas correctivas o pagar por el daño ocasionado al ambiente.”*⁶⁹

6. Reconocimiento de los acuerdos ambientales multilaterales.

Estableciendo una relación entre los compromisos en el capítulo ambiental con otros compromisos internacionales en materia ambiental, los países reconocen *“... que los acuerdos ambientales multilaterales, de los cuales todos son parte, desempeñan un papel importante en la protección del ambiente global y nacional, y que la importancia de la implementación de estos acuerdos a nivel nacional es fundamental para lograr los objetivos ambientales contemplados*

*en estos acuerdos. Las Partes además reconocen que este Capítulo y el ACA pueden contribuir para alcanzar los objetivos de esos acuerdos. En este sentido, las Partes continuarán buscando los medios para aumentar el apoyo mutuo a los acuerdos ambientales multilaterales de los cuales todos forman parte y de los acuerdos comerciales de los cuales todos forman parte.”*⁷⁰

Nótese que el reconocimiento de los acuerdos ambientales multilaterales solo se refiere a aquellos de los cuales los países son parte, excluyendo de los mismos al Protocolo de Kyoto, la Convención de Diversidad Biológica⁷¹ y el Convenio de Cartagena, convenios que los Estados Unidos no han ratificado. Aunque individualmente los países centroamericanos reconocen su importancia en la protección del ambiente global y nacional, y son parte de su legislación interna, no los reconocen como tales en el TLC-CA.

4. Conclusiones

El tema ambiental ha venido ganando terreno y legitimidad, y la relación comercio y ambiente es ya parte integral de las negociaciones comerciales bilaterales y subregionales. Su incorporación en el TLC entre los Estados Unidos y Chile, y ahora en el TLC-CA, hace esperar que el impulso que se ha dado a la relación comercio y ambiente en el ámbito de las negociaciones comerciales bilaterales y subregionales se refleje en una inclusión más efectiva del tema en las negociaciones comerciales multilaterales.

Los acuerdos en materia ambiental no van más allá del cumplimiento de la legislación ambiental nacional. Ello pareciera tomar en consideración las diferencias de tamaño y desarrollo entre los países de la región centroamericana y los Estados Unidos, en relación con estándares ambientales más altos. Sin embargo, es importante también reconocer que el

⁶⁸ También se establece en el tratado que la Comisión debe revisar el funcionamiento y la efectividad del artículo referente a la imposición de multas o sanciones comerciales (Artículos 20.17 y 20.16), sea cinco años después de la entrada en vigencia del Tratado, o bien seis meses después de que se hayan impuesto sanciones o multas en cinco casos diferentes, según lo que se verifique primero. Artículo 20.19.

⁶⁹ Artículo 17.3.1.c. También se establece que los países otorgarán derechos apropiados y efectivos de acceso a reparaciones, de acuerdo con la legislación nacional de cada país, que podrán incluir la demanda por daños a otra persona, multas, clausuras de emergencia o suspensión temporal de actividades, u ordenes para mitigar las consecuencias de las infracciones de su legislación ambiental, entre otros. Artículo 17.3.4.

⁷⁰ Artículo 17.12.1.

⁷¹ De esta convención se deriva la Ley de Biodiversidad de Costa Rica.

objetivo de la negociación por parte de los Estados Unidos tampoco era ir más allá de lograr el compromiso de cumplimiento de la legislación ambiental nacional.⁷² Es importante mencionar, además, que pese a que el tema ambiental es un tema transversal que es aludido en el capítulo sobre inversiones, cualquier inconsistencia entre ese capítulo y el capítulo ambiental, hará que prevalezca lo establecido en el capítulo ambiental.⁷³

Ahora bien, el compromiso de la aplicación efectiva de la legislación ambiental actual en cada uno de los países de la región en sí mismo, es un avance importante y representa un reto de grandes proporciones. Ciertamente, la definición de legislación ambiental es restrictiva, en el sentido de que lo acordado no se aplica a la legislación relacionada con actividades comerciales relacionadas con la administración de la recolección o con la explotación de recursos naturales. Pero el reconocimiento de que cada país puede establecer sus propios niveles de protección ambiental, así como sus políticas y prioridades en desarrollo ambiental, así como mejorar las leyes respectivas, y su prevalencia sobre cualquier otra obligación, otorga suficiente margen para aplicarlos, aún tratándose de legislación considerada de índole comercial, pero que afecte las disposiciones ambientales nacionales.

Una de las mayores debilidades, en todos los países de la región, en mayor y menor grado, es que legislación nacional no se cumple o se cumple a medias. En estos países los legisladores son dados a crear nuevas leyes, pero pocas veces se preocupan por garantizar los recursos para que esas leyes se puedan ejecutar. Adicionalmente, los países de la región han sido particularmente laxos en ratificar numerosos convenios internacionales, pero poco rigurosos en asegurar que se les dé un adecuado cumplimiento. A pesar de que Costa Rica se declara como una nación plenamente comprometida con la promoción ambiental y el desarrollo sostenible, los esfuerzos hechos hasta ahora no son suficientes. Existen serios problemas en la atención de los problemas de contaminación, manejo de desechos, producción orgánica y uso de tecnologías limpias, entre otros.

Quizás concientes de las debilidades institucionales y de recursos humanos y técnicos para la efectiva aplicación de la legislación ambiental, fue que los países de la región impulsaron, complementariamente, el objetivo de la cooperación en materia ambiental y lograron negociar el ACA, aunque excluyeran de la cooperación la posibilidad de apoyar la implementación de algunos acuerdos ambientales multilaterales de importancia, como son el Protocolo de Kyoto, la Convención de Biodiversidad y el Convenio de Cartagena, ya que los Estados Unidos no los han ratificado.

Mediante el ACA se crea un marco para la cooperación entre los países miembros del Acuerdo, que no sólo tiene el propósito de desarrollar todo tipo de cooperación en materia ambiental, sino que además busca lograr armonía y coordinación entre las diferentes iniciativas, de organizaciones públicas y privadas, que desarrollan programas y proyectos en el área ambiental, en pos de la eliminación de posibles duplicidades que restrinjan el grado de efectividad de los mismos.

Especial referencia debe hacerse a la mención explícita del programa de trabajo, que puede incluir el “... fortalecimiento de los sistemas de gestión ambiental de cada uno de los países, incluyendo el fortalecimiento de los marcos instituciones y legales y la capacidad para desarrollar, implementar, administrar y aplicar la legislación ambiental, así como las regulaciones, normas y políticas ambientales.”⁷⁴

Lo anterior es especialmente relevante, ya que abarca tres factores relacionados con el marco jurídico e institucional que impiden el adecuado aprovechamiento de los recursos naturales y el avance hacia un modelo de desarrollo sostenible, mediante la aplicación efectiva de la legislación y las políticas existentes, cuyos efectos pueden ser positivos para Costa Rica y los demás países de la región.⁷⁵

⁷² Objetivos de la Autoridad de Promoción Comercial (TPA) en materia ambiental y laboral.

⁷³ Artículo 10.2.1.

⁷⁴ Artículo V.1.(a) del ACA.

⁷⁵ Murillo, 2004; Guevara, 2004.

1. El enfoque y las políticas tradicionales de gestión: la gestión de los recursos naturales y el ambiente se caracteriza por la dispersión y fragmentación de las políticas, programas y mecanismos institucionales de gestión así como por la falta de planificación estratégica a mediano y largo plazo.
2. El marco jurídico-institucional: el marco jurídico-institucional es abundante, pero las agencias del estado no pueden cumplirlo, debido a la gran dispersión de normas y competencias, así como a la falta de capacidad técnica y financiera. Los ministerios de ambiente son de muy reciente creación (a excepción de Costa Rica), pero todos se caracterizan por limitadas capacidades operativas, técnicas y financieras.
3. Los instrumentos de gestión y control tradicionales: pese a los grandes esfuerzos desarrollados por los países de la región, siguen estando basados en mecanismos de comando y control "ex post". Aunque se han desarrollado normas y estándares de calidad, así como algunos programas de monitoreo, que al menos permiten evidenciar la evolución del problema e identificar cuáles son los elementos más críticos de éste, el sistema carece de mecanismos preventivos efectivos, por lo que el mismo se activa para intervenir en forma ex-post a través de sanciones administrativas o judiciales. En este sentido, la determinación ex ante de los posibles efectos que tendrán nuevas inversiones y el incremento del comercio sobre el ambiente para tomar medidas de prevención, es de fundamental importancia.

No obstante, el ACA no contempla los recursos que se requieren para su implementación, sino que establece que las actividades de cooperación están sujetas a la disponibilidad de los mismos. Adicionalmente, a diferencia del Acuerdo de Cooperación Ambiental entre los Estados Unidos con Chile, que incluye un listado de problemas puntuales a resolver a través de proyectos específicos, tales como el establecimiento de un registro de emisión y transferencia de contaminantes, el desarrollo de un programa de capacitación para los agricultores para el mejoramiento de las prácticas agrícolas, el mejoramiento del cumplimiento y la fiscalización ambiental, la reducción de emisiones de bromuro de metilo, el uso de combustibles limpios, entre otras, el ACA no entra en la mención de proyectos puntuales a desarrollar y se mantiene en un nivel bastante general. Si bien el logro de un Acuerdo de Cooperación es importan-

te, la implementación del mismo se dificulta, al no contener los mecanismos financieros para ejecutarlo. Quedará entonces en manos de la Comisión de Cooperación Ambiental y en el Consejo de Asuntos Ambientales la definición de las acciones a seguir, al mismo tiempo que la consecución de los recursos requeridos para lograr la cooperación en el cumplimiento de la legislación ambiental.

La consecución de recursos adicionales para la gestión ambiental es de suma importancia, precisamente por el objetivo de la cooperación en las negociaciones, en el sentido de su necesidad para lograr el cumplimiento efectivo de la legislación ambiental. Pero más urgente se hace aún la consecución de los recursos, dado el valor que adquiere el cumplimiento de la legislación ambiental, al haber tenido que aceptar los países centroamericanos la imposición de multas y, eventualmente, de sanciones comerciales por incumplimientos de la legislación ambiental, contrario al objetivo de la negociación inicialmente planteado. Debe considerarse, además, que el tema ambiental es un tema transversal que requiere la coordinación entre muchas dependencias.

El logro de los objetivos de aplicación efectiva de la legislación ambiental nacional de cada país y de cooperación para superar las dificultades en el cumplimiento de la legislación ambiental está condicionado a la posibilidad de fortalecer los mecanismos de gestión ambiental, de manera que se logre cumplir con lo negociado para no estar expuestos a las sanciones comerciales.

Por otra parte, se requiere que los países cuenten con un sistema eficiente, desde el punto de vista económico, y eficaz desde el punto de vista jurídico, para determinar adecuadamente la responsabilidad particular de quienes violan las disposiciones vigentes, además de permitir la valoración correcta de los daños que tales acciones generan, para así estar en capacidad de trasladar a las empresas responsables las eventuales sanciones a que se exponen los países.

Los resultados de la negociación en materia ambiental es una oportunidad para llamar la atención acerca de la revisión que requiere la normatividad que los países de la región están obligados a cumplir y el fortalecimiento que requiere el marco institucional respectivo. La aprobación del TLC-CA requeriría de esfuerzos importantes en esa materia, de manera que el cumplimiento de la legislación ambiental sea efectivo.

TRANSPARENCIA*

1. Introducción

Un objetivo importante de toda negociación comercial es que los países participantes en un tratado de esa naturaleza puedan garantizar la transparencia en la aplicación de las diversas disposiciones acordadas, de manera que tanto los gobiernos como los ciudadanos puedan estar debidamente informados sobre esas disposiciones, pero también que gocen de la debida protección judicial, cuasi judicial o administrativa ante acciones que afecten sus intereses derivados de esas disposiciones.

2. Objetivos de la Negociación

El objetivo de disponer de transparencia en el TLC-CA no se menciona como objetivo de negociación para el capítulo específico de transparencia, sino como objetivo general de toda la negociación, y se expresa explícitamente en cada uno de los objetivos de negociación para los diferentes temas de negociación.

3. Resultados de la Negociación

Para propiciar la transparencia en las disposiciones del TLC-CA, los países acordaron, además de lo acordado específicamente sobre la materia en cada uno de los capítulos, primeramente, designar un

punto de enlace, a través del cual cada país facilitará las comunicaciones con la oficina o funcionario responsable, y que prestará el apoyo requerido, sobre cualquier asunto comprendido en el tratado.¹

Por otra parte, los países se comprometen a poner a disposición del público, en general, las leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general, actuales o que se proponga adoptar, relacionadas con cualquier asunto comprendido en el tratado, brindando oportunidad a quien así lo desee, de formular observaciones al respecto, sea o no compatible con el tratado.² Ello incluye la obligación de notificar a cualquier país parte del tratado sobre medidas que puedan afectar sus intereses,³ en la medida de lo posible, y dar respuesta a solicitudes expresas por parte de los otros países participantes en el acuerdo,⁴ de acuerdo con la legislación interna de cada país.⁵

Para asegurar la pronta revisión y eventual corrección de acciones administrativas relacionadas con asuntos comprendidos en el TLC-CA, los países se comprometen a establecer y mantener tribunales o procedimientos judiciales, cuasi judiciales o de naturaleza administrativa, imparciales, requeridos para una resolución fundada en las pruebas y en

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹ Cada país designará, dentro de 60 días después de la entrada en vigor del TLC-CA un punto de enlace. Artículo 18.1.

² Artículo 18.2.

³ En este caso, debe suministrarse una descripción de la naturaleza de algún procedimiento que se pretenda iniciar, una declaración de la autoridad a la que legalmente le corresponde iniciarlo, incluyendo una descripción de todas las cuestiones controvertidas. Artículo 18.4.(a). Asimismo, debe darse la oportunidad a quienes crean que se verían afectados, de presentar hechos y argumentos antes de la aplicación de cualquier acción administrativa. Artículo 18.4.(b).

⁴ Artículo 18.3.

⁵ Artículo 18.4.(c).

las argumentaciones, dando oportunidad a los países miembros para apoyar o defender sus posturas, y asegurando la implementación de las resoluciones respectivas.⁶

El capítulo sobre transparencia incluye una sección B, denominada Anti-Corrupción, que es un asunto innovador, al incluir la afirmación de los países sobre su resolución de eliminar el soborno y la corrupción en el comercio internacional y la inversión,⁷ para lo cual se comprometen a trabajar conjuntamente para promover y apoyar iniciativas apropiadas en foros de relevancia internacional, reconociendo la importancia de iniciativas regionales y multilaterales.⁸

En especial, se incluye el compromiso de adoptar medidas legislativas o de otro tipo para tipificar como delitos en su legislación interna, y adoptar o mantener penas y procedimientos adecuados para hacer cumplir dicha legislación,⁹ a personas que desempeñen funciones públicas y que soliciten o acepten, directa o indirectamente, cualquier beneficio a cambio de realizar u omitir realizar cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, a personas y empresas¹⁰ que ofrezcan u otorguen cualquier beneficio a cambio de que dichos funcionarios o personas realicen u omitan realizar cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, y a personas y empresas que instiguen o ayuden a cometer esos delitos, en asuntos que afecten el comercio internacional y la inversión,¹¹ así como a adoptar medidas para proteger a aquellas personas que de buena fe hayan denunciado los actos de soborno o corrupción descritos.¹²

4. Conclusiones

Buscar la transparencia en las disposiciones del tratado es un asunto inherente al mismo, para lograr su amplia difusión y para disponer de los mecanismos adecuados, a efectos de que todos los interesados gocen de la debida protección judicial, cuasi judicial o administrativa ante acciones que afecten sus intereses derivados de esas disposiciones. En ese sentido, el capítulo reitera, para todo el tratado, lo que en algunos capítulos se establece específicamente en materia de transparencia.

Importante de destacar es la inclusión de una sección sobre compromisos de los países para adoptar o mantener medidas para combatir el soborno y la corrupción, incluyendo sanciones y la obligatoriedad de cumplimiento de esas medidas. Esa obligación contraída por los países en el TLC-CA puede ayudar a reducir el soborno y la corrupción en todos los países miembros. El incumplimiento de esas medidas puede activar el mecanismo de solución de controversias y conducir a la imposición de sanciones.

⁶ Artículo 18.5.

⁷ Sección B., Anti – Corrupción.

⁸ Artículo 18.9.

⁹ Artículo 18.8.2.

¹⁰ Artículo 18.8.3.

¹¹ Artículo 18.8.1.

¹² Artículo 18.8.4.

ADMINISTRACIÓN DEL TRATADO Y CREACIÓN DE CAPACIDADES RELACIONADAS CON EL COMERCIO*

Para la administración del TLC-CA se establece una Comisión de Libre Comercio, apoyada por un Coordinador del Tratado de Libre Comercio en cada país. Por otra parte, en atención exclusiva al tema de creación de capacidades relacionadas con el comercio, se crea un Comité con ese propósito.

La Comisión de Libre Comercio estará compuesta por el Ministro de Comercio Exterior de Costa Rica, los Ministros de Economía de Guatemala y de El Salvador, el Ministro de Fomento, Industria y Comercio de Nicaragua, el Secretario de Estado en los Despachos de Industria y Comercio de Honduras, el Secretario de Estado de Industria y Comercio de la República Dominicana, y el Representante Comercial de los Estados Unidos (United States Trade Representative).¹

La Comisión de Libre Comercio establecerá sus propias reglas y procedimientos de funcionamiento, tomará sus decisiones por consenso (a menos que decida otra cosa) y se reunirá por lo menos una vez al año (a menos que decida otra cosa), siendo presididas sucesivamente por cada uno de los países firmantes.

La Comisión de Libre Comercio es el órgano máximo del TLC-CA. Deberá:²

- “(a) supervisar la ejecución del Tratado;*
- (b) supervisar el ulterior desarrollo del Tratado;*
- (c) buscar resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación de este Tratado;*
- (d) supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme a este Tratado; y*
- (e) conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado.”*

Asimismo, la Comisión de Libre Comercio podrá:³

- “(a) establecer y delegar responsabilidades en comités y grupos de trabajo;*
- (b) modificar en cumplimiento con los objetivos de este Tratado:⁴*
 - (i) las listas de desgravación sujetas al Anexo 3.3 (Desgravación Arancelaria), a fin de acelerar la reducción arancelaria;⁵*
 - (ii) las reglas de origen establecidas en el Anexo 4.1 (Reglas de origen específicas);*
 - (iii) las Directrices Comunes referidas en el Artículo 4.21 (Directrices Comunes); y*
 - (iv) Anexos 9.1.2(b)(i) y 9.1.2(b)(ii) (Contratación Pública);⁶*

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹ Anexo 19.1.

² Artículo 19.1.2.

³ Artículo 19.1.3.

⁴ Las decisiones de la Comisión de Libre Comercio equivalen en Costa Rica a un protocolo de menor rango, establecido en el artículo 121.4. de la Constitución Política. Anexo 19.1.4.

⁵ La potestad de modificar las listas de desgravación arancelaria a nivel nacional por parte del Poder Ejecutivo se la estarían dando a la Comisión con la misma aprobación del tratado. Esa potestad ya ha sido avalada por la Sala Constitucional, en razón de la vigencia de otros tratados internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa, en los cuales se otorga esa potestad al Poder Ejecutivo.

⁶ El Anexo 9.1.2.(b).(i). comprende las listas de las entidades estatales, así como las mercancías, servicios y servicios de construcción que adquieren esas entidades, sujetas a lo acordado en materia de contratación pública entre los Estados Unidos y cada uno de los países centroamericanos. El Anexo 9.1.2.(b).(ii). comprende las listas de las entidades estatales, así como las mercancías, servicios y servicios de construcción que adquieren esas entidades, sujetas a lo acordado en materia de contratación pública entre los países centroamericanos.

- (c) emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado;⁷
- (d) solicitar la asesoría de personas o grupos sin vinculación gubernamental; y
- (e) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones según acuerden las Partes.”

Las modificaciones que acuerde la Comisión de Libre Comercio serán implementadas según los procedimientos jurídicos aplicables en cada país.

Cada país tendrá un Coordinador del Tratado de Libre Comercio. Para el caso de Costa Rica, éste será el Director General de Comercio Exterior.⁸ Los Coordinadores del Tratado de Libre Comercio en cada país prepararán las reuniones de la Comisión de Libre Comercio y son los encargados de dar seguimiento a las decisiones de la Comisión.⁹

Para la administración de los procedimientos de solución de controversias, cada país establecerá una oficina de apoyo administrativo a los grupos arbitrales así como para la ejecución de otras funciones asignadas por la Comisión de Libre Comercio.¹⁰ Los costos de operación de esa oficina correrán por cuenta de cada país. La remuneración y otros gastos a pagar a árbitros y expertos serán cubiertos en partes iguales por los países contendientes, a partir de la fijación de los montos respectivos que determine la Comisión de Libre Comercio.¹¹

En atención a las necesidades de creación de capacidades relacionadas con el comercio, en el TLC-CA se crea el Comité para la Creación de Capacidades Relacionadas con el Comercio,¹² “... en reconocimiento que la asistencia para la creación de capacidades relacionadas con el comercio es un cataliza-

dor para las reformas y la inversión necesarias para fomentar el crecimiento económico impulsado por el comercio, la reducción de la pobreza y el ajuste a un comercio más libre...”

El comité, compuesto por representantes gubernamentales de los países firmantes, deberá recibir de los países centroamericanos y la República Dominicana, la estrategia nacional sobre creación de capacidades que cada país de la región desarrolla y su actualización periódica, con el propósito de recibir asistencia en la implementación del tratado y en el ajuste hacia un comercio más libre.¹³ Esta disposición establece nuevas oportunidades para que los países centroamericanos puedan obtener los recursos de cooperación internacional necesarios para aprovechar mejor las posibilidades que ofrece el TLC-CA.

El comité, por su parte, determinará los términos de su funcionamiento, priorizará proyectos, invitará a instituciones donantes internacionales que puedan satisfacer los proyectos presentados por los países en ese comité, evaluará y monitoreará el progreso en la implementación de los diversos proyectos que se definan, e informará periódicamente a la Comisión de Libre Comercio, órgano máximo para la supervisión de la ejecución del tratado, sobre su labor, reuniéndose al menos dos veces por año durante el período de transición, y tomando las decisiones por consenso.¹⁴

Siendo la administración aduanera y la facilitación del comercio aspectos esenciales para la implementación del tratado, se estableció un grupo de trabajo que trabajará bajo la supervisión del comité y reportará a él.¹⁵

Esos anexos pueden ser modificados menormente, siempre y cuando se notifique a los otros países esa modificación y no haya objeción por parte de algún otro país en un plazo de 30 días. Las modificaciones menores pueden ser objeto de compensación, con excepción del caso en que la influencia gubernamental ha sido eliminada. Artículo 9.16.

⁷ Las interpretaciones que sobre las disposiciones de este tratado emita la Comisión de Libre Comercio son vinculantes para los tribunales arbitrales que se establezcan para solucionar controversias relacionadas con las inversiones y, en general, para la correcta aplicación del tratado.

⁸ Anexo 19.2.

⁹ Artículo 19.2.

¹⁰ Artículo 19.3.1.

¹¹ Artículo 19.3 y Anexo 19.3.

¹² Artículo 19.4.

¹³ Artículo 19.4.2.

¹⁴ Artículos 19.4.3., Artículo 19.4.4., Artículo 19.4.5., Artículo 19.4.7.

¹⁵ Artículo 19.4.8.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*

1. Introducción

En los acuerdos comerciales, la previsión de un mecanismo para la solución de controversias que pueden surgir, es un elemento central, ya que a través de ese mecanismo se crean los instrumentos jurídicos que garantizan el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones de los países participantes en esos acuerdos.

Siendo que los mecanismos de solución de controversias, en general, son importantes para cualquier país miembro de un acuerdo comercial, esos mecanismos son de mayor importancia para países pequeños como los centroamericanos y la República Dominicana, sin capacidad para ejercer poder político o económico para defender sus intereses comerciales. Así, la existencia de un mecanismo de solución de controversias, que sea justo, ágil, efectivo y equitativo, exime a países pequeños de la presión política por parte de países más grandes y les permite defender sus intereses con base en el derecho internacional.

La utilización del mecanismo de solución de controversias en la OMC ha demostrado ser eficaz para países en desarrollo. Costa Rica. Por ejemplo, el país ganó una disputa comercial con los Estados Unidos en materia de textiles y vestido en el marco de la

OMC en 1996, con lo que se demostró que un país pequeño puede defender adecuadamente sus intereses comerciales por la vía del derecho internacional, haciendo respetar los acuerdos multilaterales de comercio. En el TLC-CA también se negoció la inclusión de un mecanismo para la solución de controversias.

2. Objetivos de la Negociación

Los Ministros centroamericanos acordaron como objetivos para las negociaciones, en materia de solución de controversias, los siguientes:¹

- *“Buscar el establecimiento de un mecanismo justo, ágil, transparente y eficaz para la solución de controversias que surjan al amparo de este tratado entre los países centroamericanos y los Estados Unidos.*
- *Buscar el establecimiento de medios que faciliten y fomenten el uso del arbitraje y otros medios alternativos de solución de diferencias para resolver controversias privadas.”*

La posición de negociación del Gobierno de Costa Rica, que coincide con la posición de negociación de los demás países de la región, contiene los siguientes elementos:²

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹ COMEX 2003b, pág. 41.

² COMEX 2003b, págs. 41 y 42.

• Mecanismo de solución de controversias (Estado-Estado)

- “a) Establecer reglas claras y efectivas, que sean de aplicación bilateral, para la solución de controversias que puedan surgir entre las Partes del Tratado.*
- b) Favorecer una solución mutuamente satisfactoria, mediante la cooperación y consultas, de cualquier asunto que pueda surgir entre las Partes.*
- c) Aplicar el capítulo a las controversias que surjan de la interpretación y aplicación del Tratado, o cuando una medida vigente o en proyecto sea inconsistente con las obligaciones del mismo o cuando se cause anulación o menoscabo a la otra Parte.*
- d) Contemplar la posibilidad de que las Partes puedan seleccionar el foro donde desean resolver sus controversias, ya sea utilizando el mecanismo de solución de controversias de este tratado o bien el existente en otros foros del cual formen parte, como el de la OMC.*
- e) Establecer un mecanismo de solución de controversias que sea justo, ágil, transparente, y eficaz, que: contenga etapas y plazos claramente definidos; busque promover los buenos oficios, la conciliación y la mediación entre otros medios alternativos de conflictos; contemple procedimientos de establecimiento y selección del panel, prevea la posibilidad de acudir a asesoría técnica; y asegure la participación de las Partes en el proceso así como la de los interesados en el mismo, por ejemplo, tercera Parte;*
- f) Brindar un tratamiento adecuado, a través de un procedimiento más ágil y expedito, a aquellos bienes que por sus características propias así lo requieran, por ejemplo bienes perecederos.*
- g) Asegurar el cumplimiento efectivo de las recomendaciones y determinaciones emitidas al amparo de este mecanismo en relación con la controversia en cuestión, mediante la inclusión de disposiciones que aseguren procedimientos y plazos para el cumplimiento del mismo así como incorporando mecanismos que se activarían como última instancia en caso de que la Parte no cumpla con lo recomendado por el panel.*

• Mecanismo de solución de controversias (Particular- Particular)

- a) Promover y facilitar el uso de medios de solución alterna de conflictos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares.*
- b) La inclusión de disciplinas que aseguren la observancia de los convenios internacionales suscritos en la materia.”*

De esa manera, se incorporaron en el TLC-CA tanto el mecanismo para la solución de controversias entre países, como la promoción de la adopción de mecanismos, existentes, para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares. Con ello, no sólo se garantiza que los derechos y las obligaciones contraídos en el tratado se cumplan, so pena de que se tomen medidas para exigir su cumplimiento o para compensar incumplimientos, sino que también se quiere incorporar la obligación de los países de velar porque sus agentes económicos cuenten con opciones para la solución de controversias comerciales con agentes económicos de otros países.

3. Resultados De La Negociacion

En el TLC-CA, los países centroamericanos, la República Dominicana y los Estados Unidos, acordaron lo siguiente en materia de solución de controversias:

1. Establecer un mecanismo para la solución de controversias entre los países miembros del TLC-CA, para resolver las controversias relativas a la aplicación o interpretación del tratado.³
2. Promover la solución alternativa de controversias comerciales privadas internacionales.⁴

A continuación se describen y comentan cada uno de los elementos negociados.

³ Sección A del Capítulo sobre Solución de Controversias.

⁴ Sección B del Capítulo sobre Solución de Controversias.

1. Mecanismo de solución de controversias Estado – Estado.

Los países miembros del TLC-CA acordaron activar un mecanismo de solución de controversias, para el caso de que no se llegue a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del tratado, mediante la cooperación y las consultas entre los países,⁵ en relación con medidas vigentes o en proyecto en un país, que otro país considere que son incompatibles, podrían ser incompatibles, incumplen con las obligaciones del tratado, o causen anulación o menoscabo de beneficios esperados del tratado.⁶

El procedimiento para la solución de controversias contempla, primeramente, la realización de consultas bilaterales⁷ para alcanzar una solución mutuamente aceptable.⁸ Si después de 60 días después de la entrega de la solicitud de un país a otro país para la realización de consultas,⁹ no se logra resolver el

asunto, éste puede ser remitido a la Comisión de Libre Comercio,¹⁰ la que, interponiendo sus buenos oficios, procurará contribuir al logro de una solución mutuamente satisfactoria.¹¹

Si después de 30 días de haberse reunido la Comisión, o después de 75 días¹² de haberse presentado la solicitud de consultas, en el caso de que la comisión no se haya reunido,¹³ el asunto no se ha resuelto a satisfacción de las partes, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un panel o grupo arbitral.¹⁴

El procedimiento ante el grupo arbitral se realiza según las denominadas Reglas Modelo de Procedimiento,¹⁵ salvo que las partes en conflicto acuerden algo diferente,¹⁶ y el mandato del grupo arbitral será, salvo que las partes acuerden algo diferente, “Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables de este Tratado, el asunto a que se hace referencia en la so-

⁵ Estas deberán siempre anteceder a la utilización de ese mecanismo. Artículo 20.1.

⁶ Artículo 20.2. y Anexo 20.2.

⁷ Cualquier otro país interesado en el tema puede participar en las consultas, según el Artículo 20.4.3.

⁸ Las controversias que surjan en relación con este tratado y en relación otros a los que los países contendientes pertenezcan, o bien en relación al Acuerdo sobre la OMC, podrá ser resuelto en el foro que la parte reclamante escoja. Ello abre la posibilidad de que las controversias comerciales entre los países centroamericanos puedan ser resueltas mediante el mecanismo de solución de controversias del TLC-CA.

⁹ Queda abierta la posibilidad de que este plazo se amplíe, según el artículo 20.5.1.c. El plazo para la realización de consultas es de 15 días a partir de la entrega de la solicitud, en el caso de asuntos relativos a mercancías perecederas. Artículo 20.4.4.

¹⁰ La Comisión de Libre Comercio está conformada por los Ministros responsables del comercio exterior de cada país miembro del TLC-CA. Anexo 19.1. del Capítulo 19 (Sección A: Administración del Tratado).

¹¹ La Comisión de Libre Comercio también dará respuesta a cuestiones de interpretación o de aplicación del TLC-CA que surjan en procedimientos judiciales o administrativos internos de un país miembro, cuando otro país miembro considere que es necesario. Si la Comisión no logra un acuerdo sobre determinado asunto, cualquier país puede someter su opinión al tribunal o al órgano administrativo interno, de acuerdo con los procedimientos existentes en el país respectivo. Artículo 20.20.

¹² 30 días en el caso de mercancías perecederas. Artículo 20.6.1.(c)

¹³ Queda abierta la posibilidad de que ese plazo se amplíe, según lo acuerden las partes consultantes, según el Artículo 20.6.1.e.

¹⁴ El panel arbitral se selecciona de una lista de sesenta panelistas, con requisitos y cualidades claramente establecidas, que se integrará a más tardar dentro de los siguientes seis meses de vigencia del Tratado. Artículo 20.7. y Artículo 20.8. Los tres panelistas seleccionados, mediante procedimientos y reglas claramente establecidos en el Artículo 20.9 para resolver conflictos bilaterales, no serán nacionales de las partes involucradas. Artículo 20.9.1.

¹⁵ Las Reglas Modelo de Procedimiento que se establecerán a la hora de entrada en vigencia del Tratado garantizarán: (a) el derecho, al menos, a una audiencia ante el grupo arbitral, la cual será pública, sujeta al párrafo (e); (b) una oportunidad para cada Parte contendiente de presentar alegatos iniciales y de replica por escrito; (c) que los alegatos escritos de cada Parte participante, las versiones escritas de sus declaraciones orales, y las respuestas escritas a una solicitud o a las preguntas del grupo arbitral serán disponibles al público dentro de los 10 días después a su entrega, de conformidad al subpárrafo (e); (d) que el panel considerará intervenciones de entidades no - gubernamentales de los territorios de las Partes contendientes para entregar opiniones escritas relacionadas con la controversia que puedan ayudar al grupo arbitral en la evaluación de los alegatos y argumentos de las Partes contendientes; y (e) la protección de la información confidencial. Artículo 20.10. Reglas de Procedimiento. Sin embargo, la Comisión de Administración del Tratado puede variarlas. Artículo 20.10.3.

¹⁶ Artículo 20.10.2. El panel no podrá ser convocado para revisar una medida en proyecto. Artículo 20.6.6.

licitud de establecimiento del grupo arbitral y emitir las conclusiones,¹⁷ determinaciones y recomendaciones¹⁸¹⁹ respectivas, así como presentar tanto un informe inicial como un informe final.

El informe inicial deberá ser presentado por el grupo arbitral a más tardar 120 días después de haber sido seleccionado el último panelista,²⁰ y contendrá:²¹ a. las conclusiones de hecho; b. la determinación sobre si una parte ha incumplido una obligación contenida en el tratado o que una medida, que no contravenga el tratado, cause anulación o menoscabo de beneficios esperados;²² c. recomendaciones para la solución de la controversia, si las partes así lo hayan solicitado al grupo arbitral.²³ Ese informe inicial será revisado por las partes, sus observaciones pueden ser reconsideradas por el grupo arbitral y éste podrá realizar exámenes adicionales, si así lo considera conveniente.²⁴

30 días después de presentado el informe inicial, salvo que las partes acuerden un plazo diferente,²⁵ el grupo arbitral presentará su informe final.²⁶ Con base en el informe final, las partes contendientes acordarán la solución de la controversia, en caso de que se haya determinado un incumplimiento o que la medida causa anulación o menoscabo de beneficios, procediendo a la eliminación del incumplimiento o bien de la medida que causa anulación o menoscabo de beneficios. Eventualmente, las partes acordarán un plan de acción para la eliminación del incumplimiento.²⁷

Ahora bien, si las partes contendientes no logran un acuerdo para la solución de la controversia, o si han acordado un plan de acción y una parte considera que la otra no lo cumple, los países deberán iniciar negociaciones para acordar una compensación.²⁸ Si los países en conflicto no logran acordar una compensación, o han acordado una compensación o una solución al conflicto y una parte considera que la parte demandada no cumple, la parte reclamante puede notificar su intención de suspender beneficios, especificando el nivel de éstos, e iniciando la suspensión 30 días después.²⁹ La suspensión de beneficios deberá ser en el sector o sectores que se vean afectados por el incumplimiento o por la anulación o menoscabo de beneficios, aunque puede ser extendida a otros sectores, si así lo considera la parte afectada.³⁰ Con esta disposición, se trata de focalizar la sanción comercial, de manera que no afecte otras actividades comerciales.

No obstante, la parte demandada puede objetar la suspensión de beneficios, si considera que ha eliminado el incumplimiento o la anulación o menoscabo de beneficios esperados, o si considera que el nivel de beneficios a suspender es excesivo, solicitando al grupo arbitral que examine nuevamente el asunto. Si éste considera que no se ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo de beneficios, y que el nivel de beneficios a suspender es excesivo, fijará el nivel que considere conveniente.³¹ Sin embargo, la parte demandada podrá evitar la suspensión de beneficios, si 30 días después de notificada

¹⁷ Conclusiones en relación con el grado de los efectos comerciales adversos que haya generado una medida que la parte demandante juzgue incompatible con las obligaciones del tratado, sólo podrán formularse si fue solicitado expresamente por una parte contendiente. Artículo 20.10.6.

¹⁸ Recomendaciones para la solución de la controversia sólo podrán ser emitidas si las partes lo han solicitado. Artículo 20.13.2.

¹⁹ Artículo 20.10.4.

²⁰ Puede ser otro plazo, según lo establezca la Comisión a la hora de establecer las Reglas Modelo de Procedimiento a la fecha de entrada en vigencia del Tratado. Artículo 20.10. y 20.13.3. En todo caso, el plazo no puede ser mayor de 180 días, según el artículo 20.13.4.

²¹ Artículo 20.13.3.

²² La anulación o menoscabo de beneficios esperados mediante alguna medida que no contravenga el tratado puede alegarse solamente por medidas aplicadas relacionadas con Trato Nacional y Acceso de bienes al mercado, reglas y procedimientos de origen, administración aduanera y facilitación del comercio, obstáculos técnicos al comercio, contratación pública, comercio transfronterizo de servicios y derechos de propiedad intelectual, considerando las excepciones generales contenidas en el Capítulo de excepciones generales. Anexo 20.2.

²³ Artículo 20.13.3.c.

²⁴ Artículo 20.13.6. y Artículo 20.13.7.

²⁵ Artículo 20.14.1.

²⁶ La identidad de los árbitros que hayan votado con la mayoría o con la minoría no podrá ser revelada. Artículo 20.14.2.

²⁷ Artículo 20.15.3.

²⁸ Artículo 20.16.1. El procedimiento en caso de incumplimiento relacionado con asuntos laborales y ambientales se explica más adelante.

²⁹ Artículo 20.16.2.

³⁰ Artículo 20.16.5.

³¹ Artículo 20.16.3.

la intención de suspenderlos, comunica su decisión de pagar una contribución monetaria anual, para lo cual los países negociarán el monto respectivo. Si no se logra un acuerdo al respecto, la parte afectada podrá fijar la contribución monetaria, siendo de 50% del monto correspondiente a los beneficios que pretendía suspender, o bien 50% del monto de beneficios que el grupo arbitral había fijado.³² La contribución monetaria deberá ser cancelada al otro país en cuotas trimestrales iguales. No obstante, la Comisión de Libre Comercio puede decidir algo diferente al respecto, pudiendo también determinar que esa contribución monetaria debe ser pagada a un fondo que se utilizará, bajo la dirección de la Comisión, en asuntos relativos a la facilitación del comercio, a la reducción de obstáculos al comercio o bien a ayudar a determinado país a cumplir con las obligaciones del tratado.³³ Finalmente, si la parte demandada no cumple con su obligación de pago de la contribución monetaria, la parte reclamante podrá suspender los beneficios.³⁴

En caso de que se trate de un incumplimiento en materia ambiental o en materia laboral, la solicitud para que se constituya el grupo arbitral nuevamente será para que se imponga una contribución monetaria anual a la parte demandada de hasta US \$ 15 millones. En otras palabras, cuando se da un incumplimiento o una anulación o menoscabo de beneficios esperados en materia laboral o ambiental, no se inicia un procedimiento para la suspensión de beneficios, como primera medida, sino que se inicia el procedimiento para el establecimiento de una contribución monetaria. Únicamente si no se cumple con la obligación de pagar la contribución monetaria, se pueden suspender los beneficios.

Costa Rica y los demás países centroamericanos debieron aceptar en la negociación la inclusión de la posibilidad de que se imponga una multa de hasta US \$ 15 millones³⁵ por incumplimiento de sus obligaciones en materia ambiental o laboral, relacionadas con el comercio, contrario a lo originalmente

estipulado en los objetivos de la negociación, que no contemplaba las multas y más bien pretendía establecer un mecanismo de cooperación.³⁶ Dicha aceptación se debió a la imposibilidad del equipo negociador de dejar por fuera la imposición de multas por concepto de incumplimiento de la legislación ambiental o laboral en relación con el comercio, por cuanto la Autoridad de Promoción Comercial (TPA) instruye al equipo negociador de los Estados Unidos a que sanciones de este tipo deben estar incluidas en el Tratado.³⁷

Es importante mencionar que la posibilidad de que se imponga una contribución monetaria anual de hasta US \$ 15 millones únicamente entrará a regir:

- a. luego de que no se haya llegado a una solución sobre la controversia respectiva dentro del marco de las Consultas Ambientales Cooperativas o de las Consultas Laborales Cooperativas, según lo estipulado en los capítulos ambiental y laboral;
- b. luego de que se hayan realizado las consultas al amparo del Mecanismo de Solución de Controversias;
- c. luego de que se haya establecido el grupo arbitral y éste haya emitido su informe final;
- d. luego de que eventualmente se haya acordado un plan de acción para la eliminación del incumplimiento que una parte considere la otra parte no lo ha cumplido; y
- e. luego de que haya sido solicitado el establecimiento del grupo arbitral para acordar una contribución monetaria anual, que en todo caso, se mantendrá mientras se mantenga el incumplimiento las obligaciones ambientales o laborales, expresadas en la legislación interna de cada país, que afecten el comercio entre las partes.

El grupo arbitral determinará el monto de la contribución monetaria 90 días después de su nuevo establecimiento. Para el establecimiento del monto de la contribución – multa -, el grupo arbitral deberá considerar los siguientes criterios: “(a) los efectos

³² Artículo 20.16.6.

³³ Artículo 20.16.7.

³⁴ Artículo 20.16.8.

³⁵ El monto máximo de la contribución monetaria se ajusta por la inflación a partir del año 2006. Anexo 20.17.

³⁶ Se aceptaron las multas, pero también se establecieron mecanismos de cooperación. En materia ambiental, se negoció, paralelamente, el Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA).

³⁷ Sección 2102, b) Principal trade negotiating objectives 12) dispute settlement and enforcement E y F, Congreso de los Estados Unidos, 2002. Public Law 107-210, Division B, Título XXI. Washington, 6 de agosto del 2002.

sobre el comercio bilateral generados por el incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente; (b) la persistencia y duración del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente; (c) las razones del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente incluyendo, cuando sea relevante, el incumplimiento en cuanto a la observancia de los términos de un plan de acción; (d) el nivel de cumplimiento que razonablemente podría esperarse de la Parte, habida cuenta de la limitación de sus recursos; (e) los esfuerzos realizados por la Parte para comenzar a corregir el incumplimiento después de la recepción del informe final del grupo arbitral, incluso mediante la implementación de cualquier plan de acción mutuamente acordado; y (f) cualquier otro factor pertinente.”³⁸

Las contribuciones o multas que deberán pagarse, a razón de cuotas trimestrales iguales, se depositarán en un fondo establecido y administrado por la Comisión de Libre Comercio, que serían utilizados, entre otros, para mejorar el cumplimiento de la legislación ambiental o laboral existente en el territorio de la parte demandada. Podría interpretarse que la imposición de multas es algo positivo, ya que si se llegara a establecer una multa, el monto de la misma tendría que ser utilizado en medidas para que el país incumpliente elimine el incumplimiento. En el caso de incumplimientos en materia ambiental y laboral, el pago de la multa no consiste en la transferencia de un monto determinado del país incumpliente al país demandante, sino de una reasignación presupuestaria del país incumpliente, a efectos de fortalecer su capacidad interna para el cumplimiento de la legislación ambiental o laboral.

Ahora bien, si la parte demandada no cumple con su obligación de pagar la multa respectiva, la parte demandante podrá adoptar otras sanciones, las que pueden incluir la suspensión de beneficios arancelarios acordados en el Tratado “ ... en la medida

necesaria para cobrar la contribución, teniendo presente el objetivo del Tratado de eliminar obstáculos al comercio e intentando evitar que se afecte indebidamente a Partes o intereses que no se encuentren involucrados en la controversia.”³⁹

En todos los casos, tanto las multas como otras sanciones son medidas transitorias, aplicables hasta que se elimine el incumplimiento dictaminado por el panel o grupo arbitral. Cuando la parte afectada considere que ha eliminado el incumplimiento, deberá notificar al grupo arbitral, el que, después de noventa días, deberá emitir un informe. Si en el informe se concluye que efectivamente el incumplimiento ha sido eliminado, se restablecerán de inmediato los beneficios suspendidos o bien se eliminará la obligación de pagar la multa.⁴⁰

Debe tenerse presente que, tanto el proceso para la imposición de sanciones comerciales como el proceso para la imposición de una multa, requiere que se pase una serie de instancias antes de llegar a la imposición de sanciones comerciales o multas.

Si bien en el TLC no se contempla una multa para las empresas que generen el incumplimiento del país, sí está contemplada la posibilidad de establecer, internamente en cada país, sanciones e incluso, la posibilidad de exigir la reparación del daño causado, según la legislación nacional de cada país: “Cada Parte establecerá sanciones y reparaciones apropiadas y efectivas por las infracciones de su legislación ambiental, que: i) tomen en consideración, según sea apropiado, la naturaleza y la gravedad de la infracción, cualquier beneficio económico obtenido por el infractor, su condición económica y otros factores pertinentes; y ii) podrán incluir sanciones y acciones civiles y penales tales como acuerdos de cumplimiento, penas, multas, medidas precautorias, suspensión de actividades y requerimientos para tomar medidas correctivas o pagar por el daño ocasionado al ambiente.”⁴¹

³⁸ Artículo 20.17.2. Es así como se consideran las diferencias existentes entre los países en cuanto al nivel de desarrollo y el tamaño de sus economías.

³⁹ Artículo 20.17.5.

⁴⁰ También se establece en el tratado que la Comisión debe revisar el funcionamiento y la efectividad del artículo referente a la imposición de multas o sanciones comerciales (Artículos 20.17 y 20.16), sea cinco años después de la entrada en vigencia del Tratado, o bien seis meses después de que se hayan impuesto sanciones o multas en cinco casos diferentes, según lo que se verifique primero. Artículo 20.19.

⁴¹ Artículo 17.3.1.c. También se establece que los países otorgarán derechos apropiados y efectivos de acceso a reparaciones, de acuerdo con la legislación nacional de cada país, que podrían incluir la demanda por daños a otra persona, multas, clausuras de emergencia o suspensión temporal de actividades, u ordenes para mitigar las consecuencias de las infracciones de su legislación ambiental, entre otros. Artículo 17.3.4.

2. Promover la solución alternativa de controversias comerciales privadas internacionales.

Además del mecanismo de solución de controversias entre estados, los países acordaron promover y facilitar *“el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio”*.⁴² Para ello, cada país se compromete a disponer de *“procedimientos que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias”*,⁴³ ajustándose a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.⁴⁴ Adicionalmente, los países establecen un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas, que presentará informes y recomendaciones a la Comisión de Libre Comercio sobre el arbitraje y otros procedimientos para la solución de controversias comerciales privadas, así como fomentar la cooperación técnica entre los países para promover y facilitar el uso del arbitraje y otras formas alternativas para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.

4. Conclusiones

Los objetivos de la negociación planteados son coincidentes con los resultados de la negociación. Se establecieron el mecanismo de solución de controversias entre los países y la promoción de la solución alternativa de controversias comerciales privadas, mediante el arbitraje y otras modalidades. Con ello, se garantiza que países pequeños, como los centroamericanos y la República Dominicana, cuenten con mecanismos basados en el derecho internacional para la defensa de sus intereses comerciales, y se facilita a las empresas la solución de controversias comerciales mediante mecanismos más expeditos y efectivos. Además, los procedimientos establecen plazos claros para las diferentes fases de la solución de la controversia, alcanzando una nueva fase solamente cuando se ha agotado la fase anterior, la se-

lección de los integrantes de los paneles arbitrales está basada en criterios de idoneidad, se busca transparencia en el proceso y, en general, se crean los procedimientos adecuados para favorecer soluciones efectivas a las controversias que puedan surgir, garantizando el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones de los países participantes.

A pesar de que inicialmente no estaba contemplado aceptar la imposición de multas o contribuciones monetarias por incumplimientos, sobretudo en materia ambiental y laboral, se tuvo que aceptar su inclusión en el TLC-CA, ya que ello estaba estipulado como directriz a los negociadores de los Estados Unidos en la Autoridad de Promoción Comercial. No obstante, la imposición de contribuciones monetarias en materia ambiental y laboral es un último recurso, al que se llega luego de un largo proceso a través de múltiples instancias que buscan que los países cumplan con su legislación interna en la materia. Además, el pago de las contribuciones monetarias consiste en una reasignación presupuestaria del país demandado, de manera que destine recursos para el cumplimiento de su legislación laboral y ambiental. Adicionalmente, en general se incluyen provisiones en materia de cooperación, y específicamente en lo laboral y lo ambiental, de manera que se facilite a los países el cumplimiento de sus obligaciones.

En los otros casos también es posible la imposición de multas, pero como una alternativa del país demandado, ante la imposición de sanciones comerciales. En todos los casos, el objetivo principal es la remoción del incumplimiento o de la anulación o el menoscabo de los beneficios que se esperan con el TLC-CA, por lo que tanto las contribuciones monetarias como la suspensión de beneficios son de naturaleza temporal, mientras el país incumpliente elimina el incumplimiento o la anulación o el menoscabo de los beneficios esperados.

Un aspecto importante de destacar, es la diferenciación de plazos para la atención de las controversias, en el caso de productos perecederos, que por su naturaleza, exigen de una atención más rápida que en el caso de otros productos afectados por una controversia comercial. Si bien los plazos son más cortos,

⁴² Artículo 20.22.1.

⁴³ Artículo 20.22.2.

⁴⁴ Artículo 20.22.3.

aún así esos productos podrían ser afectados, pero es importante la inclusión de provisiones especiales en este caso. Otro elemento importante de mencionar es el relativo a la opción que tienen los países de escoger el foro en el cual tratarán la solución de la controversia. Ello es importante en el caso de los países centroamericanos, cuyo proceso de integración económica ha estado plagado de incumplimientos a falta de un mecanismo apropiado de solución de

controversias. El hecho de que con el TLC-CA la solución de controversias entre países de la región pueda ser tramitada a través del mecanismo de solución de controversias del TLC-CA, aunque recientemente fue creado el mecanismo de solución de controversias dentro del marco de los acuerdos de integración centroamericana, puede conducir a una mayor efectividad en la solución de controversias comerciales entre los países de la región.

EXCEPCIONES*

El objetivo de la inclusión de un capítulo sobre excepciones en el TLC-CA, es establecer claramente las condiciones bajo las cuales no se podrán aplicar las reglas acordadas y las razones para ello.

En ese sentido, se adoptan las excepciones generales incluidas tanto en el Artículo XX del GATT de 1994, que es el texto original del GATT de 1947, incluyendo todos los acuerdos multilaterales convenidos hasta antes de la creación de la Organización Mundial del Comercio y que incluye los Acuerdos de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, en lo relacionado con el comercio de mercancías, así como el Artículo XIV del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS por sus siglas en inglés), que trata de las excepciones generales en relación con el comercio de servicios.

Dentro de las excepciones generales adoptadas en la aplicación del TLC-CA destacan la aplicación de medidas ambientales necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal así como las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales vivos o no vivos agotables, siempre que dichas medidas no sean un medio de justificación arbitrario o injustificable o una restricción encubierta al comercio internacional.¹

Por otra parte, se exceptúa de las obligaciones del tratado el suministro de información cuya divulgación sea contraria a los intereses esenciales de un país en materia de seguridad y la prohibición de la adopción de medidas en el caso de que un país las considere necesarias para el mantenimiento o la restauración de la paz y la seguridad internacional.²

Asimismo, se exceptúan las medidas tributarias³ de la aplicación de las disposiciones del TLC-CA.⁴ Sin embargo, si existen convenios tributarios entre algunos países miembros del TLC-CA, esos convenios prevalecerán.⁵ De no existir un convenio tributario, se aplicará el principio de trato nacional a las medidas tributarias relacionadas con el comercio de mercancías⁶ y a las medidas tributarias sobre renta, ganancias de capital, o sobre el capital gravable de las empresas referentes a la adquisición o al consumo de servicios específicos, relacionadas con el comercio transfronterizo de servicios y los servicios financieros, a no ser que se condicione una ventaja al requisito de suministrar el servicio en su territorio.⁷ Asimismo, se aplicarán los principios de trato nacional y Nación Más Favorecida⁸ a todas las medidas tributarias relacionadas con inversiones, comercio transfronterizo de servicios y servicios financieros, con excepción de aquellas sobre renta, ganancias

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹ Artículo XX del GATT de 1994 y Artículo XIV del GATS.

² Artículo 21.2.

³ Impuestos y medidas tributarias no incluyen: un arancel aduanero, derechos antidumping, medidas compensatorias, ni derechos u otros cargos relacionados con la importación proporcionales al costo de los servicios prestados. Artículo 21.6 y Artículo 2.1.

⁴ Artículo 21.3.1.

⁵ Artículo 21.3.2.

⁶ Artículo 21.3.3.(a) Trato nacional consiste en otorgar un trato no menos favorable a las mercancías importadas que el que se otorga a las mercancías nacionales, directamente competidoras o sustituibles. Artículo 21.3.3.(a)

⁷ Artículo 21.3.4.(a)

⁸ Este principio consiste en otorgar un trato no menos favorable que el que se otorga, en circunstancias similares, a las empresas de cualquier otro país.

de capital o capital gravable de las empresas, impuestos al patrimonio, sucesiones, donaciones y las transferencias con salto de generaciones.⁹ También las disposiciones sobre impuestos a la exportación se mantienen.¹⁰ Igualmente, se mantienen los compromisos sobre medidas tributarias en relación con requisitos de desempeño establecidos en el Capítulo sobre Inversiones.¹¹ Esas disposiciones rigen a partir de la aprobación del tratado; aquellas medidas inconsistentes con lo acordado pueden mantenerse.¹²

Las medidas tributarias pueden ser alegadas como expropiatorias o violatorias de un convenio o una autorización de inversión. Sin embargo, para que se inicie el procedimiento para someter una reclamación a un arbitraje internacional, las autoridades competentes de ambos países en disputa,¹³ deberán haber determinado, previamente, que la medida tributaria en cuestión es una expropiación. No obstante, si las autoridades competentes no examinan el asunto o no logran un acuerdo en cuanto a que la medida no constituye una expropiación, el inversionista puede someter su reclamación a un arbitraje internacional.¹⁴

Las medidas al comercio de mercancías por razones de balanza de pagos están también exentas de las reglas del tratado. El margen de acción para la aplicación de medidas que afectan al comercio, pero que están justificadas por razones de balanza de pagos, están claramente estipuladas en el Artículo XII del GATT de 1994 y en el Entendimiento relativo a las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 en Materia de Balanza de Pagos,¹⁵ los que se incorporan al TLC-CA.

Finalmente, se exceptúa de las reglas del TLC-CA la obligación de los países de proporcionar acceso a información confidencial, “... cuya divulgación pudiera impedir el cumplimiento de las leyes, o que fuera contraria al interés público, o que pudiera perjudicar el interés comercial legítimo de empresas particulares, sean públicas y privadas.”¹⁶

⁹ Artículo 21.3.4.(b)

¹⁰ Artículo 21.3.3.(b). Ningún país podrá adoptar o mantener un impuesto, gravamen u otro tipo de cargo a la exportación de alguna mercancía a territorio de otro país miembro del TLC-CA, a menos que tal impuesto, gravamen o cargo se adopte o mantenga sobre dicha mercancía: (a) cuando sea exportada a los territorios de todos los otros países miembros; y (b) cuando esté destinada al consumo doméstico. Artículo 3.11.

¹¹ En ese capítulo se establece que no se puede condicionar el otorgamiento de ventajas, incluyendo ventajas tributarias, al cumplimiento de ciertos requisitos de desempeño, pudiendo hacerlo para otros. Véanse al respecto los Artículos 10.9.2 y 10.9.3.

¹² Artículo 21.3.4.(c), (d), (e), (f), (g) y (h).

¹³ Las autoridades competentes son los Vice Ministros encargados de las finanzas públicas de cada país. Anexo 21.3.

¹⁴ Artículo 21.3.6.

¹⁵ http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/09-bops.doc

¹⁶ Artículo 21.5.

DISPOSICIONES FINALES*

Las disposiciones finales del TLC-CA comprenden los anexos, los apéndices y las notas al pie de página incluidos en el texto del tratado, disposiciones sobre las posibilidades de enmiendas que se pueden hacer al tratado, una vez aprobado por los Congresos de los países firmantes, disposiciones referentes a reservas que en el futuro alguno de los países considere necesario hacer, la fecha de entrada en vigor del tratado, las disposiciones para que otro país u otros países se puedan adherir al tratado, el procedimiento para la denuncia del tratado y el depositario del mismo, que es la Organización de Estados Americanos (OEA).¹ Contiene, además, las firmas de los representantes de los Gobiernos firmantes, debidamente autorizados.

Los anexos, apéndices y las notas al pie de página constituyen parte integral del TLC-CA.² En relación con las enmiendas que se puedan hacer al tratado, éstas tendrán que ser aprobadas por todos los países participantes y entrarán en vigor una vez que todos los países miembros hayan notificado al depositario del TLC-CA su aprobación, mediante los procedimientos legislativos respectivos en cada país.³ Lo mismo rige en cuanto a reservas que algún país quisiera hacer, a futuro, con respecto a alguna disposición del tratado, obviamente con excepción de las reservas ya incluidas en el tratado.⁴

El TLC-CA entrará en vigor una vez que los Estados Unidos y por lo menos uno de los demás países firmantes lo hayan aprobado y así lo hayan comunicado al depositario del tratado,⁵ el que informará de esa notificación a todos los países que hayan firmado el TLC-CA, lo hayan aprobado en sus congresos o no.⁶ La aprobación del TLC-CA por otros países hará que el tratado entrará a regir para ese país 90 días después de que haya notificado al depositario su aprobación, para lo cual cada país dispone de no más de dos años, salvo que los países acuerden otro plazo.⁷

Para que otro país u otros países se puedan adherir al TLC-CA, éstos deberán negociar los términos y las condiciones con la Comisión de Libre Comercio, y obtener la aprobación respectiva de su ente legislativo. Asimismo, cada país tendrá que aprobar en su ente legislativo la adhesión de otro país u otros países.⁸

Finalmente, cualquier país puede denunciar el tratado notificando tal denuncia, por escrito, al depositario, quien de inmediato informará a los demás países miembros del TLC-CA de la notificación. La denuncia surtirá efecto seis meses después de haber sido notificada, pudiendo los países acordar otro plazo, pero el tratado mantendrá su vigencia para los países que no lo han denunciado.⁹

* Este capítulo fue elaborado por Eduardo Alonso

¹ El depositario mantendrá los textos originales del tratado, que son igualmente auténticos en inglés y en español. Artículo 22.9.

² Artículo 22.1.

³ Artículo 22.2.

⁴ Artículo 22.4.

⁵ Artículo 22.5.1.(a) y Artículo 22.5.1.(b)

⁶ Artículo 22.5.3.

⁷ Artículo 22.5.2.

⁸ Artículo 22.6.

⁹ Artículo 22.7.

Bibliografía

- Araya, M., Salazar- Xirinachs, J.M.. 2000. El debate sobre comercio y ambiente y los retos futuros. En Comercio y Ambiente: temas para avanzar el diálogo. Washington, Organización de los Estados Americanos.
- Asamblea Legislativa. 1995. Ley de Contratación Administrativa, nº 7497. San José, Asamblea Legislativa.
- _____. 1999. Ley de Marcas y signos distintivos, nº 7978. San José, Asamblea Legislativa.
- _____. 2001. Proyecto de Ley de Firma Digital y Certificados Digitales. Expediente 14276. San José, Asamblea legislativa.
- _____. 2002. Ley de Fortalecimiento a las Pequeñas y Medianas Empresas, nº 82862. San José, Asamblea legislativa.
- Brocheta, M., et al. 1998. El comercio electrónico y el papel de la OMC. Ginebra, Organización Mundial del Comercio, Estudios Especiales. En http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/special_study_2_s.pdf.
- Caribbean Basin Economic Recovery Act. Public Law 98-67. 5 de Agosto, 1983. Artículo 212.
- Castro, M. 2004. El TLC desde la perspectiva laboral. En: Implicaciones del TLC en inversiones y empleo. Jornadas de reflexión, TLC con Estados Unidos, Mesa 4, Universidad de Costa Rica, Facultad de Ciencias Sociales, Instituto de Investigaciones Sociales.
- Cátedra Sanabria, 2004. Tercera etapa del diálogo ciudadano intersectorial sobre el TLC: posiciones sectoriales frente al TLC-EEUU-CA negociado. Heredia, UNA.
- CEPAL, 2004. Estudio Económico para América Latina y el Caribe 2003-2004.
- COMEX. 2000. La ampliación de los beneficios de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe. Presentación realizada por Gabriela Llobet y Fernando Ocampo. San José, Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica.
- _____. 2003a. Elementos guía de la posición de Costa Rica en materia de acceso de bienes al mercado. San José, Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica.
- _____. 2003b. Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos: Posición Nacional, San José, 2003.
- _____. 2004a. Costa Rica: Países con quienes se tiene acuerdos comerciales. San José, Ministerio de Comercio Exterior. En <http://www.comex.go.cr/estadisticas/otras/AcuerdosComerciales.pdf>
- _____. 2004b. Documento explicativo. San José, Ministerio de Comercio Exterior.
- _____. 2004c. Tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos. San José, Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica. En <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/texto/default.htm>

Congreso de los Estados Unidos. 1983. Caribbean Basin Economic Recovery Act. Public Law 98-67. 5 de agosto.

_____. 2002. Public Law 107-210, Division B, Título XXI. Washington, 6 de agosto del 2002.

Consejo Monetario Centroamericano. 2003. Informe Anual sobre la Situación Económica de los países centroamericanos y de República Dominicana. San José, Secretaría Ejecutiva del Consejo Monetario Centroamericano.

Cordero, C. 2003a. Negocio de Internet compartido con terceros, en el Periódico El Financiero, Edición No. 434. San José, El Financiero. 20-26 de octubre.

_____. 2003b. Portillos legales abrieron mercado, en el Periódico El Financiero, Edición No. 434, 20-26 de octubre. San José, El Financiero. 20-26 de octubre.

Gallegos, D. 1996. Consultoría Financiera en Telecomunicaciones sobre las consecuencias económico-financieras para el ICE ante la apertura de las telecomunicaciones. San José, Instituto Costarricense de Electricidad.

González, A. 1994. La Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales y sus implicaciones para Costa Rica. En Diez años: ciclo de conferencias de comercio exterior. San José, Ministerio de Comercio Exterior.

Guevara, A.L., 2004. El libre comercio y la agenda ambiental. San José, mimeo.

López, T. 1994. El acuerdo sobre la Agricultura en el acta final de la Ronda de Uruguay. En Diez años: ciclo de conferencias de comercio exterior. San José, Ministerio de Comercio Exterior.

Monge, A. 1995. Condiciones de Acceso para los Productos Agrícolas Costarricenses en los Mercados Externos Después de la Ronda Uruguay. COMEX, San José, Costa Rica. En www.comex.go.cr/publicacion/ciclo/1995/amonge.htm

Movimiento sindical Independiente de Cuba. 2004. Poca inversión en innovación y desarrollo frena productividad europea. Cuba, Movimiento sindical Independiente de Cuba. En <http://www.cubasindical.org/news/internacionales/y04/o07120406.htm>

Murillo, C. 2004. El tema ambiental en TLC-CA. San José.

Murillo, C., Ruiz, K.. 2003. Comercio y estándares laborales: una discusión centroamericana en el marco del tratado de libre comercio con Estados Unidos (TLC-CA). Heredia, Centro Internacional de Política Económica para el Desarrollo Sostenible (CINPE).

Naciones Unidas. 2003. Aspectos jurídicos del comercio electrónico, contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención. New York, Naciones Unidas (A/CN.9/WG.IV/WP).

Nowalsky, J. 2002. Asimetrías económicas, laborales y sociales en Centroamérica: desafíos y oportunidades, San José.

OIT. 1998. Declaración relativa a los principios fundamentales en el trabajo. Ginebra, Organización Internacional del Trabajo. En <http://www.ilo.org>

- _____. 2003. Principios y derechos fundamentales en el trabajo: un estudio sobre la legislación laboral. Ginebra, Organización Internacional del Trabajo. En <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/download/dominican.pdf>
- OMC. 1998. Sanitary and phytosanitary measures: Introduction. Understanding the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures. Ginebra, Organización Mundial del Comercio. En www.wto.org/trade-topics/sps
- _____. 2004a. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS): objetivos, alcance y disciplinas. Ginebra, Organización Mundial del Comercio. En http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/serv_s.htm
- _____. 2004b. Entendimiento relativo a las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 en materia de balanza de pagos. Ginebra, Organización Mundial del Comercio. En http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/09-bops.doc
- _____. 2004c. Seis ventajas de la liberalización de los servicios. Ginebra, Organización Mundial del Comercio. En http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gats_factfiction3_s.htm
- Picado, M. 2002. Comercio electrónico: oportunidades y retos en el entorno internacional. San José, Ministerio de Comercio Exterior. En www.comex.go.cr
- Poder Judicial. Varios años. Anuario de Estadísticas Judiciales 1994-2002. San José, Poder Judicial.
- Proyecto Estado de la Región - PNUD. 2003. Segundo Informe sobre Desarrollo Humano en Centroamérica y Panamá. San José, Proyecto Estado de la Nación, 2003.
- PNUD-CONARE. 1998. Balance y Propuestas. En actas de la Comisión de Verificación, en Concertación Nacional en Costa Rica. San José, Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo y Consejo nacional de Rectores.
- Quirós, R. 2000. La Organización Mundial del Comercio, OMC y el acuerdo sobre la agricultura: el caso de Costa Rica. San José, Instituto Interamericano para la Cooperación de la Agricultura, Área de Políticas y Comercio.
- _____. 2002. Las negociaciones comerciales multilaterales agrícolas: resultados de la IV conferencia ministerial de la OMC. Doha, Qatar; 9-14 noviembre 2001. Instituto Interamericano para la Cooperación de la Agricultura. Conferencia: Taller Alto Nivel Comercio Internacional Agroalimentario, MAG, Guatemala. 11-15 de marzo.
- Schuknecht, L., Perez-Esteve, R. 1999. A quantitative assessment electronic commerce. Ginebra, Organización Mundial del Comercio, División de Análisis e investigación económica. En <http://econpapers.hhs.se/paper/fthwtoera/99-01.htm>
- Serrano, G. 2004. El TLC y los seguros, San José.
- SICE. 2004. Declaración conjunta sobre comercio electrónico Canadá-Costa Rica. Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA. En <http://www.sice.oas.org/trade/cancr/Spanish/ecomms.asp>

Trejos, M.E. 2004. La inversión y el trabajo en el TLC Estados Unidos – Centroamérica. En: Implicaciones del TLC en inversiones y empleo. Jornadas de reflexión, TLC con Estados Unidos, Mesa 4, Universidad de Costa Rica, Facultad de Ciencias Sociales, Instituto de Investigaciones Sociales.

Townsend, D. 1996. Estructuras de mercado para la industria de las telecomunicaciones y opciones de políticas para Costa Rica. San José, Instituto Costarricense de Electricidad.

UNCITRAL, 2004. Página oficial del United Nations Commission on International Trade Law. En <http://www.uncitral.org>

UNCTAD. 2004. Página oficial del United Nation Conference on Trade and Development. En <http://www.unctad.org/sp/docs/wir98ove>.

U.S. Department of Commerce International Trade Administration, 2004. Frequently asked questions. Washington, U.S. Department of Commerce International Trade Administration. En <http://www.mac.doc.gov/CBI/FAQs/faqcbi-all.htm#One>

Vargas, L.P.2004. Espejitos y cuentas de vidrio: El tratado de libre comercio con los Estados Unidos y la inversión extranjera. Grupo Pensamiento Solidario, mimeo.