



Análisis Jurídico, Interpretación Legal y Aplicación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos.

República Dominicana, 29 de marzo de 2007



Por David A. Gantz
Profesor de Derecho
Universidad de Arizona
Facultad de Derecho
Tucson, Arizona

República Dominicana, 29 de marzo de 2007



Introducción

Palabras del USTR Embajador Portman:

- Este es un día histórico para los Estados Unidos y nuestros seis socios en DR-CAFTA. Este tratado de libre comercio refuerza el vínculo entre nosotros y nuestros vecinos. DR-CAFTA crea una alianza para el comercio justo y promoverá la seguridad y estabilidad en nuestra región. Este es un acuerdo de ganar-ganar que beneficia a los trabajadores Americanos con un mayor acceso a importantes mercados, y a nuestros socios comerciales con nuevas oportunidades económicas... El apoyo de América hacia el DR-CAFTA envía una gran señal al mundo de que Estados Unidos está comprometido a la liberalización del mercado. Esperamos continuar trabajando con el Congreso y nuestros socios comerciales alrededor del mundo para proveer oportunidades globales de comercio libre y justo a través del Programa de Doha para el Desarrollo.



- En años recientes, varias naciones, incluyendo a los Estados Unidos y hasta cierto punto a las naciones de Centroamérica y el Caribe, han participado en la proliferación a nivel mundial de “tratados comerciales regionales”.
- De acuerdo a las notificaciones recibidas por la OMC, la Secretaría de la OMC estima que para el año 2010, unos 400 de estos acuerdos estarán en vigencia.
- El DR-CAFTA es solo uno de la extensa lista de tratados de libre comercio (TLCs) concluidos por los Estados Unidos post-TLCAN.
- Desde 1999, los Estados Unidos ha concluido TLCs (además del DR-CAFTA) con Jordania, Singapur, Chile, Marruecos, Perú, Panamá, Australia, Colombia, Sultanía de Omán y el Reino de Bahrein.
- Todos estos, con excepción de los de Perú, Panamá y Colombia, han sido aprobados por los Estados Unidos y los respectivos congresos extranjeros y se encuentran en efecto o pronto entrarán en efecto.



- Los Estados Unidos probablemente tiene más que ofrecer a las naciones del DR-CAFTA:
 - acceso a los mercados de agricultura y mercancías manufacturadas, según las palabras críticas de un observador.
 - fomentan la exportaciones de bienes y servicios Estadounidenses



TLCAN Como Modelo

- En gran parte todos estos acuerdos siguen el modelo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN):
 - la eliminación de aranceles aduaneros y otras medidas no arancelarias en el comercio de bienes (incluyendo en gran parte agricultura)
 - reglas de origen
 - capítulos en estándares
 - medidas sanitarias y fitosanitarias
 - contratación pública
 - propiedad intelectual (incluso algunas disposiciones que exceden los requerimientos establecidos en el ADPIC de la OMC)
 - servicios financieros y otros
 - inversión
 - transparencia
 - derechos laborales (en el cuerpo del tratado)
 - asuntos ambientales (también en el cuerpo)
 - resolución de disputas.



- El TLCAN es de importancia para el entendimiento del DR-CAFTA; si uno puede entender como el TLCAN ha sido interpretado y aplicado, usualmente puede hacer la transición para entender el DR-CAFTA también.
- DR-CAFTA sigue de cerca el modelo del TLCAN pese a algunos agregados (ej. Comercio electrónico, obligaciones adicionales en materia de propiedad intelectual y disposiciones en facilitación comercial).
- Así también se han excluido algunos capítulos que se encuentran en el TLCAN tales como visitantes por razones comerciales y reglas sobre anti-competencia.
- La experiencia con el TLCAN es de gran relevancia para lo que la República Dominicana puede esperar en cuanto a la implementación del DR-CAFTA, especialmente en lo que respecta a las relaciones Estados Unidos-México.



Contenido del DR-CAFTA

- El DR-CAFTA consiste de
 - 22 capítulos, la mayoría con anexos contenidos en los mismos;
 - anexo sobre “acceso al mercado” (reglas de interpretación);
 - reglas de origen por producto (143 páginas);
 - Anexo I (excepciones específicas por país); Anexo II (medidas no conformes adicionales);
 - Anexo III (medidas no conformes sobre servicios financieros); programa de desgravación arancelaria para cada una de las siete partes;
 - una extensiva serie de cartas paralelas por país; y una enmienda sobre la entrada en vigencia del tratado.



- Esto claramente indica que hay pocas cuestiones legales referente al DR-CAFTA que pueden ser resueltas con la sola revisión de una o dos disposiciones o incluso de un anexo.
- En particular, sobre inversión y servicios no solo hay que considerar los Capítulos 10, 11, 12 y 13, si no también los Anexos I, II y III, los cuales son esenciales para su análisis.
- La interpretación y aplicación de las provisiones de TLCs resulta dificultosa para todos, incluso para abogados con experiencia en comercio y para los más capacitados oficiales de aduanas de los Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea.



Los Objetivos

- Está claro que un primer objetivo del DR-CAFTA es incrementar el comercio entre las partes, en especial el comercio bilateral entre los Estados Unidos y cada una de las otras partes.
- Sin embargo, el Tratado es tanto un vehículo para el desarrollo económico como lo es para la expansión del comercio *per se*, aun más que el TLCAN y cualquier otro TLC anterior, en cuanto a las áreas como reglas de derecho, “creación de capacidades relacionadas al comercio” procedimientos aduanales, transparencia regulada, derechos de propiedad privada, competencia, participación de la “sociedad civil”, protección ambiental y promoción del respeto de los derechos laborales.
- El éxito del DR-CAFTA en alcanzar la expansión comercial entre el grupo y los objetivos de desarrollo económico antes dichos, dependerá del éxito en la implementación completa del Tratado por parte de las agencias gubernamentales de República Dominicana y las otras Partes, así como del sector privado.



Asuntos de Interpretación e Implementación-Generales

- Temas básicos:
 - el principio de no discriminación/trato nacional
 - trato de nación más favorecida
 - reglas de transparencia
 - Regla de derecho.
- Para una buena interpretación y aplicación del Tratado en República Dominicana, es imperativo tener un entendimiento sobre los requisitos de cumplimiento de estos conceptos.



Trato Nacional

- Se presentan en diversas formas en diferentes capítulos:
 - en el Artículo 3.2.1 (incorporando el Art. III del GATT, aplicable al comercio de bienes)
 - Artículo 10.3 (inversión)
 - Artículo 11.2 (servicios transfronterizos)
 - Artículo 12.2 (servicios financieros)
 - Artículo 13.4.1 (servicios de telecomunicación).



Salvaguardias

- en el Artículo 3.15 y Anexo 3.15 (agricultura)
- Artículo 3.23 (textiles y vestido)
- el Capítulo 8 (defensas comerciales en general).



- Las disposiciones del Tratado deben leerse cuidadosamente:
 - obligaciones afirmativas, la mayoría de las cuales con excepciones
 - excepciones a las excepciones
 - algunos de los anexos se encuentran al final de cada Capítulo, en referencia a una disposición específica del mismo
 - otros se encuentran adjuntos al Tratado (tales como los Anexos I, II y III)



- términos contienen significados especializados
- La mayoría con el mismo significado como cuando son utilizados en los Acuerdos de la OMC
- El gran énfasis en los procedimientos legales, administrativos y judiciales nacionales hace que este Acuerdo sea excelente para los abogados!



Fecha de Eficacia

- La mayoría de las obligaciones de desgravación arancelaria suponen la eliminación progresiva en un período de diez o menos años contados a partir de la fecha de aprobación del Tratado.
- Los programas de desgravación arancelaria son uniformes para todas las siete partes del TLC, independientemente de la fecha en la que cualquiera de éstas pasó a ser parte del Tratado:
 - en el 2006 (El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Estados Unidos)
 - en el 2007 (La República Dominicana)
 - posteriormente (¿Costa Rica?).
- Los períodos de adaptación en otras situaciones, seguramente serán considerados a partir de la fecha en la que el Tratado entró en vigencia para La República Dominicana (y las fechas de entrada para las otras partes)
- Por ejemplo, en el Art. 5.11 (uno, dos y tres años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia).



Capítulo Uno – Disposiciones Iniciales

- El Artículo 1.1 establece la zona de libre comercio (TLC), de conformidad con el Artículo XXIV del GATT y el Artículo V del Acuerdo General de Comercio en Servicios (AGCS).
- El Artículo XXIV significa que el acuerdo incluye substancialmente todo el comercio de bienes entre las Partes, establece el libre comercio en un período de tiempo razonable (usualmente diez años para la mayoría de bienes cubiertos) y no produce obligaciones u otras regulaciones comerciales que sean más restrictivas que las existentes previo a la implementación del TLC.
- Basados en experiencias anteriores, es poco probable que el reporte del grupo de trabajo afecte la operatividad e implementación del DR-CAFTA.



- El Artículo 1.2 requiere que las Partes interpreten el Tratado a la luz de sus objetivos y “de conformidad con las normas aplicables del Derecho Internacional.”
- Al respecto un Panel de Solución de Controversias del Capítulo 20 del TLCAN estableció, “las Partes acuerdan que las normas aplicables del Derecho Internacional, incluyen los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“la Convención de Viena”).
- La parte relevante al caso, del Artículo 31 de la CVLT, provee que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”



DR-CAFTA y la OMC

- Las obligaciones aceptadas por la República Dominicana (y las demás Partes al DR-CAFTA) bajo el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y otros Acuerdos de la OMC son confirmadas y mantienen completa aplicación.
- Con las principales excepciones al trato de nación más favorecida que se permite en los acuerdos de libre comercio.
- La referencia que hace el Artículo 1.3.1 a “otros acuerdos” y el Artículo 1.3.2, expresamente permiten a los países de Centroamérica a mantener los instrumentos de la integración Centroamericana y a la República Dominicana y Centroamérica a mantener su TLC.
- En caso de conflicto entre el DR-CAFTA y estos acuerdos regionales anteriores, se presume que el principio de “el más reciente el vigente” aplicaría, con excepción de lo provisto en contrario en el DR-CAFTA



Capítulo Dos – Definiciones Generales

- Una de las varias secciones relacionadas con definiciones.
- Varias de las definiciones relativas a textiles y vestido se encuentran en el Artículo 3.29 y aquellas referentes en general al comercio de bienes en el Artículo 3.31.
- Definiciones especiales a inversión se encuentran en el Artículo 10.28, pero otras se encuentran en el Capítulo 2. Por ejemplo, el término “inversión cubierta” se refiere a la cobertura de los derechos del inversionista y al acceso a solución de controversias según el Capítulo 10 para inversionistas de una de las Partes, haciendo referencia cruzada a la definición de inversión contenida en el Artículo 10.28.



Capítulo Tres – Acceso de Mercancías al Mercado

- Probablemente el capítulo de mayor importancia del DR-CAFTA, puesto que regula – junto al Capítulo Cuatro- el comercio de bienes y la eliminación de medidas no arancelarias para bienes “originarios”.
- Las disposiciones de “trato nacional” del Artículo 3.2.1 efectivamente incorporan ese concepto tal como se encuentra en el Art. III del GATT 1994, y las decisiones del Órgano de Solución de Controversias de la OMC.
- Aun cuando el OSC de la OMC y el mecanismo de solución de controversias del Capítulo 20 del DR-CAFTA, tienen jurisdicción sobre disputas del Art. III, en la práctica, ese tipo de contiendas probablemente serán referidas a la OMC, para asegurar la uniformidad en cuestiones de interpretación del Art. III.
- En el contexto del DR-CAFTA el requisito de trato nacional adquiere significado adicional, requiere que las Partes al DR-CAFTA, como entre los miembros del DR-CAFTA, traten a las otras Partes de manera no discriminatoria.



Eliminación de Tarifas

- Los programas de desgravación arancelaria establecen períodos de adaptación de diez años, con períodos más extensos para productos agrícolas de hasta 20 años.
- Estos programas toman como base el año 2006 para las desgravaciones iniciales, aun cuando un país, como República Dominicana o Costa Rica, no llegan a formar Parte de éste hasta el 2007, con algunas excepciones.
- En el caso de bienes textiles y vestido, algunos de estos bienes incluidos en el Artículo 3.20 efectivamente reciben trato libre de aranceles a partir de Enero 1 de 2004, mientras que otros bienes dentro de la Categoría A (trato libre de aranceles inmediato) reciben trato libre de aranceles a partir del momento en que “el Tratado entra en vigencia” o el año 2006. (Anexo 3.3.1)
- Cuando la desgravación arancelaria inicial ocurre después del 1 de Enero de un año (en otras palabras 2006), el segundo período de desgravación deberá ocurrir el 1 de Enero del siguiente año (en otras palabras 2007).



- Los bienes comercializados entre República Dominicana y los países Centroamericanos, que cumplan con las reglas de origen, recibirán trato libre de aranceles inmediatamente, con solo pocas excepciones. (Anexo 3.3.6)
- Esta disposición está diseñada para asegurar que los compromisos arancelarios adquiridos bajo el previo TLC entre República Dominicana y los países Centroamericanos sean cumplidos.



Exención de Aranceles Aduaneros

- Las exenciones de aranceles aduaneros sujetas al cumplimiento de un requisito de desempeño no pueden ampliarse, ni pueden adoptarse nuevas exenciones.
- Pueden mantenerse por todos las Partes que sean países en desarrollo hasta el año 2009 con excepción de Nicaragua y Honduras; éstos últimos pueden mantener las exenciones indefinidamente. (Art. 3.4)
- En cada caso, estos derechos están sujetos a las disposiciones correspondientes del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC (Art. 27.4 SMC).
- Una diferencia substancial en contraste con el TLCAN es que no se prohíbe la devolución y diferimiento de aranceles sobre materiales y componentes importados para la producción de un bien de exportación. (Ver Artículo 303 TLCAN).



Admisión Temporal de Mercancías

- Se encuentra regulado en el Artículo 3.5
- Refleja uno de los conceptos claves de las “Medidas relacionadas con Aduanas” adoptadas por las naciones del Hemisferio Oeste en la Conferencia Ministerial de Toronto en Diciembre de 1999
- El nivel de detalle en cuanto a las obligaciones de los servicios de aduanas es mas alto en el DR-CAFTA.



Restricciones a la Importación y Exportación, Cargos

- Las medidas de restricción no arancelarias, tales como los contingentes, requisitos de precios de exportación e importación y licencias de importación condicionadas al cumplimiento de un requisito de desempeño se encuentran prohibidas bajo el DR-CAFTA de la misma manera que en el Artículo XI del GATT.
- Las tasas y cargos impuestos a la importación o exportación no pueden exceder el costo aproximado de los servicios prestados por los agentes aduanales u otros oficiales de gobierno. (Artículo 3.10)
- Los Estados Unidos ha acordado no imponer la “tasa por procesamiento de mercancías” sobre las exportaciones del DR-CAFTA, tal como lo hizo anteriormente bajo el TLCAN.
- Recuerde la disputa sobre los servicios de petróleo.



Definiciones y Excepciones

- El Capítulo Tres contiene algunas definiciones específicas (Artículo 3.31).
- Es de hacer notar, que la definición de los usualmente prohibidos “requisitos de desempeño”, específicamente excluye los requisitos comunes de una zona industrial de exportación
- Ese permite que ciertas mercancías importadas o materiales importados y utilizados en la producción de otra mercancía en un país del DR-CAFTA, sea exportada posteriormente.



- El Anexo 3.2 establece algunas excepciones por país, a ciertas disposiciones del Capítulo Tres.
- Por ejemplo, República Dominicana puede mantener controles en la importación de vehículos automotores usados -los cuales aparentemente son un problema para República Dominicana (Artículos 3.2, 3.8)



Agricultura- Subsidios de Exportación

- Estos deberán eliminarse respecto del comercio intra-DR-CAFTA. (Artículo 3.14)
- Sin embargo, si un país no parte del DR-CAFTA (ej. la Unión Europea) aplica un subsidio a la exportación de una mercancía agrícola hacia una de las partes del DR-CAFTA (ej. La República Dominicana), otra parte del DR-CAFTA (ej. Estados Unidos) podrá “aplicar o mantener” un subsidio a la exportación sobre las mercancías agrícolas exportadas a la República Dominicana, a menos que La República Dominicana tome las medidas necesarias para contrarrestar los efectos de dicho subsidio.
- La idea de esto es crear un campo de condiciones equitativas para la exportación de mercancías agrícolas exportadas desde los Estados Unidos en contraste con las exportadas desde otras jurisdicciones.
- En general, los Estados Unidos no utiliza los subsidios a la agricultura para promover la exportación agrícola (salvo algunas excepciones)
- La política agrícola Estadounidense promueve el uso de varios subsidios domésticos, algunos de los cuales han sido declarados inconsistentes con las normas de la OMC.



Agricultura Salvaguardias

- A parte de las **salvaguardias (defensas comerciales)** reguladas en el Capítulo Ocho, los miembros del DR-CAFTA pueden aplicar medidas de salvaguardia especiales a la agricultura. (Art. 3.15 y Anexo 3.15)
- Se aplica en forma de un derecho de importación adicional y temporal, y se encuentra limitada al año en el que el nivel de activación es excedido.
- Dentro del DR-CAFTA, no se permite aplicar al mismo tiempo una medida de salvaguardia bajo el Artículo 3.15 y bajo el Capítulo Ocho, ni otras medidas de salvaguardia permitidas bajo el Acuerdo sobre Agricultura de la OMC.



Agricultura-Azúcar

- Las provisiones son complejas, puesto que se basan en Contingentes Arancelarios (“CA”) (adicionales a otros CA incluidos en el Tratado) los cuales en conjunto conforman una pequeña porción del mercado Estadounidense.
- El agregado inicial del DR-CAFTA de 107,000 toneladas métricas, aumenta en el quinceavo año únicamente a 151,000 toneladas, lo cual refleja la sensibilidad política respecto a la importación de azúcar hacia Estados Unidos.
- Para mantener el contingente sobre el azúcar, los Estados Unidos tiene la opción de proporcionar una compensación a los exportadores de mercancías con alto contenido de azúcar de las otras partes al DR-CAFTA, la cual no se especifica en detalle. (Artículo 3.16)



Agricultura-Etanol

- El **etanol** no se comercializa libremente dentro del DR-CAFTA, independientemente de su origen.
- Los Estados Unidos tratará el etanol proveniente de las Partes como de países en desarrollo beneficiarios (PDB) de acuerdo con la Iniciativa para la Cuenca del Caribe (“CBI”) de manera que las partes del DR-CAFTA puedan compartir los contingentes de la CBI.
- Si en el futuro la CBI aumenta el contingente agregado para el etanol- lo cual es posible a futuro, pero no probable – entonces el acceso del DR-CAFTA al mercado de etanol de Estados Unidos también incrementaría.
- En el DR-CAFTA no hay contingentes específicos a excepción de Costa Rica y El Salvador.



Textiles y Vestido- Salvaguardias

- Estas mercancías también se encuentran reguladas en un régimen separado, lo cual refleja la sensibilidad extrema de este sector respecto de importaciones a los Estados Unidos.
- Se provee de una disposición especial de salvaguardia, diferente a la del Capítulo Ocho (Artículo 3.23). Establece un parámetro relativamente alto en caso de que el aumento en importaciones de una mercancía “similar” causara “un perjuicio grave o amenaza real del mismo” a la producción nacional.
- Al igual que en otras medidas de salvaguardia bajo las normas de comercio internacional, ésta debe de ser temporal (igual o menor a tres años), puede aplicarse únicamente después de una investigación interna y requiere que la Parte que la aplica deberá otorgar una compensación.
- Las salvaguardias del Artículo 3.23 son exclusivas, es decir que éstas no pueden duplicarse, ni a través de las salvaguardias del Capítulo Ocho del Tratado, ni bajo los mecanismos de la OMC.



Textiles-Reglas de Origen

- Los textiles y vestido se encuentran sujetos a sus propias reglas de origen, las cuales establecen una regla de “envío de fibras” (“fiber forward”)
- Unas excepciones: el hilado, producción de tejidos, cortado y confeccionado y otros procedimientos similares deben realizarse en el territorio de una o más de las Partes al DR-CAFTA, incluyendo los Estados Unidos.
- El vestido tejido producido en Canadá o México es tratado como hecho en las naciones del DR-CAFTA, dentro de ciertos límites, incluyendo el acuerdo de éstos dos países de otorgar trato recíproco de acuerdo a sus propios TLCs con los países del DR-CAFTA. (Apéndice 4.1-B)
- Algunas de los tejidos, hilados y fibras fuera del DR-CAFTA serán tratadas como mercancías originarias si se determina que éstas no se encuentran disponibles en cantidades comerciales (“short supply”). (Anexo 3.25)
- Los procedimientos para dicha determinación se encuentran únicamente bajo el poder de los Estados Unidos (Artículo 3.24.4) y son objeto de retrasos que pueden menoscabar la efectividad de proporcionar a los productores de los países del DR-CAFTA con rápido acceso a dichos materiales.



- Se continúan realizando esfuerzos para negociar que las fibras provenientes de México y Canadá puedan ser utilizadas en la confección de vestido sin perjudicar su origen bajo el DR-CAFTA respecto de exportaciones hacia los Estados Unidos.
- La regla *de minimis* regula las situaciones en las que una mercancía no originaria no sufre el “cambio de clasificación arancelaria” no excede en un 10% de su peso total.
- En los casos en que el cortado y confección en uno o más de los países del DR-CAFTA con tejidos elaborados o formados en Estados Unidos y con hilos de Estados Unidos, pero las mercancías no califican como originarias, los Estados Unidos aplicará la tarifa de NMF a los valores no Estadounidenses de la mercancía. (Artículo 3.26)
- Por ejemplo, si una blusa de mujer tiene un valor aduanal de \$20.00 pero incluye tejidos e hilo Estadounidense por un valor de \$15.00 y es sujeta a una tarifa de 10%, entonces la tarifa arancelaria sobre la blusa importada a Estados Unidos sería de \$0.50 ($0.10 \times \5.00) y no de \$2.00 ($0.10 \times \20.00).



Capítulo Cuatro – Reglas de Origen

- Las reglas de origen pretenden asegurar que los beneficios de comercio preferencial en la región sean recibidos solo por las Partes, sus ciudadanos y residentes, y para las mercancías “originadas” en la región.
- Su objetivo es denegar el trato libre de aranceles aduanales a aquellas mercancías que entran los territorios de las Partes desde otra parte ajena a éstas, sin que se sometan a manufactura substancial o producción en uno o más de los de territorios de las partes.
- Desafortunadamente dichas reglas son sumamente complejas, al igual que ocurre en el TLCAN y en otros TLCs, lo cual vuelve difícil que se califique para los beneficios del Tratado, en especial para aquellos pequeños y medianos productores (incluyendo aquellos en Estados Unidos).



El Artículo 4.1

- Las mercancías producidas enteramente en el territorio de una de las Partes- como el maíz cultivado en República Dominicana – obviamente califica como una mercancía originaria (Artículo 4.1 (a), 4.1 (c))
- La complejidad surge cuando hay mercancías que son producidas en una o más de las Partes y que parte de los materiales que contienen provienen de fuera de la región.
- Al caso, los materiales no originarios (aquellos provenientes de fuera de la región) deben de sufrir el cambio de clasificación arancelaria (CCA) especificado para esa mercancía (por categoría arancelaria en el Sistema Armonizado). (Artículo 4.1 (b), Anexo 4.1)
- Como una alternativa, la mercancía puede satisfacer cualquiera de los requisitos especificados de valor de contenido regional. En ambos casos puede haber otros requisitos.



Un Ejemplo

- Tomando la regla de origen del DR-CAFTA para chapas de cobre (SA, ítem 7409) el origen se confiere de acuerdo a “Un cambio de esta partida a cualquier otra partida”:
 - 7409 - Chapas de cobre
 - 7401 - Matas de cobre, etc.
 - 7402 - Cobre sin refinar, etc.
 - 7403 - Cobre refinado, etc.
 - 7404 - Desperdicios y desechos, de cobre
 - 7405 - Aleaciones madre de cobre
 - 7406 - Polvo y escamillas, de cobre
 - 7407 - Barras y perfiles, de cobre
 - 7408 - Alambre de cobre



- Todos los materiales provenientes de cobre, aparte de SA 7409- chapas de cobre – se encuentran en diferentes partidas arancelarias de cuatro dígitos, el uso de cualquiera de esos productos indicados en SA 7401-7408 para la producción de placas de cobre dentro de un país del DR-CAFTA, resultaría en una placa de cobre originaria.
- Este resultado cumple con los objetivos del Capítulo Cuatro, puesto que las placas de cobre pueden producirse de cobre sin refinar, etc., únicamente a través de un proceso de producción que requiere equipo pesado, energía eléctrica y otra, mano de obra, etc.
- Se produce generándose un significativo valor agregado al cobre en el país en donde se lleva a cabo éste proceso.



Reglas de Origin- VCR

- El origen se determina por el cambio de clasificación arancelarias relativamente sencillo si el importador o productor conocen el CCA de los materiales y del producto terminado.
- Cuando se requiere el cálculo del valor regional agregado, entonces el proceso es un poco más complicado.
- Las fórmulas para el “valor de contenido regional” difieren un poco a las del TLCAN. (Artículo 4.2) El llamado valor de los materiales no originarios o “Método de Reducción del Valor” se inicia con el “valor ajustado”, que es el “valor de transacción” que se utiliza en el Acuerdo de Valuación Aduanera de la OMC
- Esta exclusión probablemente resulta en parte, del hecho que en Estados Unidos el valor de transacción o valor aduanero no incluye dichos costos, mientras que en otras de las Partes podrían sí haberlo considerado. (Ver el Artículo 8.2 del AVA de OMC)



- El valor ajustado (VA) se reduce en el valor de los materiales no originarios (VMNO), dividido por el VA y multiplicado por 100 para obtener un porcentaje.
- El método de reducción del valor incluye los costos de mano de obra, gastos fijos, etc., dentro del cálculo del valor regional puesto que estos son parte del VA. Sin embargo, no es necesario calcularlos de forma separada.
- Bajo el TLCAN, en los casos en que se requiere de un CVR, el método de valor de transacción (similar al método de reducción del valor utilizado en DR-CAFTA) requiere como regla general un 60% del valor de contenido regional para mercancías originarias. (Artículo 401 (c) TLCAN) Por otra parte, bajo el DR-CAFTA se requiere de un 45%.



- Otro método alternativo que presenta el DR-CAFTA se basa en el valor de materiales originarios (VMO) dividido por el valor ajustado (VA), y multiplicado por 100.
- Esta última alternativa considera el valor de los materiales originarios, un “método de aumento de valor” que requiere de un cuidadoso análisis de los costos de los materiales, de manera que el productor/exportador pueda determinar si el valor agregado de los materiales originarios (excluyendo los materiales no originarios) cumple con contenido de valor regional detallado en la regla de origen de la clasificación del Sistema Armonizado.
- Bajo el DR-CAFTA éste método requiere que el valor de materiales originarios sea de apenas 35%.
- Este aparenta ser el porcentaje de valor regional que se requiere según las reglas de origen de la Iniciativa para la Cuenca del Caribe.
- No obstante estas dos reglas de origen no son tan parecidas porque la regla de la CBI especifica que el costo de los materiales originarios más el costo directo de procesamiento debe ser igual o mayor que 35%.



Reglas de Origin-Otro Ejemplo

Ejemplo de una mercancía producida en República Dominicana, que requiere de un contenido de valor regional específico para calificar como originario:

- CVR = contenido de valor regional
- VA = valor ajustado = \$100.00
- VMNO = valor de materiales no originarios = \$40.00
- VMO = valor de materiales originarios = \$38.00
- Método VMNO: $CVR = (100 - 40) / 100 \times 100 = 60\%$
- Método VMO: $CVR = (38 / 100 \times 100) = 38\%$



Procedimientos

- Los procedimientos para obtener el trato preferencial bajo las reglas de origen no es algo sencillo.
- Dentro del DR-CAFTA, el trato preferencial debe ser solicitado por el importador, ya sea al momento de importar o dentro del año siguiente. (Art. 4.15.4, 4.15.5)
- Las Partes están autorizadas a requerir que el importador tenga en su poder al momento de la importación, un certificado de origen, ya sea en papel o en forma electrónica, que contenga información que demuestre que las mercancías califican para la importación.
- (Los certificados de origen electrónicos deben ser autorizados a más tardar dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigencia del DR-CAFTA.) (Artículo 4.16)



- El concepto de la certificación es similar al contenido en el TLCAN (Artículo 501 TLCAN), los requerimientos del DR-CAFTA son mucho más flexibles.
- Bajo el DR-CAFTA no se impondrán sanciones a los importadores siempre y cuando no hayan incurrido en culpa (negligence), culpa substancial o conducta fraudulenta, o si éstos prontamente corrigen cualquier solicitud inválida y pagan los aranceles aduaneros que adeudan. (Artículo 4.15.3)
- Esta disposición será de mucha importancia, en especial para los pequeños y medianos importadores.
- Bajo el TLCAN un error podría someter al importador no solo al pago de los aranceles aduaneros e intereses, sino también a sanciones, hay pruebas que demuestran que algunos importadores deciden no hacer uso de los beneficios preferenciales del TLCAN por el riesgo de incurrir en sanciones.



Reglas de Origen-Verificaciones

- Las verificaciones por parte del servicio aduanero para determinar si una mercancía es originaria son permitidas pero no obligatorias (Artículo 4.20)
- Dicho procedimiento administrativo sería facilitado si las Directrices Comunes (Artículo 4.21) fueran adoptadas por las Partes a la brevedad, y que se proveyera de capacitación para su implementación.
- Uno de los más grandes retos para el servicio aduanero es realizar una efectiva y justa verificación, lo que requiere de un numeroso recurso humano.
- Al inicio del TLCAN, las autoridades aduaneras Mexicanas tenían relativamente poca experiencia en la realización de verificaciones de las reglas de origen del TLCAN, pero las destrezas necesarias se fueron desarrollando con el tiempo.



Capítulo Cinco – Administración Aduanera y

Facilitación del Comercio

- Muchas de las disposiciones del Capítulo Cinco reflejan las obligaciones de transparencia requeridas de todos los miembros de la OMC de acuerdo con el Art. X del GATT.
- La publicidad, la oportunidad de recibir comentarios públicos, el requerimiento de resoluciones previas y por escrito (incluso aquellas relacionadas con el origen), el requerimiento de revisión administrativa y judicial, automatización, administración de riesgos, obligaciones de notificación previa, entre otras, están diseñadas para facilitar la movilización de las mercancías hacia los territorios de las Partes al DR-CAFTA.



- La experiencia, en especial la experiencia con las “medidas de facilitación aduanera” determinadas por los Ministros en Diciembre 1999, han demostrado que la efectividad de arreglos para la apertura de mercados, tales como el DR-CAFTA es mínima a menos que el proceso de introducción se haga de una forma muy eficiente.
- La automatización (de acuerdo con los estándares internacionales), obligaciones de administración de riegos, la comunicación de información (Artículos 5.3, 5.4, 5.5) entre otras, están diseñadas para ayudar a los servicios aduaneros nacionales a hacer uso de recursos limitados de manera eficiente, a maximizar los ingresos aduanales legítimos, a detectar contrabandos y a lidiar con amenazas terroristas. La implementación de estas disposiciones será un gran reto para los servicios aduaneros nacionales, razón por la cual es necesaria la asistencia en la creación de capacidades.



- La Dirección General de Aduanas de la República Dominicana, en los últimos años, digamos los últimos cuatro años, ha progresado muchísimo, pero ésta había estado experimentando significantes dificultades en cuanto al manejo de los retos que presenta el incremento en comercio, contando con una mínima automatización y con una Ley General de Aduanas de hace varias décadas atrás.



Capítulo Seis – Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

- Este Capítulo se encuentra relacionado con las ya existentes obligaciones de las Partes al DR-CAFTA bajo el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC (Acuerdo MSF). (Artículo 6.1)
- Las medidas del MSF se definen como normas o regulaciones para la protección de la vida y la salud de las personas, animales y vida vegetal, de varios riesgos, incluyendo plagas o enfermedades provenientes de animales o vegetales, aditivos, contaminantes, toxinas, etc., en comidas y bebidas.
- El Comité de Asuntos Sanitarios y Fitosanitarios (Artículo 6.3), es la única gran innovación y se espera que sea un medio de asistencia para República Dominicana y otros miembros considerados países en desarrollo.
- Las controversias que resulten de las medidas MSF no podrán ser sometidas al mecanismo de solución de controversias regulado en el Capítulo 20 del DR-CAFTA. (Artículo 6.2.2)



Capítulo Siete – Obstáculos Técnicos al Comercio

- Al igual que el Capítulo Seis, éste Capítulo se relaciona a las obligaciones ya existentes de las partes al DR-CAFTA bajo el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC (Acuerdo OTC). (Art. 7.1)
- El OTC incluye estándares de productos tanto voluntarios como obligatorios (denominados “reglamentos técnicos”).
- Los requisitos más importantes son los de procedimiento, incluyendo pero no limitándose a transparencia (Art. 7.7) y la obligación de aplicar estándares internacionales que se encuentren accesibles.
- Capítulo Siete establece un Comité para la asistencia de las Partes en el cumplimiento de los requisitos establecido en dicho capítulo. (Artículo 7.8)
- Este capítulo no aplica a las medidas sanitarias ni fitosanitarias, ni a las especificaciones técnicas establecidas por entidades gubernamentales. (Artículo 7.2)



Capítulo Ocho – Salvaguardias, etc.

- Las salvaguardias establecidas en este capítulo son adicionales o en lugar de las que se establecen en el Capítulo Tres para agricultura y textiles (Art. 3.15 y 3.23).
- Una de las mas grandes diferencias entre la aplicación de una salvaguardia, y de las compensaciones por “competencia desleal”, es que en las salvaguardias se requiere el otorgamiento de una compensación a favor del país exportador. (Artículo 8.5)



- El alcance de las salvaguardias reguladas en el DR-CAFTA es un tanto limitado en comparación con el de las salvaguardias globales.
- Estas se aplican de manera no discriminatoria a las importaciones de todas las otras partes al DR-CAFTA.
- En primer lugar, en el caso de importaciones de “mercancías similares” o “directamente competitivas” en cantidades que constituyan una causa sustancial de daño grave o amenaza del mismo, se pueden aplicar tasas arancelarias especiales de forma temporal (pero no restricciones en cuantitativas, como ocurre en el caso de salvaguardias globales) (Artículo 8.1, Nota 1)



- Segundo, las tasas arancelarias temporales se encuentran efectivamente limitadas por la tasa arancelaria de nación más favorecida que se encuentre vigente al tiempo de aplicar la medida o al tiempo de entrada en vigencia del Tratado, la que sea más baja. (Artículo 8.1.2 (b))
- El Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC no contiene este tipo de limitación y además permite las restricciones cuantitativas, lo que significa que las salvaguardias globales serán mucho más atractivas para los miembros del DR-CAFTA.



- Dentro del DR-CAFTA las salvaguardias únicamente pueden aplicarse durante el “período de transición”, de manera que al momento en que las tarifas arancelarias sobre un producto en particular hayan sido eliminadas, este mecanismo no estará disponible. (Artículo 8.2.1)
- Al igual que en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC (Artículo 9), hay una excepción *de minimis*, por la cual los exportadores que tengan menos de un 3% de las importaciones o un 9% en conjunto, se encuentran excluidos de la aplicación de cualquier medida de salvaguardia. (Artículo 8.1.4)



- Las salvaguardias deben aplicarse con transparencia, consistencia, imparcialidad y a través de leyes, regulaciones y procedimientos administrativos razonables.
- El procedimiento debe confiarse a una entidad de investigación competente, y estar sujeta a revisión judicial de acuerdo a la ley. (Artículo 8.3)
- En los Estados Unidos, no existe una revisión judicial efectiva de los procedimientos de salvaguardias, a diferencia de aquellos relacionados con antidumping y derechos compensatorios.



- En caso que se llegaran a utilizar las salvaguardias regionales, parece ser que será una tarea difícil para las partes cumplir con los requerimientos procesales que se establecen el Capítulo Ocho (Anexo 8.3), y con las del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.
- En los Estados Unidos, las medidas de salvaguardia (ya sean regionales o globales), no han sido aprobados por entidades de revisión bajo el TLCAN o la OMC.



- En muchos aspectos, las salvaguardias globales aplicables según el Artículo XIX del GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, bajo los cuales las Partes mantienen sus derechos y obligaciones, no han sido alteradas. (Artículo 8.6)
- Pero, ninguna de las Partes puede aplicar una salvaguardia del Capítulo Ocho y una salvaguardia global sobre una misma mercancía.
- También, las Partes pueden excluir de las salvaguardias globales, los bienes originarios de otra de las Partes, si dichos bienes no son una causa de daño grave del mismo.
- Con excepción de las mercancías originarias de Estados Unidos, es probable que en algunos o la mayoría de los casos de salvaguardias globales por las Partes al DR-CAFTA, la regla *de minimis* de 3%/9% resulte en la exclusión de medidas de salvaguardia para los Partes del DR-CAFTA.



- El DR-CAFTA no exime a sus Partes del uso por otra de las Partes, de las regulaciones sobre antidumping global o derechos compensatorios bajo los Artículos VI y XVI del GATT y el Acuerdo sobre Antidumping y sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC.
- Ni modifica los derechos y obligaciones según la OMC en estas áreas.
- Sin embargo, las Partes no Estadounidenses continúan recibiendo el tratamiento de países en desarrollo beneficiarios del CBI, lo que significa que las importaciones de las mercancías de éstos no pueden acumularse en la determinación del daño.
- Ningún aspecto relacionado con antidumping y derechos compensatorios puede someterse al mecanismo de solución de controversias del Capítulo 20. (Art. 8.8)



Capítulo Nueve – Contratación Pública

- De las Partes al DR-CAFTA, únicamente los Estados Unidos es parte del Acuerdo plurilateral de la OMC sobre Contratación Pública.
- Por lo cual, las obligaciones en esta área entre las Partes al DR-CAFTA se encuentran reguladas exclusivamente por el Capítulo Nueve.
- El Capítulo Nueve establece un marco integral para la contratación pública no militar.
- Se pretende alcanzar los objetivos de equidad, transparencia y no discriminación (y evitar la corrupción) a través de un conjunto detallado de requisitos procesales.



- Nuevamente, el principio base es el “trato nacional”; sin permitir la discriminación por razones de propiedad extranjera.
- Su cobertura está basada en un “listado positivo”; se aplican diferentes programas para la contratación (a) entre los Estados Unidos y las otras Partes; (b) Entre las Partes Centroamericanas; y (c) entre las Partes Centroamericanas y la República Dominicana.
(Art. 9.1.2 (b))



Alcance

- Por consiguiente, en cuanto al primero, solamente aquellas agencias de gobierno (“entidades contratantes”) listadas, a niveles gubernamentales central (Sección A), sub-central (Sección B) y “otros” niveles (en general aquellas grandes instituciones)
- Los límites o umbrales de cobertura –los niveles de gasto por debajo de los cuales este Capítulo no aplica– difieren entre niveles gubernamentales centrales y sub-centrales, y para bienes y servicios generalmente comparados con servicios de construcción.
- Asimismo, durante los primeros tres años de vigencia del Tratado (a partir del 2006), aplican umbrales más altos, y en el futuro se espera que hayan ajustes a éstos en razón de la inflación.



- En cuanto a los Estados Unidos, menos de la mitad de los Estados han aceptado sujetarse al Capítulo Nueve al nivel sub-central, y únicamente sobre las agencias especificadas. Las entidades federales Estadounidenses se encuentran ampliamente cubiertas.
- El Capítulo Nueve se supone ser leído de acuerdo con las disposiciones de anticorrupción del Capítulo Dieciocho.



Capítulo Diez – Inversión

- Las disposiciones de protección al inversionista y el mecanismo de solución de controversias para disputas entre el inversionista y el Estado incorporadas en el Capítulo Diez.
- Esto refleja más de treinta años de experiencia de los Estados Unidos y otras naciones en tratados bilaterales de inversión (TBI) y disposiciones similares están incorporadas en TLCs, tales como las del Capítulo 11 del TLCAN.
- El TLCAN fue el modelo para el Capítulo 10 del DR-CAFTA, pese a que hay algunas diferencias significativas.
- En su momento, las disposiciones del TLCAN fueron poco usuales en un solo aspecto: por primera vez se incluyeron disposiciones de tipo TBI en un acuerdo con otro país desarrollado, Canadá.



- La mayoría de los cambios que se reflejan en el DR-CAFTA reflejan la experiencia en los conflictos entre Canadá y los Estados Unidos.
- Estos cambios fueron efectivamente requerido por la Autoridad de Promoción del Comercio del Presidente.



Cobertura y Definiciones Clave

- Las protecciones básicas incluyen el trato nacional y el trato de nación más favorecida, mostrando los mismos conceptos que se mencionan en los Capítulos Tres, Once y Doce, entre otros.
- Estos, junto a otros, demuestran que bajo el punto de vista de los Estados Unidos, son principios del derecho internacional consuetudinario.
- Varias de las definiciones claves, tales como “inversión cubierta”, “persona” y “persona de una Parte” se encuentran en el Capítulo Dos en lugar del Capítulo Diez, pero son aplicables a este último.



- Al igual que en el TLCAN, la cobertura de la inversión en el DR-CAFTA es muy amplia. Se aplique a “medidas que adopte o mantenga una parte relativas a... inversionistas de otra parte” y a “inversiones cubiertas,” incluyendo
 - una empresa
 - acciones de capital o en otras formas de participación en el patrimonio
 - instrumentos de deuda
 - futuros, opciones y otros derivados
 - contratos de llave en mano
 - construcción, concesiones y otros contratos
 - derechos de propiedad intelectual
 - licencias, autorizaciones y permisos de acuerdo a la legislación interna
 - diversos tipos de derechos de propiedad, tangible, intangible, muebles o inmuebles, y otros derechos de propiedad relacionados. (Artículos 10.28, 10.1.1, 2.1)



- No obstante, no todas las transacciones que tomen alguna de estas formas serán consideradas “inversiones” cubiertas.
- Entre otras cosas, la inversión debe de tener “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.”



- Los reclamos relacionados a instrumentos de deuda soberanos sí se encuentran cubiertos, pero si el reclamo es sobre un instrumento a corto plazo (menor de un año) el reclamo no puede presentarse hasta después de un año a partir de la fecha del evento en el que se basa la reclamación (ej. incumplimiento). (Anexo 10-E, inciso 3)
- Una orden o resolución judicial o de un tribunal administrativo no es una inversión.
- No sólo están cubiertos los actos gubernamentales directos, sino también las de empresas del Estado y otros que ejecuten una autoridad regulatoria o administrativa. (Artículo 10.1.2)



No Retroactividad

- Con excepción de los requisitos de desempeño, inversión y medioambiente, el Capítulo Diez no se aplica a cualquier “acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que cesó de existir, antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.” (Artículos 10.9, 10.11, 10.13)
- Esta redacción establece una regla básica de no retroactividad, pero no prohíbe un reclamo basado en la conducta de una Parte en incumplimiento de las obligaciones de la Sección A que hayan iniciado antes de la entrada en vigencia pero continuaron después de ésta.



Inversionista de una Parte

- La definición se encuentra en sentido amplio. Incluye una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte”. (Art. 10.28)
- La empresa Estatal aparentemente está cubierta únicamente cuando ejerce autoridad regulatoria, administrativa u otra autoridad gubernamental que haya sido delegada a ésta por el gobierno.
- Esta redacción también incluye, por ejemplo, una compañía de propiedad Alemana que constituye una sociedad en los Estados Unidos la cual luego invierte en la República Dominicana.



Doble Nacionalidad

- El DR-CAFTA trata eso expresamente, puesto que los beneficios del Capítulo Diez, son aplicables a “inversionistas de otra Parte...” (Artículo 10.1.1(a), 2.1).
- Los beneficios no se aplican al nacional de una de las Partes respecto de inversión en su propio territorio.
- El Capítulo Diez establece que una persona natural que exige jurisdicción bajo el Tratado “será considerado exclusivamente como nacional del Estado de su nacionalidad dominante o efectiva” (Anexo 2.1)
- Esto puede ser de mucha importancia, si por ejemplo, un ciudadano de la República Dominicana que vive en los Estados Unidos invierte en una compañía en la República Dominicana y posteriormente busca la protección del Capítulo Diez para su inversión.



Trato Nacional y de Nación más Favorecida

- El trato Nacional usualmente significa precisamente eso, la no discriminación entre un inversionista de República Dominicana y un inversionista extranjero.
- Como regla general, el tema no es si hubo intento de discriminar por parte de las autoridades locales, sino más bien, si de hecho resultó en una discriminación. Así también, el concepto de “en circunstancias similares” puede ser confuso.



- Por ejemplo, en *Feldman v. México*, un tribunal sostuvo que un revendedor de cigarrillos extranjero y uno nacional se encontraban en circunstancias *similares*, pero no así un revendedor extranjero y un productor nacional de cigarrillos.
- El trato de nación más favorecida significa que, por ejemplo, si la República Dominicana tiene un TBI con el país X, con una cláusula de NMF, y las disposiciones del Capítulo Diez son más favorables, ese inversionista del país X puede invocar esa cláusula del tratado para gozar del trato más favorable bajo el DR-CAFTA.



Nivel Mínimo de Trato

- Entre las obligaciones más complejas de la Sección A se encuentra la obligación de proveer un nivel mínimo de trato, particularmente, un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros.
- Este concepto, nuevamente, es relativamente sencillo. ¿Qué ocurre si el país anfitrión trata los inversionistas extranjeros y a sus propios ciudadanos de manera arbitraria e irracional?
- Esto no sería una violación al trato nacional, pero si caería fuera del requisito de un trato justo y equitativo.
- De acuerdo con la práctica reciente en tratados Estadounidenses, protección y seguridad plena se refiere básicamente a la protección policíaca en caso de manifestaciones violentas y similares.



- El DR-CAFTA provee: “Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.” (Artículo 10.5.1)
- Esta es similar a la que se encuentra en el TLCAN.
- Sin embargo, las Partes al TLCAN intentaron eliminar la confusión del grado en que “derecho internacional consuetudinario” significaba algo diferente (y más restrictivo) que “derecho internacional” por si solo, a través del otorgamiento de una “Interpretación” vinculante del Capítulo 11 del TLCAN.
- Establecía, entre otros, que “Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plena’ no requieren de un tratamiento adicional a o más allá de aquel que es requerido por los estándares mínimos de trato del derecho internacional consuetudinario, hacia extranjeros.”



- En subsecuentes TLCs, los negociadores de los Estados Unidos aparentemente decidieron hacer más difícil que los tribunales manipulen el “trato justo y equitativo.”
- Razón por la que, “para mayor certeza” el DR-CAFTA incluye definiciones y limitaciones más específicas.
 - Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel (derecho internacional consuetudinario mínimo), y no crean derechos substantivos adicionales. (Artículo 10.5.2)
 - “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo...” (Art. 10.5.2(a))



- También, las Partes al DR-CAFTA decidieron definir lo que es derecho internacional consuetudinario:
 - Las Partes confirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario” referido de manera general... resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5 [nivel mínimo de trato], el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros. (Anexo 10-B)



Expropiación y Nacionalización

- La expropiación probablemente es uno de los temas mas complejos y políticamente sensibles en el área de tratados de inversión.
- De toda la discusión y conmoción que ha habido, en el TLCAN solamente ha habido una resolución de un tribunal que tuvo como resultado la determinación de expropiación, *Metaclad*.
- En eso caso, pese al pobre razonamiento del tribunal, discutiblemente ésta era una expropiación “garden variety”, en la que una compañía había sido privada por las autoridades estatales, del uso y goce de su planta depuradora de desechos peligrosos, supuestamente para crear una “reserva ecológica”.



- Sin embargo, la mayoría de las reales o supuestas expropiaciones en los últimos años, y ciertamente aquellas en el TLCAN y los países Centroamericanos, no son situaciones en las que la fuerza armada irrumpa dentro de una planta de propietarios extranjeros y la toma.
- Si no más bien, son apropiaciones indirectas, algunas veces llamadas expropiaciones “paulatinas”, donde las acciones de una o más entidades gubernamentales, accidental o intencionalmente, hacen imposible que un inversionista extranjero pueda continuar sus operaciones.



- Nuevamente, dadas las preocupaciones de los Estados Unidos de que las “apropiaciones legales” indebidamente restringirían las acciones legítimas del gobierno, reflejadas en el caso *Methanex*, el cual al final no proveyó de ninguna compensación contra los Estados Unidos.
- El DR-CAFTA limita un tanto el alcance de la expropiación indirecta, por medio de la limitación del término “expropiación” a situaciones en las que se interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible. (Anexo 10-C)
- También, el DR-CAFTA establece que “salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”.



- A la fecha no está claro cuales tipos de actividades regulatorias gubernamentales, si las hay, podrían ser tratadas como inconsistentes con las obligaciones de República Dominicana bajo estas disposiciones, y cuales caerían dentro de las excepciones.
- El mismo problema existe en las otras Partes al DR-CAFTA.



Requisitos de Desempeño

- La sección del DR-CAFTA sobre requisitos de desempeño provee a los inversionistas con mayor especificidad que las del Acuerdo de Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC) de la OMC, del cual la República Dominicana es parte.
- El Artículo 10.9 provee una lista más extensa que la del TLCAN y el MIC, sobre lo que son requisitos de desempeño prohibidos.
- Y, aquí, el Capítulo 10 establece un derecho de acción privada (al inversionista).



- Los requisitos de desempeño no han sido objeto de mucho litigio dentro del TLCAN. El Artículo 10.9 prohíbe las restricciones comunes:
 - exportar un cierto grado de bienes y servicios producidos
 - mantener un cierto nivel de contenido nacional, vincular el volumen o valor de importación con las exportaciones o en caso de acceso a intercambio extranjero
 - limitar las ventas basados en volúmenes de exportación
 - requisitos de traspasos de tecnología y acuerdos de suministro exclusivo.
- De igual forma, el recibir beneficios o ventajas por parte del gobierno no puede estar condicionado a requisitos de contenido nacional, compras locales o requisitos de exportación.



Excepciones

- Existen una serie de excepciones en cuanto a
 - derechos de propiedad intelectual cuando la parte está cumpliendo con el ADPIC de la OMC
 - cumpliendo con sus leyes de competencia
 - si se imponen medidas no discriminatorias que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de otras leyes y reglamentos que son conformes con el Tratados
 - para la protección de la vida y la salud humana, animal o vida vegetal, o relacionados con la conservación de recursos naturales vivos o no vivos agotables.



- Estas últimas dos disposiciones, incluyen la terminología “necesarias”, que se apega mucho al Artículo XX del GATT.
- En el caso que un tribunal revise una supuesta violación al Capítulo Diez, éste probablemente se asistirá de jurisprudencia del GATT, incluyendo la interpretación restringida de “necesarias”, para permitir ciertas medidas únicamente cuando no existan otras medidas que sean menos restrictivas al comercio.



Otros Derechos del Inversionista

- Otras disposiciones de la Sección A regulan cuestiones como los intereses del inversionista en caso de conflicto armado o contienda civil. (Artículo 10.6)
- Hay una obligación de “otorgar[á] a los inversionistas de otra Parte, y a las inversiones cubiertas, un trato no discriminatorio con respecto a las medidas que adopte o mantenga en relación a
 - pérdidas sufridas por inversiones en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles”
 - o cuando la propiedad del inversionista es embargada o destruida por fuerza gubernamental a un grado no requerido por la “necesidad de la situación”. (Artículo 10.6.1-2)



- Así también se encuentran regulados:
 - la transferencia de fondos
 - requisitos de desempeño
 - opción para designar altos ejecutivos, entre otros.
- Los tres anteriores han sido adaptados de las disposiciones del TLCAN correspondientes, con algunos cambios menores.



- Las provisiones del DR-CAFTA sobre transferencias (Artículo 10.8.1) cubren un rango de posibles fuentes de ingreso, incluyendo:
 - aportes de capital
 - Utilidades
 - Dividendos
 - ganancias de capital
 - intereses
 - pago de honorarios y
 - aquellos que resultan de una controversia.



- Las transferencias deben realizarse
 - libremente y sin demora
 - en moneda de libre uso
 - e incluir las ganancias en especie cuando cubiertas por un contrato.
- Parece ser que la intención es proveer al inversionista con amplios derechos de transferencia, pese a las excepciones por quiebra, insolvencia, etc.



Designación de Ejecutivos

- No pueden establecerse restricción en la designación de altos ejecutivos; siendo posible designar a personas de cualquier nacionalidad. (Art. 10.10)
- El término “Altos Ejecutivos” no se encuentra definido en el Capítulo Diez, pero probablemente se refiere no solo a los directores de la compañía, si no también a los gerentes de planta y otras personas de alto nivel.



- Según la experiencia con el TLCAN, en caso que un tribunal deba interpretar el alcance de muchas de las excepciones y reservas específicas de cada país que se encuentran en los Anexos I, II y III, es posible que éste sea interpretado de forma restrictiva y literal.
- Sin embargo, éstas sólo aplican a ciertos beneficios de la Sección A, trato nacional, trato de nación más favorecida, requisitos de desempeño y altos ejecutivos.



- Éstas no liberan las obligaciones anexas y medidas disconformes relativas al nivel mínimo de trato o expropiación, entre otras.
- Las leyes y reglamentos locales y estatales preexistentes, se encuentran exentas de la mayoría de las obligaciones, pero dichas medidas no pueden volverse más restrictivas.
- Se supone que la fecha de efectividad para todas las Partes es el 2006.



Solución de Controversias Inversionista-Estado

- En adición a los derechos de los inversionistas en la Sección A, el DR-CAFTA, al igual que casi todos de los TBIs y TLCs, contiene disposiciones para el arbitraje internacional obligatorio para controversias entre inversionista y Estado.
- Hay relativamente pocas diferencias substanciales entre los mecanismos establecidos en el DR-CAFTA y los del TLCAN.
- En el DR-CAFTA existen algunas modificaciones procesales y se han agregado disposiciones relacionadas a la transparencia en los procesos arbitrales, basados en unas decisiones de la Comisión del TLCAN.



- Ambos tratados siguen procedimientos ahora tradicionales que en un inicio fueron desarrollados en el arbitraje comercial internacional respecto de cuestiones tales como consultas, elección de árbitros, procedimiento del debido proceso y otras similares.
- A pesar de algunos requisitos específicos del DR-CAFTA, la mayoría de los aspectos procesales del arbitraje inversionista – Estado, son regulados por las reglas de arbitraje que las partes elijan, ya sea aquellas del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o las de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Mercantil (CNUDMI).



La Experiencia en el TLCAN

- El arbitraje de inversionista – Estado ha sido relativamente común en los últimos trece años del TLCAN: con aproximadamente 45 notificaciones de intención para iniciar arbitrajes, y 16-17 casos finalizados.
- Hay solamente cuatro decisiones requiriendo a las Partes del TLCAN a compensar a un inversionista extranjero, dos contra México (*Metalclad* y *Feldman*) y dos contra Canadá (*Pope & Talbot* y *S.D. Myers*).
- La frecuencia de casos en contra de los gobiernos de DR-CAFTA es difícil pronosticar; la primera “notificación de intención” fue sometida en contra de Guatemala por el “Railroad Development Corp.” de los EE.UU. el 13 de marzo.



- Esto dependerá en gran parte en la efectividad de las instituciones locales de las Partes del DR-CAFTA en lidiar con supuestas violaciones a las obligaciones del Capítulo Diez, así como con factores tales como la magnitud de la inversión en comparación con los costos substanciales de recurrir ante un tribunal arbitral internacional.
- Parece poco probable que existan muchos casos de reclamos contra los Estados Unidos; después de trece años del TLCAN no ha surgido ningún caso de inversionistas mexicanos contra los Estados Unidos.



- Bajo el DR-CAFTA, el arbitraje internacional obligatorio puede utilizarse contra un Estado parte, por incumplimiento de las obligaciones de la Sección A del Capítulo Diez, y (a diferencia del TLCAN) por incumplimientos a “autorizaciones de inversión” y “acuerdos de inversión”. (Artículo 10.16.1)
- Una “autorización de inversión” se define como “una autorización otorgada por las autoridades de inversiones extranjeras de una Parte a una inversión cubierta o a un inversionista de otra Parte...”
- (Los Estados Unidos no tienen autoridad como la antes referida, por lo que se pierde la protección de la inversión extranjera en Estados Unidos.)



Observaciones del Proceso

- Los gobiernos receptores se enfrentan a muchas decisiones difíciles cuando se recurre a arbitraje, lo que incluye:
 - la selección del árbitro de una de las partes y el presidente del tribunal (normalmente compuesto por tres personas)
 - la discusión sobre las alternativas del fuero que se encuentran disponibles (Reglas del CIADI o CNUDMI)
 - puesto que las Reglas Adicionales de Facilitación del CIADI no son aplicables cuando el Estado del inversionista y el Estado receptor son ambos Partes del CIADI, como lo son todas las partes del DR-CAFTA.



- En contraste a lo que ocurre en el TLCAN, puesto que México y Canadá no son parte de la Convención del CIADI, quiere decir que únicamente están disponibles las Reglas de Facilitación Adicional y las del CNUDMI).
- Esta es un área disponible para la asesoría externa, a menos que el gobierno de la República Dominicana cuente con árbitros abogados con experiencia internacional. (Incluso México utiliza asesoría externa en los arbitrajes del Capítulo Once del TLCAN.)



- En el DR-CAFTA al igual que en el TLCAN, un demandante debe de cumplir con una serie de requisitos para poder proceder al arbitraje del Capítulo Diez: Hay un plazo para interponer la demanda, tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada (Artículo 10.18.1)
- Esta puede ser una base importante para apelar la jurisdicción, en particular en un caso basado en una serie de acciones o medidas continuas que supongan estar en conflicto con las obligaciones estatales de la Sección A.



- Cualquier recuperación podrá estar limitada a los daños de los tres años anteriores a la presentación del reclamo (a menos que el demandante recientemente haya descubierto una conducta gubernamental que haya sido aplicada continuamente por muchos años).
- Este plazo de tres años para someterse a arbitraje puede ser significativamente limitado si el demandante al darse cuenta del posible incumplimiento, no intenta llevar a cabo en tiempo, las consultas y negociaciones sugeridas, y la presentación de la notificación de intención.



Corte Local o Arbitraje Internacional

- Adicionalmente, el demandante debe consentir expresamente al arbitraje (Artículo 10.18.2(a))
- En la mayoría de los casos, el demandante debe escoger entre llevar el reclamo frente a las cortes locales o al arbitraje internacional. El DR-CAFTA contiene una disposición de “no virar en U” para los inversionistas de la mayoría de las Partes, pero una disposición de “bifurcación en Y” (“fork in the road”) para los inversionistas Estadounidenses en una de las otras Partes.
- Se requiere que el demandante o empresa como una de las condiciones del arbitraje, renuncie a su derecho de iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o procedimiento judicial según las leyes de las Partes (presumiblemente la ley nacional en casi todos los casos), con excepción de la solicitud de medidas precautorias que no impliquen un daño monetario. (Artículo 10.18.2 (b-e))



- Una vez se presente una acción contra una de las Partes por incumplimiento de la Sección A ante una corte o tribunal local, se precluye el arbitraje regulado bajo la Sección B de acuerdo al Anexo 10-E)
- Bajo el DR-CAFTA, como en la mayoría de los acuerdos de protección del inversionista (incluyendo al TLCAN), no aplica el acostumbrado y común requisito que el demandante recurra a los procesos locales y administrativos, antes de presentar una demanda internacional.



- Una vez se ha iniciado el arbitraje, la opción del proceso local pierde disponibilidad, para que las acciones actuales se lleven a término y las nuevas no puedan ser iniciadas. (Art. 10.18.2 (b))
- Sin embargo, esta opción es más aparente que real para los inversionistas Estadounidenses, puesto que el Anexo 10-E esencialmente establece que cuando el demandante es un inversionista Estadounidense contra una de las Partes de Centroamérica o la República Dominicana, la elección es definitiva.
- El inversionista puede protegerse si en el reclamo ante la corte local únicamente alega violaciones a la ley local, y no del Capítulo 10.



Innovaciones Procesal de TLCAN

- En comparación con el TLCAN, las innovaciones más significativas en el proceso arbitral dentro del DR-CAFTA son procesales.
- Cuando el Estado demandado presenta una objeción jurisdiccional de conformidad con los requisitos de esta sección (dentro de los 45 días posteriores al establecimiento del tribunal), el tribunal “decidirá, de una manera expedita,” suspendiendo cualquier actuación de fondo, y “emitirá, a más tardar 150 días después de la fecha de la solicitud, una decisión o laudo sobre dicha objeción” pudiendo extenderse el período bajo ciertas circunstancias. (Art. 10.20.5)



- Las costas y honorarios de abogados podrán otorgarse en estos procedimientos, en casos en los que la demanda o la objeción del demandado se consideren “frívolas”, y con implicación en otros, desalentando las demandas frívolas y provocando su despacho antes de lo usual.
- Medidas de transparencia, audiencias públicas, posibilidad de presentación de informes, aceptación de presentaciones por parte de terceros en ciertas circunstancias, etc., encuentran su base en las innovaciones post-TLCAN en América del Norte. (Ver Artículo 10.21 DR-CAFTA)



Derecho Aplicable

- El derecho aplicable es, al igual que en el TLCAN, “este Tratado y (...) las normas aplicables del derecho internacional” (Artículo 10.22), cuyo alcance ya se encuentra definido.
- “Derecho Internacional” claramente incluye las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en especial los Artículo 31-32.
- Tal como en el TLCAN, la Comisión (establecida en la Sección A del Capítulo 19 del DR-CAFTA) tiene la autoridad de emitir interpretaciones de las disposiciones del capítulo sobre inversiones, las cuales serán “obligatorias para el tribunal...” (Artículo 10.22.3)
- No obstante, a diferencia del TLCAN, el DR-CAFTA agrega, “y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión.”
- La idea es permitir a los gobiernos del TLCAN alcanzar un acuerdo sobre una interpretación en particular, y luego requerir que el tribunal siga esa interpretación, proceso que sólo ha ocurrido una vez en el TLCAN.



Capítulo Once – Comercio Transfronterizo de Servicios

- El Capítulo Once proviene del Capítulo Doce del TLCAN y del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC.
- El refleja las prioridades gubernamentales de los Estados Unidos, que se han ido desarrollando en más de una década desde que dichos acuerdos fueron concluidos.
- Los servicios financieros se encuentran regulados por separado, en el Capítulo Doce.
- Este Capítulo Once debe de leerse en conjunto con el Capítulo Diez, que regula la inversión cuando los servicios se otorgan a través de la presencia local (aun cuando la presencia local no sea requerida como una condición para proveer servicios). (Artículo 11.5)



Categorías

- El comercio transfronterizo tiende a encontrarse en una de las siguientes tres categorías:
 - servicios prestados desde el territorio de una de las partes hacia el territorio de una de las otras Partes (ej. Un consultor que envía en forma electrónica un reporte desde los Estados Unidos hacia la República Dominicana);
 - servicios prestados por una persona de una de las Partes a una persona de una de las otras Partes (ej. una compañía en la República Dominicana provee servicios de tours de Santo Domingo a ciudadanos de los Estados Unidos); o
 - un nacional de una de las Partes presta servicios en el territorio de una de las otras Partes (ej. un consultor de los Estados Unidos imparte un seminario sobre el DR-CAFTA en la República Dominicana). (Artículo 11.14)



- De nuevo encontramos que entre las obligaciones claves están el trato nacional y el trato de nación más favorecida (Artículos 11.2, 11.3)
- Las reglas de acceso al mercado aplican ya sea que el servicio se preste en alguna de las tres modalidades antes dichas o a través de presencia local/inversión directa.
- Asimismo, una Parte no puede imponer contingentes numéricos, monopolios, reglas de prestación de servicio exclusivo, etc., ni restringir los tipos de entidades legales por medio de las cuales se pueden proveer los servicios (ej. agencia, distribución, franquicias, sociedad anónima, consorcio). (Artículo 11.4)



Lista Negativa

- El Capítulo Once utiliza la forma de “lista negativa”: todos los servicios, con excepción de los servicios financieros y de telecomunicación regulados en los Capítulos Doce y Trece respectivamente, se encuentran regulados por este capítulo a menos que se establezcan excepciones específicas.
- Este es un enfoque opuesto al del AGCS, en el cual ningún servicio está cubierto a menos que se especifique en el anexo de cada Miembro.
- La legislación y regulaciones estatales y locales, en su mayoría, se encuentran exentas, con excepción del requisito que establece que, una vez liberalizados, este tratamiento abierto no puede revertirse. (Artículo 11.6)



Transparencia

- Las obligaciones de transparencia son similares a las aplicables en el comercio de mercancías en el Capítulo Tres (bienes), el proceso regulatorio (Artículo 11.7 y 11.8) en la mayoría de los casos debe aplicarse de la misma forma.



Envío Urgente

- Los servicios de envío urgente (tales como los prestados por Federal Express, DHL, UPS) tienen un tratamiento especial (Artículo 11.13)
- Esto demostró la gran importancia que estos tiene en la operación de empresas extranjeras en la República Dominicana y las otras Partes al DR-CAFTA.
- El transporte aéreo, los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales y los servicios marítimos se encuentran excluidos, pero en general, los servicios de envío urgente reciben el mayor grado de protección, entre otros, la prohibición de nuevas restricciones, y límites en lo que un monopolio postal puede hacer en competencia.
- Esto, en parte, refleja una disputa del Capítulo Once del TLCAN entre UPS y el servicio postal Canadiense.



Contratos de Agencia y Distribución

- La República Dominicana y las otras Partes (con excepción de los Estados Unidos), hicieron compromisos por país, que significativamente cambiaron la regulación de los contratos de agencia y distribución, a través de los regímenes de “protección del distribuidor”. (Anexo 11.13)
- El propósito de esta disposición es proveer a las compañías Estadounidenses la oportunidad de contratar libremente los servicios de agencia y distribución, sin la imposición de reglas onerosas establecidas en los Códigos Civiles, Laborales y Mercantiles.



- Se incluye pero no limitándose a contratos que permitan a las compañías Estadounidenses a la terminación contractual de un agente o distribuidor local sin pago de compensación, en caso que no cumpla con criterios de desempeño que hayan sido libremente acordados por las partes.
- El arbitraje también se permite para la resolución de controversias de agencia y distribución.



Servicios Profesionales

- Los servicios profesionales se encuentran restringidos, y supone el intento de desarrollar estándares profesionales ya acordados.
- Los gobiernos pueden, pero no están obligados a, reconocer licencias y certificados. (Anexo 11.9)
- Por ejemplo, la República Dominicana en el Anexo I (I-RD-2, 3), restringen la práctica ante tribunales locales y servicios notariales, a los nacionales de la República Dominicana que sean miembros del Colegio de Abogados.
- Quienes no sean miembros del Colegio pueden funcionar como consultores legales externos, sobre la base de reciprocidad. La mayoría de los Estados de Estados Unidos permiten la autorización de consultores legales extranjeros luego de pasar un examen de carácter y aptitud.



- Sin embargo, los abogados extranjeros, al menos en teoría, pueden calificar para ser miembros del Colegio de Abogados, en cuyo caso podrán prestar servicios legales, con excepción de representación en cortes y funciones notariales.
- Esto último lo pueden hacer a través de la obtención de su licenciatura en República Dominicana, a través de acuerdos de reciprocidad con otras Partes, o por medio de la revalidación del título obtenido en otra parte.
- Es de asumir que será más fácil que un abogado del sistema civil cualifique dentro de la disposición de revalidación, que para un abogado del derecho común de los Estados Unidos.
- Las calificaciones para arquitectos e ingenieros son un tanto más sencillas, basadas en gran parte, en reciprocidad. (Anexo I, I-RD-4).



Capítulo Doce – Servicios Financieros

- El Capítulo Doce cubre una variedad de servicios financieros y también aplica a inversiones en los proveedores de servicios financieros, entrelazándose con el Capítulo Diez. (Artículo 12.1.1)
- No obstante, las disposiciones de trato nacional y trato de nación más favorecida son similares a las reguladas bajo el Capítulo Once. (Artículo 12.2, 12.3)
- Cada una de las Partes al DR-CAFTA ha establecido reservas al trato nacional y al trato NMF, las cuales se indican en los anexos a éste capítulo.



- El término “instituciones financieras” incluye todas las instituciones de servicios financieros, incluyendo a bancos, compañías de seguras, de corretaje, compañías de administración de activos, etc.
- Sin embargo, solo ciertas de las disposiciones sobre inversión del Capítulo Diez aplican a los servicios financieros de instituciones.
- Los artículos claves de trato nacional, trato de nación más favorecida y nivel mínimo de trato (Artículos 10.3, 10.4, 10.5) no son directamente aplicables a las inversiones en servicios financieros



- El Capítulo Doce tiene disposiciones separadas para las obligaciones fundamentales de trato nacional, trato NMF y para altos ejecutivos.
- El mecanismo de solución de controversias de inversiones del Capítulo Diez aplica a los servicios financieros, pero su alcance de aplicación se limita a expropiación, transferencias, denegación de beneficios y formalidades especiales.
- Pero, un caso no puede presentarse por violación a los artículos del Capítulo Diez sobre trato nacional, trato NMF y nivel mínimo de trato. (Artículo 12.1.2 (b))



- Hay un período de adaptación para la aplicación de las obligaciones de servicios bancarios entre la República Dominicana y las naciones Centroamericanas, y para todos los servicios financieros entre República Dominicana y Guatemala (Artículo 12.1.4)
- Este período aparentemente comienza a contar a partir de Marzo de 2006 para la RD.
- Se aplica las provisiones del Capitulo 20 a disputas sobre el Capitulo 12, pero con panelistas con pericia en servicios financieros.



- Se permite a las partes del DR-CAFTA cierta libertad para adoptar legislación para las instituciones de servicios financieros por motivos cautelares.
- Esto incluye razones relativas a seguridad, estabilidad financiera, integridad y responsabilidad financiera. (Art. 12.10)
- Esta redacción que es similar a la del TLCAN, reconoce que la regulación de las instituciones de servicios financieros presenta retos especiales a las autoridades locales, en especial cuando los propietarios no son residentes.
- Los depositantes y otros consumidores deben ser protegidos, y esto resultaría compendioso si los reguladores locales no tienen jurisdicción sobre los propietarios de las instituciones.



Capítulo Trece – Telecomunicaciones

- El Capítulo Trece del DR-CAFTA provee de un extenso tratamiento de este sector tan importante.
- Nuevamente el enfoque es en el trato nacional y el trato no discriminatorio con respecto del acceso al mercado y la legislación, y requiere que cada Parte al DR-CAFTA mantenga un sistema regulatorio abierto y transparente.
- Entre los conceptos más importante está el de pleno acceso a los servicios públicos de telecomunicaciones nacionales (Artículo 13.2) requiriendo que la compañía provea el acceso a, y cobre las tarifas de conexión de manera comparable con la que aplica a sus afiliados. (Artículo 13.4.1)



- Esto refleja las experiencias de las compañías Estadounidenses en México (Telmex) y otras partes, donde los derechos y cargos de interconexión –por ejemplo, aquellos cobrados para la conexión de líneas telefónicas locales con servicios de larga distancia– fueron considerados discriminatorios y/o excesivos.
- Con el propósito de asegurar procesos y entidades regulatorias objetivas, un proveedor de servicios de telecomunicación (incluyendo aquel que sea una entidad de gobierno) no puede ser al mismo tiempo, la entidad reguladora. (Artículo 13.7)
- Las controversias relativas a la legislación doméstica de las telecomunicaciones se encuentra expresamente sujeta a los procedimientos administrativos generales, revisión y procesos de apelación establecidos en el Capítulo 18. (Artículo 13.12)



Capítulo Catorce – Comercio Electrónico

- Dado que las negociaciones del TLCAN concluyeron en 1992, no se incluyó un capítulo para comercio electrónico en el tratado y por lo tanto no hay historia sobre su aplicación bajo el TLCAN.
- A diferencia de muchos de los otros capítulos que tratan con la regulación de sectores específicos, la idea central del Capítulo Catorce es impedir las barreras regulatorias, incluyendo pero no limitándose a, aquellas discriminatorias que interfieren con el crecimiento, y limitar los impuestos internos.
- Hay una prohibición a la imposición de tasas arancelarias sobre productos entregados de forma electrónica (ej. software para computadoras, textos, imágenes y música), no obstante, el médium (CD, disquete, etc.) puede ser tasado. (Artículo 14.3.1)



- Esta prohibición a los impuestos refleja un entendimiento informal en la OMC contra ese tipo de tasación.
- El comercio de productos electrónicos o digitales se encuentra sujeto al trato nacional y al trato NMF. (Artículo 14.3.3)
- In particular, estas disposiciones buscan prevenir la discriminación sobre la base del país de origen del autor de la transmisión misma, con excepción de las medidas disconformes permitidas en otros capítulos (Artículos 10.13, 11.6, 12.9)



Capítulo Quince – Derechos de Propiedad Intelectual

- El Capítulo Quince trabaja sobre las obligaciones ya existentes en el ADPIC de la OMC, con algunas innovaciones importantes que resultan de la experiencia de los Estados Unidos bajo el ADPIC.
- Provee de una extensa lista de otros acuerdos sobre propiedad intelectual a los que las Partes del DR-CAFTA deben acceder. (Artículo 15.1.2-6) En la mayoría de los casos, los períodos de gracia para acceder ya han vencido (ej. Enero 1, 2006).
- El Capítulo amplía la protección que se le da a las marcas e indicaciones geográficas, y amplía el requisito de protección del ADPIC sobre derechos de autor de 50 a 70 años. (Artículo 12 ADPIC, Artículo 15.5.4 DR-CAFTA)



- Esto es reflejo de legislación adoptada hace unos años por los Estados Unidos con el objetivo principal de extender el período de protección de Mickey Mouse!
- Además, cada Parte está expresamente obligada a asegurarse que las agencias de gobierno únicamente utilicen programas de computación legítimos y no copias piratas. (Artículo 15.5.9)



- Otras obligación “Plus-ADPIC” –mostrando los cambios tecnológicos ocurridos desde 1995, cuando el uso general del Internet apenas iniciaba- incluyen
 - la protección de nombres de dominio en Internet (Artículo 15.4)
 - la protección de señales de satélite codificadas -un problema para los programadores Estadounidenses en Canadá y en países en desarrollo- el cual será controlado a través del control de la venta y distribución de dispositivos decodificadores de señales de satélite.
- Este aparenta ser un problema para República Dominicana (probablemente por su cercanía a Puerto Rico), quien reafirma su obligación de sancionar la transmisión no autorizada o la retransmisión no autorizada de programas o transmisiones por cable (Anexo 15.11)

- En el área de las patentes, las Partes deben incrementar el período de protección de la patente para compensar al propietario por retrasos “irrazonables” en el otorgamiento de la patente. (Artículo 15.9.6)
- Es obligación de las Partes cuando las autoridades de cualquiera de éstas requiera información para demostrar la seguridad y eficacia de productos farmacéuticos o químicos agrícolas.
- Las Partes no pueden permitir que ésta sea utilizada por terceros no autorizados para comercializar productos similares, en el caso de los farmacéuticos por un período de cinco años, y en el caso de químicos agrícolas por un período de diez años (Artículo 15.10.1)



- Esta disposición está diseñada para hacer más difícil que los productores de genéricos compitan con los legítimos propietarios de la patente, pero mantener esta información confidencial representa una carga significativa para las autoridades nacionales.
- Ha ganado importancia en los últimos años, dada la reciente popularidad de llevar a cabo las pruebas de eficacia en países en desarrollo, donde los costos de las pruebas son más bajos.



- Muchas de las obligaciones acordadas por las Partes al DR-CAFTA bajo el Capítulo Quince, incluyendo las relativas a la ejecución, se encuentran sujetas a períodos de gracia que oscilan entre uno a cuatro años a partir de la fecha de entrada en vigencia del Tratado (Artículo 15.12)
- Es razonable asumir que estos períodos de gracia comiencen a contar a partir de la fecha en la que cada país entre a ser Parte del DR-CAFTA, en otras palabras, el 1 de marzo de 2007 para República Dominicana.



Capítulo Dieciséis – Laboral

- A diferencia del TLCAN, las disposiciones laborales (y ambientales) se encuentran incorporadas en el cuerpo del DR-CAFTA, y no en acuerdos paralelos al mismo.
- Las Partes deben “procurar asegurar” que su legislación sea consistente con los compromisos adquiridos en los acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo y con los principios laborales “esenciales” especificados en el Capítulo Dieciséis. (Artículos 16.1, 16.8)
- Dicha redacción ha sido criticada puesto que no es una obligación absoluta, es decir, que la disposición no dice “deben asegurar...”
- Es probable que las provisiones laborales en los TLCs con Panamá, Perú y Colombia van a incorporar provisiones mas fuertes.



Resolución de Controversias Laborales

- Algunas de las controversias relacionadas con la ejecución de leyes laborales se encuentran sujetas a las disposiciones del Capítulo Veinte, con algunos límites en las sanciones.
- No obstante, solamente la falta de hacer ejecutar la legislación laboral “por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente” está sujeta al Capítulo Veinte. (Artículo 16.2)
- Por consiguiente, violaciones aisladas no están sujetas a arbitraje.



- “Legislación laboral” es aquella relativa a los principios esenciales:
 - el derecho de asociación
 - derecho de organizarse y negociar colectivamente
 - prohibición del trabajo forzoso
 - edad mínima para trabajar y prohibición de las peores formas de trabajo infantil de la OIT y
 - normas aceptables sobre salarios mínimos, máximo número de horas laborales, salud y seguridad. (Artículo 16.8)
- Estas disposiciones son un poco más estrictas que las disposiciones laborales bajo el TLCAN, en las que era virtualmente imposible que una Parte fuera sujeta a la solución de controversias a través del arbitraje. (No hubo ningún arbitraje en trece años.)



Capítulo Diecisiete – Ambiental

- Hasta cierto punto, éste Capítulo se apega al Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN), es decir el acuerdo paralelo del TLCAN, pero con algunos cambios importantes en cuanto a su ejecución.
- Aquí, las Partes “no dejará[n] 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”. (Artículo 17.2.1(a))
- Solamente este patrón sostenido o recurrente de no aplicación efectiva se encuentra obligado a sujetarse a la solución de controversias del Capítulo Veinte, nuevamente, con algunas limitantes en las sanciones por incumplir con una decisión de un tribunal arbitral.
- Sin embargo, este es un cambio significativo en comparación con el TLCAN, donde ninguna controversia ambiental fue referida a arbitraje.



- Tanto en este capítulo como en el capítulo laboral, la redacción deja entrever la preocupación de que una débil aplicación y ejecución de la legislación ambiental y laboral puede ser utilizada como medio para fomentar la inversión extranjera. (Artículo 17.2.2)
- Este fue uno de los problemas al momento de las negociaciones del TLCAN, cuando uno de los estados Mexicanos publicó en un periódico de los Estados Unidos, anuncios prometiendo a inversionistas extranjeros que dicho estado no aplicaría estrictamente la legislación laboral y ambiental.



- Un entendimiento posterior entre las Partes al DR-CAFTA establece una nueva unidad dentro de la Secretaria de Integración Económica Centroamérica (SIECA).
- Va hacer la secretaría para la recepción de reclamos de ciudadanos contra una de las Partes por el incumplimiento a la efectiva aplicación de la legislación ambiental nacional. (Entendimiento de Febrero 18, 2005)
- El hecho que República Dominicana no es parte de la integración Centroamericana, supone no afectar su participación dentro de la unidad establecida para la recepción de dichas solicitudes.



Capítulo Dieciocho – Transparencia

- El Capítulo Dieciocho es una versión ampliada del Capítulo Dieciocho del TLCAN, que está titulado “Publicación, Notificación y Administración de Leyes,” y refleja algunas de las obligaciones que tiene República Dominicana bajo el Artículo X del GATT.



- Hay un poco de traslape o paralelismo con otros Capítulos del DR-CAFTA, tales como los Artículos
 - 5.1 (Aduanas – Publicación)
 - 5.10 (Resoluciones Anticipadas)
 - 7.7 (Estándares – Transparencia)
 - 9.3-9.4 (Contratación Pública – Publicación)
 - 11.7 (Servicios Transfronterizos – Transparencia en el desarrollo y aplicación legislativa)
 - 12.11 (Servicios Financieros – Transparencia)
 - 13.13 (Telecomunicaciones – Transparencia)
 - 14.4 (Comercio Electrónico – Transparencia)
 - 15.11 (Aplicación de los derechos de Propiedad Intelectual) y
 - 17.3 (Ambiental – Asuntos Procesales).



- Por lo tanto, el concepto de transparencia incluye
 - la publicación de leyes y reglamentos
 - la opinión pública y discusión sobre propuestas legislativas y administrativas
 - la independencia de las vías administrativa y judicial en caso de apelaciones sobre legislación y acciones administrativas
- Se encuentra impregnado en todo el DR-CAFTA.



Disposiciones Anti-corrupción

- Las disposiciones anti-corrupción son relativamente nuevas en los TLCs y están supuestas a tratar con un problema que es endémico en la mayoría de países en desarrollo y en varios países desarrollados, pese a la existencia de legislación anti-corrupción en todos los países y a un número de convenciones internacionales.
- Las obligaciones dentro de este Capítulo requieren que la República Dominicana “elimin[e] el soborno y la corrupción en el comercio e inversión internacional.” (Artículo 18.7)



- Esto requiere, entre otras, que República Dominicana tipifique como delitos el ofrecimiento o la solicitud de sobornos, ya sea por personas naturales o jurídicas, imponiendo las sanciones apropiadas. (Artículo 18.1.8(a)-(c))
- Las Partes al DR-CAFTA también deben proteger a los “denunciantes”, que reporten actos en violación de estas disposiciones. (Artículo 18.8.3)



Sanciones Legales

- Las Partes al DR-CAFTA también deben sancionar las acciones de cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción, que
 - ofrezca sobornos (“cualquier ventaja pecuniaria u otro beneficio”)
 - a un funcionario público
 - para influir a dicho funcionario a actuar o dejar de actuar de acuerdo con sus funciones oficiales
 - para obtener o retener un negocio, u otro beneficio indebido en la conducción de un negocio internacional. (Artículo 18.8 (d))



- “Funcionario Público” se define ampliamente, incluyendo funcionarios de cualquier rama del gobierno, independientemente de su jerarquía (Artículo 18.10)
- Por ejemplo, incluye tanto al Director General de Aduanas como al inspector de aduanas de cualquier puerto de entrada.
- Esta disposición refleja, hasta cierto punto, la ley Estadounidense de Prácticas de Corrupción Extranjeras, que ha tipificado como delitos los pagos indebidos a funcionarios públicos extranjeros desde 1979.



Capítulo Diecinueve – Administración del Tratado

- La Comisión de Libre Comercio, compuesta por los ministros de comercio de las Partes, es similar a la creada en el Capítulo Veinte del TLCAN.
- Puesto que se reúne anualmente en sesión ordinaria y actúa por consenso (Artículo 19.1.5-6), es muy probable que la Comisión no se involucre en el día a día administración del DR-CAFTA.
- Una de sus obligaciones más importantes es la de proveer asistencia en el proceso de solución de controversias establecido en el Capítulo Veinte, incluyendo la designación de una oficina para este propósito, con algunas otras responsabilidades que se discuten bajo el Capítulo Veinte.



- La Comisión también puede emitir interpretaciones vinculantes sobre el Tratado. (Artículo 19.1.3(c))
- Esto se relaciona, entre otras, con las controversias sobre inversión bajo los Artículos 10.22 (3) y 10.23, en las cuales la Comisión puede proveer su opinión respecto de si una supuesta violación se encuentra dentro del alcance de las excepciones de los Anexos I y II.



- Dentro del Capítulo Diecinueve también se establece un Comité para la Creación de Capacidades relacionadas al Comercio. (Artículo 19.4)
- Durante el período de transición (cinco años a partir de la fecha de entrada en vigencia, presumiblemente 2006), el Comité debe reunirse por lo menos dos veces al año.
- Es para actuar como un tipo de una casa de intercambio de información, con el propósito de asistir a las Partes del DR-CAFTA en la implementación del Tratado y a la adecuación por las presiones de un comercio más libre.



Capítulo Veinte – Solución de Controversias

- El Mecanismo de solución de controversias del DR-CAFTA sigue al Capítulo Veinte del TLCAN con solo algunas modificaciones.
- Por su parte, el TLCAN siguió de cerca al Capítulo Dieciocho del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos – Canadá.



- En razón de la inclusión en el GATT 1947 de una provisión que
 - reconoce la necesidad de establecer un medio de solución de controversias sobre la interpretación y aplicación de tratados comerciales y
 - de los casi sesenta años de solución de controversias entre terceros bajo el GATT, la OMC y el TLCAN, ya para el momento en que se negociaba el CAFTA, el asunto en cuestión no era si debía existir dicho mecanismo, sino como debía estructurarse.



- El Capítulo Veinte del TLCAN no ha sido ampliamente utilizado.
- Únicamente se han emitido tres laudos arbitrales bajo el mismo, siendo el más reciente del 2001.
- Aparentemente, por lo menos diez otros casos han alcanzado cuando menos la etapa de consulta del Capítulo Veinte.
- Algunos de éstos fueron resueltos en la mencionada etapa de consulta, pese a que se desconocen la mayoría de los detalles de los mismos.
- Esto sugiere que el éxito del Capítulo Veinte del TLCAN no puede medirse únicamente por el número de casos que se llegan a referirse a arbitraje, tal como sucede en la mayoría de los mecanismos formales de solución de controversias.



- Las Partes al TLCAN no se encuentran completamente satisfechas con los procedimientos y procesos del Capítulo Veinte.
- Algunos casos requieren ser resueltos por el Órgano de Solución de Controversias de la OMC relacionados con dumping y subsidios ilegales, puesto que se encuentran fuera de la jurisdicción del DR-CAFTA. (Artículo 8.8)
- Los retrasos procesales también han presentado problemas, en parte por la inhabilidad de las Partes afectadas del TLCAN, de alcanzar un acuerdo expedito en cuanto a la designación de los panelistas.



- Al igual que en el TLCAN, las Partes del DR-CAFTA deben de “en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación de este Tratado”, y a cooperar y consultar sobre asuntos que afecten su funcionamiento (Artículo 20.1)
- La aplicación básica de las disposiciones sobre solución de controversias es la misma que en el TLCAN, a diferencia que el DR-CAFTA la esquematiza a gran detalle. (Artículo 20.2)



Anulación y Menoscabo

- La “anulación y menoscabo” se define de acuerdo al GATT, respecto de medidas de una Parte que no son violaciones al Tratado, pero que aun así, “anulan o menoscaban” “los beneficios que razonablemente pud(o) [la otra Parte] haber esperado recibir” para los Capítulos relacionados con
 - trato nacional
 - acceso al mercado
 - reglas de origen
 - administración de aduanas/facilitación del comercio
 - obstáculos técnicos al comercio
 - contratación pública
 - comercio transfronterizo de servicios o
 - derechos de propiedad intelectual. (Anexo 20.2)
- Tomando de referencia el TLCAN, se considera poco probable que bajo el DR-CAFTA surjan controversias basadas en anulación y menoscabo.



Elección del Foro

- La Parte reclamante en el proceso de solución de controversias, normalmente debe hacer la elección entre:
 - el foro del Capítulo Veinte
 - otro tratado de libre comercio al que las Partes en contienda sean parte (por ejemplo, el Tratado de la Zona de Libre Comercio de las Américas si éste se llega a negociar) y
 - el Órgano de Solución de Controversias de la OMC.



- Una vez el foro ha sido elegido, “el foro seleccionado será excluyente de los otros” (Artículo 20.3)
- Las excepciones incluyen, acciones por competencia desleal (Artículo 8.8) y disputas sobre medidas sanitarias y fitosanitarias (Artículo 6.2.2), las cuales se encuentran excluidas de la jurisdicción del Capítulo Veinte.



- Dado que la OMC no tiene acuerdos en materia laboral y ambiental, a la protección de inversionistas, servicios financieros, u otras relacionadas, es muy probable que esas controversias se refieran al Capítulo Veinte (entre dos Partes), de acuerdo con la aplicación de los Capítulos Diez, Doce, Dieciséis y Diecisiete.



- Conflictos sobre la elección de foro han ocurrido por lo menos una vez bajo el TLCAN, cuando México solicitó a un panel de la OMC que se abstuviera de ejercer jurisdicción sobre una disputa con Estados Unidos.
- La disputa era relacionada con impuestos sobre bebidas no alcohólicas con jarabe de maíz con alto nivel de fructosa.
- México creía que el caso debía ser resuelto bajo el procedimiento del Capítulo Veinte del TLCAN, previamente iniciado por México (éste último enfocándose en el acceso de México al mercado de azúcar Estadounidense).
- Sin embargo, el panel de la OMC y el órgano de apelación decidieron el caso, resolviendo que no tenían autoridad para negar el ejercicio de la jurisdicción.



Lista de Árbitros

- La designación del listado de hasta 70 personas que requiere el Capítulo Veinte (Artículo 20.7) puede no ser una tarea fácil dado el consenso necesario para su designación
- Esto a juzgar por la experiencia en el TLCAN, en el cual después de más de trece años, no se ha logrado acordar un listado formal.
- El número sugiere que cada Parte al DR-CAFTA podrá nominar hasta diez personas, pero en la práctica esto puede que no ocurra.
- El Tratado establece que un máximo de 14 miembros del listado no podrán ser ciudadanos de las Partes al DR-CAFTA. Esto refleja la experiencia en el TLCAN, en el cual los tres presidentes de los paneles del Capítulo Veinte no eran de América del Norte.



- Idealmente, en el listado deberían de haber personas nacionales de los siete países Parte del DR-CAFTA, y otros.
- Sin embargo, no hay regla que establezca que por ejemplo, la República Dominicana deba designar a ocho o cualquier otro número de sus nacionales, ni nada que prevenga a otras Partes al DR-CAFTA de designar a uno o más nacionales de República Dominicana.



- La habilidad que tengan los nominados al listado, de convencer a las otras Partes al DR-CAFTA, en especial a los Estados Unidos, que si son confirmados en el listado y son designados para un procedimiento del Capítulo Veinte, de demostrar que actuarían de manera independiente a sus gobiernos al momento de tomar una decisión, será lo que llegue a permitir que se designe un listado completo.
- En la práctica, sería un gran avance sobre el TLCAN, si las Partes logran acordar en un listado de 12-15 panelistas de múltiples nacionalidades.



Transparencia

- En contraste con el TLCAN, bajo el Capítulo Veinte del DR-CAFTA la regla es transparencia, siendo esta una innovación de mucha importancia para la solución de controversias gobierno-a-gobierno, lo que ha mantenido estas disputas en secreto por lo menos hasta que ya han sido resueltas.
- Las audiencias deben ser abiertas al público.
- Los alegatos iniciales y réplica son públicos, con excepción de la información confidencial en éstos; el panel debe de considerar solicitudes de ONGs para proveer sus opiniones (informes de *amicus curiae*) que puedan ayudar al grupo arbitral en la evaluación de los alegatos y argumentos de las Partes contendientes”.
(Artículo 20.10.1)



- Otras partes al DR-CAFTA que no sean parte en la contienda en particular, pueden, previa notificación escrita, participar completamente en los procedimientos a través de su asistencia en las audiencias y la entrega y recepción de alegatos escritos u orales, los cuales se “reflejarán en el informe final del grupo arbitral.” (Artículo 20.11)
- La Parte del TLCAN que no es parte en la disputa, ha participado casi siempre en los procedimientos del Capítulo Veinte, y República Dominicana seguramente querrá seguir de cerca los procedimientos del Capítulo Veinte del DR-CAFTA, aun cuando no sea parte, con el propósito de asegurarse que podrá proporcionar su opinión respecto de cualquier tema que sea de su interés.



Cumplimiento y Sanciones

- Cuando el informe final sea proporcionado a las Partes, acordarán la solución de la controversia, la cual *normalmente* se ajustará a las determinaciones y recomendaciones que, en su caso, formule el grupo arbitral.” (Artículo 20.15.1)
- Cuando el panel considere que “una Parte contendiente no ha cumplido con sus obligaciones de conformidad con este Tratado, o que la medida de una Parte contendiente causa anulación o menoscabo... la solución será, *siempre y cuando sea posible*, eliminar el incumplimiento o la medida que causa anulación o menoscabo.” (Artículo 20.15.2)
- Es decir, que si el panel encuentra un incumplimiento, se espera que la Parte que ha incumplido lo corrija, pero hay un tanto de flexibilidad para resolverlo si ambas partes pueden llegar a un acuerdo sobre la solución.



- Sin embargo, si dentro de los 45 días siguientes, no se cumple satisfactoriamente a favor de la Parte demandante, las Partes deberán entrar en negociaciones “con miras a establecer una compensación mutuamente aceptable.” (Artículo 20.16.1)
- Si las negociaciones no son exitosas dentro de 30 días adicionales, o si los acuerdos de compensación son incumplidos, la parte demandante podrá responder a través de la usual (bajo la OMC y otros tratados comerciales) suspensión de beneficios (a través del incremento en las tarifas aduanales sobre las importaciones de la Parte demandada), sujeta a la notificación de la Parte demandante de lo que ésta considera como “beneficios de efecto equivalente” a la medida en contienda.



- Cuando la Parte demandada considere que la suspensión de beneficios propuesta es “manifiestamente excesiva”, ésta podrá solicitar que el panel se reconvenga para considerar el nivel de la compensación (Artículo 20.16.3)
- Bajo el TLCAN, no hubo ninguna situación que resultara en una discusión extensa sobre las sanciones, a diferencia de lo que ocurre bajo el sistema de la OMC, donde dichos desacuerdos son comunes.



- Un tipo de apelación similar a la que se provee bajo la OMC, se encuentra regulada en el Artículo 20.16.3 (b) para la Parte demandada si esta considera que “ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo constatada por el grupo arbitral”. (Artículo 20.16.3 (b))
- Una “revisión de cumplimiento” se encuentra disponible bajo el Artículo 20.18 después de que las sanciones ya han sido aplicadas, siempre y cuando “si la Parte demandada considera que ha eliminado la disconformidad . . . podrá someter el asunto a conocimiento de éste mediante notificación escrita a la Parte o Partes reclamantes.”



- Esta revisión de cumplimiento o incumplimiento a lo constatado por el panel arbitral es similar al procedimiento del Artículo 21.5 del Acuerdo sobre la Solución de Controversias de la OMC.
- A diferencia de que en la OMC es el Miembro demandante y no el Miembro demandado quien solicita al panel la determinación que no hubo cumplimiento a satisfacción.
- Los Estados Unidos han estado en ambos lados de este proceso en la OMC, cuya experiencia puede haber llevado a la incorporación de este tipo de disposición en el DR-CAFTA.



- Así como en el TLCAN y el OMC, en el DR-CAFTA la suspensión de beneficios se debe realizar en el mismo sector que ha sido afectado por la medida, a menos que esto no sea “factible ni eficaz”.
- En cuyo caso, se pueden suspender los beneficios de cualquier otro sector. (Artículo 20.16)
- Normalmente, los “beneficios” suspendido son tarifas, con resultado de una tarifa mas alto que antes.



- Una gran innovación del DR-CAFTA en contraste con el TLCAN (y la OMC) es la posibilidad que se da a las Partes de alternativas a la suspensión de beneficios.
- La Parte que ha incumplido puede notificar por escrito a la Parte demandante su decisión de realizar un pago monetario anual por daños, en dólares de los Estados Unidos, en sustitución de la suspensión de beneficios comerciales.
- Si no se alcanza un acuerdo sobre la cantidad, se encuentra fijada en un 50% del nivel de las sanciones comerciales, como haya sido determinado por el panel, o en caso de no haber determinación de las sanciones por parte del panel, la Parte demandada determinará el nivel. (Artículo 20.16.6)



- Esto puede ser de importancia para países pequeños como la República Dominicana, pero solamente si los EE.UU. está dispuesto hacer un pago monetario en vez de otra indemnización.
- En realidad, el derecho a imponer sanciones comerciales sobre los Estados Unidos puede tener beneficios limitados, porque la imposición de dicha sanción causaría considerables daños económicos a los importadores y consumidores de República Dominicana.
- Ver la situación de Ecuador con relación a su caso contra a la Unión Europea.



Controversias Laborales y Ambientales

- Otra gran modificación (del TLCAN) resulta de la jurisdicción del Capítulo Veinte sobre posibles incumplimientos del requisito del DR-CAFTA de aplicación de las legislaciones laborales y ambientales.
- Se deben designar por separado, listados de árbitros de 28 personas cada uno, para la solución de controversias que resulten de los Capítulos en materia laboral y ambiental del DR-CAFTA, todas estas personas deberán contar con experiencia en el área respectiva, contar con “objetividad, confiabilidad y buen juicio” y actuar con independencia de sus gobiernos. (Artículo 16.7, 17.11)



- La jurisdicción del Capítulo Veinte en materia laboral y ambiental es más restringida que en otras acciones de incumplimiento al Tratado.
- No toda falta de aplicación de legislación laboral es razón para iniciar la solución de controversia.
- Al contrario, la obligación es la siguiente: “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))



- Una redacción similar se refiere a las acciones ambientales bajo el Capítulo 17. (Artículo 17.2.1(a))
- El DR-CAFTA provee en cambio de sanciones comerciales, de una “contribución monetaria anual” que será determinada por el panel arbitral (Artículo 20.17.1-2)
- Estas contribuciones no son realmente pagadas a las otras Partes, si no que son depositadas en un fondo establecido por la Comisión para promover las iniciativas laborales y ambientales que sean necesarias. (Artículo 20.17.4)
- En otras palabras, si la República Dominicana llegase a perder en un proceso arbitral en relación con incumplimientos a la legislación laboral o ambiental, la multa o contribución se queda efectivamente dentro de la República Dominicana.



Asesoría de la Comisión en Procedimientos Internos

- El DR-CAFTA al igual que el TLCAN, incorpora un mecanismo que se asemeja a las “resoluciones preliminares” bajo la jurisdicción de la Corte de Justicia Europea, en el que se permite referir consultas a la Comisión sobre la interpretación de las disposiciones del DR-CAFTA que surjan bajo una corte local, para ser utilizadas como guía. (Artículo 20.20.1)
- Si la Comisión puede llegar a un acuerdo y emite una “interpretación acordada”, dicha interpretación debe presentarse a la corte o juzgado, por la Parte en cuyo territorio se encuentre la corte o juzgado, “de conformidad con los procedimientos de ese foro” (Artículo 20.20.2).



- Sin embargo, si la Comisión no alcanza un acuerdo, “cualquiera de las Partes podrá someter su propia opinión al tribunal o al órgano administrativo, de acuerdo con los procedimientos de dicho foro.” (Artículo 20.20.3)
- A la fecha, solo se puede especular sobre la forma en que funcionará este mecanismo, el cual nunca ha sido utilizado bajo el TLCAN.
- La Comisión no es una corte con jueces independientes como lo es la Corte de Justicia Europea, si no que se encuentra compuesta por funcionarios gubernamentales, la mayoría de los cuales es probable que no sean abogados.
- Por lo que es difícil predecir si la Comisión podrá tratar con dichas consultas legales, si acaso oportunamente.



- Se espera que la Comisión emita regulaciones que detallen procedimientos para considerar las solicitudes de asesoría de conformidad con el Artículo 20.20, incluyendo restricciones de tiempo para hacerlas.
- Si resultara ser que la Comisión no pudiera o no quisiera realizar esta función, que es muy probable, la disposición también otorga a la Parte interesada en un caso (mas probablemente los Estados Unidos) frente a una corte de otra Parte, con la oportunidad de hacer saber su propia interpretación a la corte.



Prohibición de acciones privadas

- En el DR-CAFTA al igual que en el TLCAN, las acciones legales privadas contra una de las Partes sobre la base de que las medidas de otra Parte son inconsistentes con el Tratado (TLCAN), o que la otra Parte ha incumplido con sus obligaciones bajo el Tratado (DR-CAFTA), se encuentran prohibidas. (Artículo 20.21)
- Esto es reflejo de la continua política Estadounidense y la redacción encontrada en la legislación que aprueba los tratados comerciales.
- Probablemente también sea de mucha importancia para las otras Partes al DR-CAFTA.



- La mayoría de los países Latinoamericanos utilizan un sistema 'monista', en el cual los tratados son auto-ejecutables, es decir, que una vez aprobados y vigentes, éstos automáticamente tienen aplicación directa sobre las entidades de gobierno, cortes y particulares, aun cuando tengan conflicto con legislación ya existente (y técnicamente la supera).
- En teoría, puesto que los tratados son automáticamente considerados como ley, éstos podrían ser la base para acciones de partes privadas demandando al gobierno por incumplimiento en la correcta aplicación de los tratados, a menos que exista algún tipo de disposición dentro de dichos tratados que expresamente prohíba dichas acciones.



Alternativas de Solución de Controversias

- El DR-CAFTA al igual que el TLCAN, hace un modesto esfuerzo por promover los medios alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, entre ciudadanos particulares y entidades (Artículo 20.22)
- Dado que todas las Partes al DR-CAFTA son partes a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, el único requisito en ese caso es que continúen siendo partes.
- La importancia del rol que juegue el “Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas” dependerá en primer lugar de los recursos, puesto que la creación de dicho comité es discrecional y no obligatoria como en el caso del TLCAN.



Capítulo Veintiuno – Excepciones

- La mayoría de éstas se encuentran basadas en las excepciones del GATT:
 - Artículo XII (balanza de pagos)
 - Artículo XX (generales)
 - Artículo XXI (seguridad nacional),
- Estos se incorporan a manera de referencia, al igual que en el TLCAN. (Artículos 21.4, 21.1, 21.2 del DR-CAFTA)
- Las medidas en tributación únicamente se encuentran sujetas a algunas disposiciones del DR-CAFTA, tales como trato nacional de mercancías, trato nacional y trato de nación más favorecida en servicios, prohibiciones en requisitos de desempeño, y reglas sobre expropiación (Artículo 21.3)



- Se toma mucho cuidado para evitar conflictos con convenciones sobre doble tributación, haciendo que los derechos y obligaciones bajo esas convenciones prevalezcan en caso de conflicto.
- Esta disposición sobre tributación es reflejo del compromiso entre su exclusión total del DR-CAFTA, y la ampliación de restricciones (tales como el nivel mínimo de trato del Capítulo Diez).
- A la fecha ninguna de las otras Partes al DR-CAFTA tiene un tratado de doble tributación con los Estados Unidos (quien tiene 54 con otros países, la mayoría pero no todos de los cuales son países desarrollados), por lo que esta disposición tiene poco significado en este momento.



Capítulo Veintidós – Disposiciones Finales

- El Artículo 22.1 establece que todos los diferentes anexos, apéndices y notas al pie de página forman parte integrante del Tratado.
- Regula las enmiendas, que en general están sujetas al proceso legal aplicable de cada Parte. (Artículo 22.2)
- El TLCAN nunca ha sido objeto de enmiendas, en parte porque
 - todas las Partes tendrían que estar de acuerdo sobre la necesidad y la redacción de dicha enmienda (probablemente más difícil con las siete partes del DR-CAFTA que con las tres del TLCAN), y
 - sería muy difícil obtener la aprobación del Congreso respecto de cualquier enmienda al TLCAN, dadas las actuales circunstancias políticas de Estados Unidos y México.



- Dado que, aparte de los Estados Unidos, ninguna de las otras Partes al DR-CAFTA completó el proceso legal correspondiente para el 1 de Enero de 2005, el Tratado no entro en vigor si no hasta Marzo de 2006.
- Esto quiere decir que si Costa Rica se vuelve parte en Marzo de 2008, cumplirá con los requisitos del Artículo 22.5.2, otros países pueden adherirse si cuentan con la aprobación (unánime) de la Comisión y de las Partes. (Artículo 22.6)
- Si otros países buscan adherirse podría ser problemático, en particular si llega a entrar en vigencia el tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Panamá, aunque es posible, al menos en teoría, que Belice y/o Haití y/u otros pudieran ser tomados en consideración en un futuro.