

**CAPÍTULO III**  
**SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**  
**CONVENCIONALES DEL CAPÍTULO 22**

1. INTRODUCCIÓN .....	19
2. ELECCIÓN DEL FORO .....	23
3. ETAPAS EN EL PROCEDIMIENTO .....	23
4. COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO .....	24
5. SOLICITUD DE UN GRUPO ARBITRAL .....	25
6. LISTA DE ÁRBITROS .....	26
7. CONSTITUCIÓN DEL GRUPO ARBITRAL .....	26
8. REGLAS DE PROCEDIMIENTO .....	27
9. INFORME PRELIMINAR .....	28
10. INFORME FINAL .....	29
11. CUMPLIMIENTO DEL INFORME FINAL .....	29
12. REVISIÓN QUINQUENAL .....	34
13. FÓRMULA DE REAJUSTE INFLACIONARIO PARA CONTRIBU- CIONES MONETARIAS. EJEMPLO .....	34
14. DERECHO DE LOS PARTICULARES REFERENTE A LA INTER- PRETACIÓN O APLICACIÓN DEL TRATADO .....	38

# CAPÍTULO III

## LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONVENCIONALES DEL CAPÍTULO 22

### 1. INTRODUCCIÓN

Las controversias comerciales son consecuencia necesaria de los derechos y obligaciones que los países establecen en los tratados de integración y de libre comercio.

Así, una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una oposición de intereses entre agentes económicos, radicados en territorios aduaneros distintos y que se abordan con disciplinas previamente convenidas.

En efecto, para las controversias comerciales convencionales, el capítulo 22 del Tratado plantea como premisa fundamental que en materia de interpretación y aplicación del tratado, las partes realizarán esfuerzos para que mediante la cooperación y consultas se logren soluciones satisfactorias a las diferencias que puedan presentarse.

#### *Ámbito de Aplicación o Cobertura*

El artículo 22.2 establece que este mecanismo general se aplica:

- a) A la *prevención* o a la *solución* de todas las controversias entre las Partes, referidas a la *aplicación* o a la *interpretación* del Tratado;

- b) Cuando una Parte considere que una medida de la otra parte es *incompatible* con las obligaciones del Tratado o que se ha incurrido en *incumplimiento* diverso respecto de las obligaciones asumidas en el mismo, y
- c) Cuando una parte considere que una medida de la otra Parte causa anulación o menoscabo según el anexo 22.2.

En estos tres incisos es menester explicar algunos conceptos y ejemplificar otros.

En efecto, prevención supone prever y adelantarse a eventuales controversias; para lo cual los puntos de enlace entre funcionarios de ambos países juegan un papel significativo en la tarea de prevenir futuros conflictos.

– *Solución*. Diferentes vías para poner fin a una controversia o diferencia comercial entre partes que han suscrito un Tratado de Libre Comercio.

– *Aplicación o Interpretación*. Se refiere a la forma cómo cada parte aplica o interpreta en su territorio las disposiciones del Tratado, pues las órdenes normativas internas y la propia cultura jurídica doméstica, conspiran con lo prescrito en los instrumentos internacionales.

Ejemplos de aplicación o interpretación de cláusulas del tratado que EE.UU. ha hecho del TLCAN en perjuicio de México:

- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en 1995 por la publicación el 13 de octubre de 1994 de la Federal Acquisition Streamlining Act, la cual aumentó unilateralmente los umbrales para las compras de pequeñas empresas, lo que según el gobierno de México constituía una violación del TLCAN.
- La consulta solicitada al gobierno estadounidense el 14 de diciembre de 1995 por la publicación en el Federal Register de un aviso anticipado de propuesta de regla mediante la cual el USTR manifestaba su intención de modificar la asignación del arancel cuota estacional para tomates establecido en el artículo 703.3 del TLCAN por una asignación semanal.

- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en julio de 1997, por cambios a la clasificación arancelaria de los limones que México consideró que podían ser violatorios del artículo 302 del TLCAN.
- La solicitud de parte de México a Estados Unidos en abril de 1997 que reconociera al valle de Mexicali como zona libre de carbón parcial, y que no se mantuviera la cuarentena respecto del trigo de esta zona en los Estados Unidos.
- La consulta solicitada al gobierno estadounidense en julio de 1998 por la publicación de la sección 765 del Proyecto de Presupuesto Fiscal para las dependencias y agencias relacionadas con la agricultura, desarrollo rural y alimentos y farmacéuticos para el año 1999 (Agriculture, Rural Development, Food and Drug Administration and Related Agencies Appropriation Bill for the fiscal year 1999). Esta sección estableció que los productos agrícolas percederos importados a Estados Unidos debían ostentar una marca de país de origen en el punto de venta al menudeo. El gobierno de México consideró que dicha disposición podía ser violatoria del capítulo III, incluido el artículo 311, del TLCAN.<sup>6</sup>

– *Medida*. Se entiende por tal: cualquier ley, decreto, acuerdo, disposición administrativa, etc., vigente o en proyecto adoptada por una parte y que colisiona con disposiciones del tratado. Se supone que el tratado por jerarquía constitucional debe privar o primar por sobre las medidas internas.

– *Medida incompatible*. Disposición normativa que contradice la letra y espíritu del tratado. Por ejemplo, negar el trato nacional para la prestación de un servicio, autorizando la inversión total en dicho sector. Hay una evidente incompatibilidad, pues nadie de la contraparte va a invertir en un sector en que la prestación del servicio está limitada o restringida.

---

<sup>6</sup> VEGA, Gustavo. *Ibíd.*, pp. 6 y 7.

– *Incumplimiento*. Dejar pasar los plazos de desgravación arancelaria, sin cumplir con lo pactado o impedir el libre acceso de prestadores de servicios, pretextando razones de seguridad, salud o protección ambiental.

– *Medida que causa anulación o menoscabo*. Se trata de actos o decisiones que una Parte ejecuta que no está en contradicción con disposiciones del tratado, pero que anulan o menoscaban las legítimas expectativas de las empresas de la otra Parte y, en consecuencia, extingue ventas previstas. Por ejemplo, decretar una alza de un impuesto a la producción de un determinado producto que abarque tanto a bienes nacionales como de importación, con lo cual no se vulnera el trato nacional acordado. Esta medida se podrá mantener, pero el país o parte involucrado deberá plantear un ajuste mutuamente satisfactorio; podrá utilizarse un arbitraje para determinar el nivel de ventajas anuladas o menoscabadas o, finalmente, puede operar la técnica de compensación para poner fin a la diferencia.

Conviene reiterar que una reclamación de anulación o menoscabo es posible, según el anexo en los capítulos 3 a 5 (Acceso de mercancías al mercado, Reglas de origen y procedimientos aduaneros), 7 (Obstáculos Técnicos al Comercio); 9 (Contratación Pública), 11 (Comercio Transfronterizo de Servicios) y 17 (Derecho de Propiedad Intelectual).

Como vemos, el concepto de anulación o menoscabo no es aplicable a todas las áreas del tratado, sino a las enumeradas precedentemente.

Este concepto es tomado tanto del TLCAN como del artículo XXIII del GATT de 1947, y es considerado como válvula de escape que permite alegar circunstancias impredecibles en las relaciones comerciales. Busca restablecer el equilibrio de beneficios entre las partes contratantes cuando alguna situación lo distorsiona. Así puede llevarse al mecanismo general de Solución de Controversias toda situación que provoque una erosión de los beneficios esperados por el o los países miembros.

## 2. ELECCIÓN DEL FORO

El tratado como derivado del artículo XXIV del GATT-OMC, señala que las controversias pueden ventilarse en ambos foros a elección de la Parte reclamante, con la limitante que al solicitar el establecimiento de un grupo arbitral de conformidad con uno de tales tratados internacionales, el foro seleccionado excluye al otro u otros de los instrumentos viables (artículo 22).

## 3. ETAPAS EN EL PROCEDIMIENTO

El procedimiento general de solución de controversias consta de tres etapas. Dos de carácter conciliatorio y uno contencioso.

La etapa consultiva pretende la solución de la controversia con base en un negociador de buena fe, entre funcionarios de cada parte. Si bien no es contenciosa, constituye la primera instancia en el procedimiento, que es indispensable agotar para proseguir.

Conforme al artículo 22.4 cualquiera de las Partes puede solicitar por escrito a la otra la realización de consultas, respecto de cualquier medida o en proyecto, o respecto a cualquier otro asunto que pudiere afectar el funcionamiento del tratado. La Parte solicitante deberá entregar el escrito a sus secciones o comités de la Comisión y a la otra Parte.

El objeto de las consultas es que las Partes Consultantes harán todo lo posible por alcanzar una solución satisfactoria de cualquier asunto. Para lograr este propósito las Partes Consultantes:

- a) Aportarán la información que permite un examen completo de la forma en que la medida adoptada o en proyecto, así como cualquier otro asunto, podría afectar el funcionamiento del tratado;

- b) Proporcionar información confidencial o reservada que se intercambie en la consulta.<sup>7</sup>

En este artículo también se regulan las denominadas consultas directas, referidas a funcionarios que conocen los detalles técnicos de la materia controvertida. Dado el amplio ámbito de aplicación del precepto, no se determina el funcionario responsable de efectuar consultas, pues puede tratarse de autoridades competentes de variadas actividades.

Por lo general, las consultas se llevan a cabo dentro de los 60 días siguientes a la notificación, a menos que se trate de consultas respecto a bienes perecederos dentro de los 15 días después de la entrega de solicitud o que las Partes acuerden un plazo distinto.

En conclusión, las consultas son instancias técnicas, en las que se da el primer acercamiento entre las Partes, para resolver una controversia.

#### 4. COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO

Agotada la instancia de consultas, cualquiera de las dos Partes puede solicitar por escrito que se reúna la Comisión de Libre Comercio, iniciando así la segunda etapa de tipo conciliatorio.<sup>8</sup>

El plazo para ello es el siguiente:

- a) 60 días posteriores a la entrega de una solicitud de consultas.
- b) 15 días posteriores a la entrega de una solicitud de consultas por asuntos relativos a mercancías perecederas; o
- c) Cualquier otro plazo a convenir.

---

<sup>7</sup> Este concepto, propio del derecho anglosajón, es utópico arduo y complejo para la cultura jurídica continental-románica como la latinoamericana, y de difícil cautela según la experiencia mexicana del TLCAN.

<sup>8</sup> Ver artículo 21.1 del Capítulo 21 referido a la Administración del Tratado.

La Parte solicitante indicará en la solicitud la medida o asunto que sea objeto de la reclamación, así como las disposiciones aplicables del Tratado, entregando dicha petición a su Ministerio o Secretario y a la otra Parte.

La Comisión se reunirá en los 10 días siguientes a la entrega de la petición precedente y se abocará a la solución de la controversia.

Para ello, procede a:

- 1) Convocar asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos que consideren necesarios.
- 2) Recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias.
- 3) Formular recomendaciones.

Recuérdese que la Comisión es un órgano creado por el tratado, que no obstante de estar integrado por representantes de cada Estado, se distingue de éstos.

## 5. SOLICITUD DE UN GRUPO ARBITRAL

Conforme al artículo 22.6 una vez que la Comisión de Libre Comercio se ha reunido en los 30 días siguientes a la entrega de la solicitud para realizar consultas tendientes a resolver la controversia, y por las mismas el asunto no ha sido resuelto dentro de los 30 días posteriores a la reunión, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral, para lo cual la Parte solicitante entregará solicitud a su sección o ministerio y a la otra Parte.

Así se inicia la tercera etapa, debiendo la Comisión establecer un panel arbitral con el fin de resolver la controversia.

No se podrá establecer un grupo arbitral para revisar una medida en proyecto.



## 6. LISTA DE ÁRBITROS<sup>9</sup>

Las partes establecerán dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigor del Tratado una lista de al menos veinte personas que cuenten con las siguientes aptitudes:

- a) Tener conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional, otros asuntos cubiertos por este Tratado, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales;
- b) Ser elegidos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio;
- c) Ser independientes, no estar vinculados con cualquiera de las Partes y no recibir instrucciones de las mismas, y
- d) Cumplir con el código de conducta que establezca la Comisión.<sup>10</sup>

## 7. CONSTITUCIÓN DEL GRUPO ARBITRAL

Para constituir el grupo arbitral es necesario observar el procedimiento señalado en el artículo 22.9 que pasamos a resumir:

- a) El grupo arbitral se integrará por tres miembros;
- b) Dentro de 15 días debe designarse al presidente del grupo arbitral, situación en que si no hay acuerdo entre las partes será elegido por sorteo entre la lista de árbitros no nacionales de las partes;
- c) Dentro de 15 días de elegido el presidente, cada Parte elige a un árbitro;

---

<sup>9</sup> A la fecha de esta investigación se ignora la forma cómo se ha integrado el elenco de los veinte árbitros chilenos que plantea este capítulo.

<sup>10</sup> Se ignora el contenido del mencionado código de conducta, pero imaginamos que no debe diferir del vigente en el TLCAN.

- d) Si en ese plazo no se designa al árbitro éste será designado por sorteo en un plazo de 3 días, derivado de la lista de los no nacionales de las Partes.

Cada Parte puede recusar a los árbitros por una sola vez sin expresión de causa.

Para el caso que un árbitro no cumpla con lo establecido en el respectivo código de conducta, es posible previa consulta destituir a dicho árbitro.

## 8. REGLAS DE PROCEDIMIENTO<sup>11</sup>

Según el artículo 22.10, la Comisión ya debió haber elaborado las reglas de procedimiento, situación que a la fecha no se ha realizado. De todas maneras, las futuras reglas deben contemplar cuando menos los siguientes principios:

- a) Derecho de audiencia pública de las Partes frente al grupo arbitral;
- b) Oportunidad para presentar alegatos y réplicas;
- c) Presentaciones escritas;
- d) Posibilidad de la intervención de las organizaciones no gubernamentales localizadas en territorio de las Partes en condición de *amiquo curiae*;
- e) Protección de la información confidencial.

La Comisión podrá modificar las reglas de procedimiento.<sup>12</sup>

Conviene mencionar que dentro de los 20 días siguientes a la fecha de la entrega de la solicitud del establecimiento de un grupo arbitral, deberá expedirse un *mandato* que contendrá:

---

<sup>11</sup> A la fecha de publicación de este libro no hay registros publicitados de dichas reglas, pero por la experiencia del TLC Chile-Canadá, creemos que no dilatará demasiado.

<sup>12</sup> Esta facultad discrecional acentúa el perfil asimétrico de este capítulo, que hemos denominado como mecanismo convencional de solución de controversias.

*“Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables de este Tratado, el asunto sometido en la solicitud de grupo arbitral y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones según lo dispuesto en el artículo 22.12 (3) y presentar los informes escritos a que se hace referencia en los artículos 22.12 y 22.13”.*

Además de lo anterior, si la parte reclamante alega que su asunto le ha provocado anulación o menoscabo de beneficios, el mandato debe mencionarlo.

Según el artículo 22.11, el grupo arbitral puede auxiliarse de la opinión de expertos y asesores técnicos según la naturaleza de la controversia.

## 9. INFORME PRELIMINAR

1. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, el grupo arbitral fundará su informe en las disposiciones pertinentes de este Tratado y en las presentaciones y argumentos de las Partes.<sup>13</sup>

2. Si las Partes lo acuerdan, el grupo arbitral podrá formular recomendaciones para la solución de la controversia.

3. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, dentro de los 120 días siguientes a la elección del último árbitro, el grupo arbitral presentará a las Partes un informe preliminar que contendrá:

- a) Las conclusiones de hecho, incluyendo cualquiera derivada de una solicitud presentada conforme al artículo 22.10 (6);
- b) Su determinación sobre si una de las Partes ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones de conformidad con este Tratado o si la medida de esa Parte es causa de anulación o

---

<sup>13</sup> Es lamentable que no se aluda adicional a las normas de este tratado, al derecho internacional, al consuetudinario y mucho menos a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, fuentes todas que orientan el trabajo de cualquier Tribunal arbitral.

menoscabo en el sentido del Anexo 22.2, o cualquiera otra determinación solicitada en el mandato, y

c) Sus recomendaciones, si las Partes las han solicitado, para la solución de la controversia.

4. Los árbitros podrán formular votos particulares sobre cuestiones respecto de las cuales no exista decisión unánime.

5. Una Parte podrá presentar al grupo arbitral observaciones por escrito sobre el informe preliminar, dentro de los 14 días posteriores a la presentación de dicho informe, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las Partes.

6. Después de examinar las observaciones por escrito al informe final preliminar, el grupo arbitral podrá reconsiderar su informe y realizar cualquier examen ulterior que considere pertinente.

## 10. INFORME FINAL

1. El grupo arbitral presentará a las Partes un informe final y, en su caso, los votos particulares sobre las cuestiones en las que no haya habido decisión unánime, en un plazo de 30 días a contar de la presentación del informe preliminar, a menos que las Partes convengan otra cosa. Las Partes divulgarán públicamente el informe final dentro de los 15 días posteriores, sujeto a la protección de la información confidencial.

2. Ningún grupo arbitral podrá, ya sea en su informe preliminar o en su informe final, divulgar cuáles árbitros votaron con la mayoría o con la minoría.

## 11. CUMPLIMIENTO DEL INFORME FINAL

1. Al recibir el informe final del grupo arbitral, 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.

2. Si en su informe el grupo arbitral determina que una Parte no ha cumplido con sus obligaciones de conformidad con este Tratado o que una medida de esa Parte es causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 22.2, la solución será, siempre que sea posible, eliminar el incumplimiento o la anulación o el menoscabo.

3. Cuando corresponda, las Partes podrán acordar un plan de acción mutuamente satisfactorio para solucionar la controversia, el cual, normalmente, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del grupo arbitral, si las hubiere. Si las Partes acuerdan tal plan de acción, la Parte reclamante podrá recurrir a los artículos 22.15(2) ó 22.16(1), según corresponda, solamente si considera que la Parte demandada no ha logrado llevar a cabo el plan de acción.

*Artículo 22.15 - Incumplimiento - suspensión de beneficios:* Si en el informe del grupo arbitral se determina que una parte no ha cumplido con sus obligaciones de conformidad con este Tratado, o que una medida de esa parte causa una anulación o menoscabo, y no se ha llegado a una solución, en los 45 días siguientes a la recepción del informe las partes iniciarán negociaciones para establecer una compensación.

Cuando las partes no acuerden una compensación o han ya acordado una compensación o un plan de acción y la parte reclamante considera que la parte demandada no cumple con los términos del acuerdo, entonces la parte reclamante podrá notificar a la otra su intención de suspender los beneficios, especificando su nivel.

En caso de que la parte demandada considere que el nivel de beneficios que se pretende suspender es excesivo; o ha eliminado la disconformidad, la anulación o el menoscabo identificado en el informe puede solicitar que el grupo arbitral se vuelva a reunir en los 30 días siguientes a la notificación de suspensión de beneficios.

El grupo arbitral se reunirá nuevamente:

- Dentro de los 90 días siguientes a su solicitud de constitución, cuando la parte demandada considere que el nivel de suspensión de beneficios es excesivo; o que ha eliminado la disconformidad, anulación o menoscabo; o
- Dentro de 120 días cuando la parte demandada considere que el nivel de suspensión de beneficios es excesivo; y que ha eliminado la disconformidad, anulación o menoscabo.

Si el grupo arbitral considera que los beneficios que se pretenden suspender son excesivos, fijare su nivel, el cual deberá respetar la parte reclamante, salvo que el grupo arbitral considere que se ha eliminado la disconformidad, anulación o menoscabo, caso en el que no procederá la suspensión.

- Además del supuesto descrito en el párrafo anterior, la parte reclamante no podrá suspender beneficios cuando:
- Después de 30 días siguientes a la notificación de la parte demandada de suspender beneficios, la parte demandada notifique por escrito su intención de pagar la contribución monetaria anual;
- Después de los 20 días posteriores a la determinación del grupo arbitral, cuando éste se vuelva a reunir a solicitud de la parte reclamante, la parte demandada notifique por escrito su intención de pagar la contribución monetaria anual; o
- La parte demandada no pague la contribución acordada.

En caso de los dos primeros supuestos anteriores, las partes realizarán consultas para llegar a un acuerdo sobre la contribución, las que se realizarán 10 días después de la notificación de la parte reclamante de pagar una contribución. Si en 30 días no llegan a un acuerdo, el monto de dicha contribución se fijará en dólares, y

- En un nivel correspondiente al 50% del nivel de los beneficios que el grupo arbitral haya determinado ser de efecto equivalente; o
- En un 50 % del nivel que la parte reclamante pretenda suspender, cuando no haya intervención del grupo arbitral.

El pago de la contribución podrá ser en dólares o su equivalente en moneda chilena, en cuotas trimestrales iguales, a partir de los 60 días posteriores a la notificación de la parte demandada de pagar dicha contribución.

La Comisión podrá determinar que la contribución se entere en un fondo establecido y dirigido por ella, que se utilice en:

- Iniciativas que faciliten el comercio entre las partes, incluyendo iniciativas orientadas a una mayor reducción de obstáculos injustificados al comercio; o
- a ayudar a una parte a cumplir sus obligaciones conforme a este tratado.

*Artículo 22.16 - Incumplimiento en ciertas controversias:* La parte reclamante podrá solicitar que se constituya nuevamente el grupo arbitral, cuando un informe final determine que no se está realizando una aplicación efectiva de la legislación ambiental o laboral, conforme a los capítulos 19 y 18, respectivamente, y las partes:

- no acuerden una solución o plan de acción en los 45 días siguientes a la recepción del informe final; o
- han acordado un plan de acción, y la parte reclamante considere que la parte demandada no lo está cumpliendo.

El grupo arbitral determinará el monto de la contribución monetaria en dólares, que no superará los 15 millones de dólares, reajustados según la inflación, en los 90 días posteriores a su constitución, considerando:

- Los efectos sobre el comercio bilateral generados por el incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente;
- La persistencia y duración del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente;
- Las razones del incumplimiento de la Parte en la aplicación efectiva de la legislación pertinente;

- El nivel de cumplimiento que razonablemente podría esperarse de la Parte, habida cuenta de la limitación de sus recursos;
- Los esfuerzos realizados por la Parte para comenzar a corregir el incumplimiento después de la recepción del informe final del grupo arbitral, incluso mediante la implementación de cualquier plan de acción mutuamente acordado.

La parte reclamante podrá exigir la contribución a la parte demandada en cualquier momento posterior a la determinación del monto de la contribución por el grupo arbitral. La que se pagará en dólares o en su equivalente en moneda chilena, en cuotas trimestrales iguales, comenzando 60 días después de que la parte reclamante efectúe la notificación de pago.

Las contribuciones se enterarán en un fondo establecido por la Comisión y se utilizarán, bajo su dirección, en iniciativas laborales o ambientales pertinentes, entre las que se incluirán los esfuerzos para el mejoramiento del cumplimiento de la legislación laboral o ambiental, según el caso, dentro del territorio de la Parte demandada, y en conformidad con su legislación. Al decidir el destino que se les dará a los dineros enterados en el fondo, la Comisión considerará las opiniones de personas interesadas del territorio de las Partes.

Si la Parte demandada no cumple la obligación de pagar una contribución monetaria, la Parte reclamante podrá adoptar otras acciones apropiadas para cobrar la contribución o para garantizar el cumplimiento de otro modo. Dentro de las que se incluyen la suspensión de beneficios arancelarios en la medida necesaria para cobrar la contribución.

Conviene destacar que el monto en el caso de las contribuciones monetarias derivado del incumplimiento de una disposición del tratado o de una medida de anulación o menoscabo que una parte adopte, no está circunscrita a una cantidad tope anual determinada. De hecho, la contribución se fija por consenso entre las partes, y en caso de



no llegar a éste, se determina de conformidad con porcentajes establecidos en el párrafo 5 del Art. 22.15 atendiendo al nivel de beneficios que el grupo arbitral señale.

En cambio, en el caso de las contribuciones ambientales y laborales, si se determina un tope anual de la contribución que es de 15 millones de dólares, los cuales se ajustarán, atendiendo a la inflación, conforme a la metodología del anexo 22.16, metodología que se explica a través de un ejemplo al final del capítulo.

## 12. REVISIÓN QUINQUENAL (ART. 22.18.)

La Comisión revisará el funcionamiento y la efectividad de los procedimientos establecidos por el tratado en caso del incumplimiento de sus obligaciones y la suspensión de beneficios (Arts. 22.15, 22.16) en los cinco años después de la entrada en vigor del tratado o dentro de los 6 meses siguientes a la suspensión de beneficios o la imposición de contribuciones monetarias en los procedimientos iniciados con arreglo al capítulo 22.

## 13. FÓRMULA DE REAJUSTE INFLACIONARIO PARA CONTRIBUCIONES MONETARIAS. EJEMPLO (ANEXO 22.16)

El presente anexo tiene la finalidad de reajustar, según la inflación, el monto de la contribución monetaria que la parte demandada debe pagar dentro de las controversias ambientales y laborales de conformidad con el artículo 22.16, en relación con los capítulos 18 y 19 del tratado.

Es conveniente destacar que este anexo sólo se aplica al incumplimiento de controversias ambientales y laborales, tal y como se des-

prende de la parte final del párrafo número 2 del artículo 22.16 sujetaándose a los siguientes supuestos:

- Una contribución monetaria anual impuesta antes del 31 de diciembre de 2004, no excederá los 15 millones de dólares de Estados Unidos. Lo que implica que las cuotas trimestrales que la parte demandada pague, no deberán de ese monto.
- A partir del 1º de enero de 2005, el tope anual de las contribuciones será de 15 millones de dólares de Estados Unidos reajustados conforme a la inflación. Lo que implica que las cuotas trimestrales que la parte demandada pague no deberán exceder, en este punto, de los 15 millones de dólares reajustados.

Para reajustar de acuerdo a la inflación el monto tope anual de la contribución monetaria, se seguirán las siguientes reglas:

- El período utilizado para el reajuste de la inflación acumulada será el año calendario 2003 hasta el año calendario inmediatamente anterior a aquél en que la contribución es determinada. Es decir, si se quiere calcular el tope de la contribución de 2007, se sumará la inflación del Índice de Precios al Productor de EUA de 2003 + 2004 + 2005 + 2006, que nos dará el factor de actualización, o en términos del tratado “ajuste”.
- La tasa de inflación utilizada será la tasa de inflación de Estados Unidos, medida por el Producer Price Index for Finished Goods (Índice Nacional de Precios al Productor), publicada por el U.S. Bureau of Labor Statistics.
- El reajuste inflacionario se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{\$ 15 millones} \times (1 + \Pi_i) = A$$

$\Pi_i$  = tasa de inflación acumulada de Estados Unidos del año calendario 2003 hasta el año calendario inmediatamente anterior a aquél en que la contribución es determinada.

A = tope de la contribución para el año correspondiente.

## Ejemplo:

Si un grupo arbitral ha determinado que una parte no ha realizado una aplicación efectiva de su legislación ambiental, y que esta omisión, consistente en una pauta recurrente o una conducta reiterada, afecta el comercio entre las partes y como consecuencia impone una contribución en enero del año 2007, entonces el tope o monto anual de la contribución de acuerdo a los supuestos anteriores, deberá ajustarse de acuerdo a la inflación. Con base en el *Producer Price Index for Finished Goods* de EUA, considerando como año base el 2003, hasta el año calendario inmediatamente anterior a aquél en que la contribución es determinada, que en nuestro caso es el 2006, pues la contribución se impone en enero de 2007.

En este caso, la fórmula quedaría considerando los datos anteriores de la forma siguiente:

$$15.000.000 \times (1 + \Pi_i) = A$$

$$15.000.000 \times (1 + 0.160772305) = A$$

$$15.000.000 + 2.411.584,579 = A$$

$$17.411.584,58 = A$$

Donde 15.000.000 es el monto establecido hasta el año 2004;

$\Pi_i = 0,160772305$  es la tasa de inflación acumulada de Estados Unidos del año calendario 2003 hasta el año calendario inmediatamente anterior a aquél en que la contribución es determinada, o sea el año 2006, y

$A = 17.411.584,58$ , es el tope de la contribución para el año correspondiente, es decir el año 2007.

La tasa de inflación acumulada es un número hipotético, obtenido del siguiente supuesto *Producer Price Index for Finished Goods*, en donde para efectos de la fórmula, a los números que aparecen como inflación mensual hay que dividirlos entre 100 y aparecen como inflación en decimales.

Año	Mes	Inflación mensual	Inflación en decimales
2003	enero	2,518025429	0,025180254
2003	febrero	2,569156833	0,025691568
2003	marzo	0,730675699	0,007306757
2003	abril	5,007463028	0,05007463
2003	mayo	-6,664181291	-0,066641813
2003	junio	-1,883035598	-0,018830356
2003	julio	-2,251182601	-0,022511826
2003	agosto	-5,822902652	-0,058229027
2003	septiembre	0,314473822	0,003144738
2003	octubre	5,488831571	0,054888316
2003	noviembre	2,856276729	0,028562767
2003	diciembre	6,535182016	0,06535182
2004	enero	3,063996496	0,030639965
2004	febrero	2,551004467	0,025510045
2004	marzo	4,456291145	0,044562911
2004	abril	-1,723239775	-0,017232398
2004	mayo	-0,89640888	-0,008964089
2004	junio	-0,590192395	-0,005901924
2004	julio	-3,238086496	-0,032380865
2004	agosto	3,793946493	0,037939465
2004	septiembre	3,389933475	0,033899335
2004	octubre	-2,421917615	-0,024219176
2004	noviembre	-2,611472137	-0,026114721
2004	diciembre	-2,226439641	-0,022264396
2005	enero	-0,822295271	-0,008222953
2005	febrero	-0,720439383	-0,007204394
2005	marzo	5,606241757	0,056062418
2005	abril	-6,058285065	-0,060582851
2005	mayo	-1,376199024	-0,01376199
2005	junio	5,390803926	0,053908039
2005	julio	6,126783006	0,06126783
2005	agosto	-3,822673843	-0,038226738

Continuación tabla

Año	Mes	Inflación mensual	Inflación en decimales
2005	septiembre	2,561608198	0,025616082
2005	octubre	-3,404462411	-0,034044624
2005	noviembre	-6,183914811	-0,061839148
2005	diciembre	-3,185937994	-0,03185938
2006	enero	-2,05561677	-0,020556168
2006	febrero	-3,170880352	-0,031708804
2006	marzo	5,825488507	0,058254885
2006	abril	5,164046176	0,051640462
2006	mayo	5,13891179	0,051389118
2006	junio	-3,705884956	-0,03705885
2006	julio	1,545270803	0,015452708
2006	agosto	-2,85402639	-0,028540264
2006	septiembre	-4,351756175	-0,043517562
2006	octubre	0,444031395	0,004440314
2006	noviembre	3,873752677	0,038737527
2006	diciembre	3,166466616	0,031664666
	total acumulado	16,07723053	$\Pi = 0.160772305$

#### 14. DERECHO DE LOS PARTICULARES REFERENTE A LA INTERPRETACIÓN O APLICACIÓN DEL TRATADO EN TERRITORIO DE CADA PARTE O PAÍS

El artículo 22.19 establece y reconoce el derecho de petición, audiencia y debido proceso, que los ciudadanos y agentes privados tienen respecto a controversias de interpretación o aplicación que pueden suscitarse en el tratado bilateral en estudio.

Dicho precepto contempla dos hipótesis:

- a) Un tribunal judicial o administrativo interno de una Parte debe aplicar normas internas del Tratado. Cada gobierno planteará su posición o recíprocamente solicitarán a la Comisión su interpretación de la controversia y prelación legal al respecto.

- b) Si la Comisión no tuviera una interpretación uniforme, cada Parte podrá presentar al Tribunal u órgano administrativo su propia opinión de conformidad con los procedimientos de ese foro.

Respecto al derecho de los particulares, el confuso artículo 22.20, limita un tanto lo comentado en los párrafos precedentes regulados en el artículo 22.19.

El precepto señala textualmente:

Ninguna Parte podrá otorgar el derecho de acción en su legislación interna contra la otra Parte con fundamento en que una medida de la otra Parte es incompatible con este tratado.

Una interpretación armónica de ambos preceptos nos debe llevar a la siguiente conclusión:

Los particulares tienen derecho de acción y en consecuencia petición, audiencia y debido proceso en toda controversia de interpretación y aplicación del tratado en su territorio, exceptuando la causal de incompatibilidad con las obligaciones del tratado.

Ahora bien, la duda sigue si llegado al caso la incompatibilidad real o supuesta es además con preceptos constitucionales que pueden ser esgrimidos por los particulares tanto de Chile como de Estados Unidos de América.

Finalmente, el artículo 22.21 establece un principio procesal fundamental para las relaciones comerciales entre agentes privados. Así promueve la utilización del arbitraje a fin de agilizar la solución de controversias y evitar recargar aún más la tarea de los tribunales ordinarios jurisdiccionales.

Para ello, en el inciso 3 del mismo precepto considera que una Parte cumple con estos principios, si es Parte y cumple con las disposiciones de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 de Naciones Unidas (Decreto Ley N° 1.095 del 31 de julio de 1975, publicado en el Diario Oficial el 30 de octubre de 1975) o de la Convención Interamericana de

Arbitraje Comercial Internacional de 1975.(Decreto Ley N° 1.376 de 18 de marzo de 1976, publicado en Diario Oficial el 12 de julio 1976).

Por último, Chile, además de suscribir y formar parte de ambos instrumentos, expidió la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada el 29 de septiembre de 2004, con lo cual ratifica una vocación de observador y patrocinador del arbitraje, convirtiéndose en un centro internacional de la materia en toda América.