

CAPÍTULO I
DEFINICIONES METODOLÓGICAS

1. CONTROVERSIAS Y DIFERENCIAS	7
2. TIPOLOGÍA O CLASIFICACIÓN DE LAS CONTROVERSIAS COMERCIALES	9

CAPÍTULO I

DEFINICIONES METODOLÓGICAS

1. CONTROVERSIAS Y DIFERENCIAS

Genéricamente, ambos conceptos suponen un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o circunstancia de hecho que deriva en una oposición de tesis jurídica o de intereses entre dos o más agentes económicos-mercantiles o entre Estados.¹

Otro autor señala en un sentido más estricto y ateniéndose al momento en que se crea o aparece internacionalmente la diferencia, cabe decir que ésta surge cuando un sujeto internacional hace valer ante otro una reclamación concreta basada en el incumplimiento de una obligación y la parte a la que va dirigida la rechaza.²

¹ MONTAÑA MORA, Miquel. *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT*. Edit. McGraw Hill. Madrid, 1997.

² Pudiéndose agregar a este concepto, en forma colateral, las tres dimensiones propias de toda la diferencia internacional que menciona Merrills:

a) La social: ya que las actitudes de los Estados son variables, así como el poder que cada uno de ellos puede desplegar en una situación determinada.

b) La material: porque el resultado de la diferencia dependerá del grado de importancia económica de la cuestión que se trate.

Con estos perfiles genéricos, creemos de todas formas que es viable distinguir diferencias de controversias, aunque sea para efectos didácticos.

En efecto, las diferencias pueden ubicarse, como momentos iniciales de un desacuerdo que permite a los Estados involucrados iniciar consultas, conciliación y buenos oficios que operan en el ámbito autocompositivo y que pueden arribar a soluciones mutuamente aceptadas.

En cambio, las controversias se asimilan e identifican con conflictos que no han podido ser resueltos en el nivel de las diferencias, y que por lo tanto requieren la intervención en general de un tercero, es decir, caen en el ámbito hetero-compositivo. En otras palabras, es posible afirmar que toda controversia tiene como antecedente o se inicia con una diferencia y que una vez que se han agotado los pasos o medios propios de las diferencias (consultas, conciliación, buenos oficios), agotados estos medios procede hablar propiamente de una controversia comercial internacional.

Aceptada esta matización conceptual, y dado que el tratado bilateral de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos de América se contextualiza en las disciplinas del GATT-OMC, rescatamos una noción de diferencia, surgida de la disciplina multilateral del comercio contemporáneo.

Así una diferencia es un desacuerdo fundado en una acción u omisión de una o varias Partes Contratantes debido a la adopción de una medida de orden interno, la cual independientemente de que se suponga o no un incumplimiento de una obligación, afecta el fun-

Continuación nota ²

c) La temporal: dado que las coordenadas temporales en que se desarrolle una diferencia, puede también influenciar notablemente en la misma. Ver: MERRILLS, J.G., *International Dispute Settlement*, Swett y Maxwell, Londres, 1991, p. 1. Citado por: MONTAÑA M., op. cit., p. 57.

cionamiento de un Acuerdo abarcado por ser incompatible con sus normas, ocasionando, por tanto, una anulación o menoscabo de ventajas resultantes directa o indirectamente del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) para otra Parte Contratante o comprometiendo el incumplimiento, de uno de sus objetivos(2).

Para los efectos de esta investigación hablamos de controversia comercial internacional, como aquel conflicto no resuelto por los medios de autocomposición y que están referidas a aspectos comerciales (mercancías) servicios, inversiones, propiedad intelectual, y, en general, conflictos de interpretación y aplicación de un tratado de libre comercio en el territorio de las partes que suscriben dicho tratado.

2. TIPOLOGÍA O CLASIFICACIÓN DE LAS CONTROVERSIAS COMERCIALES

En el derecho comparado de los Tratados de Libre Comercio es posible identificar dos tipos de mecanismos de solución de controversias. Aquellos mecanismos de carácter político-diplomáticos y otros orientados por reglas y normas jurídicas convenidas. En este Tratado Bilateral podemos distinguir mecanismos de solución de controversias de carácter convencional (fronterizos a los político-diplomático) y aquellos mecanismos de carácter institucional que vendrían a asimilarse a los orientados por reglas y normas jurídicas.

En síntesis, en el desarrollo de esta investigación encontramos mecanismos de solución de controversias convencionales, es decir, convenidos por las partes y que apuntan a resolver asuntos de aplicación e interpretación del Tratado en los respectivos territorios nacionales y que, generalmente, expresan la asimetría de los países que suscriben dicho tratado.

Por otra parte, los mecanismos de solución de controversias institucionales, en cambio, son aquellos mecanismos que existen independiente de los tratados y que las partes soberanamente se someten a sus procedimientos y decisiones. Se trata en términos generales de los mecanismos de solución de controversias de carácter institucional que establece la Organización Mundial de Comercio.³

Conviene señalar que los mecanismos de solución de controversias, en general, juegan un papel básico en el manejo de las relaciones jurídicas entre los países signatarios de Tratados de Libre Comercio, pues facilitan los acuerdos negociados ya que aseguran que las conductas de las partes se ajusten a normas y reglas preestablecidas mediante técnicas como:

- a) La transparencia, la cual asegura que todas las reglas y procedimientos aplicables negociados sean conocidos por las compañías y empresas exportadoras e importadoras, los inversionistas y otros gobiernos, con lo cual se reducen las probabilidades de malentendidos y acciones arbitrarias;
- b) Consultas mediante la cual las propias partes intentan por sí mismas resolver cualquier controversia que surja;
- c) Mediación y conciliación, que consiste en la aceptación por las partes de la acción de terceros a fin de que éstos ayuden a proponer una base de resolución que resulte mutuamente satisfactoria en caso de una controversia, y
- d) La adjudicación arbitral, la cual consiste en la aceptación por las partes de que agentes externos e independientes de ellas resuelvan con carácter vinculatorio cualquier asunto sustantivo que no pueda ser resuelto mediante las consultas o la mediación o conciliación.⁴

³ RAINELLI MICHEL. *L'Organisation Mondiale du Commerce, La Dé Couverte*. Paris, 2004, p. 86.

⁴ VEGA CANOVAS, Gustavo y Otros. "México, Estados Unidos y Canadá: Resolución de Controversias en la Era Post Tratado de Libre Comercio de América del Norte". UNAM-México. 2005, pp. XV y XVI.