CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

CARLOS RIOS Y FRANCISCO JAVIER RIOS

v.

REPÚBLICA DE CHILE

(Caso CIADI No. ARB/17/16)

DISIDENCIA PARCIAL

Oscar M. Garibaldi, Árbitro

29 de diciembre de 2020

I. ALCANCE DE LA DISIDENCIA PARCIAL

1. Una de las materias sometidas a la decisión del Tribunal es cuándo comienza a correr el plazo de la prescripción extintiva de las reclamaciones de los Demandantes en caso de que las violaciones alegadas deban ser consideradas ilícitos continuos.[1] El Laudo aborda esta materia en los párrafos 199 y siguientes. La decisión del Tribunal comprende dos cuestiones: (i) el criterio para determinar el comienzo del plazo de prescripción (*dies a quo*) aplicable en caso de actos ilícitos continuos y (ii) la aplicación de ese criterio a las circunstancias del presente caso.

2. El Tribunal resuelve ambas cuestiones por mayoría. Resuelve la primera cuestión en el sentido de que el *dies a quo* aplicable es el momento en que el reclamante adquirió (*por primera vez*) conocimiento real o presunto de la medida constitutiva del ilícito continuo y de un daño resultante.[2] Resuelve la segunda cuestión aplicando este criterio a los hechos del caso, con el resultado de que una reclamación de los Demandantes basada en un alegado ilícito continuo está prescripta si antes de la Fecha Límite (y por primera vez) los Demandantes adquirieron o debieron haber adquirido conocimiento de la violación alegada y de la existencia de daños resultantes.[3]

3. En primer lugar, estoy en desacuerdo con (i) el criterio que adoptan mis colegas (en adelante, la Mayoría) para determinar el *dies a quo* y (ii) parte del razonamiento sobre el que se basan para adoptar ese criterio. Esta es una cuestión de puro derecho, relacionada con la interpretación del TLC y ciertos conceptos básicos que emplea el tratado. El propósito fundamental de esta Disidencia Parcial es explicar los fundamentos y el alcance de este desacuerdo.

4. En segundo lugar, estoy en desacuerdo con el resultado de aplicar a los hechos del presente caso el criterio del *dies a quo* que adopta la Mayoría. Este segundo desacuerdo es

---

[1] En rigor, lo que está sujeto a prescripción extintiva no es la reclamación sino el derecho de reclamar, o más precisamente, el derecho de someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con el TLC. Por consiguiente, toda referencia en esta Disidencia Parcial a la prescripción de una reclamación deberá ser entendida como una referencia abreviada a la prescripción del derecho de someter tal reclamación a arbitraje.
[2] Laudo, ¶¶ 200-210, especialmente ¶ 214.
[3] *Id.*

consecuencia de mi disidencia con el criterio de la Mayoría, no con el proceso de aplicación de ese criterio a las circunstancias del caso.

II. EL *DIES A QUO* APLICABLE EN CASO DE ILICITOS CONTINUOS

5. El Artículo 9.18.1 del TLC dispone, en parte pertinente:

> "Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, conforme a esta Sección, si han transcurrido más de treinta y nueve (39) meses a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada, conforme a lo establecido en el Artículo 9.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 9.16.1(a)) [...] sufrió pérdidas o daños."

6. De acuerdo con esta disposición, el *dies a quo* aplicable a reclamaciones sometidas al amparo del TLC es la fecha en que se reúnen dos elementos: (i) conocimiento real o presunto de la "violación alegada" y (ii) conocimiento real o presunto de la existencia de daños o pérdidas resultantes. Cada uno de estos elementos es una condición necesaria para que comience a correr el período de prescripción indicado y los dos elementos en conjunto son condición suficiente para el inicio de dicho período.

7. A los efectos presentes, basta con analizar la primera de estas dos condiciones necesarias, *i.e.* el conocimiento real o presunto de la "violación alegada." Si esta condición no se cumple, el período de prescripción no podrá comenzar. Por consiguiente, el análisis que sigue se centra en la primera condición. Esto equivale a suponer, por hipótesis y al solo efecto del análisis, que la segunda condición (conocimiento real o presunto del daño resultante) se cumple inmediatamente después de que se haya satisfecho la primera condición (conocimiento real o presunto de la violación alegada).

8. La primera condición comprende dos elementos: (i) la violación alegada y (ii) el conocimiento real o presunto de ésta. Conviene analizar estos dos elementos por separado.

La Violación Alegada

9. El Artículo 9.18.1 del TLC se refiere al concepto de "violación alegada." Puesto que el TLC no define este concepto, es necesario recurrir a las reglas de interpretación codificadas

en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[4] En particular, es necesario tener en cuenta (i) el significado ordinario del término "violación alegada" (Artículo 31.1) y (ii) las normas consuetudinarias que regulan los diversos tipos de conducta internacionalmente ilícita (Artículo 31.3(c)). Estas normas consuetudinarias están hoy codificadas en los *ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*.[5]

10. El significado ordinario de "violación alegada" no parece estar en duda. La "violación alegada" es una conducta (acción u omisión) que el reclamante alega como *existente*, *atribuible al Estado demandado* y *violatoria* del TLC. Es posible que, en definitiva, la alegación carezca de fundamento, ya sea porque tal conducta no haya existido, o porque no sea atribuible al Estado, o porque no sea violatoria del TLC. Sin embargo, a los efectos de la prescripción del derecho a reclamar, lo que importa es la *alegación* del reclamante sobre la existencia de la conducta en cuestión, su atribución al Estado y su carácter ilícito.

11. De acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, las conductas violatorias de una norma de derecho internacional pueden tener diversas formas. En el caso de actos ilícitos simples, la violación ocurre en el momento en que se ejecuta el acto, aunque sus efectos continúen en el tiempo.[6] En el caso de actos ilícitos compuestos, la violación ocurre cuando tiene lugar una acción u omisión que, junto con otras acciones u omisiones, es suficiente para configurar el ilícito.[7] En el caso de actos ilícitos continuos, la violación comienza a ocurrir en el momento en que comienza la conducta, siempre que ésta sea entonces ilícita, y continúa ocurriendo durante todo el período en que concurren la conducta y la ilicitud.[8] La caracterización de una "violación alegada" como ilícito simple, compuesto o continuo depende de varios factores, entre ellos el contenido de la obligación y la naturaleza de la

---

[4] Vienna Convention on the Law of Treaties, done at Vienna on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, United Nations Treaty Series, vol. 1155, p. 331 *et seq.*, Art. 31.1 y 31.3(c).
[5] International Law Commission, Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts (2001), **CL-112**, Art. 2.
[6] *Id.*, Art. 14.1.
[7] *Id.*, Art. 15.
[8] *Id.*, Art. 14.2 and 3.

conducta violatoria,[9] pero en todo caso la caracterización que hace el reclamante no es decisiva y puede ser revisada por el tribunal.

12. El concepto de acto ilícito continuo requiere mayor atención. El ilícito continuo es aquél que resulta de la violación de una obligación internacional por una acción u omisión[10] de un Estado que tiene carácter continuo. La característica definitoria del ilícito continuo es que se trata de una conducta que se extiende durante un cierto período y es violatoria de una obligación internacional a lo largo de todo ese período.[11] Al respecto, los párrafos 2 y 3 del Artículo 14 de los *ILC Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts* (2001) establecen:

> "2. *The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.*
>
> 3. *The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.*"[12]

13. Un acto ilícito continuo tiene un principio y un final. El principio es el comienzo de la conducta que viola la obligación internacional; el final es la cesación de esa conducta o la cesación de su ilegalidad. Lo fundamental es, sin embargo, que la violación ocupa todo ese período, lo que significa que ocurre en cada instante del período. Como dice correctamente la Mayoría, "la violación no se produce únicamente al comienzo del acto estatal que la genera, o cuando el acto estatal cesa, o en cualquier punto intermedio [;] [l]a violación ocurre en cada momento de ese período."[13]

14. Por consiguiente, si la "violación alegada" es un ilícito continuo, la "violación" ocurre en cada momento del período en que concurren la conducta violatoria y la ilicitud de ésta. En vista de esta conclusión, que resulta de las características que definen el ilícito continuo y lo diferencian de los ilícitos simples y compuestos, no es posible ignorar la opinión de la

---

[9] *Vid.* Crawford, James, STATE RESPONSIBILITY: THE GENERAL PART (Cambridge U. Press 2013), pp. 262-264.
[10] *Id.*; *vid.* Crawford, *op. cit.*, pp. 217-19.
[11] Crawford, *op. cit.*, p. 259.
[12] International Law Commission, Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts (2001), **CL-112**, Art. 14.2 y 14.3.
[13] Laudo, ¶ 205.

Comisión de Derecho Internacional sobre el *dies a quo* aplicable a la prescripción de reclamaciones basadas en ilícitos continuos. En su informe de 1978, la Comisión explicó que "*in the case of a 'continuing' wrongful act, however, this* dies *[*a quo*] can be established only after the end of the time of commission of the wrongful act itself.*"[14] La razón es que, hasta el fin del período, cada instante de violación (o la violación cometida en cada instante) genera responsabilidad internacional del Estado y el consiguiente derecho a reparación. Es sólo al final del período de violación cuando, por definición, cesa la generación de responsabilidad internacional y derecho a reparación.

15. La Mayoría descarta esta opinión con el argumento de que en definitiva la Comisión abandonó su intento de incluir la prescripción extintiva en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados.[15] La base fáctica de este argumento es correcta, pero el argumento en sí no afecta un punto fundamental, que no es cuestión de codificación sino conceptual: la misma Comisión de Derecho Internacional, que para 1978 había formulado el concepto de actos continuos y había determinado sus características definitorias y efectos jurídicos, entendía entonces que el *dies a quo* para la prescripción extintiva de reclamaciones basadas en actos continuos sería el fin del período de violación. Aun si se acepta que esta opinión de la Comisión en 1978 no refleja una norma de derecho internacional consuetudinario, es sin embargo una opinión autoritativa sobre cómo en un sistema de prescripción extintiva el *dies a quo* se aplicaría *conceptualmente* a casos de ilícitos continuos.

16. Resta determinar si afecta a estas conclusiones el requisito del conocimiento real o presunto de la "violación alegada."

El Conocimiento Real o Presunto de la Violación Alegada

17. El segundo elemento de la primera condición necesaria para el comienzo del plazo de prescripción es el conocimiento real o presunto de la "violación alegada." El Artículo 9.18.1 del TLC se refiere a "la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada." Esta disposición no incluye ningún calificativo o

---

[14] Report of the International Law Commission on the work of its Thirtieth session, U.N. Doc. A/33/10, 1978, vol. II(2), **CL-179**, Art. 25(4), fn. 437.
[15] Laudo, ¶ 207.

limitación a la adquisición de tal conocimiento real o presunto. Por ejemplo, el Artículo 9.18.1 no se refiere a la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido, *por primera vez*, conocimiento de la violación alegada. Tampoco se refiere a la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada *en cualquier momento de la extensión (o duración) de ésta*.

18. El significado ordinario de la frase "la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada" no permite la interpolación de las frases "por primera vez" o "en cualquier momento de la extensión (o duración) de ésta" en el Artículo 9.18.1 del TLC. Tomar conocimiento de algo no significa necesariamente tomar conocimiento por primera vez, especialmente cuando el objeto del conocimiento es un acontecimiento que continúa en el tiempo. Tomar conocimiento de un acontecimiento que ocurre hoy no implica adquirir también conocimiento de la continuación de ese acontecimiento que puede ocurrir mañana. El significado ordinario de "tomar conocimiento" depende del contexto, incluyendo en particular el objeto del conocimiento. Cuando ese objeto es una conducta ilícita continua, que es el caso *sub examine*, el conocimiento que se adquiere de la violación en un instante determinado no abarca ni puede abarcar el conocimiento de la violación en instantes futuros.

19. Por consiguiente, si la "violación alegada" es un ilícito continuo, el reclamante puede tomar conocimiento (real o presunto) de la violación ocurrida en uno o más instantes pasados del período de ilicitud, pero no puede tomar conocimiento de la violación que ocurra en instantes futuros hasta que cada instante futuro se convierta en pasado. Dicho de otro modo, el reclamante puede adquirir conocimiento real o presunto de la violación que ocurrió en un momento determinado del período (por ejemplo, el Día 27), pero no puede adquirir conocimiento real o presunto de la violación que ocurra en un momento futuro (por ejemplo, el Día 365) hasta que llegue ese Día 365 y resulte que la conducta violatoria y la ilegalidad han continuado. Por consiguiente, a los efectos del comienzo del plazo de prescripción, el conocimiento real o presunto de la "violación alegada" es el que se puede obtener sólo al final del período, cuando cesen la conducta o la ilegalidad y con ello la posibilidad de que la "violación alegada" continúe en el futuro.

20. Por el contrario, la Mayoría interpreta el Artículo 9.18.1 del TLC en el sentido de que "[e]l demandante necesariamente conoce de la violación continua *el primer día* en que adquiere conocimiento (actual o presunto) del ilícito."[16] La Mayoría no menciona ninguna cláusula en el TLC que dé base textual a esta interpretación, y en realidad no la hay. En contraste, las disposiciones correspondientes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994 (TLCAN o NAFTA) (Artículos 1116(2) y 1117(2)) especifican que el conocimiento relevante es el que se adquiere *por primera vez*. Por ejemplo, el texto español del Artículo 1116.2 del TLCAN dispone lo siguiente:

> "El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la que tuvo conocimiento *por primera vez* o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdida o daños."[17]

21. La frase "por primera vez" no aparece en el Artículo 9.18.1 del TLC. Es una limitación que los redactores del TLCAN *incluyeron* y los redactores del TLC *omitieron*. Esta diferencia entre los textos del TLCAN y del TLC indica de por sí que la limitación "por primera vez" no es inherente al significado de "tomar conocimiento," por lo menos en el contexto del *dies a quo* para la prescripción de reclamaciones basadas en ilícitos continuos.

22. Es notable que al menos un tribunal ha atribuido efecto útil a la cláusula "por primera vez" en la interpretación de las disposiciones del TLCAN. Esta cláusula resultó ser la base de la decisión del tribunal en *Resolute Forest Products Inc. v. Canada*:

> *"Articles 1116(2) and 1117(2) of NAFTA refer to the time when the breach 'first' occurred. According to the ordinary meaning of the terms used and the object and purpose of the provision (under* Article *31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties), whether a breach definitively occurring and known to the claimant prior to the critical date continued in force thereafter is irrelevant."*[18]

23. El tribunal en *Resolute Forest* pudo tachar de "irrelevante" la continuación de la violación después de que el reclamante hubiera tomado conocimiento de ella *sólo porque los Artículos 1116(2) y 1117(2) de NAFTA limitan el conocimiento relevante a aquél obtenido*

---

[16] Laudo, ¶ 205 (énfasis agregado).
[17] TLCAN, Texto español, Art. 1116.2, **CL-162** (énfasis agregado).
[18] *Resolute Forest Products Inc v. Canada*, PCA Case No. 2016-13, Decision on Jurisdiction and Admissibility of 30 January 2018, **CL-137**, ¶ 158.

"*por primera vez*." Nada de esto es aplicable al Artículo 9.18.1 del TLC, que no incluye tal limitación. El resultado a que arriba la Mayoría, que es similar al del tribunal en *Resolute Forest*, no cuenta con el sustento de un texto equivalente al que sirvió de base para esa decisión.

24. En resumen, la posición de la Mayoría sobre el momento en que puede adquirirse conocimiento (real o presunto) de la violación alegada en casos de ilícitos continuos no tiene sustento ni en el texto del TLC ni en el significado ordinario de "tomar conocimiento."

25. Por último, la Mayoría sostiene que, luego de adquirir conocimiento de la violación continua en el Día 1, el reclamante no puede adquirir conocimiento de la violación de nuevo en el Día 2 y así sucesivamente hasta que la violación cese, y que esto distingue un ilícito continuo de una serie de ilícitos simples, cada uno de los cuales constituye una violación capaz de ser conocida de manera independiente.[19] Es cierto que una conducta ilícita continua es, por definición, una sola conducta, pero tanto la conducta como la ilicitud (contradicción entre la conducta real y la conducta prescripta por la norma de referencia) ocurren continuamente en el tiempo y, por lo tanto, son divisibles de igual modo que el tiempo es divisible. En realidad, el concepto mismo de ilícito continuo es función no sólo del tiempo sino de la divisibilidad del tiempo. Una vez que la conducta se ha iniciado como ilícita,[20] la conducta y la ilicitud siguen cursos temporales separados y paralelos y sólo en la medida en que estos cursos temporales coincidan (instante por instante) seguirá existiendo la conducta ilícita continua. Por eso es posible conocer la "violación alegada" que ocurrió ayer pero no la que pueda ocurrir (o no) mañana. La opinión defendida en esta Disidencia Parcial respeta la distinción entre ilícitos simples y continuos. Por el contrario, la posición de la Mayoría tiene el efecto de eliminar la distinción entre ilícitos simples y continuos a los efectos del comienzo del curso de la prescripción.

26. Por consiguiente, en el caso de un ilícito continuo, la fecha en que el reclamante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada no puede ser anterior a la fecha en que cesó la conducta ilícita o la ilicitud de ésta.

---

[19] Laudo, n. 364.

[20] La conducta continua debe ser ilícita al momento de comenzar. *Vid.* International Law Commission, Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts (2001), **CL-112**, Art. 13. Por lo tanto, la ilicitud sobreviniente no convierte en ilícita la conducta continua que comenzó siendo lícita.

III. CONCLUSION

27. Por estas razones, estoy en desacuerdo con el criterio adoptado por la Mayoría para determinar el *dies a quo* para el curso de la prescripción en caso de ilícitos continuos. Si mi criterio hubiera sido aceptado, habría sido necesario recalcular el *dies a quo* para las reclamaciones que el Tribunal caracteriza como basadas en ilícitos continuos. Como mi criterio no ha sido aceptado, es innecesario determinar cómo debería haber sido aplicado.

28. Puesto que estoy en desacuerdo con el criterio de la Mayoría sobre el *dies a quo* aplicable a las reclamaciones por ilícitos continuos, también lo estoy con el resultado de aplicar dicho criterio a las pretensiones deducidas en este proceso. Este desacuerdo se funda en el criterio aplicado y no incluye el razonamiento con que la Mayoría llega a dicho resultado por aplicación de ese criterio.

[Firmado]

Oscar M. Garibaldi

Árbitro

29 de diciembre de 2020