EN EL CASO DE UN PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE EN VIRTUD DEL CAPÍTULO 10 DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO REPÚBLICA DOMINICANA-CENTROAMÉRICA-ESTADOS UNIDOS Y EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (2010)

entre

DAVID AVEN Y OTROS

Demandantes

Y

LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Demandada

Caso No. UNCT/15/3

LAUDO FINAL

Miembros del Tribunal
Eduardo Siqueiros T., Árbitro Presidente
C. Mark Baker, Árbitro
Pedro Nikken, Árbitro

Secretario del Tribunal
Francisco Grob, CIADI

Lugar del Arbitraje: Londres, Reino Unido
Fecha de envío a las Partes: 18 de septiembre de 2018

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de David Aven y otros:

Sr. James Loftis
Sra. Justine Moxham
Sr. Alexander Slade
Sra. Louise Woods
Sra. Georgina Barlow
Vinson & Elkins RLLP
20 Fenchurch Street
Piso 24°
Londres, EC3M 3BY
Reino Unido

Dr. Todd Weiler
2014 Valleyrun Blvd- Unit 19
Ontario N6G 5N8
Canadá

Sr. Peter Danysh
Sr. Robert Landicho
Vinson & Elkins LLP
1001 Fannin Street - Suite 2500
Houston, TX
Estados Unidos de América

En representación de Costa Rica:

Sra. Adriana González
Sra. Arianna Arce
Sra. Marisol Montero
Sra. Francinie Obando
Ministerio de Comercio Exterior
de Costa Rica
Autopista Próspera Fernández, costado oeste
del Hospital Cima,
Apartado Postal 297 -1007 Centro Colón,
Escazú, Costa Rica

Sr. Christian Leathley
Sr. Laurence Shore
Sra. Amal Bouchenaki
Sra. Daniela Páez
Sra. Lucila Marchini
Sra. Florencia Villaggi
Herbert Smith Freehills LLP
450 Lexington Avenue, Piso 14°
Nueva York, NY 10017
Estados Unidos de América

Índice de contenidos

Página

I. Introducción 1

A. Las Partes 1

B. Descripción General 1

II. Jurisdicción: Consentimiento de las Partes al Arbitraje 3

A. Jurisdicción *Ratione Voluntatis* 3

B. Jurisdicción *Ratione Personae* 3

C. Jurisdicción *Ratione Materiae* 3

D. Jurisdicción *Ratione Temporis* 4

III. Derecho Aplicable al Arbitraje 5

IV. Antecedentes procesales 9

V. Presentación de los Estados Unidos de América de conformidad con el Artículo 10.20.2 del DR-CAFTA 18

A. Las posiciones de las Partes respecto de la Presentación de los Estados Unidos 23

B. La postura del Tribunal 26

VI. Antecedentes de hecho 26

A. Adquisición de las Fincas 38

B. Solicitudes de Permisos de las Demandantes 39

C. Inquietudes de Vecinos e Investigación de la Municipalidad 46

D. Las medidas cautelares para la suspensión de las obras, la investigación de la Fiscalía Auxiliar Ambiental y los cargos penales 51

E. Las denuncias del Sr. Bucelato y otros vecinos en Esterillos Oeste 58

F. Juicio penal de los Sres. Aven y Damjanac 60

VII. Las Reclamaciones y Solicitudes de Reparación de las partes 62

A. Demandantes 62

B. Demandada 63

VIII. Jurisdicción 65

A. Nacionalidad del Sr. Aven 66

1. Las posiciones de las Partes 66

2. El análisis del Tribunal 69

B. Acerca de si las inversiones del Sr. Shioleno y del Sr. Raguso son inversiones protegidas 82
1. Las posiciones de las Partes 82
2. El análisis del Tribunal 84
C. Fincas que no son de titularidad de las Demandantes 85
1. Las posiciones de las Partes 85
2. El Análisis del Tribunal 87
(a) Marco legal y autoridades 87
(b) Fecha relevante para determinar la titularidad 93
(c) Fincas respecto de las cuales el Tribunal puede ejercer la jurisdicción 97
D. El Sitio de la Concesión 101
1. Las posiciones de las Partes 101
2. El análisis del Tribunal 106
IX. Admisibilidad de las reclamaciones 108
A. Las posiciones de las Partes 108
1. Conducta ilícita e ilegal en la operación de la inversión 108
2. Reclamaciones por no brindar protección y seguridad plenas 111
3. Agotamiento de los procedimientos locales 113
B. El análisis del Tribunal 114
1. Conducta ilícita e ilegal en la operación de la inversión 114
2. Reclamaciones por no brindar protección y seguridad plenas 114
3. Agotamiento de los procedimientos locales 116
X. Supuesta responsabilidad conforme al DR-CAFTA 120
A. Los argumentos de las Partes 120
1. Argumentos de las Demandantes 120
(a) El Artículo 10.5 del DR-CAFTA y el Anexo 10-B como fundamento jurídico de las reclamaciones. 120
(b) Reclamaciones conforme al Artículo 10.7(1) y al Anexo 10-C del DR-CAFTA 127
2. Argumentos de la Demandada 129

B. El enfoque del Tribunal 139
C. Ley y Autoridades Ambientales de Costa Rica 144
D. Principios Ambientales bajo el Derecho Costarricense 152
E. El análisis del Tribunal 154
1. Si la Demandada ha violado el Artículo 10.5 (TJE) o el Artículo 10.7 (expropiación ilegal) del DR-CAFTA 154
(a) Proceso para desarrollar un proyecto inmobiliario 155
(b) Cuestiones clave que debe resolver el Tribunal..... 159
(c) Humedales en virtud de las leyes de Costa Rica..... 159
(d) Bosques en virtud de la legislación de Costa Rica 174
(e) ¿El desarrollador debe divulgar la existencia de humedales y/o bosques?..... 177
(f) Fraccionamiento..... 192
(g) ¿Fueron dañados los humedales y bosques dentro del sitio del Proyecto Las Olas? 199
2. Si la Fiscalía de la Demandada incumplió sus deberes con las Demandantes 200
(a) Postura de las Demandantes..... 200
(b) Postura de la Demandada..... 207
(c) El análisis del Tribunal 213
XI. Daños 219
A. Postura de las Demandantes sobre daños.....219
1. Al utilizar este enfoque combinado modificado, los antecedentes de las Demandantes son irrelevantes en cuanto a la valuación.....219
2. Las Demandantes aducen que la metodología del Sr. Hart es inapropiada y no evalúa el valor justo de mercado del Proyecto. 223
3. Intereses 225
4. Daño moral.....226
5. Intereses previos al laudo.....227
6. Daños consecuentes 227
B. Postura de la Demandada sobre cuantificación de daños 228

1. La cuantificación de daños de las Demandantes debería basarse en un método de enfoque de costos....229
2. El enfoque del Dr. Abdala es completamente especulativo....230
3. El Sr. Aven no tiene derecho a recibir una indemnización por daño moral....234
C. El análisis del Tribunal....235
XII. La reconvención de la demandada....235
A. Posición de la Demandada: Las Demandantes son responsables del daño ambiental y, por lo tanto, deben restaurar el Ecosistema de Las Olas....235
1. El Tribunal tiene jurisdicción sobre las reconvenciones en virtud del DR-CAFTA....235
2. El texto del DR-CAFTA prevé la posibilidad de que los Estados demandados interpongan reconvenciones contra los inversionistas....236
3. Las razones de economía y eficacia procesal justifican que la demanda y su reconvención se resuelvan en el mismo procedimiento. 238
4. La Demandada ha demostrado la existencia de daños a los Ecosistemas en el Sitio del Proyecto. 239
5. Las Demandantes afectaron ilícitamente un humedal, lo cual causó daños ambientales en el Sitio del Proyecto. 239
6. Las Demandantes deben reparar el daño causado al ecosistema....242
B. Posición de las Demandantes....244
C. El Análisis del Tribunal....244
XIII. Costas....255
A. Presentaciones sobre Costos de las Demandantes....255
B. Presentaciones sobre Costos de la Demandada....256
C. La Decisión del Tribunal en Materia de Costas....256
XIV. Laudo....263

LISTA DE TÉRMINOS DEFINIDOS

ACOPAC	Área de Conservación Pacífico Central – una subdivisión regional del SINAC
APRI	Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones
Área Silvestre Protegida o "ASP"	Las Áreas Silvestres Protegidas clasificadas por el Articulo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, Ley 7554. Su relevancia es que los humedales continentales y marinos deberían clasificarse como parte de una ASP
Audiencia de Diciembre	Audiencia sobre Jurisdicción y Fondo celebrada entre los días 5 y 12 de diciembre de 2016
Audiencia de Febrero	Audiencia celebrada al efecto de interrogar a los Peritos Expertos en Materia de Daños celebrada el 7 de febrero de 2017
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
COMEX	Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica
Concesión	El derecho a utilizar la zona de playa delante del terreno de titularidad de La Canícula, S.A., aprobado por el Ministerio de Turismo de Costa Rica
Convención de Biodiversidad	Convención sobre Diversidad Biológica, firmada por 150 líderes de gobierno en la Cumbre de la Tierra celebrada en Rio en 1992, dedicada a la promoción de desarrollo sustentable
Convención de Ramsar o Convención sobre Humedales	Tratado intergubernamental que ofrece el marco de acción nacional y cooperación internacional para la preservación y buen uso de humedales y sus recursos
Costa Rica o la Demandada	La República de Costa Rica
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
Demandada o Costa Rica	La República de Costa Rica
Demandantes o Inversionistas	Sr. David Richard Aven, Sr. Samuel Donald Aven, Sra. Carolyn Jean Park, Sr. Eric Allan Park, Sr. Jeffrey Scott Shioleno, Sr. David Alan Janney, y Sr. Roger Raguso

DEPPAT	DEPPAT, S.A., una empresa costarricense de consultoría ambiental
Documento Falsificado	Documento presuntamente emitido por el SINAC de fecha 27 de marzo de 2008 con el número "SINAC 67389RNVS-2008" con las firmas falsificadas de Gabriel Quesada Avendaño, biólogo del SINAC y Ronald Vargas, el Director del SINAC que certificó que el Proyecto Las Olas no constituía "una amenaza evidente en el corredor biológico".
DR-CAFTA o el Tratado	Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana que entró en vigor en el año 2006 para los Estados Unidos y en el año 2009 para la República de Costa Rica
Empresas	Las Olas Lapas Uno, S.R.L.; Mis Mejores Años Vividos, S.A. (anteriormente Caminos de Esterillos, S.A., Amaneceres de Esterillos, S.A., Noches de Esterillos, S.A., Lomas de Esterillos, S.A., Atardeceres Cálidos de Esterillos Oeste, S.A., Jardines de Esterillos, S.A., Paisajes de Esterillos, S.A. y Altos de Esterillos, S.A.); La Estación de Esterillos, S.A. (anteriormente Iguanas de Esterillos, S.A.); Bosques Lindos de Esterillos Oeste, S.A.; Montes Development Group, S.A.; Cerros de Esterillos del Oeste, S.A.; Inversiones Cotsco C & T, S.A.; y Trio International Inc.
Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes	Escrito de Respuesta de los Demandantes de fecha 5 de agosto de 2016
Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes	Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia de fecha 13 de marzo de 2017
FCD	Flujo de Caja Descontado
Formulario D1	Formulario para la obtención de un Permiso de Viabilidad Ambiental que debe completar toda persona interesada en desarrollar un proyecto inmobiliario con las características del proyecto.
Geoambiente	Geoambiente, S.A., empresa de consultoría ambiental constituida en Costa Rica, que elaboró un plan de gestión ambiental para el Sector del Condominio.

Geotest	Geotest, Geólogos Consultores, la empresa a la que Tecnocontrol, S.A. le confiara la elaboración de un estudio geológico e hidrológico para el Sector del Condominio
Informe del SINAC de 2008	Informe emitido tras una inspección al Sector del Condominio del Proyecto Las Olas el 30 de septiembre de 2008, que identificó la existencia de posibles humedales
Informe del SINAC de enero de 2011	El Informe (ACOPAC-CP-003-11) de fecha 3 de enero de 2011 emitido por el SINAC
Informe del SINAC de enero de 2011	Informe de fecha 3 de enero de 2011 (ACOPAC-CP-003-11) sobre las conclusiones y recomendaciones resultantes de una visita al sitio en diciembre de 2010. El informe concluyó que el sitio del Proyecto Las Olas incluía cuerpos de agua, que "podrían existir" humedales en el Sector del Condominio, la tala de sotobosques, la construcción de un canal de drenaje, y mencionaba asimismo al Documento Falsificado.
Informe del SINAC de mayo de 2011	Informe de fecha 18 de mayo de 2011 (SINAC-GASP 143-11) dirigido al Fiscal basado en la vista al sitio el 13 de mayo de 2011, que concluyó que en el Proyecto las Olas existía una zona de humedales de aproximadamente 1,35 hectáreas, que la topografía del sitio se había visto directamente afectada por un canal de drenaje y red de alcantarillado; y que el humedal palustrino había sido rellenado íntegramente por las Demandantes.
Informe del SINAC de octubre de 2011	Informe de fecha 3 de octubre de 2011 (ACOPAC-CP-129-2011-DEN) dirigido al Fiscal Ambiental por el cual el SINAC confirmó la existencia de daños ambientales y la tala de árboles
Informe Geoambiente	El plan de gestión ambiental encomendado a Geoambiente, S.A., empresa de consultoría privada constituida en Costa Rica, elaborado por Mussio Madrigal que debía presentarse como parte del Formulario D1 para el Sector del Condominio.
Informe Protti	Estudio Geológico Hidrológico elaborado por el Sr. Roberto Protti, Geotest, S.A., Geólogos Consultores, a

	petición de uno de los estudios contratados por las Demandantes para confeccionar el Formulario D1 para el Sector del Condominio. El informe observó e identificó la existencia de una zona central en el inmueble que presentaba “áreas anegadas de tipo pantanoso” con drenaje deficiente.
Informe Siel Siel	Informe emitido por la Sra. Priscilla Vargas de Siel Siel, consultores ambientales, de fecha 28 de octubre de 2016, que es un Apéndice al Segundo Informe KECE (Kevin Erwin Consulting Ecologist, Inc.)
INGEOFOR	INGEOFOR Ingeniería y Ambiente, S.A., una empresa de consultoría ambiental costarricense
INTA	El Instituto Nacional de Innovación y Transferencia de Tecnología Agropecuaria
Inversiones Cotsco	Inversiones Cotsco C&T, S.A., una de las empresas utilizadas por las Demandantes a la que se le había asignado la responsabilidad del desarrollo del componente de la villa
KECE	Kevin Erwin Consulting Ecologist, Inc., empresa de consultoría ambiental ubicada en Florida, Estados Unidos de América
La Canícula	La Canícula S.A., una de las empresas utilizadas por las Demandantes a la que se le había asignado la responsabilidad del desarrollo del área de Concesión, incluido el hotel
Ley Forestal (Ley 7575)	Ley Forestal – Ley No. 7575
Ley Orgánica del Ambiente (Ley 7554)	Ley Orgánica del Ambiente – Ley No. 7554
Ley ZMT	Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre
Ley ZMT	Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre (o Ley 6043)
Medida Cautelar de la SETENA de abril de 2011	Medida cautelar sobre trabajos adicionales en el sitio del Proyecto Las Olas (Resolución 839-2011-SETENA) dictada por SETENA el 13 de abril de 2011

Medida Cautelar del SINAC	Resolución número ACOPAC-CP-032-11 de fecha 14 de febrero de 2011 que contiene una medida cautelar administrativa que suspende todos los trabajos en el Sector del Condominio
Medida Cautelar del TAA	La medida cautelar dictada mediante la Resolución 421-11-TAA el 13 de abril de 2011 mediante la cual se suspendieron todos los trabajos en el Sector del Condominio que pudieran ocasionar daños ambientales al presunto humedal, la tala de sotobosques o la construcción de rutas.
Medidas Cautelares de 2011	Medidas cautelares dictadas el 30 de noviembre de 20111 por el Juez Penal de Parrita en contra de la continuidad de los trabajos, y ordenó a la Municipalidad que suspenda todo permiso de construcción en los lotes señalados.
Memorial de Contestación de la Demandada	Memorial de Contestación de la Demandada sobre el Fondo de fecha 8 de abril de 2016
Memorial de Dúplica de la Demandada	Memorial de Dúplica de la Demandada sobre el Fondo de fecha 28 de octubre de 2016
Memorial de las Demandantes	Memorial de las Demandantes sobre el Fondo de fecha 27 de noviembre de 2015
Memorial Posterior a la Audiencia	Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia de la Demandada de fecha 13 de marzo de 2017
MINAE (MINAET con posterioridad al año 2008)	Ministerio del Ambiente, Energía, Minas y Telecomunicaciones
MIRENEM	Ministerio de Industria, Energía y Minas en Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas
Mussio Madrigal	Un estudio de arquitectura e ingeniería de Costa Rica contratado por las Demandantes en abril de 2007 al efecto de elaborar un plan maestro para el sitio de todo el Proyecto Las Olas y de solicitar los permisos de Viabilidad Ambiental y construcción para el Sector del Condominio.
Notificación de Arbitraje	Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda de fecha 10 de junio de 2013

Notificación de Paralización de la Municipalidad	Orden emitida por la Municipalidad de Parrita de fecha 11 de mayo de 2011, que ordenó el cese de futuros trabajos en el sito del Proyecto Las Olas.
Notificación Roja de INTERPOL	Una Notificación Roja de INTERPOL es una solicitud de localización y detención provisional de una persona con miras a su extradición. Es emitida por la Secretaría General de la Organización Internacional de Policía Criminal a petición de un país miembro o un tribunal internacional sobre la base de una orden de detención internacional válida. Esta fue la solicitud que realizó el gobierno de Costa Rica al efecto de localizar y detener de manera provisional al Sr. Aven.
Permiso de Viabilidad Ambiental de 2008	Viabilidad Ambiental para Sector de Condominio de la SETENA (Resolución No. 1597-2008-SETENA)
Permiso de Viabilidad Ambiental o “VA” o “Permiso VA”	Un permiso emitido por la SETENA que analiza y aprueba la factibilidad de emprender un proyecto tras haber analizado el estudio de impacto ambiental con base en la información incorporada en una solicitud, y en diversos documentos respaldatorios que incluyen un estudio de ingeniería, un estudio arqueológico, un estudio geológico y un estudio biológico
PNH	Programa Nacional de Humedales
Presentación de Parte No Contendiente de los Estados Unidos	La presentación escrita efectuada el 2 de diciembre de 2016 por los Estados Unidos de América de conformidad con el Artículo 10.20.2 del DR-CAFTA.
Regente Ambiental	El profesional encargado de garantizar que las obras emprendidas por un desarrollador no tengan impacto en el ambiente. Este cargo se contempla y exige en virtud de la Ley Orgánica del Ambiente
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o Reglamento de Arbitraje	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010
Sector de Servidumbres	Terreno en el lado occidental del Proyecto Las Olas, al que podría accederse a través de nueve servidumbres que llegarían hasta el sitio desde la ruta principal al oeste de la finca, que contenía un total de 72 lotes residenciales

Sector del Condominio	La parte principal del Proyecto Las Olas que comprendería 288 lotes individuales sobre los que se construirían condominios
SETENA	Secretaría Técnica Nacional Ambiental, un organismo del MINAET
SINAC	El Sistema Nacional de Áreas de Conservación, un organismo del MINAET
Sitio de la Concesión	El terreno que formaba parte de la zona marítima y que era objeto de la Concesión, donde se ubicaría el club de playa, con acceso directo al mar y las habitaciones del hotel de lujo e instalaciones comunes que podrían ser utilizadas por todos los residentes de Las Olas
Sr. Arce	Sr. Minor Arce Solano, consultor forestal privado
Sr. Aven	Sr. David Richard Aven
Sr. Briceño	Sr. Jorge Antonio Briceño Vega, Auditor Interno, Municipalidad de Parrita
Sr. Bucelato	Sr. Steve Allen Bucelato, vecino de Las Olas, que interpuso numerosas denuncias relacionadas con el Proyecto
Sr. Damjanac	Sr. Jovan Damjanac, Director de Ventas y Marketing del proyecto Las Olas
Sr. Garro	Sr. Freddy Garro Arias, Alcalde de la Municipalidad de Parrita durante el período en el que tuvieron lugar muchos de los hechos relacionados con el Proyecto Las Olas.
Sr. Martínez	Sr. Luis Gerardo Martínez Zúñiga, Fiscal Penal, en la Fiscalía Adjunta Penal Ambiental de Costa Rica
Sr. Morera	Sr. Néstor Morera Vázquez, abogado penalista contratado por las Demandantes
Sr. Mussio	Sr. Mauricio Martin Mussio Vargas, arquitecto en el estudio Mussio Madrigal en Costa Rica
Sr. Pérez-Porras	Sr. Gavridge Pérez Porras, abogado contratado por las Demandantes

Sr. Picado	Sr. Luis Picado Cubillo, Coordinador de Control y Protección de la Oficina Subregional del SINAC en Aguirre y Parrita
Sr. Ventura	Sr. Manuel Enrique Ventura Rodríguez, abogado contratado por las Demandantes
Sra. Díaz	Sra. Hazel Diaz, Abogada Especial en la Defensoría de los Habitantes
Sra. Murillo	Sra. Paula Murillo, la asistente personal del Sr. Richard Aven en Costa Rica
Sra. Priscilla Vargas	Sra. Priscilla Vargas, autora del Informe Siel Siel, e interrogada en calidad de perito sobre "Evaluación de Impacto Ambiental del Proyecto Las Olas".
Sra. Vargas	Sra. Mónica Vargas Quesada, la Funcionaria Ambiental en la Municipalidad de Parrita
TAA	El Tribunal Ambiental Administrativo, un organismo del MINAET
TJE	Trato Justo y Equitativo
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
Tribunal	Tribunal de Arbitraje constituido el 4 de agosto de 2015, compuesto por el Sr. Eduardo Siqueiros, el Sr. C. Mark Baker y el Profesor Pedro Nikken
VJM	Valor Justo de Mercado
WACC	Costo Promedio Ponderado de Capital

I. INTRODUCCIÓN

A. Las Partes

1. Las Demandantes en el presente arbitraje son las siguientes: Sr. David Richard Aven, Sr. Samuel Donald Aven, Sra. Carolyn Jean Park, Sr. Eric Allan Park, Sr. Jeffrey Scott Shioleno, Sr. David Alan Janney y Sr. Roger Raguso. Se han aportado pruebas de la nacionalidad estadounidense de cada una de las Demandantes (las "**Demandantes**")[1].

2. Las Demandantes han presentado reclamaciones a nombre propio y en representación de las siguientes empresas constituidas en la República de Costa Rica: Las Olas Lapas Uno, S.R.L.; Mis Mejores Años Vividos, S.A. (anteriormente, Caminos de Esterillos, S.A., Amaneceres de Esterillos, S.A., Noches de Esterillos, S.A., Lomas de Esterillos, S.A., Atardeceres Cálidos de Esterillos Oeste, S.A., Jardines de Esterillos, S.A., Paisajes de Esterillos, S.A. y Altos de Esterillos, S.A.); La Estación de Esterillos, S.A. (anteriormente, Iguanas de Esterillos, S.A.); Bosques Lindos de Esterillos Oeste, S.A.; Montes Development Group, S.A.; Cerros de Esterillos del Oeste, S.A.; Inversiones Cotsco C & T, S.A.; y Trio International Inc. (las "**Empresas**").

3. La Demandada es la República de Costa Rica ("**Costa Rica**" o la "**Demandada**").

4. En adelante, se hará referencia a las Demandantes y la Demandada conjuntamente como las "Partes". Los representantes de las Partes y sus domicilios se detallan *supra* en la página (2).

B. Descripción General

5. Las Demandantes han sometido la presente controversia a arbitraje de conformidad con el Capítulo Diez del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana ("**DR-CAFTA**"), que entró en vigor en el año 2006 para los Estados Unidos y en el año 2009 para la República de Costa Rica, y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en el año 2010 (el "**Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI**" o el "**Reglamento de Arbitraje**"). Tal como fuera acordado por las Partes, el Centro

[1] El Sr. Giacomo Anthony Buscemi fue una de las Demandantes mencionadas originalmente en la Notificación de Arbitraje. Mediante convenio de fecha 3 de agosto de 2014, transfirió su participación en el Proyecto Las Olas al Sr. David Aven. Desde esa fecha, ya no es demandante en el marco del presente arbitraje. Anexo C-168.

Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("**CIADI**" o el "**Centro**") oficia de autoridad administradora para el presente procedimiento.

6. La presente controversia surge de una inversión efectuada por las Demandantes a través de diversas entidades comerciales constituidas de conformidad con la legislación de Costa Rica que son propietarias (o que eran propietarias en el momento de la presentación de las reclamaciones) de diversas parcelas que abarcan aproximadamente 37 hectáreas de la Costa del Pacífico Central, así como de un sitio de la concesión, que integran un proyecto de turismo que pretendían desarrollar bajo el nombre de "**Proyecto Las Olas**". Las Demandantes han alegado que recibieron oportunamente todos los permisos y aprobaciones necesarias del gobierno municipal y nacional, incluidos los permisos de viabilidad ambiental y de construcción, y, por lo tanto, dieron inicio al desarrollo del proyecto, así como a las actividades de venta y comercialización. Las Demandantes alegan que, de manera absoluta e imprevista, y con base en denuncias infundadas de vecinos del sitio, las autoridades costarricenses realizaron posteriormente nuevas inspecciones identificando supuestos humedales y terrenos forestales dentro del sitio del proyecto; dictaron medidas administrativas y judiciales que paralizaron el proyecto, violando de ese modo las obligaciones de Costa Rica en virtud del DR-CAFTA y ocasionando la destrucción total de la inversión de las Demandantes.

7. Una de las Demandantes, el Sr. David R. Aven, ha afirmado asimismo que se le sometió injustamente a un proceso judicial por denuncias infundadas de supuestas violaciones a la legislación ambiental de Costa Rica, y adicionalmente fue ilegalmente objeto de una Notificación Roja de INTERPOL que ha perjudicado gravemente su reputación y prestigio en la comunidad.

8. La Demandada ha alegado que la protección del ambiente constituye una política gubernamental clave que ha sido reconocida en virtud del DR-CAFTA, y que los derechos de protección de inversiones concedidos a los inversionistas en virtud del Tratado podrían subordinarse a la protección del ambiente. Además, la Demandada alega que la totalidad de las medidas adoptadas con respecto al Proyecto "Las Olas" se encuentran completamente sustentadas en virtud de las leyes locales aplicables. Por último, la Demandada ha objetado la jurisdicción del Tribunal sobre la base de alegaciones referidas

a la nacionalidad del Inversionista principal, carencia de títulos sobre los predios y tenencia ilegal de las propiedades por parte de las Demandantes.

II. JURISDICCIÓN: CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES AL ARBITRAJE

A. Jurisdicción *Ratione Voluntatis*

9. Al someter sus reclamaciones a arbitraje, y renunciar a sus derechos a buscar una indemnización por las supuestas violaciones del DR-CAFTA en otros foros, las Demandantes han prestado su consentimiento al arbitraje. El consentimiento de la Demandada, por otro lado, está previsto en el Artículo 10.17 del DR-CAFTA Por este motivo, existe jurisdicción *ratione voluntatis*[2].

B. Jurisdicción *Ratione Personae*

10. Las Demandantes han alegado que este Tribunal tiene jurisdicción *ratione personae* porque todas las Demandantes son nacionales de los Estados Unidos de América, por lo que califican como "*inversionistas de una Parte*", tal como esa frase se encuentra definida en el Artículo 10.28 del DR-CAFTA[3]. La Demandada, por otra parte, ha objetado la legitimación del Sr. Aven para invocar protección bajo el tratado ya que sostiene que debiera considerársele nacional de Italia.

C. Jurisdicción *Ratione Materiae*

11. Las Demandantes alegan que cada Demandante indirectamente posee activos, en la forma de derechos de propiedad sobre tierras, a los que ha destinado capital con la expectativa de obtener una ganancia, de acuerdo con la definición de "inversión" contenida en el inciso (g) en virtud del Artículo 10.28(h) del DR-CAFTA. Las medidas gubernamentales aquí descritas se relacionan directamente con estas inversiones, conforme a lo dispuesto en el Artículo 10.1 del DR-CAFTA. Por ello, el Tribunal dispone de jurisdicción ratione materiae para dirimir las reclamaciones de las Demandantes[4].

---

[2] Conforme a los términos de los Artículos 10.16 y 10.18, las Demandantes prestaron su consentimiento escrito al arbitraje el 24 de enero de 2014 o en torno a esa fecha, con la presentación de la Notificación de Arbitraje, conjuntamente con renuncias efectuadas por las Demandantes y por las empresas bajo su titularidad y/o control.
[3] Memorial de las Demandantes, ¶ 261, página 89.
[4] *Íd.*, ¶ 262, página 89.

D. Jurisdicción *Ratione Temporis*

12. Entre inversionistas estadounidenses y de Costa Rica, el DR-CAFTA entró en vigor el 1 de enero de 2009. El Capítulo 10 del DR-CAFTA es aplicable a medidas adoptadas o mantenidas con relación a "inversiones cubiertas". La única limitación temporal sobre inversiones cubiertas es que deben haber existido a la fecha de entrada en vigor del Tratado o después de esa fecha. Las Demandantes han afirmado que todas las inversiones invocadas en el presente arbitraje satisfacen este requisito. Asimismo, todas las medidas en cuestión fueron adoptadas o mantenidas después del 1 de enero de 1999[5].

13. Además, el arbitraje fue iniciado dentro de los tres años posteriores a la fecha en que las Demandantes entraron o debieron entrar en conocimiento de las violaciones aquí alegadas y las pérdidas resultantes, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 10.16(3) del DR-CAFTA[6].

14. Por último, las Demandantes han señalado que el arbitraje no fue iniciado sino hasta después de que pasaron seis meses desde los acontecimientos que dieron origen a sus reclamaciones, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 10.16(3) del DR-CAFTA. Asimismo, el presente arbitraje fue iniciado más de noventa días después de que las Demandantes presentaran su Notificación de Intención, el 17 de septiembre de 2013, conforme a lo establecido en el Artículo 10.16(2) del DR-CAFTA.

15. La Demandada objetó inicialmente la jurisdicción del Tribunal sobre la base de (i) la nacionalidad efectiva y dominante del Sr. David R. Aven y (ii) que la conducta indebida de las Demandantes con respecto a su inversión les impide gozar de las protecciones en virtud del DR-CAFTA[7]. Posteriormente, la postura de la Demandada ha evolucionado al efecto de incluir la falta de jurisdicción sobre (iii) las fincas en el Proyecto "Las Olas" que no son de titularidad de las Demandantes, (iv) del sitio de la Concesión, y ha retipificado la conducta indebida como una cuestión de inadmisibilidad de las reclamaciones con base en: (a) la conducta ilícita e ilegal en la gestión de su inversión, y (b) el hecho de que las Demandantes no hayan planteado una reclamación por protección y seguridad plenas, a la

[5] *Íd.*, ¶ 263, página 89.
[6] *Íd.*, ¶ 264, página 89.
[7] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 256-432, páginas 69-115.

vez que alega además que las Demandantes han incoado reclamaciones que no están sustentadas en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA[8].

16. La Demandada no ha objetado las demás pruebas de jurisdicción *Ratione Voluntatis, Ratione Personae* (con respecto a las Demandantes, más allá del Sr. Aven), *Ratione Materiae* o *Ratione Temporis.*

17. Las objeciones a la jurisdicción del Tribunal serán analizadas por el Tribunal en la Sección VIII *infra*.

III. DERECHO APLICABLE AL ARBITRAJE

18. Las Demandantes presentaron su reclamación de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) del DR-CAFTA, que prevé que la demandante, en calidad de parte contendiente, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación según la cual la demandada ha violado una obligación de conformidad con la Sección A del Capítulo Diez, si la Demandante "ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta". Aunque el Artículo 10.16.3 permite a la demandante la presentación de una reclamación de conformidad con el Convenio CIADI, el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (dependiendo de si la demandada o el país del que es nacional la demandante son partes del Convenio CIADI) o de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, las Demandantes optaron por someter su reclamación a arbitraje de conformidad con el último. Por lo tanto, cuando se emitió la Resolución Procesal No. 1, las Partes y el Tribunal de Arbitraje acordaron que el procedimiento se desarrollaría de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, versión revisada en 2010, excepto en lo modificado por la Sección B del Capítulo 10 del DR-CAFTA.

19. En este sentido, el Tribunal se encuentra obligado por los términos del Artículo 35(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que prevé que el Tribunal "...aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio." y el Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA que prevé que: "…el tribunal decidirá las cuestiones en

[8] Memorial de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 595-760, páginas 139-179.

controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional".

20. La reclamación ha sido presentada por las Demandantes tanto de conformidad con el Artículo 10.5 (*Nivel Mínimo de Trato*) como del Artículo 10.7 (*Expropiación*), que prevén lo siguiente:

Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato

1. 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.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. 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, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

(a) *"*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; y

(b) *"*protección y seguridad plenas*"* exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo.

Artículo 10.7: Expropiación e Indemnización

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que sea:

(a) por causa de un propósito público;

(b) de una manera no discriminatoria;

(c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y

(D) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.

2. La indemnización deberá:

(a) ser pagada sin demora;

(b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo ("fecha de expropiación");

(c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y

(d) ser completamente liquidable y libremente transferible.

3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización pagada – convertida a la moneda del pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago – no será inferior a:

(A) el valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha, más

(b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable por esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

5. Este Artículo no se aplica a la emisión de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual de conformidad con el Acuerdo ADPIC, o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida que dicha emisión, revocación, limitación o creación sea consistente con el Capítulo Quince (Derechos de Propiedad Intelectual).

Es dable observar que las Partes del Tratado acordaron que el Artículo 10.5 "se interpretará de conformidad con el Anexo 10-B", y que el Artículo 10.7 "se interpretará de conformidad con los Anexos 10-B y 10-C", que prevén lo siguiente:

Anexo 10-B

Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el "derecho internacional consuetudinario" referido de manera general y específica en los Artículos 10.5, 10.6, y el Anexo 10-C 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, 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-C

Expropiación

Las Partes confirman su común entendimiento que:

1. El Artículo 10.7.1 intenta reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación.

2. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.

3. El Artículo 10.7.1 aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

4. La segunda situación abordada por el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

(a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores;

(i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;

(ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y

(iii) el carácter de la acción gubernamental.

(b) 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.

21. Por lo tanto, las Partes del DR-CAFTA contemplaron que las reclamaciones presentadas por inversionistas ante un tribunal de arbitraje de conformidad con el Capítulo Diez deberían solucionarse mediante la aplicación de los términos del propio Tratado, y las "normas aplicables del derecho internacional". Al tratar el nivel mínimo de protección en virtud del Artículo 10.5, las Partes del DR-CAFTA establecieron claramente que la protección debería ser "…acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el

trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas" aunque hicieron una referencia ulterior al Anexo 10-B transcrito *supra* respecto de cómo debería interpretarse el derecho internacional consuetudinario, esto es, aquel que "…resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal…*"*. Y con respecto al nivel mínimo de trato de los extranjeros en virtud del Artículo 10.5, el derecho internacional consuetudinario "...se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros*"*.

IV. ANTECEDENTES PROCESALES

22. El 17 de septiembre de 2013, las Demandantes le enviaron a la Demandada una "Notificación de la Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje".

23. El 24 de enero de 2014, las Demandantes dieron inicio al presente arbitraje presentando a la Demandada una "Notificación de Arbitraje".

24. El 24 de febrero de 2014, Costa Rica contestó la Notificación de Arbitraje.

25. De conformidad con el Artículo 10.19 del DR-CAFTA, las Demandantes nombraron al Sr. C. Mark Baker, nacional de los Estados Unidos, y la Demandada nombró al Prof. Pedro Nikken, nacional de la República Bolivariana de Venezuela como árbitros.

26. El 10 de junio de 2015, las Partes informaron al Centro que habían acordado referir el nombramiento del tercer árbitro, el presidente, a la Secretaria General del CIADI de conformidad con un mecanismo de selección según el cual las Partes eliminan y clasifican en orden de preferencia candidatos de una lista.

27. Mediante carta de fecha 16 de junio de 2015, la Secretaria General aceptó esta solicitud y solicitó a las Partes la confirmación de algunos aspectos procesales de su acuerdo. La Demandada proporcionó esta confirmación el 17 de junio de 2015, en tanto las Demandantes lo hicieron el 19 de junio de 2015.

28. El 26 de junio de 2015, la Secretaria General proporcionó a las Partes una lista de diez candidatos de conformidad con la metodología acordada para la constitución del Tribunal.

Tal como fuera programado, cada una de las partes presentó su calificación de candidatos a la Secretaria General el 8 de julio de 2015.

29. Ese mismo día, el Centro informó a las Partes que, de conformidad con su acuerdo, el favorito entre todos los candidatos fue el Sr. Eduardo Siqueiros T., nacional de los Estados Unidos Mexicanos, e invitó a las Partes a que se pusieran en contacto con el Sr. Siqueiros para discutir los términos de su nombramiento.

30. El 17 de julio de 2015, Sr. Siqueiros informó a las Partes que no tenía conflicto de interés alguno y que se encontraba disponible para presidir el Tribunal.

31. El 4 de agosto de 2015, las Partes enviaron una carta conjunta al Sr. Siqueiros confirmando su nombramiento como árbitro presidente. También acordaron que el Tribunal quedaba constituido a partir de esa fecha.

32. El 11 de agosto de 2015, el Sr. Siqueiros envió una carta a las Partes en representación del Tribunal de Arbitraje para tratar ciertas cuestiones preliminares relacionadas con la organización del procedimiento, incluida la posibilidad de que una institución de arbitraje administrara el caso.

33. Mediante comunicación conjunta de fecha 26 de agosto de 2015, las Partes informaron al Tribunal que acordaban designar al CIADI como autoridad administradora para el procedimiento sujeto a aprobación del Tribunal.

34. El 26 de agosto de 2015, el Tribunal informó a las Partes que acogía favorablemente su decisión.

35. Mediante carta conjunta de fecha 28 de agosto de 2015, las Partes informaron a la Secretaria General del CIADI que estaban de acuerdo con la administración del CIADI y solicitaron al Centro que prestara servicios administrativos integrales en relación con el presente caso. Ese mismo día, la Secretaria General del CIADI confirmó que el CIADI prestaría dichos servicios y les envió los términos de estos.

36. Mediante comunicaciones de fecha 31 de agosto de 2015, las Partes confirmaron su aceptación de los términos de la carta del CIADI de fecha 28 de agosto de 2015.

37. El 1 de septiembre de 2015, el Centro envió una carta a las Partes proponiendo la designación del Sr. Francisco Grob, Consejero Jurídico del CIADI, para que oficiara de Secretario del Tribunal, conjuntamente con una breve reseña de sus antecedentes.

38. El 2 de septiembre de 2015, las Partes confirmaron que no tenían objeción alguna a la designación del Sr. Grob en calidad de Secretario del Tribunal.

39. El 3 de septiembre de 2015, el Tribunal celebró una audiencia procesal con las Partes en la sede del Centro en Washington, D.C. En la audiencia participaron las siguientes personas:

Tribunal:

Lic. Eduardo Siqueiros T.	Presidente
Sr. C. Mark Baker	Árbitro
Prof. Pedro Nikken	Árbitro

Secretariado del CIADI:

Sr. Francisco Grob	Secretario del Tribunal

En representación de las Demandantes:

Sr. George Burn	Vinson & Elkins RLLP
Sr. Peter Danysh	Vinson & Elkins RLLP
Dr. Todd Weiler	N/D

En representación de la Demandada:

Sr. Christian Leathley	Herbert Smith Freehills LLP
Sra. Amal Bouchenaki	Herbert Smith Freehills LLP
Sr. José Carlos Quirce	COMEX

Participaron por teléfono:

Sra. Florencia Villaggi	Herbert Smith Freehills LLP
Sra. Adriana González	COMEX
Sra. Karima Sauma	COMEX
Sr. Julián Aguilar	COMEX
Sra. Arianna Arce	COMEX

40. Tras la celebración de la audiencia, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 de fecha 10 de septiembre de 2015. Esta resolución abarcó los acuerdos de las Partes y las decisiones del Tribunal sobre cuestiones respecto de las cuales no hubo consenso. Las cuestiones acordadas por las Partes incluyeron, *inter alia*, las reglas de arbitraje aplicables (esto es, el Reglamento de la CNUDMI de 2010) y el lugar del arbitraje, que se fijó en Londres, Inglaterra. Las Partes confirmaron asimismo que el Tribunal se había constituido

debidamente y que ninguna de las partes tenía objeción alguna al nombramiento de ninguno de sus miembros ni del Secretario del Tribunal.

41. El 27 de noviembre de 2015, las Demandantes presentaron un Memorial sobre el Fondo (el "**Memorial de las Demandantes**").

42. Tal como se programara en la RP1, la Demandada notificó al Tribunal el 18 de diciembre de 2015, que no presentaría excepciones preliminares sobre jurisdicción y admisibilidad por separado, sino conjuntamente con su memorial de contestación sobre el fondo. No obstante ello, propuso la bifurcación de las fases de responsabilidad y daños.

43. El Tribunal invitó a las Demandantes a contestar, y las Demandantes lo hicieron el 22 de diciembre de 2015, oponiéndose a la bifurcación propuesta.

44. Mediante carta de fecha 24 de diciembre de 2015, la Demandada refutó la respuesta de las Demandantes, solicitándole al Tribunal que resolviera que las cuestiones de jurisdicción y responsabilidad se desarrollaran en paralelo pero que se pospusiera la evaluación de daños para una fase ulterior.

45. El 15 de enero de 2016, las Demandantes presentaron observaciones sobre la solicitud de bifurcación de la Demandada, a las que siguió una réplica de la Demandada el 19 de enero de 2016 y una dúplica de las Demandantes el 25 de enero de 2016.

46. El 4 de febrero de 2016, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2, que rechazó la solicitud de bifurcación de la Demandada y ordenó la continuación del procedimiento conforme a lo establecido en la Resolución Procesal No. 1.

47. Mediante carta de fecha 10 de febrero de 2016, las Partes solicitaron conjuntamente al Tribunal que modificara el calendario procesal al efecto de conceder a la Demandada una prórroga de dos semanas para presentar su Memorial de Contestación sobre el Fondo. El Tribunal aceptó la modificación propuesta al calendario procesal mediante una carta enviada a las Partes el 11 de febrero de 2016.

48. El 1 de marzo de 2016, el Tribunal propuso a las Partes que se publicaran en el sitio web del CIADI los documentos relacionados con el caso a los que se hace referencia en el Artículo 10.21.1 del DR-CAFTA.

49. El 7 de marzo de 2016, la Demandada aceptó la propuesta del Tribunal, aunque solicitó que se censurara el nombre de las personas respecto de las cuales las Demandantes alegan alguna conducta impropia o actos de corrupción.

50. El 9 de marzo de 2016, las Demandantes respondieron a la propuesta del Tribunal y a los comentarios de la Demandada aceptando la publicación de los documentos anteriormente mencionados y objetando la solicitud de eliminación de información de la Demandada. La Demandada presentó su réplica el 16 de marzo de 2016, en tanto las Demandantes proporcionaron observaciones adicionales el 30 de marzo de 2016.

51. El 5 de abril de 2016, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 relativa a la publicación de los documentos del caso. Entre otras cosas, el Tribunal rechazó la solicitud de la Demandada de que se censurara información de los documentos.

52. El 9 de abril de 2016, la Demandada presentó un Memorial de Contestación sobre el Fondo de fecha 8 de abril de 2016 (el "**Memorial de Contestación de la Demandada**").

53. El 17 de junio de 2016, las Partes presentaron solicitudes simultáneas para que el Tribunal se pronunciara sobre la exhibición de documentos.

54. El 1 de julio de 2016, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 4 pronunciándose sobre las solicitudes de exhibición de documentos de las Partes que se hallaban pendientes. Las Partes acordaron que no era necesario traducir al otro idioma del procedimiento (castellano) los calendarios Redfern adjuntos a esta resolución.

55. El 23 de julio de 2016, las Demandantes propusieron celebrar una audiencia separada de un día de duración para el interrogatorio de los peritos expertos en cuantificación de daños. La Demandada aceptó esta propuesta mediante carta de fecha 27 de julio de 2016, y esta segunda audiencia se fijó, tal como fuera acordado por las Partes, para el 7 de febrero de 2017.

56. El 5 de agosto de 2016, las Demandantes presentaron su Escrito de Respuesta sobre el Fondo (el "**Escrito de Respuesta de las Demandantes**" o "**Réplica**").

57. El 29 de octubre de 2016, la Demandada presentó su Memorial de Dúplica sobre el Fondo (el "**Memorial de Dúplica de la Demandada**"), de fecha 28 de octubre.

58. El 3 de noviembre de 2016, el Tribunal envió a las Partes un borrador de la resolución procesal relativa a la organización de las audiencias. Se invitó a las Partes a discutir las sugerencias efectuadas en este borrador y a notificar de cualquier acuerdo al Tribunal.

59. Previa consulta a las Partes, el 16 de noviembre de 2016, el Tribunal envió una carta a las Partes no contendientes del DR-CAFTA, inquiriendo acerca de si deseaban efectuar alguna presentación de conformidad con el Artículo 10.20.2 del DR-CAFTA.

60. Tras una serie de intercambios entre las Partes, el 17 de noviembre de 2016, el Tribunal decidió que no se preverían escritos anteriores a la audiencia. El Tribunal se pronunció asimismo respecto de otras cuestiones probatorias en preparación de la audiencia.

61. El 21 de noviembre de 2016, los Estados Unidos de América solicitaron una prórroga hasta el 1 de diciembre de 2016 para responder a la comunicación dirigida a las Partes no contendientes del DR-CAFTA. Solicitaron asimismo la oportunidad de asistir a la audiencia, instando al Tribunal a que reserve algo de tiempo en caso de que los Estados Unidos decidieran hacer una presentación.

62. Ese mismo día, 21 de noviembre de 2016, las Partes presentaron una versión revisada del borrador de resolución procesal distribuido el 3 de noviembre, reflejando sus consensos, las cuestiones respecto a las cuales no pudieron arribar a un acuerdo, y solicitando instrucciones por parte del Tribunal.

63. El 22 de noviembre de 2016, el Tribunal celebró con las Partes una conferencia telefónica preparatoria de la audiencia al efecto de tratar estas y otras cuestiones procesales en preparación de la audiencia. Las Partes confirmaron, *inter alia*, que no tenían objeción alguna a las solicitudes realizadas por los Estados Unidos.

64. El 25 de noviembre de 2016, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 5 relativa a la organización de las audiencias.

65. El 2 de diciembre de 2016, los Estados Unidos presentaron comunicaciones escritas de conformidad con el Artículo 10.20.2 del DR-CAFTA (la "**Presentación de Parte No Contendiente de los Estados Unidos**") [Traducción del Tribunal]. Esta presentación se analizará donde resulte pertinente en las secciones *infra*.

66. Se celebró una audiencia sobre Jurisdicción y Fondo en las Oficinas del Banco Mundial en Washington, D.C. entre los días 5 de diciembre y 12 de diciembre de 2016 (la "**Audiencia de Diciembre**"). Tal como fuera acordado por las Partes, la audiencia se transmitió en vivo a través del Sitio web del CIADI. Estuvieron presentes en la sala de audiencia las siguientes personas:

Tribunal:

Lic. Eduardo Siqueiros T.	Presidente
Sr. C. Mark Baker	Árbitro
Prof. Pedro Nikken	Árbitro

Secretariado del CIADI:

Sr. Francisco Grob	Secretario del Tribunal

En representación de las Demandantes:

Sr. George Burn	Vinson & Elkins RLLP
Sr. Peter Danysh	Vinson & Elkins RLLP
Sr. Jerome Hoyle	Vinson & Elkins RLLP
Sr. Robert Landicho	Vinson & Elkins RLLP
Sra. Louise Woods	Vinson & Elkins RLLP
Sra. Carolina Albreo-Carrillo	Vinson & Elkins RLLP
Dr. Todd Weiler	N/D
Sr. Esteban De La Cruz	Batalla
Sr. Herman Duarte	Batalla
Sr. Raúl Guevara	Batalla
Sr. Roger Guevara	Batalla
Sr. Manuel Ventura	Facio Abogados
Sr. David Aven	Demandante
Sr. Samuel Aven	Demandante
Sr. David Janney	Demandante
Sra. Carol Park	Demandante
Sr. Eric Park	Demandante
Sr. Roger Raguso	Demandante
Sr. Jeffrey Shioleno	Demandante
Sr. Don Aven	Familiar de la Demandante
Sr. Jeff Aven	Familiar de la Demandante
Sr. Minor Arce Solano	Testigo
Sr. Esteban Bermúdez	Testigo
Sr. Jovan Damjanac	Testigo
Sr. Néstor Morera	Testigo
Sr. Mauricio Mussio	Testigo
Sr. Edgardo Madrigal	Colega del testigo
Sr. Ian Baillie	Perito

Sr. Gerardo Barboza	Perito
Dr. Robert Langstroth	Perito
Dr. Ricardo Calvo	Perito
Sr. Luis Ortiz	Perito
Sra. Nancy Muller	Asistente de idiomas

En representación de la Demandada:

Sr. Christian Leathley	Herbert Smith Freehills LLP
Sra. Amal Bouchenaki	Herbert Smith Freehills LLP
Sra. Daniela Páez	Herbert Smith Freehills LLP
Sra. Lucila Marchini	Herbert Smith Freehills LLP
Sra. Elena Ponte	Herbert Smith Freehills LLP
Sr. Michael Kerns	Herbert Smith Freehills LLP
Sra. Adriana González	COMEX
Sra. Arianna Arce	COMEX
Sr. José Carlos Quirce	COMEX
Sra. Marisol Montero	COMEX
Sra. Francinie Obando	COMEX
Sr. Julio Jurado Fernández	Testigo
Sr. Luis Gerardo Martínez Zúñiga	Testigo
Sr. Hazel Díaz Meléndez	Testigo
Sra. Priscilla Vargas	Testigo
Sra. Mónica Vargas Quesada	Testigo
Dr. Timothy Hart	Credibility International
Sra. Rebecca Vélez	Credibility International
Sr. Kevin Erwin	Kevin Erwin Consulting
Dr. Johan S. Perret	Perito
Dr. B.K. Singh	Perito
Sra. Rosaura Chinchilla Calderón	Perito

Parte no contendiente:

Sr. Patrick W. Pearsall	Departamento de Estado de los EE. UU.
Sra. Nicole C. Thornton	Departamento de Estado de los EE. UU.

67. El 12 de diciembre de 2016, los Estados Unidos presentaron un cuadro que detallaba las presentaciones de Parte no contendiente que han realizado de conformidad con el Artículo 10.20.2 del DR-CAFTA en respuesta a una pregunta formulada por el Presidente del Tribunal durante el primer día de la audiencia, el 5 de diciembre de 2016.

68. El 12 de diciembre de 2016, las Demandantes procuraron obtener permiso para incorporar pruebas adicionales al expediente.

69. Tras una serie de intercambios de correspondencia entre las Partes, el Tribunal rechazó esta solicitud mediante carta de fecha 18 de enero de 2017.

70. Conforme al cronograma, se celebró una audiencia de un día de duración en las Oficinas del Banco Mundial en Washington, D.C. el 7 de febrero de 2017 (la "**Audiencia de Febrero**"). Tal como fuera acordado por las Partes, la audiencia se transmitió en vivo a través del Sitio web del CIADI. Estuvieron presentes en la sala de audiencia las siguientes personas:

Tribunal:

Lic. Eduardo Siqueiros T.	Presidente
Sr. C. Mark Baker	Árbitro
Prof. Pedro Nikken	Árbitro

Secretariado del CIADI:

Sr. Francisco Grob	Secretario del Tribunal

En representación de las Demandantes:

Sr. George Burn	Vinson & Elkins RLLP
Sr. Alexander Slade	Vinson & Elkins RLLP
Sr. Robert Landicho	Vinson & Elkins RLLP
Sra. Carolina Abreo-Carrillo	Vinson & Elkins RLLP
Dr. Todd Weiler	N/D
Sr. Roger Guevara	Batalla Salto Luna
Sr. Esteban de la Cruz	Batalla Salto Luna
Sr. David Aven	Demandante
Sr. Jorge Briceño	Testigo
Sr. Manuel Abdala	Compass Lexecon
Sra. Daniela Bambaci	Compass Lexecon
Sr. Charles Rice	Compass Lexecon

En representación de la Demandada:

Sr. Christian Leathley	Herbert Smith Freehills LLP
Sra. Daniela Páez	Herbert Smith Freehills LLP
Sra. Lucila Marchini	Herbert Smith Freehills LLP
Sr. Michael Kerns	Herbert Smith Freehills LLP
Sra. Adriana González	COMEX
Sra. Arianna Arce	COMEX
Sr. Tim Hart	Credibility International
Sra. Rebecca Vélez	Credibility International
Sr. Keith Constance	Credibility International

Parte no contendiente:

Sr. Patrick W. Pearsall	Departamento de Estado de los EE. UU.
Sra. Nicole C. Thornton	Departamento de Estado de los EE. UU.
Sra. Terra Gearhart-Serna	Departamento de Estado de los EE. UU.

71. Mediante carta de fecha 13 de febrero de 2017, el Tribunal envió a las Partes una lista de preguntas para tener en cuenta en sus respectivos escritos posteriores a la audiencia.

72. Tal como se programara, las Partes presentaron escritos posteriores a la audiencia simultáneos el 13 de marzo de 2017.

73. Mediante dos comunicaciones distintas de la misma fecha, 13 de marzo, la Demandada informó al Tribunal de determinados desarrollos en el Sitio del Proyecto Las Olas y presentó sus observaciones sobre un documento elaborado por los abogados de las Demandantes en respuesta a una pregunta formulada durante la Audiencia de Diciembre respecto de las presentaciones de Parte no Contendiente de los EE.UU. en otros casos en virtud del DR-CAFTA.

74. A invitación del Tribunal, las Demandantes realizaron observaciones a las alegaciones de la Demandada respecto de los desarrollos en el sitio en una carta de fecha 24 de marzo de 2017. Con la aprobación del Tribunal, la Demandada contestó esta carta el 17 de abril de 2017 y las Demandantes respondieron el 17 de abril de 2017.

75. El procedimiento se declaró cerrado el 1 de marzo de 2018.

76. Las Partes efectuaron sus presentaciones sobre costos el 15 de marzo de 2018.

V. PRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 10.20.2 DEL DR-CAFTA

77. El 16 de noviembre de 2016, el Tribunal invitó a las Partes del DR-CAFTA a presentar una comunicación de Parte no contendiente de conformidad con los términos del Artículo 10.20.2, y también los invitó a participar en la Audiencia de Diciembre. Solamente aceptaron los Estados Unidos de América.

78. El 2 de diciembre de 2016, los Estados Unidos de América efectuaron su presentación sobre cuestiones de interpretación del DR-CAFTA, de conformidad con el Artículo

10.20.2[9]. En su presentación, los EE.UU. abordaron cuatro temas relacionados con cuestiones de interpretación: (i) el Artículo 10.5; (ii) el Artículo 10.7; conjuntamente con el Anexo 10-C en cuya conformidad ha de interpretarse; (iii) el Artículo 10.11 en torno a la posibilidad de que los gobiernos en el marco del DR-CAFTA adopten medidas que de otro modo sean consistentes con el Capítulo 10; y (iv) la relación entre los Capítulos 10 y 17. La Presentación de los Estados Unidos advertía que no adoptaba postura alguna respecto de cómo su interpretación se aplicaba a los hechos del presente caso, y que no deberían hacerse inferencias de la ausencia de comentarios sobre algún tema no planteado.

79. Respecto del tema de la interpretación de los Estados Unidos del Artículo 10.5 del DR-CAFTA, en lugar de expresar una postura, los Estados Unidos afirmaron que sus opiniones ya se encontraban reflejadas en los párrafos 11-24 de la presentación de Parte no contendiente de fecha 17 de abril de 2015 en el caso en virtud del Capítulo 10 del DR-CAFTA *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. la República de Costa Rica* que adjuntó a su presentación.

80. La postura de los Estados Unidos con respecto al Artículo 10.5 fue esencialmente la siguiente[10]:

> (i). Al citar el texto de los Artículos 10.5.1 y 10.5.2, confirmó que estas disposiciones demuestran la intención expresa de los Estados Partes de establecer el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario como el estándar aplicable previsto en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA, y que el nivel mínimo de trato constituye un concepto paraguas que refleja un conjunto de reglas que, con el transcurso del tiempo, se ha cristalizado en el derecho internacional

[9] Presentación de Parte no contendiente de los Estados Unidos, de fecha 12 de diciembre de 2016, suscripta por Lisa J. Grosh, Asesora Jurídica Adjunta, Patrick W. Pearshall, Jefe de Arbitrajes relativos a Inversiones y Nichole C. Thornton, Abogada-Asesora de la Oficina de Reclamaciones Internacionales y Controversias relativas a Inversiones, del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

[10] La Presentación de los Estados Unidos en el caso *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica* puede encontrarse en https://www.state.gov/documents/organization/242886.pdf.

consuetudinario[11], y establece un *"*nivel por debajo del cual no debe caer el tratamiento a los inversores extranjeros*"*[12];

(ii). Que el derecho internacional consuetudinario actualmente se ha cristalizado para establecer un nivel mínimo de trato en solo unas pocas áreas. Una de estas áreas, que se trata de manera expresa en el Artículo 10.5, se refiere a la obligación de proporcionar un *"*trato justo y equitativo*"* que incluye, por ejemplo, la obligación de no denegación de justicia en los procedimientos contenciosos penales, civiles o administrativos. Una denegación de justicia surge, por ejemplo, cuando el poder judicial de un Estado administra justicia a los extranjeros de manera *"*notablemente injusta*"* o *"*flagrante*" "*que atenta contra un sentido de comportamiento judicial correcto*"*; [Traducción del Tribunal]

(iii). Que el Anexo 10-B del DR-CAFTA aborda la metodología de interpretación de las normas del derecho internacional consuetudinario previstas en el acuerdo. El anexo expresa que las Partes del tratado confirman su *"*común entendimiento que el 'derecho internacional consuetudinario' referido de manera general y específica en el Artículo 10.5 . . . resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal*"*. Los Estados Unidos agregan que este enfoque de dos elementos – práctica del Estado y *opinio juris* – se encuentra *"*respaldado ampliamente en doctrina*"* y es *"*adoptado generalmente en la práctica de los Estados y en las decisiones de cortes y tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia*"* [Traducción del Tribunal]. La práctica relevante de los Estados debe ser general y consistente y ser aceptada como ley, lo que significa que la práctica debe ir acompañada también de un sentido de obligación legal. Además, *ambos* requisitos gemelos, práctica del Estado y *opinio juris*, "debieran identificarse... al efecto de sustentar la determinación de que ha surgido una norma relevante del derecho internacional consuetudinario" [Traducción del Tribunal]. El anexo proporciona una orientación importante para evaluar si se ha demostrado que una supuesta norma constituye un elemento del derecho internacional consuetudinario.

(iv). Que ninguno de los dos conceptos "buena fe" ni "expectativas legítimas" constituyen elementos componentes del "trato justo y equitativo" en virtud del

---

[11] Como forma de describir la postura de los Estados Unidos, citó *Methanex c. Estados Unidos de América*, TLCAN/CNUDMI, Memorial sobre Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada, los Estados Unidos de América (13 de noviembre de 2000); *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Presentación Posterior a la Audiencia de la Demandada, los Estados Unidos de América sobre el Artículo 1105(1) y *Pope & Talbot* (27 de junio de 2002); *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN/CNUDMI, Memorial de Contestación de la Demandada, los Estados Unidos de América (10 de septiembre de 2006) ("Memorial de Contestación de los EE. UU., *Glamis*"); *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., y otros c. Estados Unidos de América*, TLCAN/CNUDMI, Memorial de Contestación de la Demandada, los Estados Unidos de América (22 de diciembre de 2008) ("Memorial de Contestación de los EE. UU., *Grand River*"). Presentación en *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, página 4 (CLA-196).

[12] Al expresar estas posturas, citó *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN/CNUDMI, Laudo ¶ 615 (8 de junio de 2009) ("El nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario es solo eso, un nivel mínimo. Actúa como un piso, un fondo absoluto por debajo del cual la conducta no es aceptada por la comunidad internacional") (RLA-38).

derecho internacional consuetudinario que den origen a una obligación independiente de un Estado receptor. Aunque un inversionista pueda crear sus propias expectativas respecto del régimen jurídico que rige su inversión, esas expectativas no imponen obligación alguna al Estado en virtud del nivel mínimo de trato. Los Estados Unidos mencionaron que no tienen conocimiento de ninguna práctica general y consistente del Estado y *opinio juris* que establezca una obligación en virtud del nivel mínimo de trato para no frustrar las expectativas de los inversionistas; por el contrario, se requiere algo más que una simple interferencia con esas expectativas. Los Estados pueden modificar o enmendar sus regulaciones en pos de lograr objetivos de bienestar social y no incurrirán en responsabilidad en virtud del derecho internacional consuetudinario simplemente porque dichos cambios interfieran con las "expectativas" de un inversionista respecto de la situación regulatoria en un sector particular;

(v). Además, los Estados podrían decidir de manera expresa por medio de tratados, ampliar las protecciones bajo la categoría de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" más allá de lo exigido por el derecho internacional consuetudinario. Extender tales protecciones a través de estándares "autónomos" en un tratado concreto constituye una decisión política de un Estado, más que una acción realizada en virtud de un sentido de obligación legal. Esa práctica no es relevante para determinar el contenido del artículo 10.5 que vincula expresamente "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" con el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario;

(vi). Por lo tanto, las Partes del DR-CAFTA pretendieron expresamente que el Artículo 10.5 otorgara un nivel mínimo de trato a las inversiones cubiertas, en tanto ese nivel se ha cristalizado en el derecho internacional consuetudinario mediante la práctica general y consistente del Estado y *opinio juris*. Para los supuestos estándares no especificados en el tratado, una demandante debiera demostrar que este estándar se ha cristalizado en una obligación en virtud de derecho internacional consuetudinario. Para hacerlo, corresponde a la demandante la carga de establecer la existencia y aplicabilidad de una obligación relevante en virtud del derecho internacional consuetudinario que cumpla con los requisitos de práctica del Estado y *opinio juris;* y

(vii). Una vez que se haya establecido una norma del derecho internacional consuetudinario, la demandante deberá entonces demostrar que el Estado ha adoptado una conducta que viola esa norma.

81. Con respecto al tema de la interpretación de los Estados Unidos del Artículo 10.7 y del Anexo 10-C, de manera similar, los Estados Unidos hicieron alusión a su postura expresada en el caso *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica* (agregando que el Artículo 10.7 debiera interpretarse de conformidad con dicho Anexo 10-C), que es esencialmente lo siguiente:

(i). Confirma que toda expropiación que no se ajusta a cada una de las condiciones específicas establecidas en los párrafos (a) a (d) del Artículo 10.7.1, constituye una violación del Artículo 10.7, y exige una indemnización de conformidad con el Artículo 10.7.2;

(ii). En virtud del derecho internacional, cuando una acción constituye una regulación de buena fe no discriminatoria, normalmente no se la considerará expropiatoria, y el párrafo 4 del Anexo 10-C del DR-CAFTA proporciona orientación específica para determinar si una acción, incluida una acción regulatoria, constituye una expropiación indirecta;

(iii). Que determinar si ha ocurrido una expropiación indirecta "exige una investigación caso por caso basada en los hechos" [Traducción del Tribunal] que considere entre otros factores los siguientes: (i) el impacto económico de la acción de gobierno, (ii) la medida en la cual dicha acción interfiere con las expectativas claras, inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental, y, posteriormente aborda brevemente cada una de ellas;

(iv). Con respecto al primer factor, un impacto económico adverso "por sí solo, no demuestra que haya ocurrido una expropiación indirecta" [Traducción del Tribunal]. Constituye un principio fundamental del derecho internacional que, para que prospere una reclamación de expropiación, la demandante deberá demostrar que la medida gubernamental en cuestión destruyó la totalidad, o virtualmente la totalidad, del valor económico de la inversión, o interfirió con ella hasta tal punto y de manera tan restrictiva como para "sustentar una conclusión de que se le ha 'confiscado' el bien al propietario"; [Traducción del Tribunal]

(v). El segundo factor exige una investigación objetiva de la razonabilidad de las expectativas de la demandante, que podría depender del entorno regulatorio existente en el momento en que se adquirió el bien en el sector particular en el que se efectuó la inversión. Por ejemplo, cuando un sector "ya se encuentra sumamente regulado, son previsibles las extensiones razonables de esas regulaciones"; [Traducción del Tribunal]

(vi). El tercer factor considera la naturaleza y el carácter de la acción de gobierno, incluido si esta acción conlleva una invasión física por parte del gobierno o si es de carácter más regulatorio (es decir, si "surge de algún programa público que ajusta los beneficios y cargas de la vida económica en aras de promover el bien común") [Traducción del Tribunal]; y

(vii). Por último, recordaron que el párrafo 4(b) del Anexo 10-C, prevé además que "[s]alvo 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". Este párrafo no constituye una excepción, sino que tiene por objeto brindarles a los tribunales orientación adicional al efecto de determinar si ha ocurrido una expropiación indirecta.

82. En lo que respecta al Artículo 10.11 del DR-CAFTA, los Estados Unidos señalan que la disposición "da cuenta de la interpretación de otras disposiciones del Capítulo Diez, incluidos los Artículos 10.5 y 10.7, y demuestra que el Capítulo Diez no pretendió menoscabar la capacidad de los gobiernos de adoptar medidas de otro modo consistentes con el Capítulo, incluidas medidas basadas en cuestiones ambientales, aun cuando esas medidas pudieren afectar el valor de una inversión"[13]. [Traducción del Tribunal]

83. La Presentación de los Estados Unidos posteriormente considera la relación entre los Capítulos Diez y Diecisiete del DR-CAFTA. Después de citar el texto, reconoció que el Artículo 10.2 subordina las disposiciones del Capítulo 10 a las disposiciones en todos los demás Capítulos del DR-CAFTA, en aquellos casos en los que exista una inconsistencia con otro Capítulo. Aunque estableció que "… la jurisdicción de un tribunal en virtud del Capítulo Diez se circunscribe, con arreglo al Artículo 10.16(1), a reclamaciones de que una Parte demandada violó una obligación del Capítulo Diez (Sección A), una autorización de inversión, o un acuerdo de inversión" [Traducción del Tribunal], y posteriormente procede a concluir que "Las disposiciones del Capítulo Diecisiete, junto con el Preámbulo y el Artículo 10.11, sirven para fundamentar la interpretación de otras disposiciones del Capítulo 10. Específicamente, estas disposiciones demuestran el compromiso de las Partes por preservar su discreción en la adopción, aplicación y cumplimiento de las leyes nacionales destinadas a lograr un alto nivel de protección del medio ambiente siempre y cuando hacerlo no sea de otro modo inconsistente con las disposiciones del Capítulo 10[14]. [Traducción del Tribunal]

A. **Las posiciones de las Partes respecto de la Presentación de los Estados Unidos**

84. Hacia el final de la Audiencia de Diciembre, el Tribunal invitó a las Partes a realizar observaciones respecto de la comunicación presentada por los Estados Unidos de conformidad con los términos del Artículo 10.22.2. Ambas Partes acordaron proporcionar estas observaciones, y aunque inicialmente intentaron presentar un documento con una

[13] Presentación de la Parte no contendiente de los Estados Unidos, ¶ 5, página 2.
[14] *Íd.*, ¶¶ 6-8, páginas 2-3.

postura común, no consiguieron alcanzar un consenso, y en cambio, cada una optó por formular observaciones en sus Escritos Posteriores a la Audiencia.

85. Las Demandantes han alegado que la interpretación de las disposiciones relevantes del DR-CAFTA debiera analizarse no solo a la luz de la postura que los Estados Unidos de América han respaldado en el pasado con respecto al propio DR-CAFTA, sino también a la luz del TLCAN (el "**Tratado de Libre Comercio de América del Norte**"), y también a la luz de cómo otros tribunales han interpretado esas disposiciones textualmente similares en el pasado.

86. Las Demandantes optaron por realizar observaciones principalmente respecto de dos cuestiones en las que consideraron que los representantes de los Estados Unidos han adoptado una postura restrictiva: primero, respecto de cómo debiera probarse el derecho internacional consuetudinario y segundo, el rechazo de aquello a lo que hicieran referencia como "la *jurisprudence constant* firmemente arraigada" [Traducción del Tribunal] sobre el trato justo y equitativo en lo que se refiere, por ejemplo, a la prohibición en contra de la arbitrariedad, la obligación de garantizar un debido proceso, o la responsabilidad del Estado que surge de la frustración de expectativas legítimas.

87. Las Demandantes rechazaron la manera en la cual los representantes de los Estados Unidos interpretan la referencia al "derecho internacional consuetudinario" en una reclamación en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA, que – alegan, establece que la única forma para que la reclamación de los demandantes-inversores prospere sería demostrar que ha existido una denegación de justicia o probar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario diferente[15].

88. Segundo, con respecto a la cuestión referida a si el Tratado sustenta o no una reclamación por frustración de expectativas legítimas, las Demandantes mencionaron en primer lugar que la Demandada inicialmente aceptó, en principio, la validez de las reclamaciones de las Demandantes, pero posteriormente la Demandada cambió su posición, adoptando la postura de los Estados Unidos luego de que este país hubiera realizado su presentación.

[15] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 116, página 61.

89. Las Demandantes consideran que la postura de los Estados Unidos sobre las así llamadas versiones "autónomas" del estándar de "trato justo y equitativo" ha sido incongruente[16]. Alegan que las declaraciones de los Estados Unidos en virtud del artículo 10.20(2) realizadas hasta la fecha sostienen que el Artículo 10.5 comprende el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario. Cada una de las presentaciones trata asimismo al Artículo 1105 del TLCAN como una expresión análoga del mismo estándar; que resulta en una interpretación restrictiva y limitada del Artículo 10.5. El argumento, sostienen las Demandantes, ha permanecido constante: un tribunal que interprete una disposición de "trato justo y equitativo" nunca ha de apoyarse en el razonamiento de un tribunal que interpretó una disposición de "trato justo y equitativo autónomo", en su lugar[17], las Demandantes contrastan esta opinión con aquella de los publicistas que citan, quienes fueran miembros de los tribunales en los casos *Mondev c. EE.UU.*, o *Railroad Development Corporation c. Guatemala*[18].

90. La Demandada, por otra parte, respalda las opiniones de los Estados Unidos de América sobre varios temas. Por ejemplo, en su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandada coincide con la postura de que el Capítulo 17 proporciona el contexto relevante a los fines de interpretación del Capítulo 10[19], y de cómo debiera interpretarse el Tratado teniendo en cuenta su preámbulo para "… demostrar el compromiso de las Partes por preservar su discreción en la adopción, aplicación y cumplimiento de las leyes nacionales destinados a lograr un alto nivel de protección del medio ambiente"[20].

91. Respecto del tema del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, la Demandada respalda la postura de los Estados Unidos, en el sentido de que se trata de un mínimo, "…un nivel por debajo del cual no debe caer el tratamiento a los inversores extranjeros"[21].

---

[16] *Íd.*, ¶ 121, página 63.
[17] *Íd.*, ¶ 123, página 64.
[18] *Mondev Int'l Ltd. c. EE. UU.*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶¶ 110-125 (CLA-50); *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/07/23, IIC 553 (2012), 29 de junio de 2012, ¶¶ 212-216 (CLA-193).
[19] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶ 490, página 114.
[20] *Íd.*, ¶¶ 498-499, página 115, que citan la Presentación de los Estados Unidos, ¶ 7.
[21] *Íd.*, ¶ 734, página 174, que cita la Presentación de los Estados Unidos que adjunta su propia presentación en *Spence c. Costa Rica*, ¶ 12.

B. **La postura del Tribunal**

92. El Tribunal observa que si bien esta clásica división entre inversionistas y Estados continúa siendo parte de muchos arbitrajes entre inversionistas-Estados, los hechos de esta controversia particular no exigen que el Tribunal dedique tiempo al análisis del tema en tanto se procederá a detallar *infra* en las secciones pertinentes.

VI. ANTECEDENTES DE HECHO

93. En los años 2001 y 2002, el Sr. Aven—uno de los Demandantes—decidió explorar oportunidades de inversión en Costa Rica, e identificó un lote de 37 hectáreas, compuesto de cinco parcelas, en Esterillos Oeste, en la Costa Pacífico de Costa Rica. Consideró que el sitio estaba bien conectado por vías públicas, contaba con una topografía adecuada para el desarrollo, excelentes vistas al mar, y acceso a la playa.

94. Las cinco parcelas debían abarcar el Proyecto Las Olas, que habría de dividirse en zonas que reflejaban los diferentes destinos que se darían al terreno[22]. Aunque había cuatro secciones identificadas, es importante destacar que las Demandantes siempre consideraron el proyecto de manera integral. Esta cuestión es de relevancia para el caso, tal como se analizará *infra*. Las cuatro secciones eran las siguientes:

> (a). El Sitio de la Concesión, esto es, el terreno que formaba parte de la zona marítima y que era objeto de la Concesión, donde se ubicaría el club de playa, con acceso directo al mar y las habitaciones de hotel de lujo e instalaciones del espacio común que podrían ser utilizadas por todos los residentes de Las Olas;
>
> (b). Las Servidumbres, esto es, el terreno en el lado occidental del inmueble, al que podría accederse a través de nueve servidumbres que llegarían hasta el sitio de Las Olas desde la ruta principal al oeste del inmueble, que contenía también un total de 72 lotes residenciales;
>
> (c). Área comercial y residencial en condominio, sobre todo en los extremos noroeste y noreste del sitio, se destinaron para establecimientos comerciales, como supermercados, restaurantes y, posiblemente, una estación de servicio para beneficio de los residentes de Las Olas; y

[22] Memorial de las Demandantes, ¶ 50, página 15.

(d). Condominio o Sector del "Condominio", esto es, la parte principal del sitio que comprendería lotes individuales sobre los que se construirían condominios. De acuerdo con el plan original, en un principio se contempló un número menor de lotes, pero de acuerdo con el plan revisado en el año 2008 el número aumentó a 288.

95. Las Partes de la presente controversia coinciden respecto de los hechos principales en torno a las reclamaciones ya que éstos se reflejan en las solicitudes y permisos emitidos por diversas autoridades gubernamentales y municipales de Costa Rica. Sin embargo, existen disensos significativos respecto de la competencia de diversas autoridades para emitir los permisos relevantes; la carga sobre el solicitante y el Estado en lo que respecta a la emisión de estos permisos; las implicancias de un permiso; y las conclusiones, determinaciones y alcance de sus respectivas conclusiones. De las presentaciones de las Partes y las declaraciones de diversos testigos durante la audiencia, queda claro que existen muchas incongruencias en los documentos y contradicciones entre las diversas autoridades gubernamentales durante el período comprendido entre las fechas en las que las Demandantes decidieron efectuar la inversión y el momento en el que se dictaron las medidas cautelares y se formularon las denuncias penales en contra del Sr. Aven y del Director de Ventas y Marketing del Proyecto Las Olas, el Sr. Jovan Damjanac.

96. En aras de analizar estos antecedentes de hecho tan complejos, el 17 de noviembre de 2016, el Tribunal invitó a las Partes a presentar una cronología consensuada, conjuntamente con un *dramatis personae* y una lista de temas en el marco del arbitraje. Esta invitación fue confirmada en la Resolución Procesal No. 5. Sin embargo, aunque las partes estuvieron de acuerdo y el 1 de diciembre de 2016 presentaron un *dramatis personae* conjunto, las Partes dieron cuenta en esa fecha que no pudieron arribar a un acuerdo sobre la cronología ni la lista de temas. El hecho de que no lo hicieran constituyó una carga pesada para el Tribunal, en tanto se vio exigido a reconstruir los antecedentes mediante las alegaciones cambiantes de las Partes y la incorporación tardía de pruebas durante el transcurso del presente caso.

97. A pesar de la ausencia de una cronología consensuada, el Tribunal ha elaborado una cronología de los acontecimientos relevantes, que ha de hallarse *infra*. La descripción de los acontecimientos más relevantes se analiza en el cuerpo del presente laudo.

Fecha	Acontecimiento
2002	
06/02/2002	Un Contrato de Opción celebrado entre el Sr. Aven y sociedades a efectos de adquirir las fincas (supeditado a los permisos para el desarrollo).
05/03/2002	El Instituto Costarricense de Turismo aprueba la adjudicación de la Concesión a La Canícula.
06/03/2002	La Municipalidad de Parrita adjudica la Concesión a La Canícula.
01/04/2002	Se celebra el Contrato de Compraventa de acciones de La Canícula e Inversiones Cotsco.
30/04/2002	Rescisión del Contrato de Fideicomiso para las acciones de La Canícula.
30/04/2002	Nuevo Contrato de Fideicomiso para la transferencia del 100% de las acciones de La Canícula por parte del Sr. Aven en calidad de fideicomitente al Banco Cuscatlán de Costa Rica, S.A. hasta tanto la acción declarativa de dominio cumpliera con la legislación de CR.
30/09/2002	El primer Formulario D-1 presentado se presenta ante la SETENA a efectos de recibir una VA para el Sector del Condominio.
22/11/2002	La SETENA responde y solicita un estudio de impacto ambiental para continuar con el proceso de obtención de una VA para el sector del Hotel (Resolución 1119-2002-SETENA).
2004	
23/11/2004	La SETENA otorga la primera VA para el sector de Villas La Canícula, válida durante el plazo de un año (Resolución 2164-2004-SETENA).
04/10/2004	Carta del Sr. Aven dirigida a las demás Demandantes que describe la titularidad de la estructura accionaria en las sociedades titulares de las fincas: Sam Aven 44%, David Aven 25%, Carol Park 10%, Eric Park 10%, Roger Raguso 5%, Jack Bucemi 3%, Jeff Shioleno 2% y David Janney 1%.
2005	
26/01/2005	La Canícula presenta el Formulario D-1 para recibir una VA para el Sitio de la Concesión.
08/03/2005	El Sr. Aven transfiere 51% de las acciones en La Canícula a Paula Murillo para cumplir con la ley ZMT de Costa Rica.
16/09/2005	Consolidación de las fincas en una parcela (Finca P-142646) (Catastro 1021869-05).
2006	
20/01/2006	El SINAC dicta una Resolución según la cual el Sitio de la Concesión no se encuentra dentro de un ASP.
01/03/2006	Las Demandantes nombran a DEPPAT como Regente Ambiental para Villas La Canícula.
17/03/2006	La SETENA emite una VA para el Sitio de la Concesión (Resolución No. 543-2006-SETENA).
2007	
27/02/2007	La SETENA prorroga por un año la VA para el sector de Villas La Canícula (Resolución 375-2007-SETENA).

25/04/2007	Se contrata al estudio de arquitectura Mussio Madrigal para preparar el Formulario D-1 para recibir una VA para el Sector del Condominio.
07/2007	Se emite para el Sector del Condominio el estudio geológico e hidrológico de Geotest/Geoambiente para el Sector del Condominio (el "Informe Protti").
13/08/2007	La Municipalidad de Parrita emite permisos para la construcción de cabañas en el sitio de servidumbres (Permiso 154-07).
08/11/2007	El Sr. Aven presenta el Formulario D-1 basándose en el Informe de Geotest / Geoambiente para el Sector del Condominio.
2008	
10/01/2008	La SETENA visita el sitio del Proyecto Las Olas debido a la presentación del Formulario D-1.
13/02/2008	La SETENA solicita información debido a la presentación del Formulario D-1 (SGP-DG-098-2008).
14/03/2008	El estudio Mussio Madrigal confirma que no existen bosques en el sitio del Proyecto Las Olas (P-1244761-2007).
27/03/2008	Se presenta ante la SETENA el supuesto Documento Falsificado.
02/04/2008	El SINAC dicta nuevas resoluciones que establecen que el sector del Condominio no se encuentra dentro de un ASP (ACOPAC-OSRAP-00282-08) (P-1244761-2007).
17/04/2008	La SETENA prorroga por un año la VA para el sector del Hotel (Resolución 884-2008-SETENA).
27/05/2008	La SETENA emite una VA para el Sector del Condominio (Resolución No. DGI-878-2008-SETENA), con sujeción a determinadas cláusulas.
02/06/2008	La SETENA emite una VA para el Sector del Condominio (Resolución No. 1597-2008-SETENA).
29/08/2008	Permisos de construcción para el hotel, cabañas y piscina en el Sitio de la Concesión (Permiso 165-08).
30/09/2008	El SINAC realiza una inspección debido a denuncias de vecinos.
01/10/2008	El SINAC emite un informe e identifica dos sitios de posibles humedales (ACOPAC-SD-087-08).
07/10/2008	El director del ACOPAC informa al SINAC que existen irregularidades en el sitio del Proyecto Las Olas que podrían afectar el ambiente (ACOPAC-D-1063-08).
22/10/2008	Se transfiere a Trio International Inc. la propiedad de la Finca P-142646 (condominio).
22/10/2008	Trio International Inc. divide el "Sector del Condominio" para crear 288 lotes.
2009	
00/03/2009	Los vecinos interponen una denuncia ante la Municipalidad de Parrita debido al supuesto daño al ambiente (relleno de humedales).
30/03/2009	Informe interno del SINAC que establece cuestiones legales respecto de firmas y documentos falsos en el expediente (SINAC-SE-GASP-070).
03/04/2009	DEPPAT renuncia a su cargo de Regente Ambiental.

26/04/2009	La Sra. Vargas (Municipalidad) visita el sitio del Proyecto Las Olas y confirma la existencia de posibles humedales y la tala de sotobosques, y sugiere una investigación (DeGA-049.2009).
2010	
20/01/2010	La Sra. Vargas (Funcionaria Ambiental en la Municipalidad de Parrita) realiza una segunda visita de inspección y confirma la existencia de vías, la evidencia de humedales y la tala de sotobosques.
05/05/2010	Las Demandantes le solicitan al SINAC una prórroga de la VA del año 2008 y confirman que no se han emprendido trabajos en el sitio.
20/05/2010	La Sra. Vargas realiza una tercera visita de inspección y solicita permisos para que se realicen trabajos.
20/05/2010	Nueva Carta-Acuerdo con Paula Murillo para transferir nuevamente 51% de La Canícula a efectos de cumplir con la Ley ZMT.
31/05/2010	La Sra. Vargas de la Municipalidad identifica otras denuncias de vecinos y le solicita a la Municipalidad de Parrita información acerca del Proyecto (DeGA-090-2010) y señalización (DeGA-092-2010).
01/06/2010	Las Demandantes (La Canícula, S.A.) presentan una solicitud ante la SETENA para reemplazar a DEPPAT en calidad de Regente Ambiental debido a diversos incumplimientos de la legislación aplicable.
02/06/2010	Se previó la caducidad de la VA para el Sector del Condominio.
14/06/2010	Las Demandantes notifican a la SETENA (a través de DEPPAT) del comienzo de los trabajos en el Sector del Condominio el 1 de junio de 2010.
14/06/2010	DEPPAT informa a la SETENA de su aceptación como Regente Ambiental para el Sector del Condominio.
14/06/2010	El departamento de Ingeniería Municipal informa a la Sra. Vargas que han vencido los permisos de construcción debido a que no se completaron los trabajos y que se cerrarán las vías debido a la falta de permisos (OIM-113-2010).
14/06/2010	El departamento de Ingeniería Municipal informa al Sr. Aven que los trabajos de construcción carecen de permisos y que estos debieran solicitarse (OIM-114-2010).
16/07/2010	El informe de inspección del SINAC concluye que no puede confirmar la existencia de humedales (proporciona requisitos), aunque determina la tala de sotobosques. (ACOPAC-OSRAP-371-2010).
16/07/2010	La Municipalidad de Parrita expide permisos de Construcción (7) para residencias en el sector de servidumbres (Permisos 090-10 a 096-10).
05/07/2010	Los vecinos interponen una nueva denuncia alegando la existencia de humedales.
16/07/2010	La Municipalidad de Parrita informa a las Demandantes que, a efectos de poder emitir permisos de construcción para un condominio en la finca (P-1244761-2007), deben presentar diversos documentos, incluida una prórroga de la VA (OIM-133-2010).
22/07/2010	DEPPAT presenta un plan de movimiento del terreno y los trabajos previstos en la servidumbre.

20/07/2010	Los vecinos interponen una nueva denuncia en contra del Proyecto Las Olas.
20/07/2010	El Sr. Bucelato interpone una denuncia en contra del Proyecto Las Olas ante la Defensoría de los Habitantes.
23/07/2010	La Defensoría de los Habitantes reconoce la denuncia del Sr. Bucelato (08441-2010-DHR).
07/08/2010	El Sr. Manfredi (ACOPAC-OSRAP) da cuenta de su visita al sitio del Proyecto Las Olas e informa que no existen humedales en el sitio (ACOPAC-OSRAP-371-2010).
17/08/2010	La SETENA visita el sitio del Sector del Condominio debido a la denuncia del Sr. Bucelato.
19/08/2010	La SETENA confirma que no existen humedales en el sitio del condominio (ASA-1216-2010-SETENA).
07/08/2010	La Defensoría de los Habitantes solicita información a la Municipalidad (08947-2010-DHR), al SINAC (08948-2010-DHR), a la SETENA (08949-2010-DHR) y al Tribunal Administrativo (08952-2010-DHR) vinculada a la denuncia de los vecinos.
18/08/2010	La Municipalidad de Parrita responde a la solicitud de la Defensoría de los Habitantes y da cuenta de múltiples visitas al sitio del Proyecto Las Olas por parte del MINAET, aunque todavía sin la emisión de informes respecto de la existencia de humedales (DeGA-200-2010).
19/08/2010	Un documento interno de la SETENA rechaza la denuncia del Sr. Bucelato y confirma que no existe evidencia de humedales en el sitio del Condominio.
27/08/2010	Bogantes le responde a la Defensoría y confirma que, sobre la base del Informe del SINAC de julio de 2010, no existen humedales.
28-29/08/2010	El Sr. Bogantes presuntamente solicita un soborno al Sr. Aven.
01/09/2010	La SETENA rechaza la denuncia de Bucelato y determina que no existe evidencia alguna de humedales en el Condominio (Resolución No. 2086-2010-SETENA).
07/09/2010	La Municipalidad de Parrita observa que la finca (P-1244761-2007) está ubicada en una zona de lomas y colinas, y se encuentra sujeta a la zonificación pertinente.
07/09/2010	La Municipalidad de Parrita expide un permiso de construcción para los trabajos.
09/09/2010	La Municipalidad de Parrita observa en un informe interno que faltan los documentos necesarios para garantizar los permisos de construcción para el sitio del condominio (ADU-012-10).
13/09/2010	La Municipalidad de Parrita informa a las Demandantes que faltan los documentos necesarios para garantizar los permisos de construcción para el sitio del condominio (ADU-013-10).
13/09/2010	Las Demandantes presentan una actualización del Plan de Gestión Ambiental para el Proyecto Las Olas, dando cuenta de los cambios introducidos desde 2008.
18/11/2010	Vecinos del Proyecto Las Olas interponen una nueva denuncia ante el SINAC respecto del Documento Falsificado.
23/11/2010	La Defensoría de los Habitantes da cuenta al SINAC de que los vecinos han interpuesto una denuncia respecto del supuesto Documento Falsificado.

25/11/2010	El SINAC confirma que el Documento Falsificado se encuentra efectivamente falsificado.
25/11/2010	El SINAC solicita a Luis Picado (ACOPAC) que realice otra visita al sitio a la luz de las nuevas denuncias (ACOPAC-D-1519-10).
30/11/2010	El SINAC le solicita a la SETENA que suspenda la VA para el Sector del Condominio.
09/12/2010	La Defensoría de los Habitantes solicita un informe de ACOPAC sobre presuntos daños al ambiente (13835-2010-DHR).
06-21/12/2010	Funcionarios del SINAC realizan visitas al sitio los días 6, 10, 17 y 21 de diciembre de 2010, y se presenta un informe (ACOPAC-CP-003-11).
2011	
11/01/2011	Las Demandantes solicitan una visita de inspección del SINAC a la finca a efectos de verificar la ausencia de daños al ambiente.
03/01/2011	La SETENA aprueba la actualización del plan de gestión ambiental presentado por DEPPAT (SG-ASA-04-2011).
03/01/2011	El SINAC emite un informe sobre conclusiones y recomendaciones respecto de la visita al sitio: (ACOPAC-CP-003-11). <u>Concluye</u>: Existen cuerpos de agua que podrían constituir humedales, la tala de sotobosques y el Documento Falsificado. <u>Recomienda</u>: Una inspección del sitio por parte de PNH, un estudio del suelo por parte del INTA, una investigación por parte de ACOPAC respecto del origen del Documento Falsificado, el dictado de una medida cautelar para suspender trabajos futuros y la interposición de una demanda penal por daños al bosque.
28/01/2011	Informe policial del SINAC en relación con el supuesto Documento Falsificado, la tala de sotobosques y el posible daño al humedal. (ACOPAC-CP-015-11-DEN).
04/02/2011	El SINAC da instrucciones a ACOPAC (Sr. Cubillo) para que interponga una denuncia penal tal como se recomendara en su informe de fecha 3 de enero de 2011 (ACOPAC-D-82-11).
04/02/2011	El SINAC solicita a PNH (ACOPAC-D-80-11) y al INTA (ACOPAC-D-81-11) una inspección a efectos de confirmar la existencia o no de humedales en la finca.
08/02/2011	El Fiscal Ambiental le pregunta al SINAC si existen humedales en el Proyecto Las Olas (35-FAA-11).
11/02/2011	El SINAC da cuenta al Fiscal Ambiental (ACOPAC-D-114-11) y a la Defensoría de los Habitantes (ACOPAC-D-115-11) de que le ha solicitado a PNH que informe acerca de la existencia de humedales en el Proyecto Las Olas.
14/02/2011	El SINAC dicta una medida cautelar que suspende todos los trabajos hasta tanto existan pruebas de los permisos, de la legitimidad del Documento Falsificado y de la existencia o no de humedales (ACOPAC-CP-032-11) ("<u>Medida Cautelar del SINAC</u>").
23/02/2011	Las Demandantes interponen ante el SINAC un Recurso de Apelación y solicitan la anulación de la Medida Cautelar del SINAC.
25/02/2011	El SINAC confirma la Medida Cautelar del SINAC (ACOPAC-CP-049-11).

25/02/2011	Las Demandantes presentan ante el SINAC y ACOPAC una solicitud de anulación de la resolución del SINAC de fecha 25 de febrero de 2011.
25/02/2011	Se interpone una demanda penal por el Documento Falsificado.
28/02/2011	La Defensoría de los Habitantes le informa al Sr. Bucelato de que su procedimiento se encuentra suspendido hasta tanto se resuelva otra denuncia ante el Fiscal Ambiental (02282-2011-DHR).
01/03/2011	Informe policial del SINAC dirigido al TAA que confirma el Documento Falsificado, la tala de sotobosques y el posible daño al humedal, al igual que solicita la determinación de PNH (ACOPAC-CP-052-11-DEN).
07/03/2011	El Departamento de la Zona Marítimo Terrestre da cuenta al Consejo Municipal de que se han recibido denuncias y presenta documentos que sugieren la posible existencia de humedales (DZMT-026-2011).
08/03/2011	Resolución del Consejo Municipal para solicitarle al Alcalde que dicte una medida cautelar a la luz del Documento Falsificado y de las denuncias de vecinos (SM-2011-0172).
18/03/2011	El SINAC emite un informe de inspección del sitio e identifica que los trabajos de construcción han afectado un humedal palustrino, sugiriendo una medida cautelar (SINAC-GASP-093-11).
18/03/2011	El SINAC emite un nuevo informe de inspección del sitio, confirma que se ha rellenado el humedal palustrino y solicita medidas correctivas (SINAC-GASP-143-11).
22/03/2011	DEPPAT presenta un informe al SINAC – ACOPAC y realiza observaciones acerca de los informes de inspección del sitio.
30/03/2011	Petición de los vecinos al MINAET para que se suspendan los trabajos de construcción del Proyecto Las Olas a la luz del Documento Falsificado respecto del relleno de humedales.
30/03/2011	La SETENA dicta una medida cautelar sobre cualquier trabajo futuro en el Sector del Condominio (ASA-590-2011-SETENA).
05/04/2011	El Alcalde de Parrita solicita al MINAE, a ACOPAC y al SINAC que presenten informes respecto de las medidas adoptadas porque se ha tomado la decisión de suspender todos los permisos relacionados con el Proyecto Las Olas.
05/04/2011	El SINAC emite un informe interno sobre la visita al sitio realizada el 16 de febrero de 2011, arribando a la conclusión de que no existían señales de relleno de humedales (ACOPAC-OSRAP-0233-11).
05/04/2011	El SINAC le informa al Alcalde de Parrita que se han adoptado medidas y que se encuentra pendiente un informe de PNH sobre la existencia de humedales (ACOPAC-DP-308-11).
00/05/2011	DEPPAT presenta su informe bimestral (No. 6, 3-2011) a la SETENA.
13/04/2011	La SETENA dicta una medida cautelar sobre futuros trabajos en el sitio del Proyecto Las Olas (839-2011-SETENA).
13/04/2011	Medida cautelar del TAA dictada sobre la base de las visitas de inspección al sitio del mes de diciembre de 2010, que las Demandantes indican que nunca han recibido.

01/05/2011	El SINAC (Sr. Cubero) prepara un informe y arriba a la conclusión de que no existen humedales.
05/05/2011	El INTA emite un informe conforme a la solicitud del SINAC de 04/02/2011 y concluye que el suelo no soporta un humedal (DE-INTA-255-2011).
06/05/2011	El Sr. Aven comparece ante la Fiscalía Ambiental y presenta una declaración, mediante la cual se comprometía a no continuar con los trabajos de construcción, aunque solicita una inspección a efectos de verificar la existencia de humedales y delimitarlos.
09/05/2011	La Municipalidad de Parrita emite una solicitud interna a efectos de aplicar la medida cautelar dictada por la SETENA – (DeGA-064-2011).
11/05/2011	La Municipalidad de Parrita notifica a las Demandantes de una medida cautelar (la Notificación de Paralización de la Municipalidad) basada en la medida cautelar dictada previamente por la SETENA (839-2011-SETENA) – (OIM-119-2011).
12/05/2011	La SETENA emite un informe interno que da cuenta de que continúan los trabajos en el sitio del Proyecto Las Olas a pesar de la medida cautelar dictada en abril de 2011 (DeGa-072-2011) y dicta una medida cautelar que ordena la interrupción de los trabajos en el Sector del Condominio del Proyecto Las Olas.
14/05/2011	El Sr. Aven presta declaración como imputado ante el Fiscal Ambiental.
16/05/2011	El SINAC emite un informe fotográfico ACOPAC-CP-081-11 sobre la existencia de humedales basado en las visitas realizadas.
18/05/2011	El SINAC emitió un informe (SINAC-GASP 143-11) dirigido al Fiscal (el Sr. Martínez) basado en una visita al sitio el 13 de mayo de 2011, que arribaba a la conclusión de que existía una zona de humedales de aproximadamente 1,35 hectáreas en el Proyecto Las Olas que había sido dañada por los trabajos de construcción emprendidos.
18/05/2011	Informe interno dentro de la Municipalidad de Parrita que da cuenta de que no se ha emitido permiso de construcción alguno y de que se ha cursado notificación a las Demandantes de la medida cautelar de la SETENA de 2011 (OIM-137-2011).
20/05/2011	El Fiscal Federal solicita al SINAC ACOPAC que delimite los humedales y los bosques (143-FAA-2011).
25/05/2011	Las Demandantes presentan un plan para la reparación de daños, sin reconocer responsabilidad alguna, y ofrecen la plantación de árboles y un parque para la comunidad.
31/05/2011	La SETENA resuelve mantener la medida cautelar y les ordena a las Demandantes que presenten un programa de mitigación para evitar la erosión (1190-2011.SETENA)
10/06/2011	La Municipalidad de Parrita emite un informe interno respecto de los trabajos que se están realizando en el sitio del Proyecto Las Olas.
23/06/2011	Visita de inspección por parte del TAA donde se identifican trabajos de construcción y la posible existencia de humedales.
27/06/2011	Visita de inspección por parte de la policía de Parrita donde se identifican trabajos de construcción, posteriormente informados a la SETENA el 28 de junio de 2011.
28/06/2011	El SINAC solicita a Parrita que controle los supuestos trabajos que han continuado a pesar de la medida cautelar de la SETENA (ACOPAC-CP-097-11).

07/07/2011	El SINAC emite un informe para el Fiscal Ambiental respecto de una visita al sitio del Proyecto Las Olas el 4 de julio de 2011, que confirmaba la existencia de un bosque de acuerdo con los términos de la Ley Forestal (ACOPAC-CP-099-11).
08/07/2011	La Municipalidad de Parrita notifica a las Demandantes de una inspección realizada como consecuencia de las denuncias de vecinos e identifica los trabajos realizados (OIM-244-2011).
11/07/2011	La Municipalidad emite un informe interno sobre el intento fallido de entregar una notificación a las Demandantes, que el Sr. Damjanac se ha negado a recibir (DI-025-2011).
13/09/2011	La SETENA notificó a las Demandantes que se constituyó un seguro de garantía, y que el Sr. Aven quedaba igualmente libre de responsabilidad en relación con el proyecto "Villas La Canícula", que ya no se desarrollaría (2185-2011-SETENA).
00/09/2011	DEPPAT presenta su informe bimestral (No. 8, agosto-septiembre de 2011) a la SETENA.
16/09/2011	El Sr. Aven interpone una denuncia penal ante la fiscalía de Parrita en contra del Sr. Bogantes por supuesto cohecho en agosto de 2010.
01/10/2011	El SINAC visita el sitio del Proyecto Las Olas.
03/10/2011	El SINAC informa al Fiscal Ambiental de la existencia de daños ambientales y de hombres talando árboles (ACOPAC-CP-129-2011-DEN).
03/10/2011	El Fiscal Ambiental (Sr. Martínez) solicita al Juez de Parrita que dicte una medida cautelar que restrinja la construcción en el sitio e interpone una denuncia penal en contra del Sr. Aven y del Sr. Damjanac por alegaciones de drenado y relleno de humedales.
21/10/2011	El Fiscal Ambiental (Sr. Martínez) solicita que se desista de las denuncias penales en contra del Sr. Aven debido a la falta de pruebas de que se lo notificara de la medida cautelar de la SETENA.
00/11/2011	DEPPAT presenta su informe bimestral (No. 9, octubre-noviembre de 2011) a la SETENA.
07/11/2011	El SINAC presenta un informe sobre una visita al sitio del Proyecto Las Olas el 25 de octubre de 2011, con recomendaciones para proteger el sitio y verificar la protección de los posibles humedales en el sitio (ACOPAC-OSRAP-784-2011).
10/11/2011	El Sr. Aven presenta una solicitud para que se suspenda cualquier procedimiento penal hasta tanto los tribunales administrativos decidan si se han ocasionado daños al ambiente.
15/11/2011	La SETENA revoca la medida cautelar de fecha 13/04/2011 ya que no halla motivo alguno para cuestionar la validez de la VA para el Sector del Condominio (Resolución 2850-2011-SETENA)
17/11/2011	El Fiscal inicia una acción civil para recuperar los daños ocasionados al ambiente en el sitio del Proyecto Las Olas.
30/11/2011	El Tribunal Penal de Parrita dicta una medida cautelar en contra de la continuidad de los trabajos en la investigación que se lleva adelante en contra del Sr. Aven y del Sr. Damjanac, y le ordena a la Municipalidad que suspenda todo permiso de construcción en los lotes señalados.
02/12/2011	La Municipalidad de Parrita entrega a las Demandantes los informes de inspección preparados y presentados con anterioridad a la SETENA (OIM-456-2011)

00/12/2011	La consultora INGEOFOR determina que no existe bosque alguno que pueda ser clasificado como tal en virtud de la Ley Forestal.
2012	
00/01/2012	DEPPAT presenta su informe bimestral (No. 10, diciembre de 2011-enero de 2012) a la SETENA.
26/01/2012	El Tribunal Penal en Parrita ordena al Alcalde de Parrita que suspenda cualquier permiso de construcción en determinadas zonas del sitio del Proyecto Las Olas.
00/03/2012	DEPPAT presenta su informe bimestral (No. 11, febrero-marzo de 2012) a la SETENA.
00/05/2012	DEPPAT presenta su informe bimestral (No. 12, abril-mayo de 2012) a la SETENA.
08/06/2012	DEPPAT emite una declaración con respecto a la presunta existencia de humedales y bosques en el sitio del Proyecto Las Olas.
00/07/2012	DEPPAT presenta su informe bimestral (No. 13, junio-julio de 2012) a la SETENA.
20/06/2012	Audiencia preliminar en el tribunal de Parrita en la causa penal en contra del Sr. Aven y del Sr. Damjanac.
14/06/2012	El TAA determina que, sobre la base de las visitas al sitio realizadas los días 4-8 de junio de 2012, existen pruebas para considerar que se rellenaron los humedales (TAA-DT-129).
20/06/2012	Audiencia preliminar en el tribunal de Parrita en la causa penal en contra del Sr. Aven y del Sr. Damjanac.
17/07/2012	El TAA resuelve unificar los casos de las denuncias interpuestas por el SINAC y el Sr. Bucelato (695-12-TAA).
24/07/2012	Informe del SINAC de las inspecciones al sitio realizadas durante 2011 y las resoluciones adoptadas por diversos organismos sobre el Proyecto Las Olas (ACOPAC-CP-064-12).
10/10/2012	Informe interno en la Municipalidad dirigido a la Comisión Ambiental que describe las distintas resoluciones dictadas entre 2009 y 2012 con respecto al Proyecto Las Olas por parte de la SETENA, del INTA, del TAA, de ACOPAC y los humedales identificados.
17/10/2012	Solicitud de diversos funcionarios de la Comisión Ambiental de la Municipalidad a ACOPAC para que determine la existencia de un humedal palustrino y lo delimite.
30/10/2012	ACOPAC responde a la Comisión Ambiental y le informa que no se encuentra facultado para llevar adelante la solicitud realizada el 17 de octubre de 2012 (ACOPAC-D-736-2012).
05/11/2012	El Consejo Municipal adopta la resolución de levantar la medida cautelar y de permitir la continuidad de los trabajos en el sitio del Proyecto Las Olas, que es comunicada al Alcalde y al Sr. Aven mediante carta de fecha 6 de noviembre de 2012 (SM-2012-802).
19/11/2012	La Sra. Vargas, Gerente Ambiental de la Municipalidad, le presenta un informe amplio al Alcalde de Parrita sobre el estado del Proyecto Las Olas (DeGS-359-2012).
04/12/2012	La Municipalidad de Parrita da cuenta de los permisos de construcción emitidos para el Sector del Condominio del Proyecto Las Olas (OIM-863-2012) (OIM-864-2012).
04/12/2012	El Alcalde de Parrita informa al Sr. Aven que, a esa fecha, la Municipalidad no ha iniciado acciones legales en relación con el Proyecto Las Olas (OAM-721-2012).

05/12/2012	Se inicia una causa penal en contra del Sr. Aven y del Sr. Damjanac.
07/12/2012	El Sr. Aven le envía una carta al Director Técnico de la SETENA mediante la cual reformulaba los términos de una reunión celebrada el 21 de noviembre de 2012.
2013	
29/01/2013	El Juez Penal en Parrita anula el procedimiento debido a que el juez que conocía la causa había estado enfermo entre los días 24 y 31 de enero de 2013.
29/01/2013	Se interpone un recurso ante el tribunal penal solicitando que se dicte una medida cautelar a la luz de las violaciones a los derechos constitucionales del Sr. Aven habida cuenta de las suspensiones en el caso.
02/02/2013	El Sr. Aven recibe un correo electrónico con presuntas amenazas.
15/04/2013	El Sr. Aven presenta una denuncia policial que da cuenta de un acontecimiento en el que su vehículo recibió disparos mientras circulaba en una autopista costarricense (Denuncia 000-13-008096).
22/04/2013	El Sr. Aven recibe un segundo correo electrónico con presuntas amenazas.
00/05/2013	El Sr. Aven abandona Costa Rica.
22/07/2013	El Sr. Aven recibe un tercer correo electrónico con presuntas amenazas.
30/09/2013	Sr. Aven recibe un cuarto correo electrónico con presuntas amenazas.
17/09/2013	Se entrega una Notificación de Intención de Someter la Controversia a Arbitraje.
26/09/2013	El Tribunal Penal en Puntarenas prorroga las Medidas Cautelares de 2011 hasta que finalice el procedimiento penal.
20/12/2013	El Sr. Morera (abogado penalista del Sr. Aven) le informa al tribunal penal de Puntarenas que el Sr. Aven ha recibido amenazas, que ha abandonado Costa Rica y que no asistirá a la audiencia, aunque solicita la posibilidad de hacerlo mediante videoconferencia.
2014	
10/01/2014	El Sr. Morera (abogado penalista del Sr. Aven) confirma la voluntad del Sr. Aven de comparecer y prestar declaración testimonial mediante videoconferencia.
13/01/2014	El Tribunal Penal de Puntarenas rechaza la petición y exige que el Sr. Aven comparezca personalmente para el juicio.
12/02/2014	Tras la repetición del juicio del Sr. Damjanac, el Tribunal Penal de Puntarenas lo sobresee.
04/03/2014	El Procurador General de Costa Rica interpone un recurso de apelación sobre la decisión de sobreseer al Sr. Damjanac.
25/05/2014	El Tribunal Penal emite una orden de captura internacional en contra del Sr. Aven (Notificación Roja de Interpol).
28/05/2014	El TAA imparte instrucciones al director de ACOPAC de que presente un informe de valoración económica sobre los daños ocasionados al ambiente (391-14-TAA).
29/08/2014	El Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito revoca la sentencia de sobreseimiento que liberara al Sr. Damjanac.

02/12/2014	El TAA imparte nuevamente instrucciones al director de ACOPAC de que presente un informe de valoración económica sobre los daños ocasionados al ambiente (1103-14-TAA).
2015	
11/09/2015	Interpol emite una declaración en el sentido de que el Sr. Aven no se encuentra sujeto a una Notificación Roja de Interpol.
02/11/2015	El Sr. Aven envía una carta al Sr. Martínez (Fiscal Ambiental) consultando respecto del estado de la presentación de denuncias en contra del Sr. Bogantes en 2011.

A. **Adquisición de las Fincas**

98. Para adquirir las fincas que componen el terreno de 37 hectáreas en Costa Rica, el Sr. Aven utilizó diversos vehículos comerciales ya establecidos en virtud de la legislación de Costa Rica, identificados y definidos como las Empresas. El porcentaje de cada uno de los inversionistas Demandantes difiere entre las Empresas.

99. En concreto, el 6 de febrero de 2002, se celebró un contrato de opción para adquirir las fincas[23] entre el Sr. Aven y el Sr. Carlos Alberto Monge Rojas— el accionista principal en las Empresas que ostentaba la titularidad de diversas fincas. El contrato de opción quedaba supeditado al recibo por parte del Sr. Aven de los permisos necesarios para desarrollar el terreno como proyecto. Aunque el Sr. Aven comparece por cuenta propia, ha alegado que actuaba en nombre de los demás inversionistas demandantes, y el 4 de octubre de 2004, el Sr. Aven envió una carta[24] dirigida a los demás inversionistas describiendo la estructura de titularidad de las acciones en las diferentes empresas que eran propietarias de las fincas.

100. Se presentó por primera vez una solicitud en el año 2002 en nombre de La Canícula, una de las Empresas, en pos de obtener una concesión sobre la zona marítima, esto es, la zona de playa contigua a la finca. En el mes de marzo de 2002, el Instituto Costarricense de Turismo aprobó el otorgamiento de la Concesión[25] y el contrato de concesión celebrado con la Municipalidad de Parrita.

[23] Anexo C-27.
[24] Anexo C-241.
[25] Anexos C-28 y R-2.

101. El 30 de abril de 2002, una vez que las Demandantes estuvieron satisfechas de que se habían emitido los permisos para el desarrollo del proyecto[26], se celebró un contrato entre el Sr. Aven y el Sr. Carlos Alberto Monge Rojas para la adquisición de las acciones que representaban el capital social de La Canícula e Inversiones Cotsco. Sin embargo, habida cuenta de que en virtud de la legislación de Costa Rica los nacionales extranjeros no podían ser propietarios de una mayoría del capital accionario en una sociedad comercial titular de una concesión sobre la zona marítima contigua a la playa, se colocaron las acciones de La Canícula en un fideicomiso en virtud del contrato celebrado con el Banco Cuscatlán de Costa Rica, S.A. que daba cuenta de la transferencia de las acciones de La Canícula, de modo tal que la estructura propietaria cumpliera con la legislación costarricense[27]. En virtud de sus términos, este contrato de fideicomiso debía extinguirse un año más tarde, aunque debido a inacción, las acciones continuaron en el fideicomiso del Banco Cuscatlán hasta que se extinguió realmente y las acciones se transfirieron a otro fideicomiso que tenía como beneficiario al Sr. Juan Carlos Esquivel, abogado del Sr. Aven[28].

102. Ulteriormente, el 8 de marzo de 2005, se transfirió el 51% de las acciones de La Canícula a la Sra. Paula Murillo, nacional de Costa Rica, quien fuera durante mucho tiempo asistente personal del Sr. Aven en Costa Rica[29]. El 10 de mayo de 2010, se celebró un nuevo contrato de transferencia entre el Sr. Aven y la Sra. Murillo con el mismo objeto, esto es, la transferencia del 51% del capital accionario de La Canícula[30] a la Sra. Murillo.

B. Solicitudes de Permisos de las Demandantes

103. El 23 de septiembre de 2002, las Demandantes presentaron ante la SETENA su Formulario de Evaluación Ambiental Preliminar para el "Proyecto Hotel La Canícula"[31] ubicado en el

[26] Las fechas en la que se celebró este contrato de compraventa han sido objeto de debate. Aunque el Sr. Aven declaró en su Segunda Declaración Testimonial (y las Demandantes en su Escrito de Respuesta) que el SPA se celebró el 1 de abril de 2002, posteriormente el Sr. Aven corrigió esto durante su declaración testimonial en la Audiencia de diciembre, alegando que la transferencia tuvo lugar el 30 de abril de 2002.
[27] Anexo C-237. Este contrato de fideicomiso fue presentado por las Demandantes después de que la Demandada presentara pruebas durante el procedimiento de arbitraje de la terminación del contrato de fideicomiso inicial. Ambos de fecha 30 de abril de 2002.
[28] Anexo R-393.
[29] Anexo C-242. La Sra. Murillo actuó asimismo ante los organismos costarricenses en calidad de representante legal de las Empresas en varios procedimientos administrativos.
[30] Anexo C-65. Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 537, página 283.
[31] Anexo R-3.

Sitio de la Concesión. Tras una inspección realizada por la SETENA el 11 de octubre de 2002, el organismo concluyó que "[p]or ubicarse el proyecto en zona marítimo terrestre, el incremento en la capacidad de carga de servicios, se solicita [Estudio de Impacto Ambiental]"[32]. La SETENA les exigió a las Demandantes que presentaran un estudio de impacto ambiental el 22 de noviembre de 2002[33]. A pesar del nombramiento del Sr. Carlos Dengo Garron como consultor a cargo de las presentaciones relacionadas con esta cuestión, las Demandantes nunca presentaron ante la SETENA solicitud alguna para el desarrollo del hotel.

104. Posteriormente, en el año 2004, el Sr. Aven encargó un estudio combinado de marketing y planificación del proyecto en pos de ayudar a elaborar un diseño conceptual[34]. Con posterioridad al diseño, se presentó una solicitud ante la SETENA para el desarrollo de un condominio denominado "Villas La Canícula". El 23 de noviembre de 2004, la SETENA emitió el primer Permiso de Viabilidad Ambiental para el proyecto "Villas La Canícula"[35] que cubría el área tanto del Sector del Condominio, como del Sector de Servidumbres. No se dio inicio a desarrollo alguno, aunque, el 27 de febrero de 2007, la SETENA otorgó una prórroga de un año a este primer Permiso de Viabilidad Ambiental en razón de que "*los permisos de construcción del proyecto* [de las Demandantes] *aún se encuentran en trámite*"[36]. Este Permiso de Viabilidad Ambiental original venció posteriormente un año más tarde. Dado que el proyecto Villas La Canícula no se desarrolló dentro de este plazo, la SETENA cerró su expediente sobre el proyecto el 13 de septiembre de 2011, restituyendo la garantía ambiental que habían depositado las Demandantes cuando solicitaron el Permiso de Viabilidad Ambiental[37].

105. De manera contemporánea, en el mes de enero de 2005, La Canícula había solicitado un Permiso de Viabilidad Ambiental para los proyectos del "Hotel Colinas del Mar" en el Sitio de la Concesión[38], para los cuales la SETENA emitió un permiso el 1 de marzo de

[32] Anexo R-4.
[33] Anexo R-5.
[34] Anexo C-30.
[35] Resolución Expediente No. 2164-2004-SETENA, Anexo R-9.
[36] Resolución No. 375-2007 SETENA, Anexo R-12.
[37] Anexo R-112.
[38] Anexo R-10.

2006[39]. De conformidad con los requisitos para la solicitud de permisos de la SETENA, las Demandantes obtuvieron la confirmación del SINAC de que el Sitio de la Concesión no se encontraba dentro de un Área Silvestre Protegida ("ASP") según comunicado de fecha 21 de enero de 2006[40].

106. En pos de consolidar la titularidad de diferentes terrenos en una única parcela, el Sr. Aven solicitó ulteriormente consolidar las fincas, garantizando la aprobación para consolidar diversas fincas en una (Finca P-142646) en el mes de septiembre de 2005[41]. El título de propiedad de esta finca conjunta se transfirió posteriormente en el mes de octubre de 2008[42] a Trio International Inc., una sociedad propiedad de las Demandantes, y se crearon 288 lotes que constituían el Sector del Condominio del Proyecto Las Olas.

107. En el mes de marzo de 2006, las Demandantes nombraron a DEPPAT, S.A. como "Regente Ambiental" para el Proyecto Villas La Canícula[43]. El Regente Ambiental es el profesional encargado de garantizar que las obras emprendidas por un desarrollador no tengan impacto en el ambiente. DEPPAT renunció a su cargo en el mes de abril de 2009 y notificó a la SETENA de su retiro debido a que las Demandantes no indicaron una fecha de inicio para el proyecto Villas La Canícula. Sin embargo, DEPPAT mantuvo su contrato con las Demandantes para los demás proyectos en Las Olas.

108. En un importante paso orientado al desarrollo del Proyecto Las Olas, las Demandantes contrataron al estudio de arquitectura e ingeniería de Mussio Madrigal en el mes de abril de 2007 para elaborar un plan maestro para el sitio de todo el proyecto y para solicitar los permisos de Viabilidad Ambiental y construcción para el Sector del Condominio[44].

109. El Sr. Edgardo Madrigal Mora, uno de los socios del estudio, era el responsable de procesar el "**Formulario D1**" para garantizar la Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio. Como parte de los antecedentes que debían adjuntarse a la solicitud, las Demandantes debían proporcionarle a la SETENA un plan de gestión ambiental, un estudio

[39] Resolución No. 543-2006-SETENA, Anexo C-36.
[40] Anexo C-223.
[41] Anexo C-242.
[42] Anexo C-4.
[43] Anexo R-10.
[44] Anexo C-43.

geotécnico, un protocolo ambiental físico, un estudio arqueológico, y una certificación de riesgo antropogénico. Posteriormente, el estudio Mussio Madrigal encargó estos estudios e informes a terceros.

110. En el mes de julio de 2007, Mussio Madrigal contrató a otro estudio, Tecnocontrol S.A., para que emprendiera varios de los estudios, entre ellos, un estudio hidrológico[45]. Tecnocontrol S.A. solicitó, a su vez, el estudio a Geotest S.A. Geólogos Consultores. El Sr. Roberto Protti emprendió el estudio, y elaboró un informe[46] (el "**Informe Protti**"). Por motivos que son objeto de controversia en el contexto del presente arbitraje, el Informe Protti no fue tenido en cuenta para la solicitud de la viabilidad ambiental, ni se lo adjuntó al Formulario D1 presentado ulteriormente. Sin embargo, el Informe Protti fue presentado posteriormente ante el SINAC en el año 2011, tres años después de que las Demandantes obtuvieran la VA para el Sitio del Condominio. La Demandada ha asignado gran relevancia a este hecho porque afirma que el Informe Protti daba cuenta y delineaba la existencia de una zona central en el inmueble que presentaba áreas anegadas de tipo pantanoso con drenaje deficiente. Si se hubiera informado a la SETENA de las conclusiones del Informe Protti, agrega la Demandada, se habría exigido a las Demandantes que se sometieran a un proceso de impacto ambiental mucho más exigente para obtener los permisos necesarios para el desarrollo y se les habría exigido llevar adelante amplios arreglos para proteger los ecosistemas en el Sitio del Proyecto.

111. Al mes siguiente, agosto de 2007, Mussio Madrigal encargó un plan de gestión ambiental para el Sector del Condominio a Geoambiente, S.A., una empresa de consultoría privada constituida en Costa Rica, que emitió el informe pertinente[47] (el "**Informe Geoambiente**").

112. El 8 de noviembre de 2007, el Formulario D1 fue presentado por las Demandantes[48] ante la SETENA al efecto de garantizar la Viabilidad Ambiental con respecto al Sector del Condominio[49], basándose en el Informe Geoambiente para el Plan de Gestión Ambiental, entre otros documentos que incluyeron un Estudio Geotécnico realizado por Tecnocontrol

[45] Escrito de Respuesta (Réplica) de los Demandantes, ¶ 245, páginas 84-85.
[46] Anexo R-11.
[47] Anexo R-1.
[48] Sr. Aven firmó en nombre de Inversiones Cotsco C&T, S.A.
[49] Anexo R-13.

S.A. (que incluyó también un estudio hidrológico); un Protocolo Ambiental Físico elaborado por el Sr. Eduardo Hernández García; un Estudio Arqueológico elaborado por la Sra. Tatiana Hidalgo que concluyó que no existía evidencia arqueológica alguna en el sitio, y una Certificación de Riesgo Antropogénico del Sr. Edgardo Madrigal Mora que certificó que no existían fuentes de riesgo antropogénico dentro del sitio[50].

113. Como parte del proceso usual del Formulario D1, la SETENA realizó una visita de inspección al Sector del Condominio del Proyecto Las Olas el 10 de enero de 2008[51]. La SETENA solicitó ulteriormente, en el mes de febrero de 2008, información complementaria del Sr. Aven relativa al Formulario D1, con inclusión de lo siguiente: (i) un mapa de la cobertura vegetal, (ii) el certificado de inscripción del inmueble, (iii) una declaración del ACOPAC-MINAE que confirme el uso principal del suelo, (iv) confirmación en cuanto a la presencia de zonas de bosques, (v) un registro fotográfico del área del proyecto, y (vi) una declaración jurada del desarrollador de que las obras no comenzarían sin antes haber recibido la Viabilidad Ambiental.

114. En respuesta a la solicitud de información, y específicamente con respecto al punto (iv) en el párrafo anterior, Mussio Madrigal declaró en una carta de fecha 14 de marzo de 2008 que no existían zonas de bosques en el Sector del Condominio del proyecto, a pesar de los mapas del registro fotográfico en los registros de la SETENA que mostraban la existencia de estas zonas[52]. La empresa solicitó por separado confirmación del SINAC de que el sitio no se encontraba emplazado dentro de un área silvestre protegida. El 2 de abril de 2008, el SINAC respondió mediante un comunicado (ACOPAC-OSRAP-00282-08) en el sentido de que el Sector del Condominio no se encontraba dentro de un ASP[53]. La relevancia de esta determinación es controvertida entre las Demandantes y la Demandada.

115. Poco tiempo después del vencimiento el 17 de marzo de 2008 del Permiso de Viabilidad Ambiental emitido dos años antes para el proyecto “Hotel Colinas del Mar” en el Sitio de

[50] El Estudio Geotécnico de Tecnocontrol S.A. adjunto al Formulario D1 no correspondía al proyecto Las Olas, aunque ni las Demandantes ni la Demandada se dieron cuenta de esto hasta la Audiencia de diciembre. Posteriormente las Demandantes reconocieron que el informe de Tecnocontrol, S.A. en el expediente de la SETENA era un error, pero no fue posible determinar si este error fue atribuible a Geoambiente o a la SETENA.
[51] Incluida como parte del expediente que se halla en el Anexo C-222.
[52] Anexo R-16.
[53] Anexo C-48.

la Concesión, las Demandantes presentaron una solicitud de prórroga, y esta se les concedió por un año adicional el 24 de marzo de 2008.

116. El 27 de marzo de 2008, sólo días antes de que se emitiera el comunicado del SINAC mencionado *supra* que confirmaba que el Sector del Condominio no se encontraba dentro de un ASP, se presentó un Informe del SINAC No. 67389RNVS-2008 ante la SETENA como parte del expediente del Proyecto Las Olas[54] al que se ha hecho alusión durante el procedimiento como el "**Documento Falsificado**". Tanto las Demandantes como la Demandada se han distanciado de su origen, y han surgido muchas discusiones entre ellas en cuanto a quién tenía motivos para elaborarlo y presentarlo, pero el Tribunal aún no tiene claro quién lo elaboró realmente. Este documento, presuntamente firmado por Gabriel Quesada Avendaño (un biólogo del SINAC) y Ronald Vargas (Director del SINAC) que establecía que los criterios seguidos por el Proyecto Las Olas para la protección del ambiente cumplían con los requisitos del SINAC, arribó a la conclusión de que el Proyecto "no constituye una amenaza evidente en el corredor biológico Esterillos Oeste ni socava en abosluto la biodiversidad del Refugio Nacional de Vida Silvestre Local". Se confirmó que este documento se trataba de una falsificación – aunque esto no fue hasta el mes de noviembre de 2010. En el ínterin, parece que la SETENA confió en el documento.

117. El 2 de abril de 2008 el Área de Conservación Pacífico Central del SINAC envió una carta al Sr. Mauricio Mussio, uno de los directores en el estudio de arquitectos de las Demandantes, que confirmaba que una determinada finca no se encontraba dentro de un área silvestre protegida[55]. Esta carta identifica la finca número P-1244761-2007, aunque esto no pareciera cubrir la totalidad de las fincas, incluido el Sector de Servidumbres del Proyecto Las Olas[56].

118. El 3 de abril de 2008, las Demandantes efectuaron una segunda presentación ante la SETENA con la información y la documentación solicitada en la comunicación

[54] Anexo C-47.
[55] ACOPAC-OSRAP-00282-08, Anexo C-48.
[56] Esta finca no se encuentra enumerada como una que haya sido propiedad de las Demandantes, ni en el Anexo A del Memorial de las Demandantes, ni en el Anexo B del Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia. Sin embargo, se trata de un plano de un terreno adjunto como Anexo 6 al Informe Pericial de Barboza.

complementaria de la SETENA del mes de febrero de 2008 en relación con el Formulario D1 para el Sector del Condominio[57].

119. Por último, el 2 de junio de 2008, la SETENA emitió el Permiso de Viabilidad Ambiental (Resolución No. 1597-2008-SETENA) para el Sector del Condominio[58]. Entre las condiciones establecidas en el permiso se encontraban las siguientes: (i) que en el caso de que fuera necesaria la tala de algún árbol, se debía solicitar un permiso del MINAE, y (ii) la necesidad de notificar a la SETENA con un mes de antelación del inicio de la construcción en el terreno.

120. Tras recibir el Permiso de Viabilidad Ambiental de la SETENA para el Sector del Condominio, las Demandantes solicitaron permisos de construcción a la Municipalidad de Parrita. En el mes de agosto de 2008, la Municipalidad emitió permisos de construcción para un hotel, cabañas, y una piscina en el Sitio de la Concesión (Permiso 165-08)[59]. Aunque también se solicitó un permiso de construcción con respecto al Sector del Condominio en una fecha ulterior, la Municipalidad rechazó la solicitud el 19 de julio de 2010 por diversos motivos; entre ellos, el hecho de que había caducado el Permiso de Viabilidad Ambiental emitido para el Sitio del Condominio en el año 2008[60]. El permiso municipal se otorgó finalmente el 7 de septiembre de 2010.

121. El SINAC (a través de la oficina del Área de Conservación Pacífico Central de Parrita) realizó una inspección al Sector del Condominio del Proyecto Las Olas el 30 de septiembre de 2008, y emitió un informe (**ACOPAC-SD-087-08 o el "Informe del SINAC de 2008"**), que identificó la existencia de dos (2) posibles humedales[61]. Durante esta inspección, el Sr. Mauricio Mussio de Mussio Madrigal se unió a los inspectores en su visita. No existió seguimiento alguno sobre este hallazgo.

[57] Anexo R-18.
[58] Anexo C-52.
[59] Anexo C-40.
[60] Anexo R-39.
[61] Anexo R-20.

C. Inquietudes de Vecinos e Investigación de la Municipalidad

122. En el mes de marzo de 2009, ciertos vecinos de la comunidad Esterillos Oeste presentaron una denuncia formal en la Municipalidad[62], por la cual alegaban que en el sitio del Proyecto Las Olas siempre había habido humedales, como lo demuestran la inundación de esa zona durante la temporada de lluvias y la existencia de fauna típica de humedales. Los vecinos acusaron a las Demandantes de rellenar la laguna, talar árboles y construir calles pavimentadas[63].

123. El 26 de abril de 2009, la Sra. Mónica Vargas-Quezada, Gestora Ambiental de la Municipalidad de Parrita, visitó el Sector del Condominio y confirmó la tala de árboles y la construcción de calles pavimentadas[64]. Sobre la base de otras denuncias de vecinos, el 20 de enero de 2010 la Sra. Vargas realizó una segunda inspección y nuevamente confirmó la construcción de calles pavimentadas, la existencia de humedales y la tala de árboles[65]. El 21 de mayo de 2010, se llevó a cabo una tercera inspección.

124. El 31 de mayo de 2010, la Sra. Vargas preparó tres informes internos para la Municipalidad luego de su última visita al sitio del proyecto, en los cuales (a) detallaba las visitas realizadas y solicitaba que las autoridades correspondientes llevaran a cabo una categorización oficial del área[66], (b) informaba al Departamento de Construcción de la Municipalidad acerca de la existencia de un humedal en el sitio y solicitaba información del expediente[67], y (c) solicitaba información al Departamento de Permisos de la Municipalidad sobre la existencia de permisos en el Proyecto Las Olas[68].

125. El 14 de junio de 2010, el Departamento de Desarrollo Urbano y Social de la Municipalidad de Parrita respondió a la Sra. Vargas y le confirmó que el Proyecto Las Olas no contaba con ningún permiso de construcción para realizar movimientos de tierra o construir carreteras privadas con electrificación[69].

---

[62] Anexo R-23.
[63] Anexo R-26.
[64] *Íd.*
[65] Anexo C-67.
[66] *Íd.*
[67] Anexo R-29.
[68] Anexo R-30.
[69] Anexo R-34.

126. Ese mismo día, 14 de junio de 2010, la Municipalidad intentó enviar un comunicado[70] al Sr. Damjanac para advertirle acerca de las denuncias de que las obras se estaban ejecutando sin haber obtenido los permisos de construcción necesarios. Las Demandantes han insistido en que nunca recibieron la carta. Ese mismo día, las Demandantes notificaron a la SETENA del inicio de las obras en el Sector del Condominio, mediante carta de fecha 1 de junio de 2010[71]. La Demandada asevera que, si bien la carta estaba fechada el 1 de junio, se entregó recién el 14 de ese mes. La Demandada señala que esto es probable porque el Permiso de Viabilidad Ambiental correspondiente a esa área vencía el 2 de junio de 2010.

127. Fue por eso que la Sra. Vargas presentó una denuncia el 15 de junio de 2010 ante el Tribunal Ambiental Administrativo ("**TAA**"), una división del Ministerio de Ambiente, mediante la cual solicitaba una investigación del Proyecto Las Olas en vista de (i) las inquietudes acerca de si se estaban rellenando humedales; (ii) la construcción de calles pavimentadas y (iii) el hecho de que se había talado y quemado "vegetación[72].

128. Al día siguiente, el 16 de junio de 2010, la Sra. Vargas informó al SINAC acerca de sus hallazgos e informes anteriores emitidos con respecto al Proyecto Las Olas[73].

129. Curiosamente, el mismo día que la Sra. Vargas anunció públicamente sus inquietudes, la Municipalidad emitió siete permisos de construcción para el Sector de Servidumbres del Proyecto Las Olas[74]. Pocos días después, el 22 de junio de 2010, DEPPAT—la Regente Ambiental contratada por el Sr. Aven—presentó un plan de movimientos de tierra y un programa de obras previstas con respecto al Sector de Servidumbres[75].

130. El 8 de julio de 2010, el Sr. Bogantes—Director de la Oficina Regional del SINAC en Quepos—y el Sr. Manfredi—también del SINAC—visitaron el Sector del Condominio junto con representantes de la SETENA[76]. El 16 de julio de 2010, el SINAC (a través del Área de Conservación Pacífico Central) emitió un Informe (ACOPAC-OSRAP-371-2010)

[70] Anexo R-35.
[71] Anexo R-31.
[72] Anexo C-69.
[73] Anexo C-70.
[74] Anexos C-14 y C-71.
[75] Anexo R-42.
[76] Anexos C-72 y C-78.

en el que concluyó que no logró determinar la existencia de humedales, pero sí confirmó la tala de árboles[77]. En este informe, el SINAC estableció los elementos que consideró necesarios para determinar la existencia de humedales y concluyó que no podía confirmarlos.

131. Mientras tanto, vecinos del área del proyecto continuaron presentando nuevas denuncias. El 20 de julio de 2010, el Sr. Bucelato y otros presentaron una denuncia a la Municipalidad en relación con la existencia de humedales que se estaban rellenando, entre otras inquietudes vinculadas al impacto ambiental[78]. La Defensoría de los Habitantes admitió y aceptó someter a investigación la denuncia el 23 de julio de 2010[79].

132. Como consecuencia de las denuncias de los vecinos, el 7 de agosto de 2010, la Defensoría de los Habitantes informó a la SETENA acerca de las denuncias, y le solicitó un informe en cuanto a si estaba al tanto de la denuncia y si el Proyecto Las Olas contaba con los Permisos de VA necesarios[80]. Ese mismo día, la Defensoría de los Habitantes envió otra carta al alcalde de Parrita para alertarlo acerca de las denuncias y solicitar información a la Municipalidad a fin de realizar una investigación[81]. En respuesta a este comunicado, el 18 de agosto de 2010[82], la Municipalidad informó que se habría realizado una inspección en el año 2009 y solicitó al MINAET realizar un estudio, dado que la Municipalidad carecía de competencia para determinar la existencia de humedales. Dentro de la lista de documentos respaldatorios del proyecto, la Municipalidad incluyó una referencia al Documento Falsificado.

133. En función de las denuncias de los vecinos con respecto al deterioro de los Humedales y las inundaciones, la SETENA realizó otra visita al Proyecto Las Olas el 18 de agosto de 2010 y emitió otro informe interno, en el cual confirmaba que no había indicios de "movimientos de tierras" o "cuerpos de agua (lagos)" en el Sector del Condominio[83]. En consecuencia, al día siguiente la SETENA emitió un informe (ASA-1216-2010-SETENA)

[77] Anexo C-72.
[78] Anexo R-40.
[79] Anexo R-43.
[80] Comunicado N.º 08949-2010-DHR, Anexo R-45.
[81] Comunicado N.º 08952-2010-DHR, Anexo R-46.
[82] Anexo R-49.
[83] Anexo C-78.

por el que recomendaba rechazar las denuncias de los vecinos puesto que no había humedales o cuerpos de agua (lagos) en el sitio[84].

134. El 27 de agosto de 2010, el SINAC respondió, a través del Sr. Christian Bogantes (director de la Oficina Subregional de Aguirre y Parrita), a la Defensoría de los Habitantes y les advirtió que, en función de los diversos informes preparados, incluso la visita que realizó el Sr. Rolando Manfredi el 8 de julio de 2010, no había humedales ni cuerpos de agua (lagos) en la finca[85].

135. El 1 de septiembre de 2010, la SETENA emitió una Resolución (No. 2086-2010-SETENA) en la que citaba las inspecciones y los informes mencionados en los párrafos precedentes, y determinó que las denuncias entabladas por el Sr. Bucelato debían rechazarse, ya que no había ninguna prueba acerca de la existencia de movimientos de tierras, cuerpos de agua (lagos) o humedales en el sitio[86]. La SETENA ordenó a las Demandantes que presentaran un plan de gestión ambiental para el Sector del Condominio del Proyecto Las Olas en un plazo de treinta días hábiles.

136. El 7 de septiembre de 2010, la Municipalidad de Parrita emitió el Permiso No. 130-10 para llevar a cabo construcciones en un área que comprendía 3.573 metros en el Sector del Condominio[87]. Anteriormente, en el año 2008—como se describió *supra*—y luego en julio de 2010, la Municipalidad había emitido varios permisos de construcción para el Sector de Servidumbres[88]. Si bien otorgó estos permisos de construcción, la Municipalidad luego advirtió, en un comunicado de fecha 13 de septiembre de 2010, que aún faltaban algunos datos para que estos permisos se emitieran de manera lícita[89].

137. El Sr. Aven, preocupado por las constantes alegaciones y denuncias del Sr. Steve Bucelato, el más elocuente y discrepante de los vecinos del Proyecto Las Olas, inició una acción penal contra este por difamación el 20 de octubre de 2010[90].

---

[84] Anexo C-79.
[85] Anexo C-80.
[86] Anexo C-17.
[87] Anexos C-14 y C-85.
[88] Anexos C-14, C-40 y C-71.
[89] Anexo R-57.
[90] Anexo C-89.

138. Los vecinos del Proyecto Las Olas luego identificaron la existencia del Documento Falsificado[91] supuestamente emitido por el SINAC, que se había presentado a la SETENA en el año 2008 y, en una nueva denuncia de fecha 18 de noviembre de 2010—pero presentada al SINAC el 23 de noviembre de 2010—, estos vecinos cuestionaron el hecho de que la SETENA y otras autoridades se ampararan en el Documento Falsificado[92]. Inmediatamente después, la Defensoría de los Habitantes informó al SINAC sobre la presentación de esta denuncia[93]. El 25 de noviembre de 2010, el SINAC emitió un comunicado interno[94] por el cual solicitaba que los cargos penales que había presentado la Municipalidad y demás información, se tomaran en cuenta al preparar un informe. Ese mismo día, el SINAC confirmó que el documento era realmente falso[95]. El 17 de enero de 2011, la SETENA solicitó[96] que las Demandantes presentaran la copia original del Documento Falsificado o, en subsidio, una copia autenticada por un notario público. El 9 de febrero de 2011, en respuesta a esta solicitud, las Demandantes negaron toda relación con el Documento Falsificado y su presentación a la SETENA. Las Demandantes—a través del Sr. Aven—alegaron que presentarían otra demanda penal con el Sr. Bucelato, ya que "fue visto con la documentación cuestionable en formato original"[97]. Sin embargo, nunca se presentó esa demanda ni se aportaron pruebas en este proceso sobre la posesión por parte del Sr. Bucelato del Documento Falsificado original.

139. Al tomar conocimiento del Documento Falsificado, el SINAC inmediatamente realizó otras inspecciones en el Sector del Condominio[98] y, el 30 de noviembre de 2010, solicitó que la SETENA suspendiera el Permiso de Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio como consecuencia de la identificación del documento irregular[99]. El Director del SINAC, Sr. Picado Cubillo, realizó otras cuatro inspecciones en diciembre de 2010, cuyos resultados se analizaron en su informe de fecha 3 de enero de 2011, descrito *infra*.

---

[91] Anexo C-47.
[92] Comunicado CV-0081-2010, Anexo C-91.
[93] Anexo C-91.
[94] Comunicado ACOPAC-D-1519-10, Anexo R-60.
[95] Comunicado ACOPAC-D-1520-10, Anexo C-92.
[96] Anexo R-65.
[97] Anexo C-111.
[98] Anexo R-60.
[99] Anexo C-93.

140. El 3 de enero de 2011, el SINAC emitió un informe (ACOPAC-CP-003-11) (el "**Informe del SINAC de enero de 2011**")[100] sobre las conclusiones y recomendaciones resultantes de las inspecciones del sitio. El informe concluyó que el sitio del Proyecto Las Olas incluía cuerpos de agua, que "podía haber" humedales en el Sector del Condominio, tala de árboles, la construcción de un canal de drenaje, y también mencionó el Documento Falsificado. Más tarde, el SINAC recomendó que: (a) la agencia Programa Nacional de Humedales ("**PNH**") realizara una inspección[101]; (b) el INTA realizara un estudio del suelo[102]; (c) se dictara una medida cautelar para detener la construcción; y (d) se promoviera una demanda penal con respecto al documento supuestamente falsificado y los daños ocasionados al bosque en el Sector del Condominio[103].

141. El 11 de febrero de 2011, en respuesta a la solicitud de la Defensoría de los Habitantes, el SINAC informó que se habían presentado cargos penales en relación con el Documento Falsificado, los daños forestales y el posible relleno de un humedal, y además advirtió que se había solicitado un informe al PNH para determinar la existencia de humedales en la finca[104].

D. Las medidas cautelares para la suspensión de las obras, la investigación de la Fiscalía Auxiliar Ambiental y los cargos penales

142. El 28 de enero de 2011, tras la emisión del Informe del SINAC del mes de enero de 2011, el SINAC solicitó a la Fiscalía Auxiliar Ambiental en Aguirre que realizara una visita al sitio para verificar (i) el relleno de humedales y (ii) la tala ilegal de árboles, y que emitiera una orden para suspender todas las obras que pudieran afectar el ecosistema hasta tanto se confirmara si las Demandantes contaban con todos los permisos y no había humedales[105].

[100] Anexos C-101 y R-262.
[101] Comunicado ACOPAC-D-80-11, Anexo R-68.
[102] Comunicado ACOPAC-D-81-11, Anexo R-67.
[103] Anexo C-122.
[104] Comunicado ACOPAC-D-115-11, Anexo R-72.
[105] Anexo R-66.

143. El 3 de febrero de 2011, el Sr. Bucelato también presentó una denuncia penal contra el Sr. Aven ante el TAA[106] por los daños ambientales (movimientos de tierras, construcción de calles y relleno de humedales), como también el uso de documentación falsificada.

144. Luego, el 4 de febrero de 2011, de acuerdo con las instrucciones del Fiscal Auxiliar Ambiental, el SINAC solicitó al PNH una determinación oficial respecto de si había humedales ubicados en el Sector del Proyecto[107], y también solicitó al Instituto Nacional de Investigación e Innovación en Transferencia de Tecnología Agropecuaria ("**INTA**")[108], un organismo del Ministerio de Agricultura, que realizara un estudio del suelo.

145. Poco después de solicitar una determinación oficial respecto de si había humedales en el sitio del Proyecto Las Olas, el SINAC emitió la Resolución ACOPAC-CP-032-11 de fecha 14 de febrero de 2011[109], que contenía una medida cautelar administrativa para suspender todas las obras, y la notificó al Sr. Aven el 18 de febrero de 2011. La Medida Cautelar del SINAC ordenó la suspensión inmediata del proyecto, como también cualquier otra actividad relacionada con la eliminación de todo tipo de vegetación, la apertura de nuevas carreteras u otros movimientos de tierras, hasta tanto se pudiera determinar si se habían afectado o invadido las áreas protegidas y si se habían drenado o rellenado humedales. Si bien las Demandantes inicialmente impugnaron la medida cautelar del SINAC[110], luego desistieron de dicha impugnación.

146. El 2 de marzo de 2011, el SINAC presentó una demanda ante el TAA contra el Sr. Aven, como representante legal de Inversiones Cotsco C&T, S.A., por daños ocasionados a humedales y tala ilegal de árboles[111]. Fue la tercera demanda que se presentó ante el TAA con respecto al Proyecto Las Olas. Pocos meses después, el 27 de julio de 2012, el TAA consolidaría las demandas en un único expediente, puesto que el objeto y las demandadas eran los mismos[112].

---

[106] Anexo C-110.
[107] Anexo R-68.
[108] Anexo R-67.
[109] Anexo C-112.
[110] Anexo C-146.
[111] Anexo R-73.
[112] Anexo R-121.

147. El 6 de marzo de 2011, el Sr. Bucelato se presentó en la Municipalidad con un abogado para entregar el Informe del SINAC de enero de 2011[113] y solicitó que se dictara una medida cautelar para detener la construcción en el Proyecto Las Olas. Esta denuncia se formalizó mediante un informe interno emitido el 7 de marzo de 2011 por el Sr. Marvin Mora Chinchilla, entonces Director de la Zona Marítimo Terrestre de la Municipalidad de Parrita, dirigido al Concejo Municipal[114].

148. El 8 de marzo, a la luz de las denuncias mencionadas *supra*, el Concejo Municipal emitió una resolución por la cual instaba al Alcalde de Parrita que dictara una medida cautelar[115], independientemente de la que había dictado el SINAC hacía unos días. Más tarde, el 4 de abril de 2011, la Municipalidad de Parrita envió cartas a diversas autoridades para averiguar acerca del estado de las denuncias, dado que había resuelto suspender todos los permisos y no emitir permisos adicionales con respecto al proyecto.

149. El 18 de marzo de 2011, el PNH presentó un estudio de humedales al SINAC en el que concluyó, entre otras cuestiones, que había un humedal en la finca, que había maquinaria operando en el sitio para mover tierras e instalando sistemas de alcantarillado, y que se había afectado, de manera adversa, un humedal mediante la construcción de calles y alcantarillados[116]. El PNH concluyó que se debía aplicar el principio *in dubio pro natura* y que debían tomarse medidas de inmediato para prevenir daños ulteriores, de acuerdo con la Ley de Biodiversidad (Ley No. 7788).

150. El 13 de abril de 2011, el TAA dictó una medida cautelar temporal (Resolución No. 412-11-TAA)[117], que se notificó a las Demandantes ese mismo día[118]. La SETENA también dictó una medida cautelar[119] (Resolución 839-2011-SETENA) para prohibir toda obra posterior en el sitio conforme al Permiso de Viabilidad Ambiental de 2008, sobre la base de un comunicado oficial del SINAC de fecha 30 de noviembre de 2010, por el cual se solicitaba la suspensión del permiso de Viabilidad Ambiental con el fin de investigar las

[113] Anexo C-101.
[114] Anexo R-74.
[115] Acuerdo Municipal N.º AC-03-2362-2011, Anexo R-75.
[116] Anexo R-76.
[117] Anexo C-121.
[118] Anexo R-78.
[119] Anexo C-122.

alegaciones acerca del documento falsificado del SINAC. Como resultado de ello, el 12 de mayo de 2011, la Municipalidad de Parrita emitió un informe y una resolución[120] para informar que, a la luz de la Medida Cautelar de la SETENA de abril de 2011, no otorgaría ningún tipo de permiso de construcción para el sitio. La Municipalidad dejó en claro en su resolución que no era el organismo que dictaba la medida cautelar, sino que actuaba de conformidad con el principio de coordinación administrativa. Pese a dicha resolución emitida por la Municipalidad, la Demandada sostuvo que las Demandantes siguieron trabajando en el Sector del Condominio. Hubo varias inspecciones en las semanas siguientes y se confirmó que las obras continuaron[121].

151. El 29 de abril de 2011, las Demandantes apelaron la Medida Cautelar de la SETENA de abril de 2011 y solicitaron que se declarara su nulidad.

152. Sin embargo, pocas semanas después de la Medida Cautelar de la SETENA de abril de 2011, organismos de Costa Rica emitieron decisiones contradictorias.

153. En primer lugar, el 5 de mayo de 2011, el INTA emitió un informe (DE-INTA-255-2011)[122]—en respuesta a la solicitud del SINAC de fecha 4 de febrero de 2011 mencionada *supra*—, por el cual concluyó que, a pesar de la presencia de suelos gleyzados, los estudios del suelo realizados no respaldaban la existencia de humedales[123].

154. Luego, el 16 de mayo de 2011, el SINAC emitió un informe fotográfico (ACOPAC-CP-081-11)[124] dirigido al Fiscal (Sr. Martínez), el cual se preparó al cabo de una serie de visitas al sitio los días 6 y 21 de diciembre de 2010, en las que se identificaron árboles talados y obras de construcción.

---

[120] Anexo C-125.
[121] Según indicó la Sra. Vargas en un informe (DeGA-0111-2011) dirigido a la SETENA y al Concejo Municipal, de fecha 29 de junio de 2011, con respecto a movimientos de tierras y actividades de construcción en curso (Anexo C-133).
[122] Anexo C-124.
[123] Una de las conclusiones del informe fue que "[l]a injerencia antrópica que por varias décadas se ha dado en este sector (infraestructura vial, deforestación, ganadería) y la definición de Unidad de Manejo del punto 4 no dan pie a que los suelos de este sitio se cataloguen como típicos de ecosistemas de humedal)" (Anexo C-124).
[124] Anexo C-126.

155. El 18 de mayo de 2011, el SINAC emitió otro informe (SINAC-GASP 143-11)[125], también dirigido al Fiscal (el "Informe del SINAC de mayo de 2011"), basado en una visita al sitio de fecha 13 de mayo de 2011, en el cual se concluyó que había un área de humedales en el Proyecto Las Olas de aproximadamente 1,35 hectáreas, que la topografía del sitio se había visto directamente afectada por un canal de drenaje y un sistema de alcantarillado, y que las Demandantes habían rellenado un humedal palustrino por completo. Además, el SINAC recomendó solicitar a las Demandantes un plan de restauración respecto del daño ocasionado al ecosistema[126].

156. Mediante Resolución 1190-2011-SETENA de fecha 31 de marzo de 2011, la SETENA ratificó la medida cautelar que había dictado el 13 de abril de 2011[127], habida cuenta de que las Demandantes no habían cumplido con dicha medida. Asimismo, ordenó a las Demandantes presentar un plan de mitigación para evitar la erosión del suelo, y se ordenó notificar a la Fiscalía Agrario Ambiental al considerarse al Sr. Aven en desacato a la orden anterior.

157. Luego, el 7 de julio de 2011, el SINAC presentó otro informe (ACOPAC-CP-099-11) a la Fiscalía que confirmaba la existencia de un bosque y daños ocasionados al bosque en el Sector del Condominio del Proyecto Las Olas[128].

158. El 8 de junio de 2011, la SETENA emitió una nueva resolución con respecto a la Viabilidad Ambiental para el Sitio de la Concesión (1309-2011-SETENA), que reflejaba el diseño modificado del proyecto propuesto para el Sitio de la Concesión, si bien la descripción del proyecto se modificó a pedido de las Demandantes a raíz de una serie de errores en la anterior resolución, mediante una resolución posterior de la SETENA (2030-2011-SETENA) el 23 de agosto de 2011[129].

---

[125] Anexo R-265. La fecha que se indica en el informe como fecha del informe—18 de marzo de 2011—es errónea, teniendo en cuenta que la visita del sitio se realizó el 13 de mayo de 2011.
[126] El SINAC confirmó las coordenadas geográficas de la visita del sitio que se llevó a cabo el 13 de mayo de 2011 en su informe de fecha 23 de mayo de 2011 (SINAC-GASP 154-11).
[127] Anexo R-100.
[128] Anexo C-134.
[129] Anexo C-138.

159. Cuatro meses después, el 1 de octubre de 2011, como consecuencia de la denuncia de otro vecino, el Sr. Picado Cubillo del SINAC realizó una visita para inspeccionar el sitio del Proyecto Las Olas y emitió un informe a la Fiscalía Agrario Ambiental (ACOPAC-CP-129-2011-DEN) el 3 de octubre de 2011 (el "**Informe del SINAC de octubre de 2011**")[130], a través del cual confirmó los daños ambientales y la tala de árboles. El Sr. Manfredi del SINAC realizó otra visita el 25 de octubre de 2011 y emitió otro informe para confirmar esos hallazgos[131].

160. Luego de estos informes, el 21 de octubre de 2011, el Sr. Luis Gerardo Martínez, Fiscal Ambiental, imputó al Sr. Aven los delitos de (i) ordenar el drenaje y secado de humedales en violación del Artículo 98 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, e (ii) invadir un área de conservación en violación del Artículo 58 de la Ley Forestal de Costa Rica. El Sr. Damjanac también resultó imputado, pero, en este caso, con la explotación ilegal de un bosque en violación del Artículo 61 de la Ley Forestal de Costa Rica[132].

161. En la misma época, el 14 de octubre de 2011, el Fiscal solicitó[133] al Juzgado Penal de Quepos, Costa Rica, que dictara una medida cautelar contra la continuación de las obras en el sitio del Proyecto Las Olas. Esta medida se otorgó el 30 de noviembre de 2011[134] cuando se ordenó a las Demandantes suspender todas las obras donde pudiera haber un humedal o bosque en el sitio y frenar el daño ocasionado por el agua del humedal. Asimismo, se ordenó a los Sres. Aven y Damjanac abstenerse de realizar obras que afectaran el medio ambiente. La Municipalidad recibió la orden de no emitir más permisos de construcción sobre los lotes identificados en dicha orden. Estas Medidas Cautelares de 2011siguen vigentes al día de la fecha.

162. Tras una sorprendente serie de acontecimientos, el 15 de noviembre de 2011 la SETENA emitió la Resolución 2850-2011-SETENA, por la cual revocó la medida cautelar que había dictado la propia SETENA el 13 de abril de 2011 porque no encontró "…ningún motivo o vicio de nulidad…" del Permiso de Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio,

[130] Anexos C-141 y R-264.
[131] Anexo C-143.
[132] Anexo C-142.
[133] Anexo R-114.
[134] Anexo C-187.

dado que las pruebas de que las Demandantes eran responsables del Documento Falsificado eran insuficientes[135]. En esencia, la SETENA confirmó el Permiso de Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio.

163. La Fiscalía General, en nombre de la República de Costa Rica, luego presentó una demanda civil contra las Demandantes el 17 de noviembre de 2011, mediante la cual solicitaba indemnización por los daños ambientales ocasionados a los ecosistemas[136].

164. El 30 de noviembre de 2011, el Juzgado Penal de Quepos aceptó la petición del Fiscal Ambiental, y emitió una medida cautelar y ordenó a las Demandantes suspender todas las obras donde pudiera haber humedales o bosques de acuerdo con el informe emitido por el SINAC[137].

165. Pese a la revocación por parte de la SETENA de su propia orden de suspensión, para aquel entonces, ya se habían dictado tres medidas cautelares distintas contra la continuidad de las obras en el sitio del Proyecto Las Olas: (a) la Medida Cautelar del SINAC de fecha 14 de febrero de 2011[138]; (b) la Medida Cautelar del TAA de fecha 13 de abril de 2011[139]; y (c) la medida cautelar del Juzgado Penal de Quepos de fecha 30 de noviembre de 2011.

166. En el mes de diciembre de 2011, después de que las Demandantes encomendaran la preparación de un informe a INGEOFOR, consultora ambiental privada costarricense, se emitió un informe en el que se concluyó que el sitio Las Olas no albergaba un bosque, sino principalmente pastura para ganado. Concretamente, el informe concluyó que no era necesario obtener un permiso para talar la mayor parte de los árboles del Sector del Condominio y que no había nada que pudiera considerarse bosque en los términos de la definición de la Ley Forestal[140].

167. Un año después, durante la tramitación del proceso penal, la Municipalidad de Parrita solicitó a su Comisión Ambiental, el 10 de octubre de 2012, que preparara un informe sobre

[135] Anexo C-144.
[136] Anexo R-200.
[137] Anexo C-146.
[138] Anexo C-112.
[139] Anexo C-121.
[140] Anexo C-148.

el Proyecto Las Olas y acerca de la existencia de un humedal palustrino[141]. El 19 de noviembre de 2012, la Gestora Ambiental presentó un informe (DeGA-359-2012) con un relato detallado de los hechos respecto del Proyecto Las Olas, los permisos emitidos: las determinaciones en cuanto a la existencia de humedales y bosques en el sitio, y las medidas cautelares dictadas.

168. Si bien este informe se encontraba en proceso, el 6 de noviembre de 2012, el Concejo Municipal emitió la Resolución SM-2012-802[142] dirigida al Alcalde, por la cual aprobó el levantamiento de su propia medida cautelar emitida como consecuencia de la Resolución de la SETENA de fecha 13 de abril de 2011. Esta decisión se basó en el hecho de que la SETENA había revocado su propia resolución. De acuerdo con la Resolución del Concejo Municipal, se aprobó la continuación del Proyecto Las Olas, sujeto al cumplimiento de la ley vigente.

169. Hubo investigaciones internas contemporáneas dentro de la Municipalidad. El Auditor Interno de Parrita, el Sr. Jorge Antonio Briceño Vega, emitió dos comunicados en el mes de octubre y uno en el mes de noviembre de 2012[143]—dirigidos al TAA y al Concejo Municipal, y al Alcalde de Parrita, respectivamente—, en los que cuestionó si las medidas tomadas en la demanda ante el TAA se encontraban debidamente fundamentadas por parte de la Sra. Vargas en su carácter de Gestora Ambiental de la Municipalidad, y si la resolución emitida por el Concejo Municipal para la suspensión del Proyecto Las Olas fue apropiada a la luz de la información disponible. El Sr. Briceño formuló una serie de recomendaciones.

E. Las denuncias del Sr. Bucelato y otros vecinos en Esterillos Oeste

170. En sus presentaciones, las Demandantes hicieron referencia a denuncias presentadas por el Sr. Bucelato, ya sea de forma individual o junto con otros vecinos de Esterillos Oeste, durante el período comprendido entre los meses de marzo de 2009 y marzo de 2011. Tanto

[141] Comunicado DeGA-328-2012, Anexo R-126.
[142] Anexo R-129.
[143] DAMP-153-2012, de fecha 16 de octubre de 2012, dirigido al Tribunal Ambiental Administrativo (Anexo C-282); DAMP-154-2012, de fecha 29 de octubre de 2012, dirigido al Concejo Municipal y al Sr. Freddy Garro Arias, Alcalde Municipal de Parrita (Anexo C-283); y DAMP-159-2012, de fecha 5 de noviembre de 2012, dirigido al Concejo Municipal (Anexo C-284).

las Demandantes como la Demandada presentaron algunas de estas denuncias como prueba en este proceso[144]. Según las Demandantes, la intromisión del Sr. Bucelato y "…sus denuncias infundadas, reutilizadas y desestimadas sobre presuntos humedales y un Documento Supuestamente Falsificado… un vecino contrariado con ganas de vengarse del Proyecto y del Sr. Aven… permitieron que las investigaciones se descarrilaran sin un ápice de pruebas concluyentes y sin tener en cuenta en absoluto los derechos de las Demandantes a un proceso debido, es indignante y representa un claro incumplimiento de las obligaciones por parte de la Demandada y que fueron adquiridas en virtud del DR-CAFTA en relación con los inversores extranjeros"[145]. Esto ameritó la preparación por parte de las Demandantes del Anexo "A" de su Escrito posterior a la Audiencia, en el que clasifican las diferentes denuncias según hacían referencia a humedales, al Documento Falsificado o a cargos penales, y lo que las Demandantes califican como injustificadas y superpuestas medidas cautelares y Notificaciones de Paralización de la Municipalidad.

171. Las pruebas que obran en el expediente demuestran que las denuncias que alegan la existencia y daños a los humedales fueron objeto de investigación por parte de las propias autoridades municipales, que luego motivaron más investigaciones del SINAC, la SETENA y el TAA. Estas se comentaron *supra*. De hecho, la Sra. Mónica Vargas, ex Gestora Ambiental de la Municipalidad, inspeccionó el sitio del Proyecto Las Olas después de la primera denuncia recibida en relación con el supuesto rellenado de un humedal en el mes de marzo de 2009, y luego en los meses de enero y mayo de 2010, tras lo cual preparó informes[146] y presentó denuncias ante el MINAE y el TAA[147]. Ante estos informes y denuncias, la Defensoría de los Habitantes ordenó a la Municipalidad de Parrita, al Alcalde, al TAA y la SETENA tomar medidas[148]. Cuando el Sr. Bucelato formuló una denuncia relacionada con el Documento Falsificado directamente ante la Defensoría de los Habitantes, ésta la remitió al SINAC que encomendó una inspección en el mes de diciembre de 2010, y luego dictó su medida cautelar en el mes de febrero de 2011[149].

---

[144] Anexos C-79, R-23, R-37, R-44, R-59, R-74.
[145] Escrito de las Demandantes posterior a la Audiencia, ¶ 18, página 18.
[146] Anexos R-29 y R-30.
[147] Anexo C-67.
[148] Anexos R-44, R-45, R-46, R-61, R-75, R-76 y R-77.
[149] Anexo R-58.

172. Además, tal como se identificó *supra*, después de recibir la solicitud de investigación de la Sra. Vargas, la denuncia del Sr. Bucelato y la denuncia del SINAC, el TAA inició un proceso administrativo contra el Proyecto Las Olas y en el mes de abril de 2011 emitió la Medida Cautelar del TAA[150]. Si bien la medida cautelar es, por naturaleza, temporal, durante el proceso de investigación y hasta la decisión final del TAA, la Demandada cuestionó esta medida aseverando que "…debido al efecto de enfriamiento de este arbitraje, los órganos como el TAA se han abstenido de continuar con el procedimiento por temor a emitir una decisión que pudiera resultar incompatible con algunas de las conclusiones de este tribunal o podría tener un efecto adverso para la defensa de Costa Rica"[151].

173. El Sr. Bucelato también presentó denuncias con respecto al Documento [en ese entonces, supuestamente] Falsificado, e inició una acción penal contra el Sr. Aven en el mes de febrero de 2011 en relación con ello. Las Demandantes alegan que el Fiscal, el Sr. Martínez, también impulsó la denuncia sin justificación, pero el expediente demuestra que el Fiscal actuó sobre la base de una denuncia presentada por el SINAC.

174. En opinión del Tribunal, es evidente que hubo una grave animosidad entre el Sr. Bucelato y el Sr. Aven. Meses antes de que el Sr. Bucelato iniciara la acción penal contra el Sr. Aven, este ya había presentado la demanda por difamación, pero no logró activarlo cuando así se lo solicitó el Fiscal.

F. Juicio penal de los Sres. Aven y Damjanac

175. El juzgado penal celebró una audiencia preliminar en los casos del Sr. Aven y el Sr. Damjanac el 19 de junio de 2012, cuando se determinó que el Fiscal había reunido pruebas suficientes y los cargos penales debían llevarse a juicio.

176. El 5 de diciembre de 2012, comenzó el juicio penal. Sin embargo, tras una suspensión del proceso por los feriados del mes de diciembre en Costa Rica y la posterior enfermedad del juez que presidía el proceso, sumado a la falta de acuerdo entre el Sr. Aven y la fiscalía para continuar el caso a la luz de una norma procesal del procedimiento criminal de Costa Rica que analizaremos en detalle en la Sección X *infra*, el proceso se declaró nulo.

---

[150] Anexo C-121.
[151] Memorial del Demandado posterior a la Audiencia, ¶ 874, página 208.

177. El nuevo juicio se fijó para el mes de diciembre de 2013, y el abogado del Sr. Aven informó que su cliente no asistiría a la audiencia programada para el 20 de diciembre de 2013 porque temía por su vida, y solicitó que el juicio se realizara mediante videoconferencia[152]. Dado que el régimen penal de Costa Rica no reconoce las sentencias dictadas en ausencia del acusado, el juzgado rechazó la petición y programó una nueva audiencia para el 13 de enero de 2014. Sin embargo, el Sr. Aven no compareció para enfrentar los cargos porque se fue de Costa Rica ante supuestas amenazas anónimas que alegó haber recibido por correo electrónico y el hecho de haber sido víctima de un tiroteo mientras conducía por una autopista costarricense[153]. Fue entonces que el juzgado emitió la llamada Notificación Roja de la INTERPOL.

178. El 5 de febrero de 2014, el Sr. Damjanac fue nuevamente procesado y absuelto de todos los cargos, si bien más tarde el fallo fue apelado por la Fiscalía General y luego revocado. En consecuencia, hay un nuevo juicio en trámite contra el Sr. Damjanac.

179. Al mismo tiempo que el proceso penal, las Demandantes alegan inacción por parte de las autoridades de Costa Rica ante las amenazas recibidas y el intento de homicidio que el Sr. Aven declaró haber sufrido. Estas alegaciones se analizarán en la Sección X *infra*.

180. El 24 de enero de 2014, las Demandantes presentaron su Notificación de Arbitraje a la Demandada.

181. Tal como surge de la descripción de los hechos *supra*, se presentan muchas cuestiones a partir de los hechos confusos y complejos, e informes, resoluciones y medidas aparentemente contradictorias o incongruentes por parte de las autoridades costarricenses, que este Tribunal analizará *infra*. Algunas de estas cuestiones son: ¿había humedales y bosques en el sitio del Proyecto Las Olas? ¿Cuál es el organismo encargado de determinar la existencia de humedales? ¿Es un organismo distinto al de los bosques? ¿Cuál es el organismo responsable de emitir un permiso de viabilidad ambiental? ¿Cuáles son los derechos del inversor una vez recibido un permiso? ¿Quién tiene autoridad para revocar?

[152] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 584, página 154. El Anexo R-144 contiene la letra enviada por el Sr. Morera al juzgado penal.
[153] Memorial de las Demandantes, ¶¶ 206-211, páginas 60-61.

Por último, ¿qué relación existe entre los gobiernos municipal y central en lo concerniente al otorgamiento de permisos para el desarrollo de bienes inmuebles?

VII. LAS RECLAMACIONES Y SOLICITUDES DE REPARACIÓN DE LAS PARTES

182. Tal como manifestaron en sus respectivas presentaciones, las Partes reclaman lo siguiente:

A. Demandantes

183. Las Demandantes solicitan que el Tribunal[154]:

> (1) DECLARE que el Tribunal tiene competencia sobre los reclamos presentados por los Demandantes;
>
> (2) DECLARE que el Demandado, por los motivos establecidos aquí o por cualquiera de ellos, violó el Artículo 10.5 del Tratado DR-CAFTA;
>
> (3) DECLARE que el Demandado, por los motivos establecidos aquí o por cualquiera de ellos, violó el Artículo 10.7 del Tratado DR-CAFTA;
>
> (4) DECLARE que el Demandado, con motivo de la violación o violaciones de los Artículos 10.5 y 10.7 del Tratado DR-CAFTA según entienda el Tribunal, perjudicó a los Demandantes, quienes además sufrieron pérdidas;
>
> (5) ORDENE al Demandado el pago a los Demandantes de una indemnización por daños por USD 69,100,000, más intereses hasta la fecha del laudo, calculado por el Dr. Abdala en un monto que asciende a USD 97,400,000 a la fecha de hoy o, en forma supletoria, ORDENE al Demandado el pago a los Demandantes de una indemnización por daños por USD 92,000,000 [a la fecha de presentación del Escrito de Respuesta] o cualquier otra suma que el Tribunal entienda que corresponda pagar respecto del valor del proyecto Las Olas;
>
> (6) ORDENE al Demandado pagar al Sr. David Aven una indemnización por daño moral por USD 5,000,000, o cualquier otra suma que el Tribunal entienda que corresponda pagar;
>
> (7) ORDENE al Demandado que levante de manera inmediata y permanente y que desista en todo momento de iniciar respecto del asunto sobre el que versa esta disputa cualquier acción penal contra el Sr. David Aven y los pasos tendientes a su extradición a Costa Rica;
>
> (8) ORDENE al Demandado el pago de intereses acumulados sobre todas y cada una de las sumas otorgadas a favor de los Demandantes, al WACC calculado por el Dr. Abdala, desde la fecha de cualquier laudo y hasta el pago efectivo del laudo a los Demandantes o, en forma supletoria, intereses con la tasa y la composición que el Tribunal entienda más adecuadas;

[154] Escrito de Réplica, página 148.

(9) ORDENE al Demandado el pago a los Demandantes de todos los costos y gastos incurridos en relación con el presente arbitraje, incluidos todos los gastos incurridos por los Demandantes o en los que incurra respecto de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, el CIADI, abogados, peritos y consultores; y

(10) ORDENE cualquier otro tipo de reparación que el Tribunal considere pertinente.

184. En su Escrito posterior a la Audiencia[155], las Demandantes ajustaron los siguientes párrafos:

a. respecto del apartado (5) de la solicitud de compensación contenida en el Memorial de Réplica, las Demandantes respetuosamente solicitan que se le ordene a la Demandada a pagar por daños y perjuicios la suma de 66 500 000 USD, más intereses (y menos ingresos por ventas posteriores a mayo de 2011) hasta la fecha del laudo calculado por el Dr. Abdala hasta llegar a un total de 95 400 000 USD el 7 de febrero de 2017 o tal otra suma como el Tribunal pudiera considerar adeudada respecto del valor del Proyecto Las Olas.

b. respecto del apartado (8) de la solicitud de compensación contenida en el Memorial de Réplica, las Demandantes hacen notar que la solicitud de intereses debe (i) incluir una solicitud para tal interés desde el 8 de febrero de 2017 hasta la fecha del Laudo; y (ii) basarse sobre la tasa combinada para tierras y la tasa WACC calculada por el Dr. Abdala, en vez de simplemente sobre la tasa WACC.

B. Demandada

185. La Demandada, por otra parte, solicita al Tribunal[156]:

1. Declarar de que la nacionalidad del señor Aven imposibilita al Tribunal tener jurisdicción en este arbitraje frente al señor Aven y, de ese modo, impide que el señor Aven solicite resarcimiento en virtud del Tratado;

2. Declarar que el Tribunal no tiene jurisdicción para conocer reclamos relacionados con el señor Raguso y el señor Shioleno sobre la base de que no mantienen una inversión cubierta según el DR-CAFTA;

3. Declarar que Tribunal no tiene jurisdicción sobre las propiedades que no les pertenecen la parte demandante sobre la base de que no califican como una inversión cubierta según el DR-CAFTA;

4. Declarar que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la Concesión o el sitio de concesión ni ningún reclamo relativo a La Canícula;

5. Declarar que el Tribunal no tiene competencia para conocer ninguna reclamación presentada con retraso respecto de la supuesta violación de la norma

[155] Escrito de las Demandantes posterior a la Audiencia, ¶ 714, página 362.
[156] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 1131, página 283.

de protección y seguridad contenida en el artículo 10.5(2) (b), debido a que la parte demandante no solicitaron permiso para modificar su demanda;

6. Declarar que las reclamaciones de la parte demandante son inadmisibles sobre la base de las ilegalidades enunciadas en el presente y, por lo tanto, que evite que la parte demandante procuren la reparación en virtud del Tratado;

Como alternativa:

7. Desestimar todas las reclamaciones, en su totalidad, y declarar que no existe fundamento de obligación acumulada para la demandada producto de: 5.1. Toda reclamación de violación por Costa Rica de los artículos 10.5 y 10.7 del DR-CAFTA; Toda reclamación de que la parte demandante sufrieron pérdidas por las que Costa Rica podría ser responsable; o 5.3 Toda reclamación por interferencia del Tribunal con el proceso penal en curso del señor Aven ante los tribunales de Costa Rica;

8. Asimismo, que declare que la parte demandante han causado daños ambientales en Costa Rica;

9. Que ordene a la parte demandante pagar daños a la demandada en lugar de la reparación del daño ambiental que la parte demandante ocasionaron en el Ecosistema Las Olas;

10. Que ordene a la parte demandante pagar a la demandada todos los costos asociados con este procedimiento, incluidos los gastos de arbitraje y los honorarios y gastos profesionales, así como los honorarios del tribunal arbitral; y

Como alternativa, y cuando corresponda,

11. Rechazar como excesiva e infundada la valoración de la parte demandante respecto de sus supuestas pérdidas, así como la metodología de la parte demandante en cuanto al tipo de interés que se aplicaría a cualquier indemnización monetaria que pudiera emitir este Tribunal; y

12. Conceder la reparación judicial que el Tribunal considerare justa y adecuada.

186. El Tribunal Arbitral abordará las peticiones, del modo requerido, y primero analizará aquellas que se relacionen con las objeciones a la jurisdicción que planteó la Demandada. Una vez confirmada la jurisdicción del Tribunal, podremos ocuparnos de las cuestiones de fondo del caso. Si se llegara a determinar que la Demandada violó sus obligaciones en virtud del DR-CAFTA, el Tribunal analizará si se causaron daños a las Demandantes y, en su caso, el monto.

VIII. JURISDICCIÓN

187. Según se identificó en la Sección VI *supra*, las Demandantes declararon en su Memorial que el Tribunal tiene jurisdicción sobre la base de cuatro pruebas: (a) su consentimiento para someter sus reclamos a arbitraje en virtud del DR-CAFTA, con su presentación de la Notificación de Arbitraje alrededor del 24 de enero y las renuncias a sus derechos a solicitar indemnización por las supuestas violaciones en otros foros, entre ellas, la presentación de las renuncias firmadas por las Demandantes y las Empresas que controlaban, o de las cuales eran propietarias en los términos de los Artículos 10.16 y 10.18 del DR-CAFTA *(*Jurisdicción *Ratione Voluntatis*); (b) la nacionalidad de las Demandantes con arreglo al Artículo 10.28 del DR-CAFTA (Jurisdicción *Ratione Personae*); (c) la naturaleza de la inversión en bienes raíces realizada en Costa Rica conforme al Artículo 10.1 del DR-CAFTA (Jurisdicción *Ratione Materiae*); y (d) la presentación oportuna de la demanda conforme al Artículo 10.16(3) del DR-CAFTA *(*Jurisdicción *Ratione Temporis*).

188. Al presentar su Memorial de Contestación, la Demandada cuestionó la jurisdicción del Tribunal en función de dos argumentos: (i) la ciudadanía efectiva y dominante del Sr. Aven no es la estadounidense; y (ii) la conducta indebida de las Demandantes respecto de su inversión les impide ampararse en los términos del DR-CAFTA[157]. La Demandada no objetó las demás bases de jurisdicción: *Ratione Voluntatis*, *Ratione Personae* (con respecto a las otras siete Demandantes), *Ratione Materiae* o *Ratione Temporis.*

189. Sin embargo, en su Dúplica, y sobre la base de la información recabada en la fase de producción de documentos, la Demandada también argumentó que el Tribunal carecía de jurisdicción respecto de: (i) ciertos inmuebles que no son de propiedad de las Demandantes en el Proyecto Las Olas; y (ii) la Concesión.

190. Más tarde, la Demandada recaracterizó en su Memorial Posterior a la Audiencia la conducta indebida de las Demandantes con relación a su inversión como una cuestión de "inadmisibilidad de las reclamaciones" a partir de: (a) la conducta ilícita e ilegal de la parte demandante en la operación de su inversión y (b) el hecho de que las Demandantes no habían presentado una solicitud de protección y seguridad plenas, a la vez que alega que

[157] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 256-432, páginas 69 -115.

las Demandantes han formulado reclamaciones ajenas al alcance del artículo 10.5 del DR-CAFTA[158].

191. Por lo tanto, la postura de la Demandada respecto de la jurisdicción del Tribunal es objetarla sobre la base de los siguientes hechos: (a) que el Sr. Aven no es un inversor protegido en virtud del DR-CAFTA (*Ratione Personae*); (b) que los Sres. Shioleno y Raguso no han realizado una inversión; (c) que ciertos inmuebles no son propiedad de las Demandantes; y (d) que el sitio de la Concesión (los tres últimos, *Ratione Materiae*). El Tribunal procederá a analizar las cuatro objeciones.

A. Nacionalidad del Sr. Aven

1. Las posiciones de las Partes

192. La Demandada alegó que el Sr. Aven tiene doble nacionalidad, estadounidense e italiana, y que durante su residencia en Costa Rica y al realizar la inversión se presentó como ciudadano italiano, habiendo expresamente reconocido este hecho[159]. La Demandada presentó pruebas de que, durante el proceso de solicitud para obtener residencia en Costa Rica, el Sr. Aven se identificó como ciudadano italiano y que su documento de identidad migratorio emitido por la oficina pertinente indicaba que era de nacionalidad italiana[160]. La Demandada alega, asimismo, que el Sr. Aven también tomó otras medidas relacionadas con su inversión, en las que se identificó como ciudadano italiano, por ejemplo, al promover una denuncia criminal contra el Sr. Steve Bucelato, vecino del área del Proyecto Las Olas, y ante Christian Bogantes, inspector del SINAC; al solicitar inspecciones de la finca; e incluso al prestar su propia declaración jurada ante la Fiscalía cuando se presentaron cargos penales contra él y el Sr. Damjanac[161].

193. En de su Escrito de Respuesta (Réplica), las Demandantes no cuestionaron el hecho de que el Sr. Aven se identificara como ciudadano italiano en algunos asuntos, pero agregaron que decidió hacerlo debido a presuntos "prejuicios contra los estadounidenses"[162]. También

---

[158] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 718-726, páginas 169-171.
[159] La Demandada hace referencia al reconocimiento efectuado en la Segunda Declaración Testimonial de David Aven, ¶ 22.
[160] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 264, página 71.
[161] *Íd.*, ¶¶ 266-432, páginas 72-115.
[162] Segunda Declaración Testimonial de David Aven, ¶ 22.

recalcaron que la doble nacionalidad del Sr. Aven no lo excluía de la protección del DR-CAFTA[163].

194. Las Demandantes están de acuerdo con la Demandada en que el uso de la expresión "nacionalidad dominante y efectiva" por las Partes del DR-CAFTA en la definición de "inversionista de una Parte" del Artículo 10.28 tiene por objeto incorporar, a modo de referencia, los estándares aplicables del derecho internacional consuetudinario para el trato de nacionalidad múltiple en casos de protección diplomática, pero alegaron que la Demandada no expresó las normas del derecho internacional consuetudinario que rigen controversias sobre nacionalidad múltiple en la práctica de protección diplomática. Las Demandantes argumentan que la Comisión de Derecho Internacional consideró seriamente el tratamiento de la nacionalidad en el campo de la protección diplomática y, por consiguiente, su Proyecto de artículos sobre la protección diplomática es probablemente la única fuente razonable desde la cual comenzar un análisis acerca de una controversia en materia de nacionalidad, con arreglo al Artículo 10.28 del DR-CAFTA. En este sentido, el Artículo 6 de dicho Proyecto de la CDI establece: "[t]odo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea nacional". Las Demandantes alegan que las restricciones contenidas en el Artículo 10.28 impedirían presentar una demanda cuando la nacionalidad "dominante y efectiva" fuera aquella del país demandado, es decir, Costa Rica en el caso en cuestión[164].

195. En respuesta a ello, la Demandada hizo referencia a los términos del Artículo 17 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 2006, que establece: "El presente proyecto de artículos no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones", y que la cuestión de la doble nacionalidad ya se encuentra expresamente contemplada en el DR-CAFTA[165].

---

[163] Escrito de Respuesta (Réplica) de los Demandantes, ¶¶ 27-37, páginas 9-12.
[164] *Íd.*, ¶¶ 35-39, páginas 11-13.
[165] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 141-143, página 43.

196. La Demandada también interpreta el Artículo 10.28 de manera diferente. Primero, señala que no hay necesidad de debatir acerca del derecho consuetudinario en materia de nacionalidad porque el DR-CAFTA ya establece expresamente la solución para casos de doble nacionalidad. La Demandada indicó que el "criterio bien definido" en el DR-CAFTA es que una persona natural que tiene doble nacionalidad (tal como el Sr. Aven) se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su "nacionalidad dominante y efectiva", y que la calificación de "Inversionista de una Parte" no se limita a escenarios en que la nacionalidad dominante y efectiva pertenece a uno de los Estados contratantes, sino también a un tercer Estado[166]. En opinión de la Demandada, la disposición está diseñada para limitar la protección del Capítulo 10 a "inversionistas reales" y, en el contexto de un acuerdo multilateral, tal como el DR-CAFTA, para que se otorgue protección del Tratado sólo a nacionales de Estados que son Parte en dicho Tratado[167].

197. En otras palabras, la definición de "Inversionista de una Parte" en el DR-CAFTA se circunscribe a la confirmación de una "nacionalidad dominante y efectiva" para evitar problemas de "búsqueda del tratado más favorable" por parte de los inversionistas extranjeros[168].

198. La Demandada alega que el Sr. Aven es ciudadano italiano, un Estado que no es Parte del Tratado y que, por ende, el Tribunal carece de jurisdicción sobre él y sus inversiones. Además, afirma que las reclamaciones del Sr. Aven como ciudadano estadounidense constituyen un ejercicio de búsqueda ilegítima del tratado más favorable, por lo cual se lo debería excluir de la protección del DR-CAFTA.

199. Por estos motivos, la Demandada insistió en su Dúplica que, dado que el Sr. Aven actuó en el contexto de su inversión en calidad de ciudadano italiano, su reclamación en materia de inversiones no puede gozar de protección bajo el DR-CAFTA.

200. En su Escrito posterior a la Audiencia, las Demandantes se concentraron en el hecho de que la nacionalidad "*dominante y efectiva*" del Sr. Aven es la de los Estados Unidos de América y explicaron en su interrogatorio durante la audiencia cómo el Sr. Aven había

---

[166] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 122-123, páginas 38-39.
[167] *Íd.*, ¶ 127, página 40.
[168] *Íd.*, ¶¶ 144-156, páginas 44-47.

manifestado que visitó Italia en contadas ocasiones a lo largo de su vida, pero no tenía ningún tipo de vínculo, negocio, bienes ni cuentas bancarias en Italia, y nunca había vivido en Italia. Al contrario, el Sr. Aven declaró haber vivido toda su vida en los Estados Unidos, salvo durante el período que vivió en Costa Rica[169].

201. En el análisis de la nacionalidad del Sr. Aven, la postura de la Demandada en su Memorial Posterior a la Audiencia fue insistir con los alegatos acerca de la nacionalidad "dominante y efectiva" y el hecho de que el Sr. Aven solicitara la protección del tratado luego de que el Gobierno de Costa Rica comenzara a tomar medidas para proteger el medio ambiente[170].

2. El análisis del Tribunal

202. Dejando de lado otros argumentos relacionados con la nacionalidad, se puede decir que tanto las Demandantes como la Demandada están de acuerdo en que, según se establece expresamente en el texto del DR-CAFTA, la jurisdicción *ratione personae* depende de la "nacionalidad dominante y efectiva" del inversionista, porque un ciudadano con doble nacionalidad se considerará exclusivamente nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.

203. En el Artículo 10.28 del DR-CAFTA, se define "Inversionista de una Parte" de la siguiente manera:

> inversionista de una Parte significa 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; <u>considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva</u>[171]. (Énfasis agregado)

204. Por lo tanto, el Tribunal debe verificar (1) la efectividad de la nacionalidad estadounidense que invoca el Sr. Aven; y (2) el propósito del Sr. Aven al decidir presentarse inicialmente como nacional italiano durante el proceso de desarrollo del Proyecto Las Olas.

---

[169] Escrito de las Demandantes posterior a la Audiencia, ¶ 262, página 151.
[170] Escrito de la Demandada posterior a la Audiencia, ¶¶ 596-599, páginas 306-308.
[171] Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, 7 de octubre de 2007, Capítulo 10, Artículo 10.28.

205. Al incluir la expresión "nacionalidad dominante y efectiva" en la definición de "Inversionista de una Parte" en el Artículo 10.28, las Partes del DR-CAFTA tuvieron la intención de incorporar, por vía de referencia, los estándares aplicables del derecho internacional consuetudinario en casos de protección diplomática, tal como ha quedado reflejado en el caso *Nottebohm* (*Liechtenstein c. Guatemala*)[172].

206. En *Nottebohm*, la Corte Internacional de Justicia siguió la teoría del "vínculo general" como criterio para aplicar en el derecho internacional en aras de determinar la nacionalidad efectiva de las personas. La Corte definió la nacionalidad en los siguientes términos:

> [L]a nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene como fundamento un hecho social de apego, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos. Puede decirse que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al que se la confiere . . . tiene, en realidad, una relación más estrecha con la población del Estado que confiere la nacionalidad que con la de cualquier otro Estado[173]. (Énfasis agregado) [Traducción del Tribunal]

207. De acuerdo con *Nottebohm*, entonces, el Tribunal debe realizar una investigación *ad hoc* de los hechos para determinar qué país—EE. UU. o Italia—debe considerase la nacionalidad dominante y efectiva del Sr. Aven. La Corte de *Nottebohm* dispuso:

> Se tienen en cuenta varios factores, cuya importancia varía de un caso a otro: la residencia habitual del individuo en cuestión es un factor importante, pero hay otros factores como el centro de sus intereses, sus vínculos familiares, su participación en la vida pública, el arraigo que demuestra en un cierto país e inculca a sus hijos, etc.[174] [Traducción del Tribunal]

208. Ninguna de las partes controvierte esto. Sin embargo, sí están en desacuerdo en cuanto a cómo debe interpretarse el concepto de "dominante y efectiva" en virtud del derecho internacional consuetudinario y el DR-CAFTA.

209. En su Memorial de Contestación, luego de reconocer el criterio de *Nottebohm*, la Demandada citó *Champion Trading c. Egipto* para afirmar que, en el contexto del arbitraje en materia de inversiones, la nacionalidad utilizada para establecer una inversión debe

---

[172] *Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, Sentencia, Informes de la CIJ (1955) 4, 6 de abril de 1995, en página 24 (CLA-132).
[173] *Íd.*, en página 23.
[174] *Íd.*

considerarse un factor relevante en casos de doble nacionalidad[175]. En esencia, la Demandada invoca este caso para imponer otro factor en el cálculo de *Nottebohm*. El Tribunal de *Champion Trading* afirmó:

> Lo que le importa a este Tribunal es que los tres Demandantes individuales, en los documentos que establecían el vehículo de su inversión, utilizaron su nacionalidad egipcia sin hacer mención alguna de su nacionalidad estadounidense… [Esto] claramente les otorga doble nacionalidad en el sentido del Convenio y, por ende, sobre la base del Artículo 25(2)(a), les impide que invoquen el Convenio[176]. [Traducción del Tribunal]

210. El tribunal llegó a esta conclusión pese al hecho de que las tres Demandantes nacieron en los Estados Unidos, prácticamente no tenían vínculo alguno con Egipto y solo recibieron la nacionalidad egipcia en virtud de una disposición legal egipcia de que los hijos de padres egipcios automáticamente adquieren la nacionalidad egipcia al nacer si en ese momento el padre ostenta nacionalidad egipcia, sin importar el país de nacimiento del hijo[177].

211. Por ende, la Demandada concluye que dado que el Sr. Aven, aunque tenía doble nacionalidad, se presentó como ciudadano italiano durante el proceso para materializar la inversión, es en realidad ciudadano italiano para todos los fines con respecto a esta disputa. Para justificar este razonamiento, la Demandada citó, tal como se mencionara *supra*, el uso por parte del Sr. Aven de su nacionalidad italiana—y no la estadounidense—en el desarrollo de sus actividades tanto fuera como dentro de Costa Rica[178], como también el uso casi exclusivo que hizo de su ciudadanía italiana al realizar el Proyecto Las Olas y el uso exclusivo de su ciudadanía italiana en sus trámites migratorios y de residencia en Costa Rica.

212. En su Escrito de Respuesta (Réplica), las Demandantes discrepan con la aplicabilidad de *Champion Trading* a este asunto y alegan que la Demandada no enunció las normas del derecho internacional consuetudinario que rigen alegaciones de nacionalidades múltiples en la práctica de protección diplomática. En *Champion Trading* había un inversor cuya doble nacionalidad se compartía entre los EE. UU. y el país receptor de la inversión, en

[175] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 262.
[176] *Champion Trading Co. c. Egipto*, en 17.
[177] *Íd.* en 10.
[178] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 263.

tanto la segunda nacionalidad del Sr. Aven no es ni del país receptor ni de una Parte del tratado. Por ende, el caso no es aplicable a la situación del Sr. Aven ya que su segunda nacionalidad es italiana y no costarricense, el país receptor de la inversión. El alegato de las Demandantes se refleja en la afirmación del Tribunal de *Champion Trading* de que "las personas con doble nacionalidad no pueden invocar la protección del [CIADI] contra el país receptor de la inversión del que también son ciudadanas"[179]. [Traducción del Tribunal]

213. Para respaldar su postura, las Demandantes se amparan en el Artículo 6 del Proyecto de artículos de la CDI sobre Protección Diplomática[180], que se citó *supra*. Esta idea se desarrolla en el comentario de la CDI al Artículo 6, en el cual la Comisión explica que: "A diferencia de la situación en la que un Estado de la nacionalidad formula una reclamación contra otro Estado de la nacionalidad respecto de una persona que tenga doble nacionalidad, no hay un conflicto de nacionalidades cuando un Estado de la nacionalidad trata de proteger a una persona que tenga doble nacionalidad frente a un tercer Estado"[181].

214. En otras palabras, la referencia que hace el Artículo 10.28 a las normas del derecho internacional consuetudinario que rigen la nacionalidad a efectos de la protección diplomática "imposibilitaría que un inversionista que tenga la nacionalidad de la Parte A presente una demanda contra la Parte B en caso de que su nacionalidad dominante y efectiva fuese de la Parte B"[182]. En consecuencia, el Sr. Aven no quedaría automáticamente excluido de las protecciones del DR-CAFTA sobre la base de su nacionalidad italiana solamente.

215. El Tribunal está de acuerdo con el razonamiento de las Demandantes respecto de las normas del derecho internacional consuetudinario sobre personas con doble nacionalidad. Mediante la alusión a la nacionalidad dominante y efectiva de la parte, el DR-CAFTA procura proporcionar protecciones para inversionistas extranjeros que se caracterizan por su falta de proximidad y experiencia con el país receptor. Como resultado de ello, la doble

---

[179] *Champion Trading Co. c. Egipto*, en 16.
[180] CLA-141, Naciones Unidas, Proyecto de artículos sobre la protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, disponible en: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf, visitada el 1 de agosto de 2016, en 41.
[181] *Íd.* en 42-43.
[182] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 35.

nacionalidad adquiere importancia sólo cuando el inversionista intenta sacar provecho de las protecciones sustantivas contenidas en el Capítulo 10, a la vez que tiene un vínculo jurídico de ciudadanía con en el país receptor. El criterio dominante y efectivo determinaría si el inversionista es realmente extranjero o si goza del mismo grado de conexión personal con el Estado receptor que cualquier otro de sus ciudadanos. En este sentido, el Artículo 10.28 establece un mecanismo para evitar la sanción a inversionistas legítimos que merecen protección a pesar de que podrían tener el derecho jurídico a la nacionalidad del Estado receptor. Es por eso que el Tribunal considera que el hecho de que el Sr. Aven sea ciudadano tanto de los Estados Unidos de América como de Italia, cuya inversión se radica en Costa Rica, no genera la aplicación del mecanismo del Artículo 10.28 relativo a personas con doble nacionalidad.

216. Por lo tanto, la conclusión de la Demandada de que "las reclamaciones del Sr. Aven no pueden prosperar en tanto el DR-CAFTA excluye las reclamaciones incoadas por personas con doble nacionalidad cuya nacionalidad dominante y efectiva es la de un Estado no Contratante"[183] no surge lógicamente del precedente citado ni refleja el significado del Artículo 10.28.

217. Otro caso que cita la Demandada para respaldar su posición del criterio dominante y efectivo lleva al Tribunal a una conclusión similar. En *Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay*, la demandante era un binacional de Perú y los Estados Unidos, que residía en Miami, Florida. La demandada en el marco de ese caso procuró objetar el acceso del Sr. Olguín a la jurisdicción arbitral del CIADI sobre la base de un tratado bilateral de inversión entre Perú y Paraguay, dado que el sistema jurídico peruano establece que, en casos de doble nacionalidad, el domicilio registrado de la persona determinará el ejercicio de determinados derechos por parte de esa persona.

218. Sin embargo, en *Olguín* el tribunal señaló que "[e]n el caso de la protección diplomática del binacional, tanto uno como el otro de sus Estados patriales tienen capacidad para actuar en su favor contra un tercer Estado, y este último no tendría cómo invocar, en el plano internacional, normas que… sirvan para transferir el encargo de la protección… al Estado

[183] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 143.

co-patrial en razón del domicilio de la persona o de otro factor semejante"[184]. Al contrario, lo importante para el tribunal de *Olguín* era simplemente si la Demandante tenía nacionalidad peruana y si esa nacionalidad era efectiva. Así, el tribunal resolvió que la nacionalidad peruana del Sr. Olguín resultaba efectiva para determinar que no se lo podía excluir de protección según el TBI.

219. En el presente caso, la Demandada, al igual que la República del Paraguay, pretende invocar factores adicionales para negar la efectividad de la nacionalidad estadounidense del Sr. Aven. Sin embargo, el Tribunal advierte que *Nottebohm* representa el estándar de análisis de nacionalidad dominante y efectiva a los fines de la protección diplomática. Por eso, no se puede utilizar cualquier "otro factor similar"—incluido el hecho de que el Sr. Aven presentara su pasaporte italiano ante las autoridades costarricenses—para impugnar satisfactoriamente la jurisdicción de este Tribunal.

220. Sin embargo, ya sea en virtud del criterio *ad hoc* de "dominante y efectivo" o del argumento más persuasivo de las Demandantes con respecto a la inaplicabilidad de dicho criterio en este caso, el Tribunal considera que la nacionalidad estadounidense del Sr. Aven es efectiva para gozar de la protección que confiere el DR-CAFTA a inversionistas de las Partes del tratado sobre la base de los hechos presentados en sus declaraciones testimoniales—es decir, que el Sr. Aven nació en los Estados Unidos, completó sus estudios exclusivamente en los EE.UU., nunca vivió en Italia y no tiene ningún tipo de vínculo personal, financiero o comercial con Italia[185]. Según los factores articulados por el tribunal de *Nottebohm* y las normas del derecho internacional consuetudinario, el Sr. Aven cumplió con su carga de la prueba respecto de la efectividad de su nacionalidad estadounidense.

221. Si bien esto es cierto, el Tribunal necesita analizar más a fondo los elementos que pueden permitir identificar qué era "efectivo y dominante". Durante la Audiencia de Diciembre, el Árbitro Baker solicitó al Sr. Aven que comentara sobre las alegaciones de la Demandada. El Sr. Aven declaró que: "Sí tengo doble nacionalidad pero no tengo vínculos con Italia. Mi residencia dominante siempre ha sido en Estados Unidos. No tengo negocios en Italia,

---

[184] *Sr. Eudoro Armando Olquín c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/98/5, Laudo, 26 de julio de 2001, ¶ 61 (RLA-63).
[185] *Véanse* Primera Declaración Testimonial de David Aven y Segunda Declaración Testimonial de David Aven.

no tengo cuentas bancarias, no soy propietario ahí, no voto en ese país, no correspondo con nadie ahí. Hace diez años que no he ido a Italia y en total en mi vida habré viajado 5 veces a Italia. Mi residencia dominante no hay duda alguna es en los Estados Unidos. Nací en New Castle, Pensilvania. Me recibí en el colegio ahí, me recibí de Baylor University en 1964 y he vivido y trabajado en los Estados Unidos toda mi vida, salvo el período en que residí en Costa Rica"[186].

222. En su Memorial de Dúplica, la Demandada explicó en detalle otro argumento brevemente enunciado en su Memorial de Contestación. La Demandada alega que el Sr. Aven recién decidió presentarse como ciudadano estadounidense al entablar esta demanda contra Costa Rica, es decir, después de que las autoridades descubrieran humedales en el sitio del Proyecto Las Olas y el aparato del Estado reaccionara para impedir que se continuara dañando el medio ambiente. Esta conducta, según la Demandada, constituye un ejercicio ilegítimo de búsqueda del tratado más favorable y, en última instancia, impide al Sr. Aven hacer uso de las protecciones del DR-CAFTA[187]. La Demandada argumenta que "[h]abiendo interactuado en concordancia con las autoridades y el Poder Judicial costarricenses como nacional de Italia, el Sr. Aven no puede afirmar en este momento que debería beneficiarse de las protecciones del DR-CAFTA con relación a esas mismas interacciones, pero esta vez como nacional de los Estados Unidos"[188]. En línea con su opinión de que la conducta del Sr. Aven constituye una búsqueda del tratado más favorable, la Demandada también señala que dicha conducta socava los principios de buena fe y reciprocidad y representa un ejercicio abusivo de derechos[189].

223. Antes de proceder a analizar los hechos del caso, el Tribunal considera que debe realizar una breve reseña de los conceptos jurídicos que avalan la alegación de la Demandada. La expresión 'búsqueda del tratado más favorable' hace referencia a la conducta de inversores

[186] Transcripción, páginas 890:20, 891:12.
[187] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 144.
[188] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 267.
[189] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 144.

extranjeros al ajustar su nacionalidad a los efectos de adquirir los beneficios de la protección del tratado de inversión en su Estado receptor a través de terceros países[190].

224. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido el principio de buena fe como "uno de los principios básicos que rigen la creación y el cumplimiento de obligaciones jurídicas"[191] [Traducción del Tribunal]. Este principio aborda la conducta de las Partes, ya que les exige negociar de manera justa, expresar sus motivos y objetivos con sinceridad, y abstenerse de querer sacar provecho de forma injusta[192]. De hecho, es un principio jurídico general establecido de que la buena fe es clave en la Ley de Tratados.

225. El Tribunal analizará si el cambio de postura del Sr. Aven con respecto a su nacionalidad, de italiano a estadounidense, se puede considerar un abuso de derecho y si la oportunidad de la inversión o de la reclamación pudo haber afectado su acceso a la protección del DR-CAFTA.

226. De igual modo, el principio de reciprocidad—en el que se basan los acuerdos de inversiones—impiden las ventajas injustas e injustificadas. La Demandada explica que "los tratados de inversión pretenden establecer derechos y obligaciones recíprocos entre los estados contratantes. Sin embargo, se violaría el principio de reciprocidad si se permitiera a los inversionistas sin lazos sustanciales con un Estado Contratante [*sic*] se beneficien de manera injusta de la protección de un tratado en materia de inversión, aun cuando el estado de origen real no asuma ninguna de las obligaciones inversas"[193].

227. La violación de esas doctrinas puede constituir abuso de derecho. Tal como señalara Hersch Lauterpacht:

> No existe derecho alguno, independientemente de cuán bien establecido estuviere, al que, en algunas circunstancias, pudiere denegársele reconocimiento sobre la base de que se ha abusado de él[194]. [Traducción del Tribunal]

---

[190] Matthew Skinner, Cameron A. Miles y Sam Luttrell, "Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping" (2010) 3(3) Journal of World Energy Law & Business, pág. 260 (RLA-77).
[191] *Caso de las Pruebas Nucleares (Nueva Zelandia c. Francia)*, Fallo, Informes de la CIJ (1974), ¶ 46 (RLA-55).
[192] *Phoenix Action Ltd. c. La República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 (en adelante, *Phoenix Action c. República Checa*), ¶ 107 (RLA-75).
[193] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 152.
[194] RLA-54, Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Stevens & Sons Limited 1958), página 158.

228. En esencia, la Demandada solicita al Tribunal que resuelva que el uso de la nacionalidad italiana por parte del Sr. Aven deja sin efecto sus derechos como ciudadano estadounidense con respecto a este asunto y que, por ende, el Sr. Aven no puede ampararse en la protección del DR-CAFTA.

229. El Tribunal procederá a considerar la jurisprudencia relevante que presentó la Demandada, en la cual varios tribunales internacionales en materia de inversiones han declarado la existencia de abuso de derecho toda vez que el inversor utilizó otra nacionalidad una vez suscitada la disputa con el Estado receptor. Cabe destacar que los siguientes casos versan sobre la teoría de abuso de derecho en el contexto de restructuración societaria. La Demandada alegó la aplicabilidad de estos casos para analizar la cuestión del Sr. Aven, al tratarse de una persona física inversionista.

230. Estos casos insisten, al igual que la Demandada, en que la oportunidad de la inversión y la oportunidad de la reclamación posterior son factores claves para determinar si el cambio de nacionalidad se hizo de buena fe o constituye abuso de derecho[195].

231. En *Phoenix Action, Ltd c. La República Checa,* la Demandante, Phoenix, estaba sujeta al control de un ex ciudadano checoslovaco que abandonó su país y posteriormente obtuvo la ciudadanía israelí. Luego, registró a Phoenix como sociedad israelí y la utilizó para adquirir acciones en otras dos sociedades checoslovacas pertenecientes a miembros de su familia. Antes de la adquisición, la República Checa había iniciado acciones legales contra estas dos sociedades. Dos meses después de la adquisición, Phoenix notificó a la República Checa acerca de una disputa en materia de inversiones y, al poco tiempo, inició un arbitraje ante el CIADI.

232. El tribunal evaluó la oportunidad de la inversión y la oportunidad de la reclamación para arribar a su conclusión. Con respecto a la oportunidad de la inversión, el tribunal señaló que "todos los daños que alega Phoenix ya habían ocurrido y se causaron a las dos sociedades checas, cuando se realizó la supuesta inversión". Además, después de la adquisición de esas sociedades, Phoenix no realizó ninguna otra inversión ni implementó estrategia comercial alguna con respecto a su reciente adquisición. El tribunal sostuvo que

[195] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 154; Memorial del Demandado posterior a la Audiencia, ¶ 597.

"la operación, en general, no fue una inversión económica, basada en el valor real o futuro de las sociedades, sino una simple reorganización de activos dentro de una familia con el fin de acceder a la jurisdicción del CIADI a la que el inversor inicial no tenía derecho"[196]. [Traducción del Tribunal]

233. Cabe destacar que el tribunal concluyó que "si el único propósito de una transacción económica es presentar una reclamación ante el CIADI, sin ninguna intención de realizar actividades económicas en el país receptor, dicha transacción no puede considerarse inversión protegida"[197] (Énfasis agregado) [Traducción del Tribunal]. La conclusión del tribunal en *Phoenix Action* apunta a asegurarse de que el mecanismo del CIADI no proteja las inversiones nacionales disfrazadas de inversiones internacionales con el solo objeto de acceder a este mecanismo de resolución de disputas relacionadas con tratados.

234. En *Venezuela Holdings, B.V., et al c. República Bolivariana de Venezuela*, vuelve a surgir la importancia del factor del único propósito. En ese caso, las Demandantes, Venezuela Holdings, reorganizaron su estructura societaria luego de que la Demandada, Venezuela, hubiere incoado demandas en contra de aquellas. Antes de la restructuración, la Demandada, Venezuela, comenzó a imponer una serie de aumentos tarifarios e impositivos sobre los intereses privados en el petróleo, que culminaron con un decreto que nacionalizaría las inversiones de Venezuela Holdings. Tras verse sometida a algunos de los aumentos tarifarios e impositivos, Venezuela Holdings reorganizó su estructura societaria conforme a las leyes de los Países Bajos, a fin de evitar la nacionalización de sus activos y beneficiarse de un APRI entre los Países Bajos y Venezuela en caso de futuras disputas.

235. Con respecto a la reclamación de Venezuela sobre abuso de derecho, el tribunal resolvió que la restructuración con miras a proteger su inversión frente a la violación de sus derechos por parte de las autoridades venezolanas, al obtener acceso al arbitraje del CIADI a través del APRI, fue un "objetivo totalmente legítimo en la medida en que se refería a diferencias futuras". Sin embargo, con respecto a disputas que existieron antes de la

[196] *Phoenix Action Ltd. c. República Checa*, ¶ 136.
[197] *Íd.*, ¶ 93.

restructuración, el Tribunal se negó a ejercer jurisdicción y citó *Phoenix Action*. Señaló que "reestructurar inversiones a los solos efectos de obtener jurisdicción en el marco de un TBI [APRI] para esas diferencias constituiría… 'una manipulación abusiva del sistema de protección de las inversiones internacionales en el marco del Convenio del CIADI y de los TBI [APRI]'"[198] (énfasis agregado). Por ende, el tribunal de *Venezuela Holdings* se centró, principalmente, en la oportunidad de las reclamaciones a fin de determinar si tenía jurisdicción para dirimir el caso.

236. Por último, el caso *Phillip Morris Asia Ltd. c. Australia* se refería a una situación en que la restructuración societaria se llevó a cabo cuando todavía ni siquiera se había presentado una reclamación, aunque existía una probabilidad razonable de que surgiera la disputa, lo que llevó a la conclusión de que dicha restructuración se realizó con el único propósito de obtener la protección del Tratado. En consecuencia, el tribunal resolvió que los antecedentes jurídicos para determinar la existencia de abuso de derecho giran en torno y son análogas, en gran medida, al concepto de previsibilidad[199]. En ese caso, Phillip Morris Asia adquirió una subsidiaria australiana antes de implementarse las leyes de empaquetado genérico de tabaco de Australia. La iniciativa de salud pública de Australia tendiente a reducir el consumo de Tabaco ya se había dado a conocer y, por eso, el tribunal determinó que Phillip Morris Asia tenía motivos para creer acerca de la posibilidad de que surgiera una disputa en virtud del APRI entre Hong Kong y Australia con respecto a la nueva ley.

237. Después de determinar que la disputa era previsible desde antes de la restructuración, el tribunal analizó los motivos de la Demandante para restructurar. Conforme a la opinión del tribunal, presentar una reclamación en virtud de un APRI tras una restructuración societaria, por lo general, no sería abuso de derecho si la restructuración se pudiera justificar más allá de la posibilidad de presentar esa reclamación[200]. En última instancia, el tribunal concluyó, a partir de todas las pruebas obrantes en el expediente, que la razón principal y determinante, y quizás la única para restructurar fue la intención de presentar

---

[198] *Venezuela Holdings, B.V., y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 10 de junio de 2010, ¶ 185 (RLA-1).
[199] *Phillip Morris Asia Ltd c Australia*, Caso CPA No. 2012-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, ¶ 554 (RLA-90).
[200] *Íd.*, ¶ 570.

una reclamación en virtud del Tratado[201] y, acto seguido, se rehusó a ejercer jurisdicción respecto de las reclamaciones de Phillip Morris. La decisión de *Phillip Morris* muestra otro tribunal que toma en cuenta la oportunidad de la reclamación para investigar si el único propósito del cambio de nacionalidad fue presentar una reclamación en virtud de un Tratado cuyas protecciones no estaban disponibles anteriormente.

238. El Tribunal ha resuelto que la nacionalidad dominante y efectiva del Sr. Aven es la estadounidense y, tal como establece expresamente el DR-CAFTA, el Sr. Aven reviste el carácter de inversor protegido de una Parte.

239. El Tribunal considera que el Sr. Aven no cometió abuso de derecho al decidir inicialmente presentarse a sí mismo como ciudadano italiano y, luego, presentar una reclamación en virtud del DR-CAFTA como ciudadano estadounidense, ya que dicha conclusión requiere que el Sr. Aven cambie de nacionalidad con el 'único propósito' de entablar una reclamación. Su nacionalidad efectiva y dominante era la estadounidense incluso antes de realizar, junto con otros intereses, la inversión.

240. Oportunidad de la inversión. En primer lugar, a diferencia de los hechos en *Phoenix Action*, nada indica que el Sr. Aven haya adquirido el Proyecto Las Olas en el año 2002 como inversión con el único propósito de entablar una demanda conforme al DR-CAFTA. Al contrario, el Sr. Aven compró la propiedad, tomó una serie de recaudos para comenzar el desarrollo, y recorrió los organismos administrativos y ambientales costarricenses. Todos estos hechos sirven como prueba de su intención de desarrollar económicamente el terreno como inversión de buena fe. Si bien la Demandada alega que el Sr. Aven cambió de nacionalidad, por razones de conveniencia, para sacar provecho de las protecciones del DR-CAFTA, dicho cambio de nacionalidad explícita no coincidió con la oportunidad de su inversión en el Proyecto Las Olas, que fue mucho antes de las reclamaciones de la Demandada contra el Sr. Aven. Por consiguiente, no hay nada que llame la atención con respecto a la oportunidad de la inversión.

241. Oportunidad de las reclamaciones. En segundo lugar, si bien puede ser cierto que la Demandada haya iniciado acciones penales contra el Sr. Aven antes de que este decidiera

[201] *Íd.*, ¶ 584.

presentarse como ciudadano estadounidense frente a la Demandada, la diferencia es que el Sr. Aven no utilizó su nacionalidad estadounidense "a los solos efectos de obtener jurisdicción", lo cual constituiría una manipulación del Tratado y del derecho internacional. Como se explicó en la sección anterior, el Sr. Aven ya tenía acceso al DR-CAFTA en virtud de su nacionalidad estadounidense dominante y efectiva. En otras palabras, si bien durante el proceso administrativo con respecto al Proyecto Las Olas, el Sr. Aven utilizó su pasaporte italiano para identificarse, su nacionalidad dominante y efectiva fue la estadounidense al momento en que surgieron las reclamaciones en materia de inversión.

242. Único propósito. Quizá lo más importante es que, si bien la oportunidad de la demanda arbitral de la Demandante es decisiva, cada uno de los casos citados gira en torno a si el cambio de nacionalidad ocurrió o no con el único propósito de obtener un beneficio de las disposiciones del Tratado. Sin embargo, no hay pruebas de que el Sr. Aven haya utilizado su pasaporte italiano en las diversas transacciones con las autoridades costarricenses para obtener alguna ventaja jurídica, que es lo que se discute. Por el contrario, el Tribunal considera racional y convincente la explicación del Sr. Aven de que quería evitar todo "prejuicios contra los estadounidenses" y, muy probablemente, evitar ser otro ciudadano estadounidense más que intenta negociar en Costa Rica. Lo que seguramente pretendía el Sr. Aven, y que describe como la "conveniencia" del pasaporte italiano, fue el privilegio de tener dos pasaportes en un mundo, por momentos, hostil. Tal como señalara el Sr. Aven en su Segunda Declaración Testimonial:

> Opté por tramitar el pasaporte italiano por el único motivo que podía hacerlo y también debido a que en ese momento los estadounidenses eran (y siguen siendo) blanco de agresiones cuando viajan al extranjero. Pensé que sería una buena opción poder viajar con un pasaporte que no fuera estadounidense.[202]

243. El Sr. Aven obtuvo su pasaporte italiano a través de la ciudadanía italiana de su abuelo. Si bien el Estado de Italia es libre para determinar que la ciudadanía de un abuelo es suficiente para conferirle la naturalización a un individuo, en virtud del DR-CAFTA y los Tratados Internacionales en general, dicha naturalización no convierte al Sr. Aven en italiano a los efectos de esta disputa, *aunque* haya presentado su pasaporte italiano a la Demandada.

[202] *Íd.*, ¶ 17, página 5.

244. En realidad, el Sr. Aven no tiene lazos sustanciales con Italia. Nunca vivió allí, no estableció ninguna residencia ni abrió cuentas bancarias, y solo visitó el país unas pocas veces. El único país con el que el Tribunal podría afirmar que el Sr. Aven tiene "lazos sustanciales" es, de hecho, Estados Unidos. En consecuencia, el Sr. Aven no pudo haber "cambiado" de nacionalidad con el único propósito de ampararse en el DR-CAFTA, porque ya se encontraba protegido conforme al Tratado en virtud de su nacionalidad estadounidense dominante y efectiva.

245. Además, con respecto a los principios de buena fe y reciprocidad, el Sr. Aven demostró que muchas veces utilizó su nacionalidad estadounidense y se lo reconoció como ciudadano estadounidense en sus interacciones y negociaciones con empresas y autoridades costarricenses, como también en presentaciones oficiales ante autoridades del Gobierno[203]. En este sentido, se notificó a la Demandada acerca de la posibilidad de una reclamación en virtud del DR-CAFTA. Como tal, el Sr. Aven no violó ni el principio de buena fe ni el principio de reciprocidad.

246. En conclusión, el Tribunal decide que puede ejercer jurisdicción respecto de las reclamaciones del Sr. Aven como inversor de una Parte conforme al Artículo 10.28 del DR-CAFTA, sobre la base de su nacionalidad estadounidense dominante y efectiva.

247. Dado que el Tribunal ha resuelto que el Sr. Aven es ciudadano de los Estados Unidos a los efectos de las protecciones consagradas en el DR-CAFTA, se desestima el argumento de la Demandada de que el Sr. Aven no califica como "Inversionista de una Parte" según las normas aplicables del derecho internacional.

B. Acerca de si las inversiones del Sr. Shioleno y del Sr. Raguso son inversiones protegidas

1. Las posiciones de las Partes

248. En su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandada impugnó, por primera vez, la jurisdicción del Tribunal aduciendo que las Demandantes no presentaron ninguna prueba sobre aportes de capital por parte del Sr. Shioleno o del Sr. Raguso al Proyecto Las Olas, y que el Artículo 10.28 del DR-CAFTA exige que, para que un bien se considere inversión

[203] *Íd.*, ¶ 22.

protegida en virtud del Tratado, debe reunir las características de una inversión. En concreto, según la Demandada, el tratado exige que el inversor destine capital u otros recursos para que se lo considere titular de una "inversión cubierta"[204].

249. La Demandada citó al Sr. Shioleno durante su interrogatorio en la Audiencia celebrada en diciembre[205], quien admitió no haber invertido recursos. Su participación se limitó a esfuerzos de comercialización en Tampa, Florida, y también admitió que el Proyecto no realizó ninguna venta durante el período de sus actividades.

250. En el caso del Sr. Raguso, agrega la Demandada, no prestó ningún servicio a la inversión porque se suponía que se desempeñaría como gerente de obra a mediados del año 2011 cuando se ordenó la suspensión de las obras. Si bien el Sr. Raguso pudo haber tenido alguna expectativa de ganancia a raíz de sus conversaciones con el Sr. Aven, esas conversaciones y expectativas no equivalen a realmente haber aportado algún recurso, con los riesgos que eso conlleva, a la presunta inversión en Costa Rica[206].

251. La Demandada señaló, asimismo, que ni el Sr. Shioleno ni el Sr. Raguso recibieron certificados de acciones, ni se encontraban inscriptos como accionistas en los registros de las Empresas.

252. Dado que esta impugnación fue planteada por la Demandada en su Memorial Posterior a la Audiencia, las Demandantes no tuvieron oportunidad de comentar al respecto. El Tribunal no consideró que esto fuera necesario ya que las anteriores declaraciones de las Demandantes en su Notificación de Arbitraje, Memorial y su Escrito Posterior a la Audiencia ofrecen argumentos suficientes. Las Demandantes explicaron que la inversión del Sr. Shioleno fue "capital atractivo"[207] en los esfuerzos de comercialización de preparación de folletos y otros materiales publicitarios, y se realizaron referencias similares con respecto al Sr. Raguso.

---

[204] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 600-605, páginas 140 y 141.
[205] Transcripción, 331:6-10, 337:3-10 y 332:6-8.
[206] Escrito de las Demandantes posterior a la Audiencia, ¶ 604, página 311.
[207] Memorial de las Demandantes, ¶¶ 49 y 124, páginas 15 y 35, respectivamente, y Escrito de las Demandantes posterior a la Audiencia, ¶ 27, página 22.

2. El análisis del Tribunal

253. Si bien no hay referencias a aportes monetarios por parte de los Sres. Shioleno y Raguso, las Demandantes dejaron en claro que ambos aportaron sus conocimientos de comercialización y desarrollo de bienes raíces.

254. El DR-CAFTA no restringe las inversiones a aportes monetarios. Cuando el Tratado define "Inversión" en el Artículo 10.28, dice que el término significa "todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo". Así, el Tratado reconoce expresamente que la inversión puede adoptar la forma de un compromiso de capital u otros recursos o la asunción de un riesgo.

255. Luego, el Artículo enumera una serie de formas que puede adoptar la inversión. Entre ellas, se pueden mencionar los "derechos de propiedad intelectual" (párrafo **f**) que, por definición, no necesariamente requieren un aporte monetario sino creatividad y esfuerzo de desarrollo, ya se trate de derechos de autor, marcas comerciales, patentes o simplemente *know-how*.

256. Si bien está claro que esta referencia en el Artículo 10.28 tiene que ver con una "inversión" protegida en virtud del Tratado, no con el propio aporte de los inversores en una empresa, los principios rigen igualmente.

257. Si se aportan activos intangibles, y se consideran una inversión, se debe demostrar que el aporte no monetario se recibió como participación en la empresa. Según las leyes de Costa Rica, esto se debe probar a través de la emisión de acciones y la correspondiente inscripción en el registro de accionistas.[208]

258. Por lo tanto, el Tribunal considera que las obras realizadas y/o los compromisos asumidos por parte de los Sres. Shioleno y Raguso califican como inversión, y desestima la excepción que planteó la Demandada.

[208] El Anexo C-4 de la Notificación de arbitraje contiene certificados emitidos por cada una de las Empresas que acreditan la titularidad de las acciones de cada una de ellas, incluidas las de los señores Shioleno y Raguso.

C. Fincas que no son de titularidad de las Demandantes

1. Las posiciones de las Partes

259. En su Dúplica, la Demandada sostuvo que sus organismos llevaron a cabo una minuciosa investigación, con inclusión de la información recibida de parte de las Demandantes durante la etapa de exhibición de los documentos del procedimiento, concluyendo que una gran cantidad de fincas que supuestamente eran propiedad de las Demandantes en realidad no lo eran, ni de forma directa ni por intermedio de las Empresas. La Demandada declaró que las Demandantes no pudieron ofrecer prueba alguna de la propiedad de todas las fincas que conforman el Proyecto Las Olas. La Demandada agregó que algunas de estas fincas nunca habían ostentado dicha titularidad o habían sido vendidas en el transcurso del arbitraje[209].

260. La Demandada alegó que, de los 288 lotes en el Sitio del Condominio, 28 lotes habían sido vendidos a terceras partes entre los años 2010 y 2015 y, además, que, de los 81 lotes en el Sector de Servidumbre, 50 no pertenecían a las Demandantes ya sea de forma directa o por intermedio de Empresas[210]. Para ello, la Demandada presentó los Anexos R-322 y R-323 los cuales hacen referencia tanto a las fincas que ella alega que las Demandantes incluyeron de forma arbitraria como parte de su supuesta inversión, como a las fincas que, en ese momento, ya no pertenecían a las Demandantes.

261. Al cierre de la Audiencia de Febrero, el Tribunal solicitó a las Demandantes que, en su Escrito Posterior a la Audiencia, analizaran la cuestión de la propiedad de las 78 fincas que la Demandada alegaba que no pertenecen a las Demandantes, e identificaran las fincas que habían sido vendidas con anterioridad y posterioridad a la presentación de la Notificación de Arbitraje en el mes de enero de 2014.

262. Luego, en su Escrito Posterior a la Audiencia (Anexo B), las Demandantes proporcionaron una tabla detallada en la que explicaban la estructura de propiedad de las fincas, y confirmaron la información contenida en diversas diapositivas de la presentación del Dr. Abdala en ocasión de la Audiencia de Febrero. En su listado, las Demandantes reconocen

[209] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 166, página 49.
[210] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 167-170, página 50.

que vendieron fincas con anterioridad y posterioridad a la presentación de la Notificación de Arbitraje, pero adoptan la postura de que aún así están protegidas conforme al DR-CAFTA. Después de que el 8 de marzo de 2017 la Demandada cuestionara las tareas que se realizaban en el sitio del Proyecto Las Olas a fines del mes de enero y principios del mes de febrero de 2017 - las cuales la Demandada sostuvo que podrían ser "ilegales" a la luz de las medidas cautelares vigentes emitidas por el SINAC, el TAA y el juzgado penal de Quepos, Costa Rica - las Demandantes respondieron de inmediato el 10 de marzo de 2017 indicando que ellas habían celebrado recientemente un acuerdo con el Sr. Carlos Alberto Mora Solano en virtud del cual el Sr. Mora tenía la intención de adquirir "la totalidad del sitio del Proyecto las Olas"[211][Traducción del Tribunal], pero que, debido al momento de la transacción, aguardaban a realizar dicha divulgación precisamente en su Escrito Posterior a la Audiencia. Luego, y con posterioridad a que la Demandada presentara otra comunicación el 13 de marzo de 2017 en la que detallaba las tareas que se llevaban a cabo, y cuestionaba en la carta de fecha 27 de marzo de 2017 cómo las Demandantes podían alegar que desconocían dichas tareas si ellas eran todavía las propietarias de las fincas, las Demandantes ofrecieron información adicional sobre la venta de las fincas al Sr. Mora[212], e incluso hicieron referencia a otras fincas en las Servidumbres Nos. 1 y 2 que también habían sido vendidas previamente al Sr. Mora y su hermana, la Sra. Yesenia Venegas Alvarado.

263. Asimismo, las Demandantes reconocieron en su Escrito Posterior a la Audiencia que el 3 de marzo de 2017 celebraron un acuerdo para venderle al Sr. Carlos Alberto Mora Solano, un residente de Esterillos, "la mayoría de las áreas en el sitio del Proyecto Las Olas que todavía estaban en su poder", específicamente los sitios comerciales sobre el lindero norte del Proyecto Las Olas, las parcelas restantes en el Sector del Condominio y los terrenos del Sitio de la Concesión[213].

264. Las Demandantes agregaron que habían tenido la intención de vender el resto de la finca Las Olas durante varios años para mitigar las pérdidas sufridas debido a la cancelación del

[211] Carta de las Demandantes de fecha 10 de marzo de 2017 dirigida a la Demandada.
[212] Carta de las Demandantes de fecha 10 de marzo de 2017 dirigida al Tribunal.
[213] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 545, página 285.

proyecto por parte de Costa Rica, y que estos intentos siempre fracasaron dado el estado del proyecto y del terreno con posterioridad a las acciones de Costa Rica[214]. Las Demandantes admiten que el precio de venta de USD 650.000 es muy inferior al que pretenden, pero sostienen de inmediato que refleja el hecho de que el terreno todavía está sujeto a: (i) medidas cautelares que impiden las tareas de construcción; (ii) alegaciones sobre humedales por parte de las autoridades de Costa Rica; y (iii) la imposibilidad de las Demandantes de desarrollar la finca debido a las acciones de las autoridades de Costa Rica.

265. Las Demandantes señalaron que decidieron aceptar "esta oferta extremadamente baja por la propiedad" dadas las condiciones de las fincas indicadas *supra* y la ausencia de cualquier declaración que debieran formular en calidad de vendedoras respecto de las medidas cautelares todavía en vigencia sobre la finca y los permisos emitidos[215].

266. En virtud de dicha venta, las Demandantes solicitaron a su perito valuatorio, el Dr. Manuel Abdala de la firma Compass Lexecon, el ajuste de la valuación de las fincas para recalcular su valor por medio de la inclusión de esta venta reciente con el propósito de estimar el producido de las ventas del terreno que se llevaron a cabo con posterioridad al mes de mayo de 2011, en lugar de utilizar un precio residual estimado del terreno no vendido tal como hiciera previamente[216].

267. La Demandada, en su Memorial Posterior a la Audiencia, mantuvo su excepción y solicitó al Tribunal que rechazara la jurisdicción para dirimir cualquier reclamación que surgiera de las 78 fincas que no forman parte de la supuesta inversión de las Demandantes.

2. El Análisis del Tribunal

(a) Marco legal y autoridades

268. Tal como asevera correctamente la Demandada, la carga de la prueba relativa a la titularidad legítima de la inversión recae en las Demandantes. En primer lugar, el Artículo 27(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que "[c]ada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas".

[214] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 547, página 285.
[215] *Íd.*
[216] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 548, página 286.

Asimismo, el Artículo 20(4) de tal Reglamento impone una obligación al demandante de incluir, junto con los antecedentes, "… todos los documentos y otras pruebas en las que se basó el demandante o que contengan referencias a ellos". En consecuencia, si la titularidad de las fincas objeto de la supuesta expropiación no es probada por las Demandantes, no hay protección conforme al Artículo 10.28 del DR-CAFTA.

269. A título recordatorio, las Demandantes presentaron una reclamación en contra de la Demandada alegando el incumplimiento de los Artículos 10.5 (Nivel Mínimo de Trato) y 10.7 (Expropiación e Indemnización) del DR-CAFTA respecto de su Inversión.

270. El Tribunal recuerda una vez más la definición de "Inversión" en virtud del Artículo 10.28 del DR-CAFTA, el cual contempla, entre otros aspectos, el concepto de derechos de propiedad: "inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo".

271. Además, las Demandantes deben proporcionar toda la documentación necesaria para respaldar dichas reclamaciones de titularidad conforme a la Sección 3 de la misma disposición del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la cual establece que "[e]n cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las parten presenten documentos u otras pruebas". De hecho, al considerar la falta de información presentada por las Demandantes, el Tribunal les instruyó en el cuestionario posterior a la audiencia "…proporcionar la estructura de titularidad detallada de cada empresa que posea las distintas propiedades que comprenden el emprendimiento, y adjuntar una tabla que enumere la estructura de titularidad al tiempo de presentación de la Notificación de Abritraje basado en el siguiente modelo de anexo".[217]

272. Del mismo modo, la jurisprudencia que invoca la Demandada también refleja dicha obligación. En *CCL c. Kazajstán*, el Tribunal hizo hincapié en la carga que recaía en la

[217] Carta del 13 de febrero de 2017, mediante la cual el Tribunal envió a las Partes una lista de preguntas por considerar en sus respectivos memoriales posteriores a la audiencia.

Demandante a la luz de las declaraciones de la Demandada las cuales cuestionaban la legitimidad de la titularidad de la inversión.

> Como consecuencia del presente, debe ser un requisito procesal que la parte Demandante que promueve un arbitraje conforme al Tratado proporcione la información y las pruebas necesarias relativas a las circunstancias en las que se enmarca la titularidad y el control, de forma directa o indirecta, sobre [el inversionista Demandante] en todo momento pertinente. Más aún cuando existe una duda razonable sobre la titularidad y el control real de las compañías que procuran protección[218]. [Traducción del Tribunal]

273. Debido a que la demandante en *Kazajstán* no ofreció las pruebas necesarias para demostrar la titularidad de la inversión a pesar de las reiteradas solicitudes por parte de la demandada, el tribunal rechazó ejercer jurisdicción conforme al Tratado.

274. En un caso similar, el tribunal en *Perenco Ecuador c. Ecuador* debió hacer frente a la dificultad de probar la titularidad y analizar la información aportada con miras a corroborar la reclamación del inversionista respecto de la inversión[219]. En dicho caso, una declaración testimonial sirvió como única prueba "presentada" por la demandante para acreditar su titularidad. El tribunal resolvió que, si bien la reclamación se presentó conforme al APRI entre Ecuador y Francia, y la compañía demandante no estaba directamente controlada por nacionales franceses sino por una compañía de las Bahamas, las pruebas contenidas en la declaración testimonial demostraban con suficiencia que los nacionales franceses ostentaban un control suficiente de las compañías como para invocar la jurisdicción.

275. Los ejemplos de *Kazajstán* y *Perenco Ecuador* reflejan la tendencia entre tribunales de hacer recaer la carga de la prueba en las demandantes de demostrar los hechos que subyacen para determinar si se satisfizo dicha carga. Por supuesto que ello no constituye una práctica particularmente novedosa; sin embargo, la información equívoca presentada por las Demandantes relativa a la venta de las fincas y su negativa a refutar las declaraciones de la Demandada respecto de la ausencia de titularidad de las Demandantes

---

[218] *CCL c. República de Kazajstán*, Caso CCE No. 122/2001, Laudo sobre Jurisdicción, 1 de enero de 2003, ¶ 82 (RLA-155).

[219] *Perenco Ecuador Ltd. c. La República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014 (RLA-21).

obliga al Tribunal a considerar de forma más minuciosa el incumplimiento de las Demandantes de su carga y determinar qué consecuencias deberían desprenderse de eso.

276. En *Europe Cement Investment c. Turquía*, el tribunal hizo una inferencia adversa en contra de la demandante debido a la deficiencia de las pruebas presentadas para refutar las alegaciones de la demandada respecto de la falta de titularidad. A saber:

> La imposibilidad de la Demandante de ofrecer cualquier refutación seria a los argumentos de la Demandada sugiere de forma contundente que nunca ostentó dicha titularidad, al menos durante el período pertinente para la jurisdicción, y quizás jamás ostentó dicha titularidad en lo absoluto. La carga de la prueba relativa a la titularidad del capital accionario en el período pertinente recaía en la Demandante. No logró cumplir con esa carga en absoluto.[220]. [Traducción del Tribunal]

277. El tribunal en *Europe Cement Investment* prosiguió luego con el análisis de pruebas circunstanciales para determinar la titularidad de la inversión en ausencia de documentación proporcionada por la Demandante y, resolvió, en último término, que la inversión no estaba demostrada conforme al Tratado.

278. En consecuencia, la jurisprudencia aplicable y los mecanismos procesales principales dan cuenta que las Demandantes tienen el deber inequívoco de proporcionar la información requerida por el Tribunal para dar por acreditadas sus reclamaciones de titularidad respecto de las fincas en cuestión.

279. En el caso que nos ocupa, pareciera que las Demandantes al principio prefirieron ignorar sus propias omisiones e hicieron únicamente hincapié en la valuación del Sitio del Proyecto en el mes de mayo de 2011, en lugar de responder plenamente a las solicitudes de información de la Demandada.

280. Las Demandantes no sólo incluyeron fincas que no eran de su propiedad como parte de su supuesta inversión, sino que no divulgaron las ventas en curso de los lotes a terceras partes durante la tramitación del presente arbitraje. Este deber de las Demandantes se extendía a informar al Tribunal y a la Demandada del momento en el cual se vendieran las fincas con posterioridad a la presentación de la Notificación de Arbitraje, y una vez que el

[220] *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/2, Laudo, 13 de agosto de 2009, ¶ 166 (RLA-27).

procedimiento de arbitraje hubiera comenzado. Quizás no cada lote de forma individual, pero con certeza un informe aviso para la Audiencia de Diciembre.

281. No obstante dicho deber de proporcionar información, el Tribunal se vio obligado a instruir a las Demandantes hacia el final de la Audiencia de Febrero que "confirmaran los lotes en el marco del proyecto en su totalidad que fueron vendidos antes y después de la Notificación de Arbitraje". Fue recién después de que el Tribunal solicitara de forma específica a las Demandantes que identificaran los lotes incluidos en el Proyecto Las Olas que habían sido vendidos, que las Demandantes ofrecieron en su Escrito Posterior a la Audiencia un listado completo y detallado de las fincas que comprendería el sitio del Proyecto Las Olas, en el cual se identificaba cuándo se habían adquirido, por intermedio de qué Empresa, y cuándo y a quién habían sido vendidas. Resulta evidente que esta información debería haber sido presentada con anterioridad, y habría ahorrado mucho análisis y tiempo a la Demandada y al Tribunal.

282. Así, el Tribunal entiende que las Demandantes deberían haber actuado con mayor diligencia y definido adecuadamente las fincas que eran de su propiedad al momento de iniciar el procedimiento de arbitraje o, de lo contrario, haber explicado los motivos por los cuales no pudieron proceder de dicha manera.

283. Si bien en el caso *Kazajstán* el inversionista demandante no ofreció la documentación necesaria para probar la titularidad debido a su intención de resguardar la confidencialidad de la identidad de los inversionistas, en el presente caso las Demandantes no ofrecieron explicación alguna respecto del motivo por el cual al principio no brindaron ninguna respuesta. En lugar de una real intención de obtener beneficios de forma inadecuada, pareciera que la cuestión radicaba en la falta de orden y debida diligencia.

284. La Demandada caracterizó la maniobra de las Demandantes relativa a la venta del remanente del sitio del Proyecto Las Olas sin divulgar plenamente dichas transacciones como un "intento de eliminar los activos que tienen en Costa Rica para perjudicar cualquier obtención por parte de los organismos de Costa Rica en los procedimientos locales

pendientes"[221] [Traducción del Tribunal]. El Tribunal decide no formular comentarios respecto de la condena que hace la Demandada sobre los motivos de las Demandantes.

285. Las Demandantes sostienen que la fecha en la cual realizaron la valuación de las fincas, el mes de mayo de 2011, constituye la fecha pertinente a partir de la cual se debe determinar el valor y la titularidad de los lotes en cuestión. Ellas consideran relevante cualquier venta posterior al mes de mayo de 2011 respecto de los daños sólo en la medida en que el valor residual del terreno del proyecto sea reducido para justificar el hecho de que las Demandantes ya no son titulares de ciertos lotes. De forma similar, las Demandantes reconocen que las ventas en sí mismas generaron un pequeño ingreso mitigando los supuestos daños sufridos, lo cual debe deducirse del monto de daños[222].

286. Si bien las Demandantes adoptaron la postura de que las ventas a terceros no son relevantes para su caso, y que el ingreso debería considerarse como un esfuerzo para mitigar los daños y a los efectos del cálculo de daños en el Laudo Definitivo, este argumento no puede ignorar el deber de buena fe y transparencia hacia la Demandada y el Tribunal.

287. El Tribunal considera pertinente explicar en detalle las acciones y omisiones: (1) la presentación al Tribunal por parte de las Demandantes de diversos gráficos en los que se enumeran varias Empresas en calidad de titulares de ciertas fincas, a pesar de la venta ininterrumpida de dichas fincas desde el año 2014 hasta la fecha; (2) la falta de una respuesta adecuada ante la solicitud del Tribunal de identificar los lotes que habían sido vendidos con posterioridad a la Notificación de Arbitraje tal como prueba la ausencia de cualquier venta realizada a Corazón de la Tierra en Esterillos S.A. en el Anexo B del Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes; (3) la negativa a proporcionar la documentación relativa a la venta de las áreas remanentes del Sitio del Proyecto Las Olas al Sr. Alberto Mora por intermedio de la Empresa Corazón de la Tierra en Esterillos S.A. de titularidad de las Demandantes hasta su carta de fecha 26 de abril de 2017 y con posterioridad a que la Demandada solicitara clarificación; y (4) la ausencia de conocimiento alegada por las Demandantes respecto de las tareas que se llevaban a cabo

[221] Abogado de la Demandada, 17 de abril de 2017, carta dirigida al Tribunal, ¶ 25.
[222] Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 647, página 330.

en las fincas vendidas al Sr. Mora a pesar de su relación de largo plazo con dicho señor y el comienzo de las referidas tareas en el mes de febrero de 2017, un mes antes de que la supuesta venta tuviera lugar.

288. Sin embargo, y debido a que las Demandantes han identificado ahora, sin calificación alguna, la propiedad de las fincas incluidas en la impugnación de la Demandada, el Tribunal considerará las pruebas que obran en el expediente para determinar las fincas que quedan comprendidas en su jurisdicción.

(b) Fecha relevante para determinar la titularidad

289. Debido a que las Demandantes reconocieron que habían vendido fincas con anterioridad y posterioridad a la presentación de la Notificación de Arbitraje[223], e incluso vendieron prácticamente toda la porción remanente del Proyecto Las Olas poco tiempo antes de la presentación de su Escrito Posterior a la Audiencia, la diferencia principal entre las Partes radica en determinar si las fincas vendidas con anterioridad y durante el transcurso del presente arbitraje deberían ser consideradas parte de la inversión de las Demandantes.

290. Por un lado, la Demandada apela al Registro Nacional de Costa Rica para probar que las Demandantes simplemente no son propietarias de los lotes en cuestión. La Demandada señala, tal como se describiera *supra*, que las Demandantes no han controvertido su falta de propiedad sobre las fincas y, en consecuencia, la Demandada ha adoptado la postura de que las Demandantes no cumplieron con la carga de la prueba tendiente a demostrar la titularidad legítima de su inversión. Por consiguiente, la Demandada solicita al Tribunal que decline jurisdicción sobre las 78 fincas cuya titularidad se identificó que no pertenece a las Demandantes a partir del 28 de octubre de 2016 - la fecha de su Memorial de Dúplica.

291. Por lo tanto, el Tribunal debe decidir cuáles de las 78 fincas cuya propiedad no recae en las Demandantes en la actualidad deberían considerarse como parte de la Inversión de las Demandantes, en base a su fecha de venta, a los efectos del presente arbitraje.

292. Como cuestión preliminar, las Demandantes instan al Tribunal a que considere en todo momento su inversión como la totalidad de la inversión en el Proyecto Las Olas, no sólo

[223] *Íd*, Anexo B.

meros elementos de dicha inversión[224]. Sin embargo, respecto de la venta de las 78 fincas en cuestión, las acciones de las Demandantes no respaldan esta postura. En consecuencia, el Tribunal considerará si los lotes individuales que fueron vendidos pueden formar parte de la Inversión conforme al Artículo 10.28 del DR-CAFTA.

293. A fin de facilitar la determinación del Tribunal, resulta útil referirse a la descripción general de otro tribunal del CIADI respecto del momento de la disposición de inmuebles, lo cual constituye el objeto del procedimiento de arbitraje.

294. En *CSOB c. Eslovaquia*, la Demandante cedió sus derechos sobre la inversión luego del comienzo del procedimiento de arbitraje. El tribunal señaló que la jurisdicción se determina en base a la situación del derecho sobre la inversión a la fecha del inicio del arbitraje.

> [E]n general, se reconoce que la determinación de si una parte tiene legitimación en un foro internacional judicial a los efectos de la jurisdicción para instituir el procedimiento se realiza por referencia a la fecha en la cual se considera que dichos procedimientos se han iniciado. Debido a que la Demandante instituyó el presente procedimiento con anterioridad a la fecha en la cual concluyeran las dos cesiones, se infiere que el tribunal tiene jurisdicción para conocer de este caso independientemente del efecto jurídico, en caso de corresponder, que las cesiones pudieran haber tenido sobre la legitimación de la Demandante en el evento de que hubieren precedido a la presentación del caso".[225] (Énfasis agregado) [Traducción del Tribunal]

295. La Demandada asimismo afirma que, debido a la imposibilidad de las Demandantes de "establecer [...] por referencia a pruebas fehacientes que se hayan realizado estas inversiones habilitantes y que estas continúen en existencia"[226] (énfasis agregado), dicho tribunal no podía ejercer su jurisdicción. La decisión del tribunal en *CSOB c. Eslovaquia* establece que la fecha relevante respecto de la cual la demandante está obligada a probar la titularidad de su inversión es la fecha del inicio del procedimiento de arbitraje, y no con posterioridad.

296. Por lo tanto, el Tribunal resuelve que los precedentes relevantes expresan que las inversiones liquidadas o transferidas *con posterioridad* a la iniciación del procedimiento

[224] *Íd.*, ¶ 130, página 69.
[225] *CSOB c. Eslovaquia*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, ¶ 31 (CLA-177).
[226] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 164, página 49.

de arbitraje constituyen inversiones contempladas por los procedimientos en virtud del DR-CAFTA. En línea con el Artículo 3(2) de la CNUDMI el cual dispone que "se considerará que el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el demandado", el Tribunal determina que la fecha de la Notificación de Arbitraje - en el presente caso, el 20 de enero de 2014 - es la fecha que debería definir las fincas que fueron vendidas con posterioridad a la iniciación del presente arbitraje, que tienen el carácter de una inversión cubierta según el Artículo 10.28 del DR-CAFTA. En consecuencia, el Tribunal rechaza de forma expresa la alegación de las Demandantes respecto de que todos los lotes vendidos con posterioridad al mes de mayo de 2011 constituyan inversiones cubiertas. En su lugar, el umbral de la fecha de venta es el 20 de enero de 2014.

297. En el Proyecto Las Olas, hubo fincas que fueron vendidas no sólo con posterioridad al inicio del procedimiento de arbitraje, sino también *con anterioridad* a ello. A tales efectos, *Mondev International, Ltd. c. Estados Unidos* - una controversia ventilada conforme al Capítulo 11 del TLCAN - resulta instructivo. En dicho caso, el inversionista perdió la titularidad de su inversión como resultado de la ejecución de la hipoteca que la gravaba, como resultado de demoras en un proyecto de desarrollo inmobiliario atribuible a la ciudad de Boston. A diferencia de lo ocurrido en *CSOB c. Eslovaquia*, el inversor perdió dicha titularidad antes de la iniciación del procedimiento de arbitraje. El tribunal resolvió que el procedimiento de solución de controversias del TLCAN

> "con frecuencia, deberá ser aplicado luego de que la inversión en cuestión haya fallado. En la mayoría de los casos, la controversia sometida a arbitraje versará precisamente sobre la cuestión de la responsabilidad por dicho fracaso. El hecho de solicitarle a la demandante que se mantenga de forma continua en calidad de inversionista conforme a la legislación del Estado receptor al momento de la iniciación del arbitraje tendería a frustrar el verdadero propósito del Capítulo 11, que es brindar protección a los inversionistas en contra de conductas arbitrarias con inclusión de expropiaciones de sus inversiones sin mediar indemnización, y proceder en tal sentido durante la vida útil de la inversión hasta el momento de su 'venta o disposición".[227] (Énfasis agregado) [Traducción del Tribunal]

[227] *Mondev International, Ltd. c. Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶ 91 (CLA-50).

298. Así, en *Mondev*, el tribunal ejerció su jurisdicción porque la inversión había fracasado debido a las acciones de un tercero - la ciudad de Boston. En este aspecto, *Mondev* constituye una excepción a la regla general respecto de la cual un inversionista debe tener la titularidad de la inversión a la fecha de la Notificación de Arbitraje para gozar de la protección del tratado.

299. Pareciera que las Demandantes invocan el razonamiento del tribunal en *Mondev* en relación con su alegación de que el Proyecto Las Olas fue destruido por acciones de la Demandada a través de la Notificación de Paralización de la Municipalidad emitida en el mes de mayo de 2011, hecho que resultó en la posterior venta de los lotes realizada "a una ínfima parte de su valor (en defecto del cierre), únicamente con el afán de mitigar las pérdidas de las Demandantes"[228]. En consecuencia, la cuestión radica en determinar si las medidas cautelares de suspensión del Proyecto Las Olas por parte de la Demandada demuestra el mismo nivel de causalidad directa que se evidenciara en las acciones de la ciudad de Boston en *Mondev* para garantizar el ejercicio de la jurisdicción respecto de todas las fincas vendidas con posterioridad al mes de mayo de 2011.

300. Las Demandantes no han podido demostrar que las ventas del período comprendido entre el mes de mayo de 2011 y el 20 de enero de 2014 fueron realizadas a precios inferiores comparados con aquellos que se obtuvieran previamente sobre las ventas realizadas con anterioridad al mes de mayo de 2011. Las Demandantes, en su Escrito Posterior a la Audiencia, alegan que dichas ventas fueron realizadas en el marco de una situación problemática, pero no lograron demostrar el impacto sobre el precio de venta[229].

301. En conclusión, el Tribunal resuelve que la jurisprudencia relevante indica que, en términos generales, una inversión vendida con posterioridad a la fecha de la Notificación de Arbitraje satisface el criterio correspondiente a "inversión" conforme al DR-CAFTA. Por otro lado, aquel inversionista que proceda con la disposición de la titularidad de su inversión antes del procedimiento de arbitraje no debería ser elegible para obtener la protección del Tratado, a menos que se esté en presencia de circunstancias especiales.

[228] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 132, página 70.
[229] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 648(g), página 331.

Dichas circunstancias incluyen, *inter alia*, la pérdida de la inversión a causa de acciones de terceras partes o la aplicación retroactiva del Tratado, ninguna de las cuales resultan aplicables en el caso que nos ocupa.

(c) Fincas respecto de las cuales el Tribunal puede ejercer la jurisdicción

302. Ahora que se estableció el 20 de enero de 2014 como la fecha relevante - la fecha de la Notificación de Arbitraje - el Tribunal considerará las pruebas aportadas por ambas Partes para determinar cuáles de las 78 fincas controvertidas por la Demandada serán incluidas en "la inversión" tal como define el Artículo 10.28 del DR-CAFTA.

303. La tabla que se presenta a continuación compila todas las fincas que (i) las Demandantes reconocieron que fueron vendidas con anterioridad a la Notificación de Arbitraje, y (ii) respecto de las cuales la Demandada concuerda, y ha ofrecido pruebas que lo confirman en el Anexo II de su Dúplica.[230]

Lotes vendidos con anterioridad a la Notificación de Arbitraje (20 de enero de 2014)				
	Número de lote	Ubicación	Propietario	Fecha de registro
1	158363-000	Servidumbre / Otro	Carosomu noventa y tres	21 de mayo de 2008
2	158362-000	Servidumbre / Otro	Leon & Mussio, S.A.	11 de diciembre de 2008
3	158411-000	Servidumbre / Otro	Vistas de Esterillos	2 de julio de 2009
4	158366-000	Servidumbre / Otro	LO con guacamayas siete	2 de septiembre de 2009
5	158367-000	Servidumbre / Otro	Las Olas beach resort	1 de octubre de 2009
6	158360-000	Servidumbre / Otro	Pozas tranquilas de Esterillos	2 de octubre de 2009
7	159610-000	Servidumbre / Otro	Famosos de vista en el trópico	28 de enero de 2010
8	159611-000	Servidumbre / Otro	Costal life properties	26 de abril de 2010
9	159612-000	Servidumbre / Otro	Noelani Costa Can, S.A.	11 de mayo de 2010
10	79301-F-000	Condominio	Maes Family Corp, S.R.L.	5 de julio de 2010
11	158361-000	Servidumbre / Otro	LO Esterillos nueve	12 de agosto de 2010
12	158414-000	Servidumbre / Otro	Las Olas Limpias Cinco	13 de agosto de 2010

[230] La información contenida en la tabla fue proporcionada en el Anexo II del Memorial de Dúplica de la Demandada cuya fuente es el Registro Nacional de Costa Rica.

13	79303-F-000	Condominio	Las Olas y los Árboles Diez, S.R.L.	22 de septiembre de 2010
14	159849-000	Servidumbre / Otro	Las Olas y La Selva Cuatro	3 de noviembre de 2010
15	159848-000	Servidumbre / Otro	Las Olas Monos Tres	9 de diciembre de 2010
16	79304-F-000	Condominio	Las Olas Más Bellas Seis, S.R.L.	3 de febrero de 2011
17	79305-F-000	Condominio	Puerta Azul Al Mar Uno, S.R.L.	23 de febrero de 2011
18	159850-000	Servidumbre / Otro	Bandera de Mar Dos	25 de febrero de 2011
19	79363-F-000	Condominio	The Dull's Investment, S.R.L.	14 de marzo de 2011
20	79344-F-000	Condominio	Puerta Azul Al Mar Uno, S.R.L.	28 de marzo de 2011
21	79346-F-000	Condominio	Andata de la Playa Cero Uno, S.R.L.	6 de junio de 2011
22	79345-F-000	Condominio	Isla Maui Internacional, S.A.	24 de junio de 2011
23	159552-000	Servidumbre / Otro	Manuel Rojas	19 de enero de 2012
24	158408-000	Servidumbre / Otro	Honorable Cartulario Nocturno	4 de mayo de 2012
25	79375-F-000	Condominio	Las Olas y Los Mangos Ocho, S.R.L.	21 de noviembre de 2012
26	158412-000	Servidumbre / Otro	CRG Group Holdings	11 de enero de 2013
27	158413-000	Servidumbre / Otro	CRG Group Holdings	11 de enero de 2013
28	79309-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	1 de abril de 2013
29	79310-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	1 de abril de 2013
30	79311-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	1 de abril de 2013
31	79314-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	1 de abril de 2013
32	79315-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	1 de abril de 2013
33	79316-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	1 de abril de 2013
34	159553-000	Servidumbre / Otro	Sand Group Investments, S.A.	29 de abril de 2013
35	159554-000	Servidumbre / Otro	Sand Group Investments, S.A.	29 de abril de 2013
37	159607-000	Servidumbre / Otro	Sand Group Investments, S.A.	29 de abril de 2013
38	159608-000	Servidumbre / Otro	Sand Group Investments, S.A.	29 de abril de 2013
39	159609-000	Servidumbre / Otro	Sand Group Investments, S.A.	29 de abril de 2013
40	79323-F-000	Condominio	DW Blue Group, S.A.	29 de mayo de 2013
41	79324-F-000	Condominio	DW Blue Group, S.A.	29 de mayo de 2013
42	79332-F-000	Condominio	DW Blue Group, S.A.	29 de mayo de 2013

43	79348-F-000	Condominio	DW Blue Group, S.A.	29 de mayo de 2013
44	79349-F-000	Condominio	DW Blue Group, S.A.	29 de mayo de 2013
45	79350-F-000	Condominio	DW Blue Group, S.A.	29 de mayo de 2013
46	79317-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	30 de mayo de 2013
47	79318-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	30 de mayo de 2013
48	79319-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	30 de mayo de 2013
49	79320-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	30 de mayo de 2013
50	79321-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	30 de mayo de 2013
51	79322-F-000	Condominio	Three Oceans International, S.R.L.	30 de mayo de 2013
52	162482-000	Servidumbre / Otro	Three Oceans International, S.R.L.	4 de julio de 2013
53	162483-000	Servidumbre / Otro	Three Oceans International, S.R.L.	4 de julio de 2013
54	162484-000	Servidumbre / Otro	Three Oceans International, S.R.L.	4 de julio de 2013
55	162485-000	Servidumbre / Otro	Three Oceans International, S.R.L.	4 de julio de 2013
56	162486-000	Servidumbre / Otro	Three Oceans International, S.R.L.	4 de julio de 2013
57	162487-000	Servidumbre / Otro	Three Oceans International, S.R.L.	4 de julio de 2013
58	159847-000	Servidumbre / Otro	Samuel Bermúdez	11 de diciembre de 2013

304. La Demandada identificó en el Anexo II de su Dúplica otro lote que fue vendido con anterioridad a la presentación de la Notificación de Arbitraje y que las Demandantes no refutaron ni tampoco han brindado información reconociendo dicha venta.

	Número de lote	Ubicación	Propietario	Fecha de venta
59	159556-000	Servidumbre / Otro	Sand Group Investments, S.A.	29 de abril de 2013

305. Por otro lado, los lotes que se indican a continuación fueron identificados por las Demandantes en el Anexo B de su Escrito Posterior a la Audiencia como vendidos con anterioridad a la Notificación de Arbitraje (no obstante, sin identificar la fecha de la transferencia) pero que (i) no fueron identificados por la Demandada, o bien (ii) fueron identificados por la Demandada como vendidos con posterioridad a la Notificación de Arbitraje. En este sentido, resulta suficiente el reconocimiento de las Demandantes de la

fecha de la disposición con anterioridad a la Notificación de Arbitraje para que el Tribunal lo tenga por establecido.

Lotes vendidos con anterioridad a la Notificación de Arbitraje (20 de enero de 2014)				
	Número de lote	Ubicación	Propietario	Fecha de venta
60	159555-000	Servidumbre / Otro	Samuel Bermúdez	Previa a la Notificación de Arbitraje
61	159557-000	Servidumbre / Otro	Soluciones Unica Fiesta	Previa a la Notificación de Arbitraje
62	159558-000	Servidumbre / Otro	Soluciones Unica Fiesta	Previa a la Notificación de Arbitraje
63	159559-000	Servidumbre / Otro	Soluciones Unica Fiesta	Previa a la Notificación de Arbitraje
64	159851-000	Servidumbre / Otro	Bandera de Mar Dos	Previa a la Notificación de Arbitraje
65	159852-000	Servidumbre / Otro	Rolando Solano Romero	Previa a la Notificación de Arbitraje
66	159853-000	Servidumbre / Otro	Rolando Solano Romero	Previa a la Notificación de Arbitraje
67	159854-000	Servidumbre / Otro	Rolando Solano Romero	Previa a la Notificación de Arbitraje

306. En consecuencia, un total de 67 lotes fueron vendidos con anterioridad a la Notificación de Arbitraje, 66 de ellos fueron reconocidos por las Demandantes; sin embargo, respecto del lote no reconocido por las Demandantes, la Demandada ofreció pruebas de que un nuevo titular fue registrado en el Registro Nacional de Costa Rica con anterioridad a la presentación de la Notificación de Arbitraje. Por lo tanto, el Tribunal concluye que un total de 67 fincas no constituyen inversiones protegidas conforme al Artículo 10.28 y el Tribunal se abstendrá de ejercer jurisdicción en lo relativo a ellas[231].

[231] Si bien la Demandada alegó que 78 fincas no constituían inversiones protegidas, el Tribunal señala que la cifra de la Demandada incluía fincas vendidas *con posterioridad* a la Notificación de Arbitraje y dos fincas que estaban registradas con las denominaciones anteriores de las Empresas de las Demandantes - que el registro de Costa Rica no había actualizado.

307. El Tribunal expresa preocupación por el hecho de que las Demandantes no presentaran un informe detallado al inicio del arbitraje y, en todo caso, después de que la Demandada cuestionara inicialmente la propiedad sobre las fincas. Las Demandantes no sólo tienen la obligación de probar los hechos en los que fundaron su demanda o defensa conforme el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sino también, por un deber de transparencia y franqueza frente al Tribunal, las Demandantes debían presentar información detallada de las fincas de su propiedad, aún cuando sostuvieran que la venta de las fincas realizadas con anterioridad o posterioridad a la presentación de la Notificación de Arbitraje no afectaba su reclamación y pueden ser consideradas como parte de su inversión a los efectos de la valuación de los daños; y de divulgar este hecho en sus escritos.

D. El Sitio de la Concesión

1. Las posiciones de las Partes

308. Las alegaciones de las Demandantes en torno a la protección de su inversión en el Sitio de la Concesión son más complejas. En un comienzo, la Demandada objetó en su Memorial de Contestación, esto sobre la base del hecho de que las Demandantes habían incumplido las normas aplicables a la Concesión. Entre otros motivos, porque las Demandantes no abonaron impuestos a la municipalidad durante los catorce años que mantuvieron la Concesión, porque no iniciaron la construcción en el plazo de un año posterior al otorgamiento, o durante el otorgamiento de los permisos de construcción, y porque la titularidad del capital de La Canícula, S.A. - la entidad comercial de Costa Rica que tenía la propiedad de la finca y ostentaba la posesión del título de la Concesión - no fue mantenida conforme a la legislación aplicable, la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre (la "**Ley ZMT**"), debido a que un nacional de Costa Rica no pudo mantener la titularidad en todo momento de al menos el 51% del capital accionario de dicha compañía.[232]

309. En el Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes y en la Segunda Declaración Testimonial del Sr. Aven, se presentaron pruebas respecto del pago de los impuestos a la Municipalidad[233] junto con argumentos en orden a que la Municipalidad había tenido

[232] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 309-317, páginas 84-86.
[233] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 296, página 100 (Anexo C-269).

conocimiento de que la construcción no había comenzado pero, no obstante, emitió los permisos de construcción pertinentes. Además, estos documentos contenían pruebas que aconsejaban la valuación de las construcciones para que pudieran completarse. Respecto de la cuestión de la propiedad sobre La Canícula, las Demandantes explicaron la forma en la cual se realizó la adquisición de la finca en el año 2002, y la forma en la cual la adquisición de una de las porciones era condicional hasta la recepción del título de la Concesión por parte de la Municipalidad de Parrita; tras la recepción, el Sr. Aven concluyó la compra el 1 de abril de 2002. Con posterioridad, el 30 de abril de 2002, todo el capital accionario fue colocado en fideicomiso en el Banco Cuscatlán, S.A. quedando el Sr. Aven como uno de los beneficiarios. Se aportaron pruebas adicionales que dan cuenta de la celebración de un acuerdo el 8 de marzo de 2005 por medio del cual "se cedió a la Srta. Murillo un 51% de las acciones de La Canícula y que la Srta. Murillo acordó ceder todas las futuras ganancias generadas por el desarrollo de La Canícula a los Demandantes".[234] Las Demandantes afirmaron haber procurado que un nacional de Costa Rica mantuviera, en todo momento, el requerido 51% del capital accionario en La Canícula conforme a la legislación de Costa Rica[235]. Una vez más, el 10 de mayo de 2010, cedieron a la Srta. Murillo el 51% del capital accionario[236] para satisfacer dicho requisito legal. Sin embargo, no hay prueba alguna de que la Srta. Murillo fuese registrada como accionista en el libro de registro de accionistas, tal como dispone la legislación de Costa Rica.

310. En su Memorial de Dúplica, la Demandada impugnó la estructura descrita por las Demandantes, y señaló que las Demandantes no habían identificado los detalles de la extinción del fideicomiso inicial, los pagos efectuados cuando se vendió el 49% a otras Demandantes y la satisfacción de las formalidades legales para la transferencia. Además, la Demandada indicó que el Sr. Aven, de forma individual o conjunta con otras Demandantes, habían tenido la titularidad de la totalidad del capital accionario de La Canícula durante un período de tiempo en violación a la legislación de Costa Rica, hecho

[234] Este acuerdo fue presentado como Anexo C-242.
[235] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 337, página 116.
[236] *Íd.*, ¶ 339, página 117; Segunda Declaración Testimonial de David Aven, ¶ 37.

que devino en que la Concesión fuera revocada conforme a la Ley ZMT.[237] Para respaldar su postura, hicieron referencia a la declaración testimonial del Dr. Julio Jurado[238], argumentando que la adquisición y/o posesión del 100% del capital accionario de La Canícula, en cualquier momento, tornaría nula la Concesión.

311. La Demandada, en su Memorial Posterior a la Audiencia, reiteró su excepción a la jurisdicción de este Tribunal respecto de cualquier reclamación relativa al Sitio de la Concesión en vista de que el Sr. Aven tuvo la titularidad de la totalidad del capital accionario de La Canícula en violación a los Artículos 47 y 53 de la Ley ZMT[239], toda vez que el Sr. Aven admitió haber adquirido el 1 de abril de 2002 la totalidad del capital accionario de La Canícula de manos del Sr. Monge y la mantuvo en su titularidad incluso después del vencimiento del fideicomiso realizado para mantener el capital accionario[240], no obstante la corrección que más tarde hicieran las Demandantes de la fecha de adquisición al 30 de abril de 2002. Además, fundada en el hecho de que no había prueba alguna de que al menos el 51% del capital accionario de La Canícula hubiera sido transferido a un nacional de Costa Rica y que la supuesta transferencia a la Srta. Paula Murillo no tenía carácter definitivo[241], la Demandada alegó que las Demandantes incumplieron, así, el Artículo 47 de la Ley ZMT. La adquisición de una inversión en violación a la legislación del Estado receptor ha sido reconocida por la jurisprudencia en materia de inversión internacional como un hecho que priva de jurisdicción a los respectivos Tribunales.[242]

312. En respuesta al argumento de las Demandantes de que los Artículos 2.1 y 10.28 del DR-CAFTA sólo requieren que los inversionistas demuestren *prima facie* que tienen "propiedad o control" sobre una inversión, la Demandada sostiene que esta postura ha sido

---

[237] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 180-188, páginas 53-54. La Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre fue presentada como Anexo C-221.
[238] Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, ¶¶ 204, 205 y 216.
[239] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 608, página 313.
[240] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶¶ 636-652, páginas 151-155.
[241] *Íd.*, ¶¶ 657-665, páginas 156-159.
[242] *Íd.*, ¶ 609, página 149. La Demandada citó *Inceysa c. El Salvador*, Laudo, 2 de agosto de 2006, ¶¶ 238-239 (RLA-11); *Phoenix c. República Checa*, Laudo, 15 de abril de 2009, ¶ 145 (RLA-75)*; Alpha Projektholding Gmbh c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010 ¶ 294 (RLA-163); *Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010, ¶¶ 147-156 (RLA-162).

analizada por otros tribunales en el marco de su jurisdicción *ratione personae* y no, tal como ocurre en el presente caso, como si se tratara de una cuestión de jurisdicción *ratione materiae.*[243]

313. Respecto de los diversos casos citados por las Demandantes que involucraban un control *de facto* por parte del inversionista, la Demandada ofreció contra argumentos para cada uno de ellos, distinguiéndolos a la luz de la supuesta ilegalidad de la adquisición de la finca que comprende el Sitio de la Concesión. En respuesta al argumento de que históricamente los tribunales han sido reticentes a denegar legitimación fundados en el incumplimiento de normas formales / técnicas, la Demandada señaló que, a pesar de no discrepar con esta premisa, la violación de las Demandantes de la Ley ZMT no puede considerarse como una mera formalidad. De hecho, en su declaración testimonial, el Dr. Jurado caracterizó esto como fraude ficto o legal.

314. La Demandada añadió que las Demandantes tienen la carga de demostrar también la titularidad legítima de su inversión, no sólo en virtud del Reglamento de la CNUDMI sino conforme a la jurisprudencia internacional[244], y que las Demandantes no pudieron satisfacer dicha carga.

315. Además, y con el propósito de demostrar que las Demandantes no pudieron satisfacer los requisitos del derecho de Costa Rica, la Demandada presentó un análisis exhaustivo de la cronología relativa a la adquisición del capital accionario por parte del Sr. Aven en La Canícula, la transferencia en fideicomiso al Banco Cuscatlán, S.A., la posterior extinción del fideicomiso bancario, y la transferencia a la Srta. Murillo[245]. El incumplimiento de la Ley ZMT en diversas oportunidades (incluso al momento de la adquisición original y tras la extinción del fideicomiso bancario) debería anular la adquisición que hicieran las Demandantes de la finca del Sitio de la Concesión y, por lo tanto y por imperio de la ley, privar a las Demandantes de cualquier derecho sobre dicha finca.

316. Durante la Audiencia de Diciembre se suscitó una discusión relativa a la constitucionalidad de la Ley ZMT la cual requiere que un nacional de Costa Rica tenga al menos el 51% del

---

[243] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶¶ 612-627, páginas 144-149.
[244] *Íd.*, ¶¶ 631-635, páginas 150-151.
[245] *Íd*, ¶¶ 636-659, páginas 151-157.

capital accionario de una compañía que sea propietaria de inmuebles a lo largo de la zona costera. Respecto de ello, la Demandada sostuvo, en su Memorial Posterior a la Audiencia, que el perito de las Demandantes, el Sr. Ortiz, no pudo justificar la supuesta inconstitucionalidad de la disposición, ya sea sobre la base de argumentos relativos a violaciones del derecho internacional de los derechos humanos (porque el caso citado por el Sr. Ortiz – *Ivcher Bronstein c. Perú* de ningún modo abordó asuntos de discriminación comparables con la Regla del 51%) o de las decisiones emitidas por la Sala Constitucional de Costa Rica, puesto que en la Resolución No. 11351 del 29 de junio de 2010, la Sala Constitucional ya había considerado constitucionales los fundamentos de la Regla del 51% contenidos en el Artículo 47 de la Ley ZMT. La opinión disidente de uno de los Jueces a los que el Sr. Ortiz hizo referencia, aparte de versar sobre una cuestión de transparencia y no discriminación de un nacional extranjero, resulta irrelevante ya que no es de naturaleza vinculante[246].

317. El Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes analizó las alegaciones respecto del momento de la celebración de los acuerdos y corrigió la fecha de adquisición del capital accionario (al 30 de abril de 2002) para que coincida con la fecha en la cual dicho capital accionario se colocó en fideicomiso en el Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A. Además, las Demandantes confirmaron que la titularidad del capital accionario en fideicomiso no se extinguió por la mera expiración del acuerdo, sino que continuó hasta que se celebró un nuevo fideicomiso con el abogado anterior del Sr. Aven, Juan Carlos Esquivel.

318. Asimismo, las Demandantes sostuvieron, en su Escrito Posterior a la Audiencia, que la Demandada no cumplió con plantear esta excepción a la jurisdicción de forma oportuna, es decir, al momento de presentar su declaración de defensa (tal como se indica en el Artículo 23(2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[247]), sino que lo hizo junto con sus alegatos de cierre con ocasión de la Audiencia de Diciembre. La disposición mencionada *supra* reza lo siguiente: "[l]a excepción de incompetencia del tribunal arbitral

[246] *Íd.*, ¶¶ 660-665, páginas 157-159.

[247] El Artículo 23(2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone lo siguiente: "La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación o, con respecto a una reconvención o a una demanda a efectos de compensación, en la réplica a esa reconvención o a la demanda a efectos de compensación".

deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación o, con respecto a una reconvención o a una demanda a efectos de compensación, en la réplica a esa reconvención o a la demanda a efectos de compensación". Sería manifiestamente injusto, y constituiría un perjuicio grave para las Demandantes, si se le permitiera a la Demandada plantear dicha excepción hacia el final del procedimiento - en particular, debido a que ello tendría lugar después de que las Demandantes pudieran presentar todas las pruebas relevantes para la refutación correspondiente.

319. Por último, y respecto del control sobre el Sitio de la Concesión, las Demandantes señalaron que los funcionarios municipales de Parrita tuvieron total conocimiento de que los inversionistas estadounidenses ejercieron el control sobre la Concesión en todo momento pertinente[248]. Agregaron que en Costa Rica la inexigibilidad de la llamada Regla del 51% constituye una práctica habitual, y que la Demandada nunca planteó ninguna cuestión relativa al supuesto incumplimiento por parte de las Demandantes de la Regla del 51% hasta el presente arbitraje[249].

2. El análisis del Tribunal

320. La cuestión a analizar en este momento versa sobre si el Tribunal puede considerar las reclamaciones de las Demandantes respecto de la inversión realizada en la Concesión, y no si la estructura indicada inicialmente por las Demandantes o modificada subsecuentemente era apropiada o incluso si era legítima conforme al derecho de Costa Rica.

321. En el transcurso del interrogatorio del Sr. Aven durante la Audiencia de Diciembre, el Presidente Siqueiros preguntó al Sr. Aven acerca de la estructura utilizada mediante la cual una persona Costaricense titular del 51% del capital accionario de La Canícula es sólo un proveedor de servicios y no un inversionista; ello, en vista de que el acuerdo celebrado[250] expresa un servicio a ser prestado por la Srta. Murillo en lugar de una transferencia real de derechos de propiedad. Respondió lo siguiente:

---

[248] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 134-137, páginas 70-72.
[249] *Íd*., ¶ 300, página 168.
[250] El acuerdo de una página no dispone ningún precio de venta a ser abonado por la Srta. Murillo, pero, en su lugar, que la Srta. Murillo cede todas las ganancias futuras a Inversionistas Estadounidenses y que transferirá el capital accionario recibido a quien los Inversionistas Estadounidenses designen en lo sucesivo. Por último, que ella será compensada "por sus servicios" (C-242) [Traducción del Tribunal].

> Es algo extraño, en Costa Rica tienen esta ley. Si los --inversores compran o quieren comprar una concesión-- un ciudadano tiene que tener un 51-- por ciento. Y normalmente-- los extranjeros son abogados, personas que no van a-- robar. Pero si entiende que esa persona está allí simplemente como alguien que esté allí como tenedor, digamos. Es como tenerlo en fideicomiso. [NO] Es como-- tenerlo en fideicomiso para la persona extranjera que ha comprado-- la propiedad. Es como lo hacen en Costa Rica.

Luego agregó:

> "el costarricense no hizo la inversión, no puso dinero era-- pues simplemente algo extraño que se hace en la law costarricense, se hace así en Costa Rica, no lo inventamos nosotros. Otro-- ejemplo de cumplir con la normativa en Costa Rica, se hace ahí".[251]

322. El Tribunal reconoce, en base a la revisión de las pruebas presentadas, que dichos acuerdos parecieran ser una práctica habitual en Costa Rica y el gobierno de dicho país ha optado por no hacer valer las leyes que podrían evitar tales estructuras. Durante el interrogatorio del Sr. Julio Jurado, el Procurador General de Costa Rica a quien se le presentara un Informe Pericial en representación de la Demandada, respondió a las preguntas del Presidente Siqueiros y, respecto del acuerdo con el accionista del Sitio de la Concesión, reconoció que la estructura empleada por las Demandantes en la que un nacional de Costa Rica simplemente "presta su nombre" era habitual, aunque hizo referencia a ella como un "fraude de ley". Cuando se le preguntó si alguna vez había actuado en un caso de este tipo o si había tenido conocimiento de algún caso llevado a juicio, respondió de forma negativa[252].

323. En primer lugar, el Tribunal analizará si la sustancia de esta argumentación constituye una impugnación válida y, si desde el punto de vista procesal, la Demandada tiene el derecho de oponer excepciones a la jurisdicción por no hacerlo hasta su Memorial Posterior a la Audiencia y no en el momento en que presentó su escrito de contestación, tal como dispone el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

324. Costa Rica tenía conocimiento de la situación en La Canícula y nunca impugnó la Concesión invocando los Artículos 47 y 53 de la Ley ZMT. El Tribunal entiende que - en la medida en que la Demandada tuvo conocimiento de estas estructuras, y en vista del

[251] Transcripción 865:17-22, 866:1-6, 867:22, 868:1-5.
[252] Transcripción 1189:22, 1190:2

testimonio del Dr. Jurado, la Procuraduría General incluso ha analizado la cuestión con las municipalidades que tienen la facultad de emitir las concesiones ZMT, pero el gobierno de Costa Rica ha preferido tolerar dichas estructuras y no adoptar acción alguna en contra de las concesiones existentes que pudieran presentar características similares - ello implica su aceptación tácita. Quizás estas medidas se adoptan con el objeto de fomentar el turismo y/o las inversiones en el país y no impedir los desarrollos inmobiliarios a lo largo de la zona costera.

325. En consecuencia, el Tribunal considera que la prolongada tolerancia a estructuras análogas por parte de la Demandada le impide impugnar la legalidad de la estructura en el presente caso. Por otra parte, el hecho de que el reclamo de la Demandada no tenga mérito, implica que el Tribunal no requiere examinar la segunda parte del tema en cuanto al momento procesal en que fue planteado.

326. De igual forma, la impugnación de la Demandada basada en el hecho de que las Demandantes no pagaron durante años los impuestos municipales no puede admitirse porque ni la Municipalidad ni la Demandada adoptaron medida alguna previo a la presentación de la Notificación de Arbitraje para remediar tal incumplimiento, sea mediante la imposición de una multa al titular de la Concesión o el inicio de un procedimiento para revocar la Concesión. En cualquier caso, las Demandantes presentaron pruebas durante el proceso en relación con el pago de los impuestos a la Municipalidad[253].

IX. ADMISIBILIDAD DE LAS RECLAMACIONES

A. Las posiciones de las Partes

1. Conducta ilícita e ilegal en la operación de la inversión

327. Aparte de las excepciones a la jurisdicción del Tribunal fundadas en las alegaciones *Ratione Personae* y *Ratione Materiae*, la Demandada también planteó excepciones a la admisibilidad de las reclamaciones de las Demandantes, argumentando que, conforme al derecho internacional, las Demandantes no pueden beneficiarse de las protecciones

[253] Ver Anexo C-268 con un comprobante de los impuestos que se pagaron a la Municipalidad, que enumera los pagos efectuados por La Canícula, S.A. también en relación con el Sitio de la Concesión.

contempladas en el DR-CAFTA dadas las ilegalidades cometidas durante la operación de su supuesta inversión en Costa Rica.[254]

328. Al principio, la Demandada objetó la jurisdicción del Tribunal en su Memorial de Contestación fundada en las ilegalidades que las Demandantes supuestamente cometieron durante el desarrollo del proyecto Las Olas y su posterior incumplimiento con la legislación aplicable en Costa Rica respecto de la construcción y los daños causados al medio ambiente[255].

329. En su posterior Memorial de Dúplica, la Demandada aclaró su postura señalando que, si existe conducta ilegal en la adquisición de la inversión, no puede haber derechos de propiedad ni "inversión" a los efectos del Tratado, y el tribunal carecería de jurisdicción *ratione materiae*. Pero en el presente caso, la Demandada añadió, que la cuestión versa sobre si la reclamación fundada en una falta de ética grave por parte de las Demandantes en el transcurso de la operación de la inversión debería ser tramitada por este Tribunal, permitiendo que eventualmente las Demandantes reciban la protección (potencial) del DR-CAFTA[256]. Así, la Demandada modificó su excepción como una relativa a la "admisibilidad" de la reclamación, señalando que la inadmisibilidad de las reclamaciones fundadas en inversiones realizadas de manera ilegal está respaldada en el mismo DR-CAFTA dado que uno de los propósitos del DR-CAFTA es fortalecer el principio de legalidad entre los Estados Parte, y, así, las protecciones sustantivas del DR-CAFTA no pueden ser aplicables a las inversiones que fueron realizadas de forma contraria a derecho[257].

330. En el Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandada insistió en que, conforme al derecho internacional, los inversionistas no pueden gozar de las protecciones sustantivas de un tratado de inversión cuando han obtenido u operado su inversión de forma ilegal, y que las Demandantes (i) indujeron a error a las autoridades de Costa Rica al momento de omitir de forma deliberada información fundamental la cual, en ese momento, les permitía

[254] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 112, página 29; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 198, página 57.
[255] *Íd.*, ¶¶ 258, página 69, y 270, página 70.
[256] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 527 y 528, página 151.
[257] *Íd.*, ¶ 531, página 152.

disminuir la medida del impacto ambiental de su Proyecto; y (ii) procedieron en contra de las prescripciones del derecho de Costa Rica y del derecho internacional[258]. La Demandada, citando el caso *Plama c. Bulgaria*[259], en el cual la falta de ética del inversionista no fue considerada como una cuestión jurisdiccional sino algo que afecta la inadmisibilidad sustantiva de la reclamación, señaló que las ilegalidades cometidas por las Demandantes durante la realización de la inversión deberían constituir una barrera para la admisibilidad de las reclamaciones de las Demandantes.

331. Respecto de la cuestión que consiste en determinar si el DR-CAFTA o el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI permiten que el Tribunal rechace o admita reclamaciones fundadas en el incumplimiento del derecho del Estado receptor, la Demandada sostuvo, en primer lugar, que ello es una facultad inherente del Tribunal, a pesar de la ausencia de disposiciones expresas conforme al tratado o las reglas de arbitraje[260]. Si bien la Demandada reconoce que el DR-CAFTA no requiere de forma explícita que la inversión se lleve a cabo *de conformidad con* el derecho del Estado receptor, ella alega que el tratado dispone *de forma implícita* la inadmisibilidad de las reclamaciones fundadas en inversiones que fueran materializadas de forma ilegal. La Demandada reafirmó el argumento planteado en el Memorial de Dúplica confirmando que el propósito fundamental del Tratado es fortalecer el principio de legalidad entre los Estados Parte, lo cual conlleva a que el Tratado debería interpretarse de forma consistente con su objetivo, y cualquier intención de brindar protección sustantiva a aquella inversión llevada a cabo de forma contraria a derecho estará evidentemente en contra de dicho propósito[261], al tiempo que citó diversos casos que respaldan esta proposición[262].

332. En el transcurso de la Audiencia de Diciembre y en su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes consideraron que las excepciones de la Demandada se fundaban en casos en

---

[258] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 679, página 162.
[259] *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB 03 24, Laudo, 27 de agosto de 2008, (RLA-12).
[260] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 696, página 166.
[261] *Íd.*, ¶¶ 699-702, páginas 166-167.
[262] Además de *Plama c. Bulgaria supra*, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas* [II], Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo, 10 de diciembre de 2014, párr. 332 (RLA-14); G*ustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, párr. 123 (RLA-161).

los cuales la demandada alegaba que delitos o fraudes de gravedad habían contribuido de forma sustancial al establecimiento de la inversión, y citaron precedentes de otros casos en materia de inversión internacional[263] en los cuales el cumplimiento con la legislación interna fue interpretado como un requisito de legalidad, y que el alcance temporal del requisito de legalidad está limitado al establecimiento de la inversión, pero no se extiende a su posterior realización. En cualquier caso, alegan que es la Demandada quien tiene la carga de probar que la inversión se procuró por medio de fraude o incumplimiento de la legislación interna[264].

333. Por último, si bien las Demandantes objetan que la Demandada no haya considerado la ilegalidad de las reclamaciones con anterioridad al presente arbitraje y sugieren que la Demandada adelantó "*acusaciones post-hoc*" de las supuestas ilegalidades de las Demandantes[265], la Demandada indica que cuando se identificaron ilegalidades antes del comienzo del presente arbitraje, se procedió a informar debidamente a las Demandantes. Respecto de aquellas ilegalidades que fueron identificadas con posterioridad al inicio del arbitraje, la Demandada alega que dada la "ocultación de información (...) ante los organismos locales" al momento de la divulgación de información sobre el presente procedimiento, el Tribunal tiene el deber de determinar si el requisito de legalidad se satisface como cuestión de hecho a efectos de dirimir la presente disputa. De ahí que la Demandada agrega que no resulta necesario que la decisión de un tribunal local declare que la inversión ha incumplido la legislación para autorizar al Tribunal a concluir que es ilegal[266].

2. Reclamaciones por no brindar protección y seguridad plenas

334. Las Demandantes alegan que "la falta de una adecuada investigación , o castigo, de las denuncias creíbles que realice un inversor extranjero con relación a un hecho de

[263] *Quiborax SA y otros c. Bolivia*, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/06/2, IIC 563 (2012), 27 de septiembre de 2012, ¶ 266; (citado en el Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 139, página 64) *Yukos Universal Limited c. La Federación Rusa*, Laudo Definitivo, Caso CPA No. AA 227, IIC 652 (2014), ICGJ 481 (CPA 2014), 18 de julio de 2014, ¶¶ 1352-1354 (CLA-199) y *Copper Mesa Mining Corporation* c. *Ecuador*, Laudo, Caso CPA No. 2012-2, IIC 841 (2016), 15 de marzo de 2016, ¶¶ 5.54-5.55 y 5.59 (CLA-179).
[264] Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 141-142, páginas 74-75.
[265] *Íd*., ¶ 599, página 308.
[266] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 707-717, páginas 168-169.

corrupción" representaría el incumplimiento a la obligación de debida diligencia para brindar "protección y seguridad" conforme al derecho internacional consuetudinario, y que la negativa del Fiscal Martínez de llevar a cabo una investigación de buena fe acerca de las acusaciones creíbles de corrupción planteadas constituye un ejemplo de incumplimiento de este estándar mínimo de protección[267].

335. La Demandada también interpuso una objeción respecto de una "nueva pretensión hecha valer por las Demandantes al final de la Audiencia de Diciembre, en la que las Demandantes alegan un incumplimiento por parte de la Demandada de la norma de protección y seguridad total. Previo a la Audiencia de Diciembre, las Demandantes sólo habían alegado violaciones del trato justo y equitativo en su Notificación de Arbitraje y, en su Contestación, que la Demandada (i) había frustrado las expectativas legítimas de las Demandantes; (ii) no había logrado el debido proceso; (iii) eran arbitrarias e (iv) implicaban un abuso de derecho[268]. Estas reclamaciones se analizan abajo.

336. En su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandada solicitó al Tribunal que declare la inadmisibilidad de cualquier reclamación de las Demandantes relativas a los supuestos incumplimientos del deber de proporcionar protección y seguridad plenas a los inversionistas debido a que esta alegación fue planteada sólo al final de la Audiencia de Diciembre y no como una reclamación en la Solicitud de Arbitraje o posterior a ella[269], y que el Artículo 10.16.2 del DR-CAFTA dispone la necesidad de una "notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje" y establece que dicha notificación debe especificar la disposición del Tratado que supuestamente se ha incumplido así como "las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación"[270].

337. La Demandada hizo referencia a *Supervisión y Control, S.A. c. La República de Costa Rica* en el cual el tribunal, en una decisión emitida en contra de Costa Rica, no obstante resolvió lo siguiente:

> Adicionalmente, el Tribunal quisiera recordar la importancia de una notificación apropiada la cual es un elemento relevante del consentimiento del Estado para

[267] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 370, página 124.
[268] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 720, página 147.
[269] *Íd.*, ¶¶ 718-726, páginas 170-172.
[270] *Íd.*, ¶ 722, página 171.

> someterse a arbitraje. De hecho, una notificación apropiada le permite al Estado analizar y eventualmente resolver la diferencia por medio de negociación.
>
> El hecho de no notificar de forma debida al Estado que recibe la inversión acerca de la existencia de una diferencia constituye una violación al Artículo XI.1 del Tratado. Ello implica que cualquier reclamación que no haya sido notificada resulta inadmisible en el procedimiento respectivo ya que el proceso de negociación previo que acordaran las Partes no se ha agotado.
>
> En caso de que el Inversionista notifique ciertas reclamaciones al Estado, pero al momento de presentar la Solicitud de Arbitraje de su Memorial de Reclamaciones agrega reclamaciones diferentes e indirectamente relacionadas con aquellas presentadas con anterioridad, todas las reclamaciones que no fueran notificadas serán inadmisibles. Así, el procedimiento sólo analizará las reclamaciones notificadas previamente con arreglo a los requisitos dispuestos en el Artículo XI del Tratado[271]. [Traducción del Tribunal]

3. Agotamiento de los procedimientos locales

338. La Demandada argumenta que las Demandantes han presentado una infundada reclamación sobre falta de debido proceso y conducta arbitraria con la clara intención de evitar el alto umbral que la reclamación de denegación de justicia supone: el agotamiento de los recursos locales, o en el caso de que no se haya cumplido con ello, la ineficacia de los recursos disponibles.[272]

339. Las Demandantes alegan que el DR-CAFTA no contempla el agotamiento de los recursos locales. No existe ninguna disposición en el Capítulo 10, según manifiestan, que pueda permitir a la Demandada imponer de forma unilateral un requisito de agotamiento y el Artículo 10.18(3) permite a un inversor demandante "iniciar o continuar una acción que procure una medida cautelar y no involucre el pago de daños monetarios" simultáneamente con la búsqueda de un resarcimiento por daños conforme el Artículo 10.16.[273]

---

[271] *Supervisión y Control S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo, 18 de enero de 2017, ¶¶ 339-341 (RLA-169).
[272] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 867, página 207.
[273] Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 143-144, página 67.

340. Las Demandantes asimismo sostienen que cualquiera de dichas medidas estaría prohibida, ya que las Partes del Tratado concede a demandantes-inversores el derecho a procurar tanto arbitraje como un recurso local en forma simultánea.[274]

341. Por otra parte, las Demandantes rechazan que hayan interpuesto una reclamación por denegación de justicia[275], e impugnan el derecho de la Demandada de recaracterizar su reclamación en dicha calidad.

B. El análisis del Tribunal

1. Conducta ilícita e ilegal en la operación de la inversión

342. El Tribunal no encontró pruebas de que las Demandantes hayan actuado en forma fraudulenta en el establecimiento de la inversión efectuada en el Proyecto Las Olas, y se alinea con el alcance temporal del requisito de legitimidad argumentado en los casos *Quiborax, Yukos Universal* y *Cooper Mesa Mining* ya citados. No debería extenderse a las acciones subsiguientes durante la realización de la inversión. La Demandada no logró establecer que la inversión fuera procurada mediante fraude o incumplimiento de la ley vigente. Por lo tanto, declara no ha lugar a la impugnación referida a la admisibilidad de los reclamos de las Demandantes en base a actos ilegales cometidos durante la operación de la inversión.

2. Reclamaciones por no brindar protección y seguridad plenas

343. El Tribunal abordará ahora la cuestión de si la omisión por parte de la Demandante de argumentar en su Solicitud de Arbitraje el incumplimiento de la obligación de la Demandada de brindar protección y seguridad plenas a los Inversores y, en cambio, haberlo hecho recién al cierre de la Audiencia de Diciembre, según lo manifiesta la Demandada, les impide formular tal reclamo al amparo del Artículo 10.16.2 del Dr-CAFTA.

344. El Tribunal concuerda en que el consentimiento de un Estado a someterse a arbitraje conforme al DR-CAFTA presupone el cumplimiento de los requisitos para la presentación

[274] Artículo 10.18(3) del DR-CAFTA que le permite al inversionista - demandante "*iniciar o continuar una actuación en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, y que no implique el pago de daños monetarios*".
[275] Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 430-434, páginas 131-234.

de la reclamación, incluidos aquellos establecidos en el Artículo 10.16(2) el cual dispone la necesidad de incluir en la notificación de intención no sólo una descripción de los hechos de cada reclamación, sino su "fundamento jurídico". La Demandada tiene derecho a disponer de claridad respecto del marco legal de las reclamaciones desde el inicio.

345. Las Demandantes no presentaron expresamente una reclamación por falta de protección y seguridad plenas. El Tribunal está conciente de que las Demandantes mencionaron la obligación de brindar protección y seguridad a los inversores al presentar su Memorial[276], reclamando el incumplimiento del Artículo 10.5, que cubre tanto los estándares de trato justo y equitativo y de protección y seguridad plenas. En su Escrito de Respuesta (Réplica), agregaron el siguiente pasaje: "Lo que las Demandantes manifestaron en su Memorial fue que la forma en que la Demandada investigó tales reclamaciones condujo al incumplimiento de los estándares de trato justo y equitativo y de protección y seguridad plenas de las Demandantes."[277] Cabe destacar que los mismos hechos que las Demandantes alegaran fueron inicialmente enmarcados por ellas como incumplimiento del trato justo y equitativo.

346. El Tribunal considera que, si bien hubo menciones puntuales en el Memorial de Demanda y Respuesta (Réplica) de las Demandantes a los incumplimientos por parte de la Demandada de la norma de protección y seguridad plenas, el Artículo 10.16.2 del DR-CAFTA exige más que eso. La "Notificación para someter un reclamo a arbitraje" debe indicar no solo la disposición específica del Tratado cuyo incumplimiento se ha alegado, sino también la 'fundamentación jurídica y de los hechos de cada reclamación'. Se observan disposiciones similares en el Artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La necesidad de presentar una reclamación oportuna y adecuadamente es evidente: permitir que un Estado demandado prepare y argumente su defensa. Por lo tanto, como las Demandantes no presentaron una reclamación de incumplimiento de protección y seguridad plenas oportunamente, el Tribunal declarará inadmisible *in limine* esta reclamación. No obstante, el Tribunal expresamente manifiesta que ello no perjudica el

[276] Memorial de las Demandantes, ¶¶ 268-270, páginas 84-85.
[277] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 95(k), página 39.

resto de las reclamaciones oportunamente presentadas por las Demandantes, las que se analizan más abajo.

3. Agotamiento de los procedimientos locales

347. Las posturas de ambas Partes en el presente arbitraje respecto del requisito de agotamiento de los procedimientos locales amerita un análisis a la luz de ciertos principios generales conforme al derecho internacional.

348. En relación con la cuestión de si existe en el derecho internacional una obligación de agotar los recursos locales, con base a lo cual la Demandada sostiene que se debe obligar a las Demandantes a agotar todos y cada uno de los recursos disponibles de conformidad con la legislación de Costa Rica, la postura de las Demandantes radica en que, por imperio de los Artículos 10.16 al 10.18 del DR-CAFTA, las Partes del Tratado establecieron un régimen *lex specialis* para la resolución de diferencias que necesariamente deroga la norma del derecho internacional consuetudinario en favor del agotamiento de los recursos locales[278]. De lo contrario, el texto del Artículo 10.18(3) se tornaría superfluo[279].

349. El Tribunal no comparte el argumento de las Demandantes según el cual el DR-CAFTA no exigiría el agotamiento de los recursos locales con respecto a la admisibilidad de una reclamación. No parece que aquello que la Demandada alegara sobre este punto esté direccionado a cuestionar la admisibilidad de la reclamación, sino más bien apunta a una cuestión de fondo consistente en determinar si una denegación de justicia forma parte del estándar de trato justo y equitativo conforme al Artículo 10.5.2.a. del DR-CAFTA. Sería manifiestamente impertinente alegar que aún no se han agotado los recursos locales de la jurisdicción nacional para oponerse a la admisibilidad de una reclamación de este tipo. Por otro lado, resulta del todo válido alegar la falta de agotamiento de dichos recursos para impugnar el supuesto incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo.

350. Las Demandantes tienen la obligación de probar que los tribunales locales no otorgaron la protección adecuada que todo Estado tiene la obligación de brindar conforme al derecho internacional consuetudinario. El hecho de no proceder en tal sentido no se opone, de

[278] *Íd.*, ¶ 75, página 26.
[279] *Íd.*, ¶ 78, página 27.

ninguna manera, a la admisibilidad de la reclamación, pero se debería desestimar el fondo de la reclamación.

351. En el marco de la admisibilidad de una reclamación internacional, la norma relativa al agotamiento previo de los recursos locales está establecida para el beneficio del Estado demandado ante un tribunal internacional, y expresa respeto a su soberanía. Brinda al Estado acusado de violar el derecho internacional en detrimento de un nacional de otro Estado, la posibilidad de considerar la cuestión en un litigio ante sus propios tribunales antes de ventilar dicha controversia ante un tribunal internacional.

> La regla del agotamiento de los recursos locales antes de iniciar procedimientos internacionales es una regla bien arraigada en el derecho internacional consuetudinario; dicha regla ha sido observada de forma general en casos en los cuales el Estado ha adoptado la pretensión de sus nacionales cuyos derechos supuestamente habían sido ignorados en otro Estado en violación al derecho internacional. Se ha considerado necesario que, en dicha situación, y antes de recurrir a los tribunales internacionales, el Estado en el cual ocurrió la violación debería tener la **oportunidad de analizar dicha cuestión por sus propios medios, dentro del marco de su sistema jurídico local**[280]. (Énfasis agregado) [Traducción del Tribunal]

352. En la instancia procesal, el hecho de no agotar los recursos locales constituye siempre una forma de defensa con la que cuenta el Estado demandado, y a la cual el Estado en cuyo beneficio dicha norma está establecida puede renunciar a ella de manera expresa o implícita.

353. Respecto de la naturaleza de la norma relativa al agotamiento de los recursos locales, los precedentes más importantes y la doctrina, así como los tratados que analizan este principio, tienden a considerarla como un requisito procesal, no como uno inherente al fondo. La Corte Internacional de Justicia la consideró como una defensa preliminar dirigida a impugnar la admisibilidad del caso como una *raison d'être* de dicha norma. Del mismo modo, los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Protección Diplomática (Artículo 14.1) contemplan dicha norma como un requisito de

[280] Caso Interhandel, Fallo de fecha 21 de marzo de 1959; Informe de la CIJ, 1959, pág. 27.

admisibilidad[281], tal como se hace referencia de forma explícita en algunos convenios en materia de Derechos Humanos[282].

354. En virtud de las normas y el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, una denegación de justicia tiene lugar cuando el Estado incumple la obligación internacional de brindar a los no nacionales acceso a la justicia y un debido proceso para la determinación de sus derechos y obligaciones por medio de tribunales competentes, independientes e imparciales, conforme a estándares reconocidos internacionalmente.[283] Ello implica un cierto nivel de conexión y, en ocasiones, relaciones entrelazadas entre el agotamiento de los recursos locales como condición para la admisibilidad de la reclamación y la denegación de justicia como cuestión sustantiva de los actos ilícitos. La Corte Internacional de Justicia así lo estableció en el caso *Barcelona Traction*. A saber:

> ...este no es un caso en el cual la alegación de falta de agotamiento de los recursos locales se destaque como una cuestión bien definida de naturaleza preliminar que pueda determinarse por sí misma. **Está estrechamente vinculado con las cuestiones de denegación de justicia que constituyen la mayor parte del fondo."**[284] [Traducción del Tribunal] (énfasis agregado).

355. Sin embargo, esta proximidad no significa, en lo absoluto, identidad. Cuando la víctima de un acto ilícito agota los recursos locales con la intención de resolver su reclamación en el ámbito nacional, no sólo pretende justicia, sino que permite la admisibilidad de dicha reclamación ante el tribunal internacional que analice la protección diplomática, independientemente de si la reclamación original hacía referencia a la denegación de justicia o a cualquier otro incumplimiento de una obligación internacional por parte del Estado demandado. Evidentemente, si la reclamación versa sobre denegación de justicia y

---

[281] Un Estado **no podrá presentar una reclamación internacional** en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8 antes de que la persona perjudicada haya agotado los recursos internos (**énfasis agregado**).

[282] Artículo 35 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

[283] El derecho al debido proceso, reconocido y protegido por los principales convenios sobre Derechos Humanos, es más generoso que aquel que surge del estándar mínimo de trato a los no nacionales, pero se aplica en ámbitos diferentes que no trazan una distinción entre nacionales y no nacionales, y tiene su fuente en el derecho, no en la costumbre.

[284] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Excepciones Preliminares, Fallo. Informe de la CIJ, 1964, pág. 44.

la demandante alega que no pudo agotar los recursos locales porque no existen, son de naturaleza ilusoria o la decisión habrá de demorarse injustificadamente, la demandante-víctima tendrá la carga de probar esta situación para garantizar la admisibilidad de su reclamación internacional, y también para poder abordar el fondo del caso. No obstante, no debería haber ninguna confusión entre el requisito preliminar de agotamiento de los recursos locales, como cuestión procesal, y la denegación de justicia como acto ilícito internacional. Para que se esté en presencia del segundo caso, es necesario que se haya dado inicio a los recursos locales sin resultado alguno, o que no existan o que sean ilusorios.

356. El Tratado en cuestión, al igual que la mayoría de los que versan sobre la protección internacional de las inversiones, se diferencia claramente a sí mismo de la protección diplomática. El DR-CAFTA no exige el agotamiento previo de los recursos locales como requisito de admisibilidad para acceder al arbitraje internacional en materia de inversiones. Sin embargo, ello no significa que el DR-CAFTA no reconozca la denegación de justicia como un acto ilícito que pueda ejercerse en contra del inversionista de una de las Partes del tratado. Por el contrario, el DR-CAFTA sugiere que el trato justo y equitativo tiene un componente fundamental de denegación de justicia; "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; Artículo 10.5.2.a del DR-CAFTA.

357. Por lo tanto, el inversionista demandante que alega el incumplimiento de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo debe demostrar la denegación de justicia, en la medida en que el Artículo 10.5.2(a) del DR-CAFTA resulte de aplicación. Un inversionista no puede liberarse de dicha carga de la prueba invocando que el DR-CAFTA no exige el agotamiento previo de los recursos locales para tener acceso al arbitraje, ya que lo que está en juego no es la admisibilidad de la reclamación sino el fondo de dicha reclamación. Es cierto que la admisibilidad de una reclamación conforme al DR-CAFTA no requiere haber agotado los recursos locales, pero para determinar el fondo de una alegación de denegación de justicia resulta necesario probar que el Estado que recibe la inversión ha incumplido su obligación internacional de brindar a los inversionistas de las otras Partes del Tratado acceso a la justicia y un debido proceso para la resolución de sus derechos y obligaciones

por medio de tribunales competentes, independientes e imparciales en virtud de estándares internacionales generalmente reconocidos.

358. En definitiva, se desestima la reclamación de las Demandantes, presentada de forma tardía, respecto del incumplimiento de la protección y seguridad plenas. Los mismos hechos en calidad de supuestos incumplimientos al trato justo y equitativo se consideran *infra*.

X. SUPUESTA RESPONSABILIDAD CONFORME AL DR-CAFTA

A. Los argumentos de las Partes

1. Argumentos de las Demandantes

(a) El Artículo 10.5 del DR-CAFTA y el Anexo 10-B como fundamento jurídico de las reclamaciones.

359. Las Demandantes expresaron el fundamento jurídico de su reclamación en la Notificación de Arbitraje y, luego, en su Memorial y Réplica, los cuales se analizan *infra*. Sin embargo, en su Escrito Posterior a la Audiencia sostuvieron que habían iniciado el presente arbitraje fundadas en (a) el subpárrafo (1)(a)(i)(A) del Artículo 10.16 del DR-CAFTA cada una de ellas a nombre propio y también en representación de cada una de sus Empresas respectivamente, y/o de titularidad y/o control conjunto, y en (b) el subpárrafo 1(b)(i)(A) del Artículo 10.16 del DR-CAFTA, que versa sobre alegaciones respecto de que una de las Partes incumpliera obligaciones contenidas en la Sección A del Capítulo 10 del Tratado.[285]

360. En la Notificación de Arbitraje, señalaron que "... Costa Rica violó el estándar de trato justo y equitativo ("TJE") receptado en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA, ya que no trató a los Inversionistas y a sus Inversiones de forma justa y equitativa. Específicamente, la conducta de Costa Rica incumplió los derechos de los Inversionistas y sus inversiones a la transparencia, el debido proceso y el trato no arbitrario, entre otros principios fundamentales de trato justo y equitativo. Las acciones de Costa Rica incumplieron, asimismo, las expectativas legítimas de los Inversionistas respecto de que Costa Rica

[285] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 85, página 46.

defendería el principio de legalidad y procedería de conformidad con su propia legislación y los permisos emitidos de forma válida."[286] [Traducción del Tribunal]

361. Las Demandantes reclamaron que los tribunales municipales, de apelación y la Corte Suprema de Costa Rica dieron al Fiscal la posibilidad "... de resucitar un caso que debería haber resultado en la absolución del Sr. Aven luego de que el Fiscal no pudiera probar ninguna responsabilidad. Este tipo de hostigamiento y un nuevo juicio está prohibido por ley en Costa Rica y todos los sistemas que acojan el principio de legalidad."[287] [Traducción del Tribunal]

362. Además, las Demandantes confirmaron en la Notificación de Arbitraje que la Demandada "... incumplió, también, su obligación de otorgar a los inversionistas norteamericanos y sus inversiones un trato no discriminatorio conforme a los Artículos 10.3 y 10.4 del DR-CAFTA."[288] [Traducción del Tribunal]

363. Por último, las Demandantes alegaron que Costa Rica había incumplido el Artículo 10.7 del DR-CAFTA al expropiar de forma indirecta el derecho de los Inversionistas sobre su valor de la inversión sin mediar indemnización ya que la Demandada había "privado efectivamente a los Inversionistas de su derecho de desarrollar el Proyecto y de gozar de las ganancias de su inversión."[289] [Traducción del Tribunal] El Artículo 10.7 dispone que ninguna Parte puede expropiar o nacionalizar una inversión cubierta ya sea de forma directa o indirecta a través de medidas equivalentes a una expropiación o nacionalización salvo que sea; (a) por causa de un propósito público; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización; (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5."

364. En su Memorial, las Demandantes expresaron que el Artículo 10.5(2) del DR-CAFTA confirma el consenso de las Partes respecto de que los estándares de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no son meros estándares del tratado sino que también estándares conforme al derecho internacional consuetudinario, y que la

[286] Notificación de Arbitraje, ¶ 53, página 16.
[287] *Íd.*, ¶ 54, página 16.
[288] *Íd.*, ¶ 55, página 16.
[289] *Íd.*, ¶ 60, página 17.

disposición en el Tratado constituye el reconocimiento por parte de Costa Rica y otras Partes del DR-CAFTA de que ellas se consideran a sí mismas obligadas por estos dos estándares como una cuestión de derecho internacional consuetudinario - es decir, incluso si los términos "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no aparecieran en ninguna parte del tratado[290]. Agregan que, al momento de aprobar el Artículo 10.5(1) las Partes se comprometieron a "otorgar a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario", y por medio del Artículo 10.16 las Partes prestaron su consentimiento a que se les atribuya responsabilidad por incumplimientos del Artículo 10.5. El Anexo 10-B define la categoría de derecho internacional consuetudinario "incluida" por las Partes en el Artículo 10.5 como: "todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros."[291] Asimismo, las Demandantes confirman que la referencia de las Partes a los "principios" contenidos en el Anexo 10-B del DR-CAFTA demuestran su aceptación al hecho de que "el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario" es de naturaleza evolutiva, por lo que no ha de aplicarse rígidamente con independencia del derecho sustantivo. Su contenido "...está permanentemente sujeto a renovaciones mediante la aplicación de principios jurídicos generales a controversias futuras que surjan de patrones fácticos continuamente cambiantes."[292]

365. Además, las Demandantes afirmaron en su Memorial que "... considerando el texto del Capítulo 10, Costa Rica y las otras Partes del DR-CAFTA han irreversiblemente renunciado a cualquier derecho a apoyarse en la norma de derecho internacional consuetudinario relacionada con el agotamiento de recursos locales como excepción contra reclamos formulados en virtud del Artículo 10.5. La renuncia constitutiva de las Partes a esa defensa consuetudinaria de agotamiento de recursos se manifiesta en una de las condiciones suspensivas que han establecido para que su consentimiento al arbitraje en virtud del Tratado sea válido. Antes de que el inversionista puede llevar adelante su reclamo potencial, primero debe proporcionar pruebas escritas al potencial demandado de

[290] Memorial de las Demandantes, ¶ 268, página 91.
[291] *Íd.*, ¶ 270, página 92.
[292] *Íd.*, ¶ 271, página 92.

que ha renunciado irrevocablemente a su "derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16."[293]

366. Según las Demandantes, el texto del Anexo 10-B, leído de forma conjunta con los Artículos 10.5(1) y 10.16(1), reconoce el derecho de los "inversionistas de otra Parte" a instituir un arbitraje en contra de las Partes del DR-CAFTA por *cualquier* conducta o medida que pueda demostrarse es inconsistente con "todos los principios [es decir, todo principio] del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros." El inversionista puede ejercer dicho derecho de acción a su discreción, con independencia de si puede probar que ha agotado los recursos locales.[294]

367. Las Demandantes prosiguen y mencionan que cuando las Partes del DR-CAFTA hicieron referencia a "principios consuetudinarios del derecho internacional" su intención era que los intérpretes del tratado enfocaran la cuestión de cómo se debe interpretar y aplicar el Artículo 10.5(1) en cualquier caso dado, por medio del recurso a los principios relevantes y aplicables del derecho internacional y, además, su intención era que los principios relevantes sean aquellos orientados hacia la protección de los derechos e intereses económicos individuales, garantizando así que continuara la protección ofrecida en virtud del Artículo 10.5 para reflejar los conceptos modernos de protección de los inversionistas extranjeros, mientras se impide que la disposición se expanda de forma imprudente para incluir especímenes no económicos y/o comunales del derecho internacional consuetudinario[295].

368. Para respaldar su argumento, las Demandantes sostienen que dos principios generales del derecho internacional influyen de manera crítica en la interpretación y aplicación del Artículo 10.5(1) del DR-CAFTA para el presente caso: (a) el principio de buena fe y (b) el principio del debido proceso. Del principio general de buena fe conforme al derecho internacional surgen dos posibles remedios en contra de la conducta del Estado receptor

[293] *Íd*.
[294] *Íd*., ¶ 277, página 95.
[295] *Íd*., ¶ 281, página 98.

que resulta en: (1) la frustración de las expectativas legítimas del inversionista extranjero respecto de su inversión; y (2) el ejercicio arbitrario y/o discriminatorio de la autoridad de gobierno, ya sea de forma intencional o negligente. A partir del principio general del debido proceso conforme al derecho internacional surge la obligación de garantizar justicia procesal a los inversionistas extranjeros respecto de todos los procesos de toma de decisión, ya sean de naturaleza legislativa, ejecutiva o judicial[296]. Las Demandantes se explayan en el análisis de ambos principios en detalle, abordando diversas decisiones emitidas por tribunales internacionales de inversión y tratados de publicistas de renombre[297].

369. Las Demandantes sintetizan el argumento de la frustración de expectativas legítimas de inversionistas extranjeros respecto de sus inversiones, y señalan que el derecho internacional consuetudinario protege a aquel inversionista extranjero que se involucra en la adopción de decisiones importantes relativas al establecimiento, expansión, y/u operación de su inversión en el territorio del Estado Receptor. En virtud del principio de buena fe, el derecho internacional consuetudinario confiere el derecho al inversionista de esperar que los regímenes internos administrativos, regulatorio y judiciales - y los funcionarios a cargo de ellos - funcionen de forma transparente, estable y previsible[298]. Agregan que el inversionista extranjero no tiene derecho a esperar la perfección de estos regímenes, pero sí tiene derecho a esperar que los funcionarios cumplan con sus responsabilidades de buena fe, con consistencia y de forma lícita. El inversionista tiene derecho a no ser sometido a demandas por pagos ilícitos por parte de los funcionarios del Estado receptor - ante la amenaza de retener o revocar los permisos necesarios para el éxito de la inversión, y en caso de que alguna vez se solicite un soborno, que su reclamo al Estado receptor respecto de dicho delito sea investigado minuciosamente y de inmediato, de buena fe, y sin tener que sufrir ninguna represalia por haber informado dicha situación a las autoridades correspondientes. Según las Demandantes, estas son expectativas que se

[296] *Íd.*, ¶ 282, página 98.
[297] *Íd.*, ¶ 283-307, páginas 99-111.
[298] *CMS Gas Transmission Company* c. *Argentina*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/01/8 (12 de mayo de 2005), ¶¶ 274-277 (CLA-62); *CMS Gas Transmission Company* c. *Argentina*, Decisión sobre Anulación, Caso CIADI No. ARB/01/8 (25 de septiembre de 2007), ¶ 89 (CLA-82).

encuentran reconocidas por el derecho internacional consuetudinario y a las cuales Costa Rica se comprometió al momento de su participación en el DR-CAFTA.[299]

370. Respecto de la arbitrariedad en el ejercicio de la autoridad de gobierno, las Demandantes sostienen que la tendencia actual apunta a concentrarse en procurar pruebas de inequidad procesal manifiesta en el ejercicio discrecional de la autoridad, o en determinar si el resultado general del acto discrecional parece expresamente injusto, irrazonable, arbitrario y/o evidentemente discriminatorio como para que el juez pueda, de todos modos, reconocer y mantener una deferencia apropiada para la autoridad soberana respecto de la cual se adoptó la decisión analizada[300].

371. El tercer elemento que las Demandantes analizan es la forma en la cual el principio de buena fe importa el estándar mínimo consuetudinario, en especial respecto de la doctrina del abuso de derecho, con el propósito de determinar la relación entre el abuso de derecho y la corrupción por parte de los funcionarios públicos que gozan de autoridad discrecional para adoptar decisiones que podrían tener consecuencias significativas sobre la inversión.[301] Las Demandantes arguyen, asimismo, que se incumple el Artículo 10.5 en caso de que las autoridades pertinentes del Estado receptor no mantengan procesos adecuados para la acusación del delito de cohecho o no mantengan medidas apropiadas para proteger a las personas - con inclusión, evidentemente, de los inversionistas extranjeros - que hayan informado la ocurrencia de dichos delitos al Estado receptor. Costa Rica y las otras Partes del DR-CAFTA, al momento de redactar y acordar los términos del Artículo 18.8, se comprometieron a cumplir con estas obligaciones respecto de las cuales pueden fundarse, evidentemente, expectativas legítimas de una conducta futura[302].

372. Las Demandantes, al momento de analizar el principio del debido proceso, diferencian este principio de aquel correspondiente a la buena fe (si bien reconocen que ambos principios están estrechamente vinculados entre sí) debido a que el enfoque del debido proceso está más vinculado a la identificación de defectos procesales que pueden haber contribuido a

[299] Memorial de las Demandantes, ¶ 291, página 103.
[300] *Íd*., ¶ 305, página 110.
[301] *Íd*., ¶ 310, página 113.
[302] *Íd*., ¶ 312, página 115.

decisiones que afectaran la inversión - ya sea porque quien tomó la decisión cometió un error en la observación de las normas procesales existentes o porque no existían dichas normas, mientras que el enfoque de buena fe exige hacer hincapié en el resultado final de los inversionistas afectados por el ejercicio del poder discrecional por parte de quienes adoptaron las decisiones administrativas y regulatorias[303].

373. Las Demandantes entienden que, basándose en el principio general del debido proceso, el Artículo 10.5 del DR-CAFTA y el estándar mínimo exigen que Costa Rica: (1) garantice que se notifique a los inversionistas acerca de las normas o decisiones importantes que podrían afectar de forma negativa sus inversiones; (2) ofrezca a los inversionistas la oportunidad real de que sus objeciones y/o recomendaciones sean oídas; (3) se abstenga de dictar fallos emitidos por tribunales municipales, incluso si se percibe que son desfavorables para los intereses del gobierno; (4) adopte decisiones sólo en base a criterios relevantes y por motivos legítimos de política pública que puedan ser conocidas por aquellos que se verán afectados por dicha decisión antes de que se adopte; (5) no tome decisiones sobre la base de criterios discriminatorios tales como nacionalidad, contenido local, género, raza o credo; y (6) garantice que no se estará sujeto a coerción, ya sea por participar en actos de corrupción o por aceptar términos menos favorables que aquellos a los cuales el inversionista tendría derecho, de otro modo, conforme al régimen normativo interno[304].

374. Por lo tanto, las Demandantes alegan que: (1) si un funcionario no puede presentar pruebas convincentes de que realmente tuvo lugar la consideración simultánea de los factores indicados en el Artículo 18.8 del DR-CAFTA, y (2) si pareciera que las decisiones efectivamente adoptadas por dicho funcionario fueron desproporcionadas o de otro modo no concuerdan con el principio del debido proceso, existirá incumplimiento *prima facie* del Artículo 10.5 del DR-CAFTA[305].

375. Las Demandantes señalaron que, conforme al Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA, la legislación que rige las reclamaciones presentadas en virtud de aquellas dos disposiciones

[303] *Íd.*, ¶¶ 313-321, páginas 115-119.
[304] *Íd.*, ¶ 317, página 117.
[305] *Íd.*, ¶ 321, página 119.

se limita al propio Tratado y a las "normas aplicables del derecho internacional". Asimismo, arguyen que ambas Partes coinciden en que las normas del derecho internacional consuetudinario sobre interpretación de los tratados constituyen "normas aplicables del derecho internacional" conforme al Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA y que dichas normas se reflejan en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la "**CVDT**").[306]

376. Según las Demandantes, debido a que las únicas normas sustantivas importantes relativas a la presente diferencia se encuentran receptadas en la Sección A del Capítulo Diez del DR-CAFTA, la Demandada carece de todo fundamento jurídico para afirmar - en calidad de defensa a la acusación de que incumplió las obligaciones previstas en la Sección A tales como los Artículos 10.5 o 10.7 - que su conducta fue exigida o autorizada en virtud de alguna otra norma internacional[307].

377. En su Escrito de Respuesta (Réplica), las Demandantes defendieron su postura frente a las impugnaciones planteadas por la Demandada identificando las pruebas y los casos citados, mientras que alegaron que la Demandada centró su postura en una cantidad de casos muy limitada.

(b) Reclamaciones conforme al Artículo 10.7(1) y al Anexo 10-C del DR-CAFTA

378. Asimismo, las Demandantes alegaron, como fundamento jurídico de su reclamación, la expropiación ilícita de la referida inversión por parte de la Demandada.

379. En su Memorial, hacen referencia, en primer lugar, al Artículo 10.7 y al Anexo 10-C del DR-CAFTA, y luego mencionan que la típica prueba para determinar si una medida, o combinación de medidas, constituye "expropiación indirecta" radica en determinar si dicha medida interfiere sustancialmente con la posibilidad del inversionista extranjero de obtener la totalidad de los beneficios económicos (es decir, "uso y goce") de la inversión que estableciera en el territorio del Estado receptor. Así, la conducta del Estado receptor se equipara con el nivel de expropiación conforme al Artículo 10.7 cuando conlleva una

[306] *Íd.*, ¶ 243, página 81.
[307] Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 87, página 47.

privación sustancial de la inversión, o neutraliza efectivamente el goce de dicha inversión.[308] La cuestión operativa no radica en si se expropió o destruyó la inversión, *per se*, sino en los derechos individuales, por medio de los cuales se establece, mantiene, opera o enajena la inversión a cambio de un retorno justo[309]. Ello está reafirmado por la inclusión del párrafo (2) al Anexo 10-C que hicieran las Partes del DR-CAFTA por medio del cual la expropiación debe tener lugar cuando "interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión". Además, las Demandantes arguyen que la definición de "inversión" del Artículo 10.28 subpárrafos (g) y (h) debería interpretarse como que incluye, *inter alia*, "...(g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda".[310] Las Demandantes, en su Memorial de Réplica, hacen hincapié en la interpretación errónea que la Demandada adoptara en el Memorial de Contestación, e indican que la postura de las Demandantes no es que su "inversión" constituya únicamente "permisos de construcción". Antes bien, son titulares de derechos de propiedad sobre el terreno, cuyo uso se amplió con el otorgamiento de diversos certificados y permisos[311].

380. Por lo tanto, si la conducta del Estado receptor resulta en una interferencia sustancial en el uso de los permisos del inversionista extranjero otorgados respecto de derechos de propiedad que tiene sobre la inversión, o priva al inversionista del uso y goce de dicha inversión, y estas circunstancias perduran más que un período de tiempo "meramente efímero", o que se determinará en base a las circunstancias particulares de cada caso, ello constituye una expropiación indirecta de la inversión, contrario a lo dispuesto en el Artículo 10.7(1) del DR-CAFTA[312]. Agregan que la cuestión fundamental radica en determinar si

[308] Memorial de las Demandantes, ¶ 394, página 151.
[309] *Íd*., ¶ 395, página 152.
[310] *Íd*., ¶ 396, página 152.
[311] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 382, página 129.
[312]Memorial de las Demandantes, ¶ 398, página 153. Cuando hacen referencia a un período de tiempo "meramente efímero", las Demandantes citan a *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Eng'rs of Iran*, 6 Irán-Estados Unidos. Cl. Trib. Rep. 219 (1984) 225–226 (CLA30) y *SD Myers Inc. c. Canadá*, Tribunal

el inversionista - demandante podría haber sido capaz de recuperase de las acciones del Estado dadas las exigencias financieras y las circunstancias comerciales o de mercado en juego e imperantes en el presente caso.

381. Las Demandantes sostienen, asimismo, que toda expropiación indirecta es *per se* ilegítima ya que no está acompañada del pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización y continuará siéndolo hasta tanto no se haya efectuado el pago de la correspondiente indemnización[313].

382. En su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes no ahondaron mayormente en su reclamación sobre expropiación indirecta y, en cambio, hicieron referencia a sus alegaciones previas contenidas en el Memorial[314] y a ciertas acciones que, según su opinión, constituyen *prima facie* un incumplimiento independiente del Artículo 10.7 del DR-CAFTA, al cual hicieron referencia como medidas expropiatorias, a saber: (i) la suspensión en curso del permiso municipal; (ii) la medida cautelar del TAA; y (iii) la medida cautelar en el fuero penal por la cual la Demandada se niega a abonar la indemnización pronta, adecuada y efectiva[315].

383. Además, las Demandantes explicaron la forma en la cual el Artículo 10.7(1)(d) del DR-CAFTA interactúa con el concepto de "debido proceso" y cómo resulta aplicable a cuestiones procesales en materia de regulación ambiental[316].

2. Argumentos de la Demandada

384. La Demandada niega haber expropiado indirectamente la inversión de las Demandantes. En primer lugar, planteó en su Memorial de Contestación[317] que el Tribunal debería adoptar un análisis sistemático en base al Artículo 10.7 y el Anexo C del DR-CAFTA, lo que lo llevaría a concluir que ninguno de los requisitos de la expropiación indirecta están presentes en el caso que nos ocupa[318]. Los permisos de construcción no constituyen

---

TLCAN/CNUDMI, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, (2001) 8 ICSID Rep 18, (2001) 40 ILM 1408, (2003) 15(1) World Trade & Arb. Mat. 184, (2002) 121 ILR 72, ¶ 283 (CLA43).

[313] Memorial de las Demandantes, ¶ 407, página 156.

[314] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 441, página 236.

[315] *Íd.*, ¶¶ 660-667, páginas 337-341.

[316] *Íd.*, ¶ 578, página 297.

[317] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 611-613, páginas 161-163.

[318] *Íd.*, ¶¶ 615-646, páginas 164-173.

inversiones cubiertas respecto de esta alegación; las acciones de Costa Rica son actos regulatorios de carácter no discriminatorio diseñados y aplicados para proteger el medio ambiente; estas acciones no privaron de forma permanente a las Demandantes del valor o el control de su inversión; las acciones de la Demandada no interfirieron con las expectativas razonables de las Demandantes. Y las acciones adoptadas constituyen el ejercicio *bona fide* del poder de policía.

385. Desde el principio en su Respuesta a la Notificación de Arbitraje, la Demandada alegó que las Demandantes no hicieron referencia al Artículo 10.11 del DR-CAFTA (Inversión y Medioambiente), en virtud del cual "[n]ada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental". La Demandante alega que la suspensión del proyecto inmobiliario de las Demandantes fue llevada a cabo por el Gobierno de Costa Rica, procurando intereses legítimos en materia ambiental protegidos conforme al DR-CAFTA, y en implementación de las obligaciones internacionales de Costa Rica y las disposiciones de la Ley Orgánica del Ambiente, precisamente para garantizar que las actividades de inversión en su territorio sean llevadas a cabo considerando la protección de los humedales. Además, la Demandante señala que estas normas estaban vigentes con anterioridad a la supuesta inversión de las Demandantes[319] y que la exigibilidad de dichas leyes y políticas es consistente con el Artículo 17.2 del DR-CAFTA (Aplicación de la Legislación Ambiental) que reza lo siguiente: "es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna". Respecto de lo mencionado *supra*, y debido a que las Demandantes incumplieron la legislación y las políticas ambientales de Costa Rica en relación con su supuesta inversión, la Demandada alegó que las Demandantes no tienen derecho a la protección que reclaman conforme al DR-CAFTA.[320]

[319] Respuesta a la Notificación de Arbitraje, ¶ 12, página 4.
[320] *Íd*., ¶ 13, página 4.

386. Asimismo, la Demandada rechaza que haya incumplido el Artículo 10.5 del DR-CAFTA, ya que las Demandantes no se vieron privadas de un trato justo y equitativo, ni se les negó el acceso a la justicia en materia penal, civil o contencioso administrativo de conformidad con el principio del debido proceso y, de hecho, fueron las Demandantes quienes procedieron de forma deliberada en contra de las disposiciones ambientales reconocidas en las leyes y las políticas de Costa Rica. En lugar de incumplir el deber de otorgar un trato no discriminatorio o un trato no menos favorable que el que corresponde en circunstancias similares a sus propios inversionistas o a los inversionistas de cualquier otra Parte o de aquellos que no son Parte, lo cual constituye un derecho conforme a los Artículos 10.3 y 10.4 del DR-CAFTA, la Demandada indicó que el razonamiento detrás de la medida de suspender el proyecto inmobiliario se fundó en la protección del medio ambiente, y no en la nacionalidad de los inversionistas[321]. Por último, la Demandada rechaza también la reclamación de la expropiación de la propiedad de las Demandantes por parte del Gobierno de Costa Rica, ya sea de forma directa o indirecta. Por el contrario, la Demandada señaló que no sólo no expropió la inversión, sino que las Demandantes pudieron ejercer plenamente los derechos de propiedad de conformidad con las leyes y políticas ambientales de Costa Rica[322].

387. La Demandada confirmó la postura de que el arbitraje se lleva a cabo conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y que el Artículo 35(1) de dicho Reglamento dispone que el Tribunal "...aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio", y que el Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA establece que: "el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional."[323] En consecuencia, la Demandada sostiene que las Demandantes hacen una interpretación errónea del significado del Capítulo 17 del DR-CAFTA, y al hacerlo, ignoran el principal obstáculo relativo a la legitimidad de sus reclamaciones, ya que la capacidad de los signatarios del DR-CAFTA para adoptar

[321] *Íd.*, ¶¶ 14-16, páginas 4-6.
[322] *Íd.*, ¶ 17, página 6.
[323] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 434, página 116.

medidas sólidas y eficientes tendientes a proteger el medio ambiente es esencial para la implementación del Tratado.[324]

388. La Demandada hace hincapié y otorga relevancia al objeto y propósito del Capítulo 17 del DR-CAFTA, en especial a la redacción de los dos primeros artículos los cuales reafirman el derecho del Estado receptor a establecer leyes, políticas y medidas dentro de su territorio para garantizar altos niveles de protección al medio ambiente, y a hacer cumplir dichas leyes.

389. La Demandada señaló que el Capítulo 17 del DR-CAFTA contiene una clara articulación de cómo las Partes del Tratado acordaron que las cuestiones ambientales no estarían sujetas al mismo tipo de protección prevista en el Capítulo 10, tal como dispone el Artículo 10.2(1): "[e]n el caso de cualquier inconsistencia entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la inconsistencia."[325] Agrega que las Partes del DR-CAFTA acordaron un Capítulo entero del DR-CAFTA para reservar expresamente un espacio de políticas para cuestiones ambientales. Al hacerlo, pusieron de manifiesto la intención de las Partes de no aplicar otros Capítulos del DR-CAFTA, incluido el Capítulo 10, en virtud del Artículo 10.2(1)[326]. La Demandada alega que el Artículo 17.1 constituye una declaración de la forma en la cual "sus propios niveles de protección ambiental" preexistentes que ya cumplen los estándares deseados de protección ambiental serán mantenidos en lo sucesivo.

390. La Demandada sostiene - en respuesta a la impugnación de las Demandantes respecto de la forma en la cual estos principios podrían o deberían incorporarse al análisis del Tribunal en el presente caso, y debido a que el Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA dispone en su parte pertinente que: "el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional" – que resultan aplicables las normas y principios ambientales establecidos tanto en el derecho local como internacional[327]. Luego, la Demandada vincula el Artículo 17.22(1) del DR-CAFTA que

[324] *Íd*., ¶ 436, página 116.
[325] *Íd*., ¶ 440, página 117.
[326] *Íd*., ¶ 442, página 117.
[327] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 66, página 23.

permite de forma expresa la aplicación de los acuerdos ambientales de los cuales las Partes también son parte con el propósito de establecer que dichos tratados se tornen aplicables para lograr los objetivos ambientales previstos en el DR-CAFTA[328] y, por último, cita una gran cantidad de diversos acuerdos multilaterales que reconocen este principio de los cuales Costa Rica es parte[329].

391. Si bien hay disposiciones en el DR-CAFTA que reconocen el derecho a un control efectivo, y los medios para subsanar el cumplimiento por debajo de los estándares de las leyes ambientales, la Demandada arguye que cuando el Artículo 17.2(1)(b) establece facultades discrecionales a las Partes del Tratado respecto de la investigación, acusación, regulación y cumplimiento de la exigibilidad de las normas ambientales, ello implica una manera adicional de garantizar que la Parte puede, según lo considere apropiado, implementar sus propias leyes ambientales sin temor a incumplir el DR-CAFTA.[330]

392. Así, la Demandada concluye este punto señalando que, incluso si hubiera una inconsistencia entre los estándares aplicables reconocidos en el Capítulo 17 y los estándares reconocidos en el Capítulo 10, el Artículo 10.2 se aplicaría para marginar los estándares contenidos en el Capítulo 10 en favor de aquellos contemplados en el Capítulo 17.[331]

393. Por otro lado, la Demandada alega, además, que la legislación ambiental de Costa Rica es aplicable en su totalidad porque el Artículo 10.22 del DR-CAFTA establece que el Tribunal deberá decidir las cuestiones controvertidas de conformidad con el Tratado, y los Artículos 17.1, 17.2 y 17.3 que permiten dicha aplicación.

394. En cualquier caso, la Demandada señaló también que ni el Tratado, ni el derecho internacional consuetudinario eximen a las Demandantes de cumplir con el marco de Costa Rica para la protección de su medioambiente. La Constitución de Costa Rica realza la

---

[328] *Íd.*, ¶¶ 69-70, páginas 24-25.
[329] Entre ellos, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Río de Janeiro, 5 de junio de 1992, en vigor a partir del 29 de diciembre de 1993 (RLA-39), la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992 (RLA-40), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (RLA-107), y el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, Montreal, 16 de septiembre de 1987 (RLA-108). Memorial de Dúplica, ¶¶ 71-78, páginas 25-26.
[330] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 451, página 119.
[331] *Íd.*, ¶ 459, página 120.

protección de "un ambiente sano y ecológicamente equilibrado."[332] La jurisprudencia constitucional y administrativa de Costa Rica, así como la práctica de sus organismos administrativos descentralizados se ha desarrollado en torno a este imperativo de prevención del daño ambiental.[333] El principio de acción preventiva, reflejado en la Constitución de Costa Rica, requiere que Costa Rica prevenga el daño al medioambiente, o que de otro modo reduzca, limite o controle las actividades que pudieran ocasionar un daño o riesgo de daño[334]. Este principio fue reconocido en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano en el año 1972 y está receptado en el Principio 15 de la Declaración de Río, la Convención de RAMSAR y el Convenio sobre Biodiversidad, todos ellos firmados por los Estados Unidos y Costa Rica; un hecho relevante conforme al Artículo 17.12 del DR-CAFTA el cual dispone que: "[l]as Partes reconocen que los acuerdos ambientales multilaterales, de los cuales todos son parte, juegan un papel importante en la protección del ambiente a nivel global y nacional, y que la importancia de la implementación respectiva de estos acuerdos es fundamental para lograr los objetivos ambientales contemplados en estos acuerdos (…)."[335]

395. Respecto del "trato" otorgado a las Demandantes, la Demandada señaló que el trato a las Demandantes fue justo y equitativo y, por lo tanto, le corresponde a las Demandantes demostrar su caso.

396. En relación con el argumento presentado por las Demandantes relativo a sus expectativas legítimas de desarrollar un proyecto en el sitio Las Olas en base al laudo en *Tecmed c. México*[336], la Demandada rechaza que esta lectura del estándar de protección *justo y equitativo* constituya un estándar válido reconocido por el derecho internacional. Además, los tribunales más recientes han clarificado que los criterios que se deben satisfacer incluyen lo siguiente: (i) las expectativas legítimas podrán surgir sólo de un compromiso o afirmación específica del Estado realizada al inversionista, en la que este último se ha basado, (ii) el inversionista debe tener conocimiento del ámbito regulatorio general en el

[332] La Constitución de Costa Rica del año 1949, Artículo 50, Anexo R-214.
[333] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 464, página 121.
[334] *Íd.*, ¶ 468, página 123.
[335] *Íd.*, ¶ 470, página 123.
[336] *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c. México,* Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (CLA-54).

país receptor, y (iii) las expectativas de los inversionistas deben sopesarse contra las actividades regulatorias legítimas de los países receptores[337].

397. En respuesta a la alegación presentada en el Escrito de Réplica de las Demandantes respecto de que tenían "... las legítimas expectativas de que podrían actuar de acuerdo con las autorizaciones que se les concedieron, y estar libres de ser exprimidos para pagar a funcionarios locales corruptos."[338] La Demandada, en su Memorial de Dúplica, reiteró que no todas las expectativas se encuentran protegidas, y la cuestión radica en si la creencia de las Demandantes era justificada y razonable, desde un punto de vista objetivo, conforme a la legislación de Costa Rica y a las circunstancias imperantes entre las Partes y sus interacciones[339]. La Demandada sostiene que la Solicitud D1 de Viabilidad Ambiental defectuosa indujo al error a la SETENA respecto de las condiciones físicas reales del Sitio del Proyecto Las Olas, lo que derivó en la emisión de un Permiso VA que las Demandantes no tenían el derecho de obtener ni en el cual podían confiar como garantía del Estado. En consecuencia, la Demandada agrega que dicho Permiso VA no podría haber generado expectativas legítimas respecto de que el desarrollo de las Demandantes no sería paralizado en el caso de que causara daño al medio ambiente[340].

398. Luego, la Demandada señaló en su Memorial Posterior a la Audiencia que las expectativas legítimas no pueden considerarse comprendidas en el marco de protección del "trato justo y equitativo" conforme al derecho internacional consuetudinario que da origen a una obligación independiente por parte del estado, y cita diversos casos en los que las Partes del DR-CAFTA así lo expresaron.[341]

399. Respecto del supuesto abuso de autoridad, la Demandada alega que no hay ninguna disposición expresa en el DR-CAFTA que verse sobre prohibición o medidas arbitrarias o abuso de autoridad y, por lo tanto, el análisis que el Tribunal debe realizar radica en si el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario prohíbe medidas arbitrarias y

---

[337] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 481, página 126, que cita a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Serie CNUCYD sobre Cuestiones en los Acuerdos Internacionales de Inversión II, Trato Justo y Equitativo, pág. 68.
[338] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 69, página 23.
[339] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 795, página 223.
[340] *Íd.*, ¶ 802, página 225.
[341] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶¶ 742-746, páginas 175-176.

abuso de autoridad[342], y además, en que únicamente una conducta grave y ofensiva puede considerarse como parte del estándar mínimo de trato que los Estados receptores deben aplicar a las inversiones extranjeras.

400. Asimismo, la Demandada negó en su Memorial de Contestación que funcionarios públicos de Costa Rica hayan actuado de forma inconsistente con el principio del debido proceso. A tal efecto, la Demandada afirmó que los funcionarios públicos involucrados en las acciones procedieron sólo en aras de la protección del medio ambiente, y algunas acciones adoptadas fueron consecuencia, *inter alia*, de la inexactitud u ocultamiento de información por parte de las Demandantes respecto de la existencia de humedales y bosques en el sitio[343]. La Demandada sostiene, en su Memorial Posterior a la Audiencia, que, conforme al derecho internacional, no puede plantearse ninguna reclamación por denegación de justicia sin que se hayan agotado los procedimientos locales o se haya probado que resultaron en vano. Por consiguiente, a la luz de la clara redacción del Tratado, el debido proceso no es una obligación independiente del Estado receptor. Debido a que el DR-CAFTA encuadra la obligación del debido proceso junto con la promesa de no denegar justicia[344], la ausencia de debido proceso no constituye un estándar de protección a menos que pueda considerarse como denegación de justicia[345]. Las Demandantes rechazaron que hayan interpuesto una reclamación por denegación de justicia[346] e impugnaron el derecho de la Demandada de recaracterizar su reclamación como tal.

401. Además, la Demandada agregó que el análisis minucioso del texto muestra que ni los conceptos de expectativas legítimas, arbitrariedad, debido proceso ni el abuso de autoridad son estándares de protección que las Partes del DR-CAFTA previeran fueran incluidas como parte del Tratado[347], haciendo referencia a la Presentación de la Parte no contendiente de los Estados Unidos que realizara durante el presente arbitraje respecto de la medida de

---

[342] *Íd*., ¶ 748, página 176.
[343] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 506-562, páginas 132-148.
[344] El Artículo 10.5.2 (a) del DR-CAFTA reza lo siguiente: "'*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*" (Anexo E del Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia).
[345] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶ 751, página 177.
[346] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 430-434, páginas 231-234.
[347] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶ 731, página 173.

protección que las Partes del DR-CAFTA procuraron proporcionar a los inversionistas conforme al Artículo 10.5 de dicho documento[348]. La Demandada sostiene que para evitar cualquier confusión respecto del alcance del Artículo 10.5(1) del DR-CAFTA que dispone que "[c]ada 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", las Partes del Tratado incluyeron una aclaración en el segundo párrafo del Artículo 10.5 acerca del significado del "trato acorde con el derecho internacional consuetudinario", y en este sentido acordaron de forma expresa que ese es "el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas". Además, acordaron que los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no implican un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese estándar y, lo que es más importante aún, no generan derechos substantivos adicionales[349].

402. La Demandada señaló que los Estados Unidos de América sostuvo en su Presentación que tan sólo unas pocas áreas del derecho internacional consuetudinario se han cristalizado lo suficientemente bien como para que se las considere "estándar mínimo de trato", y que pareciera que las Partes del DR-CAFTA identificaron aquellas áreas porque incluyeron de forma expresa la obligación de proporcionar, por un lado, "trato justo y equitativo" (Artículo 10.5.2(a)) y, por otro, "protección y seguridad plenas" (Artículo 10.5.2(b)). La primera incluye la obligación de no denegar justicia, tal como dispone el texto del Tratado. Además, y según la Demandada, las Partes del DR-CAFTA incluyeron en el Anexo 10-B una explicación de lo que ellas consideran normas de derecho internacional consuetudinario cubiertas por el Artículo 10.5 del Tratado, exigiendo que se trate de prácticas generales y consistentes de los Estados, acompañadas de *opinion iuris*; es decir, prácticas que se observan con un sentido de obligación jurídica. Así, "el anexo ofrece una orientación importante para evaluar si se ha demostrado suficientemente que una norma es un elemento del derecho internacional consuetudinario"[350].

[348] Esta presentación se analiza con mayor detalle *supra* en la Sección V.
[349] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶733, página 173.
[350] *Íd*., ¶¶ 736 y 737, página 174.

403. En su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandada solicitó al Tribunal que desestime por inadmisible la reclamación de que la Demandada incumplió el estándar de protección y seguridad plenas, en la medida en que el supuesto incumplimiento del deber de proporcionar protección y seguridad a los inversionistas nunca fue planteado como una reclamación en la Solicitud de Arbitraje, o posterior a ella, hasta el final de la Audiencia de Diciembre[351], y que el Artículo 10.16.2 del DR-CAFTA dispone la necesidad de una "notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje", y establece que dicha notificación debe especificar la disposición del Tratado que supuestamente se ha incumplido así como "las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación"[352].

404. Respecto de las reclamaciones sobre expropiación indirecta de la inversión de las Demandantes en Costa Rica, la Demandada alegó en primer lugar en su Memorial de Contestación, que antes de que cualquier medida pueda considerarse como tal hay diversos factores que el Tribunal debe tener en cuenta: (i) primero, analizar la definición de inversión prevista en el Artículo 10.28 que incluye la definición de "inversiones" cubiertas conforme al DR-CAFTA; (ii) considerar la excepción expresa dispuesta en el Anexo 10-C.4(b) del Tratado y evaluar si las acciones del Estado receptor constituyen acciones regulatorias de carácter no discriminatorio destinadas y aplicadas para proteger propósitos legítimos de bienestar público, tales como salud pública, seguridad y el medio ambiente; (iii) analizar el impacto económico de las acciones conforme al Anexo 10-C.4(a)(i); (iv) considerar en virtud del Anexo 10-C.4(a)(ii) si las acciones interfirieron con las expectativas razonables del inversionista; (v) analizar conforme al Anexo 10-C.4(a)(iii) el carácter de las acciones del Estado y si las acciones demuestran características de un ejercicio *bona fide* del poder de policía del Estado receptor; y, por último (vi) si las acciones están comprendidas dentro de todas las categorías *supra*, resulta necesario considerar si la expropiación es legal o ilegal a los efectos de la indemnización[353].

---

[351] *Íd*., ¶¶ 718-726, página 170-172.
[352] *Íd*., ¶ 722, página 171.
[353] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶612, página 162.

405. Si bien la Demandada impugnó la postura adoptada por las Demandantes respecto de si todas las expropiaciones indirectas son ilícitas, y citó algunos casos recientes a tal efecto[354], prefirió no "prolongar este debate" en la medida en que determinó que no existía expropiación en el presente caso[355].

B. El enfoque del Tribunal

406. El Tribunal de Arbitraje se enfrenta a la necesidad de determinar si la protección otorgada en virtud del Capítulo 10 del DR-CAFTA a los inversionistas se encuentra subordinada a las leyes promulgadas por las Partes del Tratado con el fin de proteger el medio ambiente, y en qué circunstancias puede un Estado que es parte del DR-CAFTA establecer leyes, políticas o adoptar medidas con dicho fin.

407. Las Demandantes han basado sus reclamaciones en los párrafos (1)(a)(i)(A) del Artículo 10.16 del DR-CAFTA (en su carácter de particulares) y en el inciso 1(b)(i)(A) del Artículo 10.16 del DR-CAFTA (en representación de cada una de las Empresas de propiedad o control colectivo). Cada una de estas disposiciones se relaciona con una violación por parte de Costa Rica de una obligación bajo la Sección A del Capítulo Diez. Entre las diferentes obligaciones respecto a las cuales se alega su violación, estas últimas se encuentran comprendidas en los Artículos 10.5(1) y (2), así como en el Artículo 10.7(1).

408. Los textos de las disposiciones del DR-CAFTA que han sido citadas por las Demandantes respecto de la protección de su inversión son los siguientes:

Artículo 10.5: Estándar de trato mínimo

> 1. 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.
>
> 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 dispone el estándar de trato mínimo del derecho internacional consuetudinario de extranjeros como estándar de trato mínimo que deberá alcanzarse en inversiones cubiertas. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren de mayor trato que el

[354] *Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc. Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. La República Bolivariana de Venezuela,* Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014, ¶¶302-306 (RLA-1).
[355] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶612, página 162.

exigido por tal estándar, ni crean derechos sustativos adicionales. La obligación del párrafo 1 de brindar:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no negar justicia en procesos adjudicatorios penales, civiles ni administrativos de acuerdo con el principio de debido proceso incluido en los principales sistemas jurídicos del mundo; y

(b) “protección y seguridad plenas” exige que cada Parte brnde el nivel de protección de policía requerido conforme el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que haya habido un incumplimiento de otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional separado, no establece que se haya incumplido este Artículo.

Artículo 10.7: Expropiación e indemnización

1. Ninguna de las Partes podrá expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo por un propósito público; de una forma no discriminatoria; sobre el pago de indemnizaciones inmediatas, adecuadas y efectivas de acuerdo con los párrafos 2 al 4; y de acuerdo con el debido proceso de derecho y el Artículo 10.5.

2. La indemnización deberá: pagarse sin demora; ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que sucediera la expropiación (“la fecha de expropiación”); no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la expropiación pretendida se había tornado pública antes; y ser totalmente realizable y libremente transferible.

3. Si el valor justo de mercado se denomina en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no podrá ser inferior al valor justo de mercado a la fecha de expropiación, más intereses a una tasa comercialmente razonable para tal moneda, devengados a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.

4. Si el valor justo de mercado se denomina en una moneda que no es de uso libre, la indemnización pagada – convertida a la moneda de pago al tipo de cambio de mercado prevaleciente en la fecha de pago – no podrá ser inferior: al valor justo de mercado a la fecha de expropiación, convertido en una moneda de uso libre al tipo de cambio de mercado prevaleciente en tal fecha, más intereses, a una tasa comercialmente razonable para dicha moneda de uso libre, devengados a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.

5. Este Artículo no se aplica a la emisión de licencias obligatorias otorgadas en relación con los derechos de propiedad intelectual de acuerdo con el Acuerdo TRIPS, ni a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida en que tal emisión, revocación, limitación o creación sea coherente con el Capítulo Quince (Derechos de Propiedad Intelectual).

409. Asimismo, aunque la Demandada efectivamente reconoce dichas obligaciones del Tratado, prefiere concentrarse en otras disposiciones que establecen los derechos de las Partes del DR-CAFTA a adoptar, mantener y exigir el cumplimiento de medidas en aras de proteger el medioambiente. Tales derechos se encuentran plasmados en los Capítulos Diez y Diecisiete:

> Artículo 10.11. Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.
>
> Artículo 17.1. Niveles de Protección. Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, sus leyes y políticas ambientales, cada Parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas.
>
> Artículo 17.2. Aplicación de la Legislación Ambiental.
>
> Artículo 17.2(1)
>
> (a) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.
>
> (b) Las Partes reconocen que cada Parte mantiene el derecho de ejercer su discrecionalidad respecto de asuntos indagatorios, acciones ante tribunales, de regulación y de observancia de las normas, y de tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos ambientales a los que se haya asignado una mayor prioridad. En consecuencia, las Partes entienden que una Parte está cumpliendo con el subpárrafo (a) cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad, o derive de una decisión adoptada de buena fe respecto de la asignación de recursos.
>
> Artículo 17.2(2). Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

410. Por consiguiente, el debate entre las Demandantes y la Demandada versa no solo sobre si existe alguna subordinación de los derechos consagrados en el Capítulo Diez frente al derecho de adoptar y exigir el cumplimiento de leyes y medidas en virtud del Capítulo Diecisiete, sino también sobre si se han violado los estándares de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" en virtud del tratado, y también del "derecho internacional" consuetudinario.

411. El Tribunal entiende que las normas de interpretación de los tratados proporcionan la respuesta. Tal como lo han señalado las Demandantes[356], las Partes concuerdan en que las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a la interpretación de tratados constituyen "normas aplicables del derecho internacional" en virtud del Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA, y que tales normas se encuentran reflejadas en la CVDT[357]. El Artículo 31(1) de la CVDT establece que "[u]n 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". Asimismo, el inciso (3)(c) de dicho Artículo 31 dispone que: a la hora de interpretar el texto de un tratado habrá de tenerse en cuenta, conjuntamente con el contexto, "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes". Esta sección proporciona así un motivo adicional para que los intérpretes de tratados, tales como este Tribunal, tomen en cuenta no solo otras disposiciones del DR-CAFTA y los principios generales de derecho, sino también las costumbres, a la hora de interpretar dentro de un contexto el sentido estricto de las disposiciones del DR-CAFTA, tales como los Artículos 10.5 y 10.7.

412. Si bien los términos expresos del Artículo 10.11 esencialmente subordinan los derechos de los inversionistas en virtud del Capítulo 10 al derecho de Costa Rica de asegurar que las inversiones se efectúen "tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental", según la opinión del Tribunal, dicha subordinación no es absoluta. Uno de sus requisitos es que las acciones que deben adoptar los Estados Partes del DR-CAFTA cumplan con los principios del derecho internacional, lo cual requiere actuar de buena fe. No se trata de "omitir la aplicación" de las disposiciones del Capítulo 10, sino más bien de dar preferencia a los

[356] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 86, página 45.
[357] *Véase* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

estándares de protección ambiental que fueron declarados de interés para las Partes del Tratado al momento de su firma.

413. Si bien la Demandada argumenta que donde el Artículo 17.2(1)(b) concede facultades de carácter discrecional a la Parte miembro del Tratado respecto de asuntos indagatorios, acciones ante tribunales, regulación y cumplimiento de normas ambientales, ello implica una manera de asegurar que una Parte pueda, según considere apropiado, implementar sus propias leyes ambientales sin temor a violar el DR-CAFTA[358], el Tribunal considera que este tampoco es un derecho absoluto que pueda ejercerse de cualquier manera que la Demandada desee. Al suscribir el Tratado, la Demandada ha acordado que existen límites en la forma en que una Parte puede implementar y exigir el cumplimiento de sus propias leyes ambientales. Debe hacerlo de manera justa y no discriminatoria, en aplicación de dichas leyes al efecto de proteger el medio ambiente, de conformidad con los principios del debido proceso, no solo respecto de su adopción sino también de su cumplimiento.

414. La pregunta entonces es: ¿Costa Rica ejerció sus derechos en virtud del DR-CAFTA y actuó *vis a vis* con los inversionistas y la inversión de una manera que cumpliera tanto con el Tratado como con el derecho internacional consuetudinario?

415. Las Demandantes no alegan que las leyes promulgadas por la Demandada violen el Tratado o que hayan reducido sus estándares para atraer el comercio o la inversión. Durante el Alegato de Apertura pronunciado por los representantes legales de las Demandantes durante la Audiencia de Diciembre, su abogado afirmó que no cuestionaban la validez de ninguna ley o norma, y agregó que el caso versaba sobre la aplicación de dichas leyes[359]. Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje no necesita analizar si las leyes promulgadas por Costa Rica cumplen con el Tratado y el derecho internacional consuetudinario. Más bien, lo que el Tribunal debe decidir es si la forma en que se aplicaron tales leyes respecto de las Demandantes cumple con el DR-CAFTA y el derecho internacional consuetudinario.

416. En pos de determinar si la implementación fue adecuada y lícita, resulta apropiado realizar una breve revisión de la legislación clave aplicable a la inversión. Por razones obvias, si

[358] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 451, página 240.
[359] Alegato de Apertura de las Demandantes, Transcripción 76:22,78:2.

bien el objetivo es analizar la legislación ambiental que podría haber sido aplicable a los inversionistas y a la inversión, el análisis se centrará en los dos tipos de áreas protegidas involucradas en este caso: humedales y bosques.

C. Ley y Autoridades Ambientales de Costa Rica

417. Es ampliamente reconocido que la protección de los humedales es un objetivo clave al que aspiran todas las naciones civilizadas. La Convención sobre los Humedales (conocida como la "**Convención de Ramsar**") es el más antiguo de los acuerdos intergubernamentales mundiales modernos relativos a cuestiones ambientales. El tratado fue negociado durante la década de 1960 por países y organizaciones no gubernamentales preocupados por la creciente pérdida y degradación del hábitat de los humedales para las aves acuáticas migratorias. Fue adoptado en la ciudad iraní de Ramsar en 1971 y entró en vigor en 1975[360]. Costa Rica firmó y ratificó la Convención de Ramsar en 1992, y entró en vigor en el país el 27 de abril de 1992. Actualmente cuenta con 169 Partes Contratantes y un total de 2.280 "Sitios Ramsar" de protección registrados en todo el mundo, de los cuales 12 han sido designados como Sitios Ramsar exclusivamente en Costa Rica, con una superficie de 569.742 hectáreas[361].

418. En la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992[362], se acordó el Convenio sobre la Diversidad Biológica (conocido como el "**Convenio sobre Biodiversidad**"), otro Tratado cuyo fin es la protección de los humedales, el cual han firmado y ratificado un total de 196 países[363]. Costa Rica firmó y ratificó el Convenio sobre Biodiversidad en los años 1992 y 1994, respectivamente.

419. Costa Rica ha manifestado a lo largo del procedimiento su gran respeto por la protección del medio ambiente y la forma en que ha recibido reconocimiento por sus esfuerzos; por ejemplo, Costa Rica ha sido reconocida como líder en políticas y prácticas sostenibles por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, que ha calificado a Costa Rica como "líder en políticas y prácticas sustentables" y recibió el Premio a la Política del

[360] http://www.ramsar.org. Una copia fue presentada por la Demandada como anexo R-192.
[361] http://www.ramsar.org/wetland/costa-rica
[362] Copia presentada por la Demandada como anexo RLA-39.
[363] https://www.cbd.int/information/Parties.shtml

Futuro por su Ley de Biodiversidad "como hito de excelencia en el cumplimiento de metas del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica", en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica en 2010; y obtuvo el primer lugar en las Américas y el quinto a nivel mundial por la calidad de su desempeño ambiental según el Índice de Desempeño Ambiental de 2012[364]. La Demandada ha citado varios precedentes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Contencioso Administrativo que destacan la relevancia de estas Convenciones internacionales[365].

420. Al estar fuertemente vinculado a tal reconocimiento, se debe destacar que el turismo internacional, reconocido como un importante contribuyente a la economía local debido al flujo de divisas, depende fuertemente de la variedad y el estado actual de los ecosistemas disponibles en Costa Rica. Por consiguiente, no resulta sorprendente que el país haya adoptado una legislación interna que pretende proteger la naturaleza, en paralelo a los esfuerzos para proteger la salud y el bienestar de su población.

421. En el momento en que las Partes del DR-CAFTA firmaron el Tratado, reconocieron su capacidad para implementar y exigir el cumplimiento de sus propias leyes internas, en especial con respecto al medio ambiente, y para regular las inversiones que podrían tener un impacto sobre él. La Demandada ha puesto especial énfasis en el Artículo 10.11 que reconoce que nada impide que cualquier Parte del Tratado "... adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental".

422. Esto es lo que Costa Rica alega haber hecho dentro de su territorio. No obstante, el Tribunal necesita examinar si las acciones adoptadas por la Demandada fueron contrarias a sus obligaciones en virtud del DR-CAFTA. Con ese fin, es útil en aras de determinar no solo el derecho aplicable, sino también qué autoridades tienen la responsabilidad de aplicar el derecho en Costa Rica. Un análisis minucioso de estos dos puntos ayudará al Tribunal a definir una postura en el presente caso.

---

[364] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 54, página 12.
[365] *Íd*., ¶¶ 61-69, páginas 15-17.

423. El marco jurídico ambiental en Costa Rica que se aplica a esta controversia se compone esencialmente de las siguientes leyes y normas:

(a). La Constitución de Costa Rica del año 1949[366];

(b). La Convención sobre los Humedales (o la Convención de Ramsar)[367];

(c). El Convenio sobre Biodiversidad[368];

(d). La Ley Orgánica del Ambiente o Ley No. 7554)[369];

(e). La Ley de Biodiversidad o Ley No. 7788)[370], y su reglamento (Reglamento a la Ley de Biodiversidad)[371];

(f). La Ley Forestal o Ley No. 7575[372];

(g). La Ley de Conservación de la Vida Silvestre o Ley No. 7317)[373];

(h). Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto[374];

(i). Lineamientos de la SETENA, Decreto Ejecutivo No. 34522 – MINAE (Reglamento para la Elaboración Revisión y Oficialización de las Guías Ambientales de Buenas Prácticas Productivas y Desempeño Coeficiente)[375];

(j). Lineamientos de la SETENA, Decreto D1 (Manual de Instrumentos Técnicos para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental)[376]; y

(k). Disposiciones sobre la Constitución de la SETENA, Decreto No. 36815 (Reglamento de Organización de la Estructura Interna de Funcionamiento de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental)[377].

424. Los organismos gubernamentales encargados de la aplicación de la legislación ambiental mencionada *supra* en lo relativo a esta reclamación son:

---

[366] Anexo R-214.
[367] Anexo RLA-41.
[368] Anexo RLA-39.
[369] Anexo C-184.
[370] Anexo C-207.
[371] Anexo R-15.
[372] Anexo C-170.
[373] Anexo C-220.
[374] Anexo C-208.
[375] Anexo C-214.
[376] Anexo C-215.
[377] Anexo C-212.

(a). Ministerio de Ambiente y Energía - “MINAE”;

(b). Sistema Nacional de Áreas de Conservación - “SINAC”;

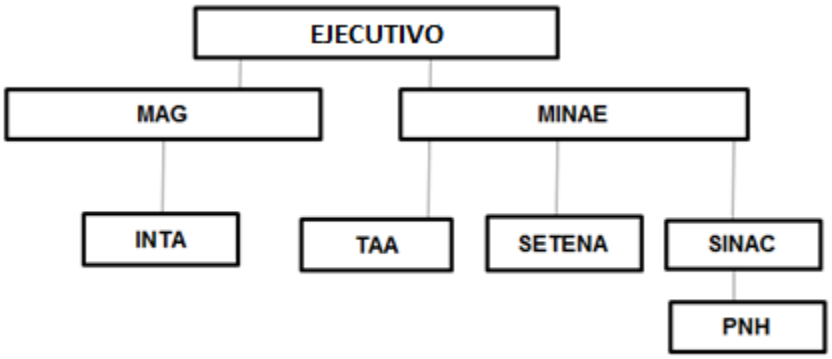
(c). Secretaría Técnica Nacional Ambiental – “SETENA”;

(d). Programa Nacional de Humedales o “PNH”;

(e). Instituto Nacional de Investigación e Innovación en Transferencia de Tecnología Agropecuaria - “INTA”, una agencia del Ministerio de Agricultura; y

(f). Departamento de Gestión Ambiental de cada uno de los Municipios.

425. El siguiente cuadro resulta útil para identificar cómo se relacionan estos organismos dentro del gobierno de Costa Rica.



426. Al SINAC se le ha encomendado la planificación, el desarrollo y el control de la vida silvestre en Costa Rica, y es responsable de tales actividades[378]. Numerosas leyes se aplican a sus responsabilidades, incluida la Ley de Biodiversidad y la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, que le otorgan al SINAC la autoridad para, *inter alia*, establecer los lineamientos técnicos para el uso, la conservación y la gestión de la vida silvestre en Costa Rica; para proteger, supervisar y administrar, con enfoque ecosistémico, los humedales, así como para determinar su calificación de importancia nacional o internacional; para crear y gestionar los programas relacionados con el manejo, el control, la vigilancia y la investigación de la vida silvestre; y para coordinar con otros organismos responsables la prevención, la mitigación, la atención y el seguimiento de los daños a la vida silvestre. En virtud de la Ley de Biodiversidad, el SINAC también posee jurisdicción respecto de

[378] Artículo 6, Ley de Conservación de la Vida Silvestre (C-220).

asuntos relacionados con la silvicultura, la vida silvestre, las áreas protegidas y la protección y el uso de cuencas fluviales y sistemas hidrológicos, y sobre la regulación y protección de, *inter alia*: (i) humedales y manglares; y (ii) gestión y explotación forestal, incluidos los permisos para la tala de árboles[379]. Ambas Partes concuerdan en que el SINAC es la autoridad encargada de registrar las Áreas Silvestres Protegidas creadas por Decreto Ejecutivo, las cuales pueden estar ubicadas dentro de humedales y bosques, y también que el SINAC está facultado para delinear un humedal o un bosque[380].

427. El SINAC divide su jurisdicción entre once territorios diferentes en Costa Rica conocidos como "áreas de conservación", y cada una de las áreas de conservación es responsable de la aplicación de la legislación ambiental dentro de su territorio respectivo[381]. El proyecto Las Olas corresponde al Área de Conservación Pacífico Central (o "**ACOPAC**").

428. Asimismo, la SETENA – creada en virtud de la Ley Orgánica del Ambiente[382] – es responsable de examinar el impacto en el medio ambiente de los "procesos de producción". Revisa las solicitudes de los desarrolladores de terrenos respecto del impacto probable de sus proyectos en el medio ambiente, y luego debe encargarse de monitorear el cumplimiento por parte del titular del permiso de cualquier condición asociada a la Viabilidad Ambiental[383].

429. Los funcionarios públicos del MINAE y del SINAC cuentan con la autoridad de policía que les otorga facultades legítimas para ingresar e inspeccionar propiedades privadas con el fin de investigar cualquier actividad irregular que pueda tener lugar en los sitios[384]. Los funcionarios, inspectores y técnicos del MINAE deben cooperar con la Fiscalía Agrario Ambiental en la investigación de delitos ambientales y están facultados para presentar denuncias penales ante las autoridades competentes[385].

---

[379] *Íd.*, Artículos 6-7, y Artículos 5-6 de la Ley Forestal (C-170).
[380] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶183, página 50, y Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶217, página 76.
[381] Artículo 28 (C-207).
[382] Artículo 83 (C-184).
[383] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶208, página 73.
[384] Artículo 54 de la Ley Forestal (C-170) y Artículo 15, Ley de Conservación de la Vida Silvestre (C-220).
[385] Artículo 284 del Código Procesal Penal (Anexo R-197).

430. El PNH es el organismo especializado dependiente del SINAC, creado por el Decreto Ejecutivo No. 28058 de fecha 23 de septiembre de 1999 que encarga de la promoción, la planificación y el desarrollo de humedales en Costa Rica. No obstante, mediante disposición expresa de dicho decreto, es el SINAC el que continúa siendo el principal responsable de la gestión de los humedales.

431. En virtud del Reglamento de la Ley del Instituto Nacional de Investigación e Innovación en Transferencia de Tecnología Agropecuaria, el INTA tiene autoridad para proporcionar servicios de laboratorio, entre otros, para el análisis físico y microbiológico-químico del suelo[386]. Si bien puede formular conclusiones con respecto a las muestras de suelo, no es el organismo competente para determinar la existencia de humedales.

432. Asimismo, la estructura regulatoria de Costa Rica incluye tribunales judiciales y administrativos, así como organismos que están especializados o son competentes respecto del análisis y la resolución de asuntos relacionados con el medio ambiente:

(a). El Tribunal Ambiental Administrativo o "TAA", también creado en virtud de la Ley Orgánica del Ambiente;

(b). La Fiscalía Agrario Ambiental;

(c). Municipios; y

(d). La Defensoría de los Habitantes, que es un organismo que depende directamente del Poder Legislativo de Costa Rica.

433. El TAA es un tribunal administrativo facultado en virtud de la Ley Orgánica del Ambiente para, *inter alia*, (i) conocer y resolver las denuncias establecidas contra todas las personas, públicas o privadas, por violaciones a la legislación tutelar del ambiente, (ii) dictar medidas cautelares tales como la prohibición de obras, y (iii) establecer la indemnización correspondiente por los daños contra el medioambiente[387]. Bajo el "principio precautorio", también posee la autoridad para dictar medidas cautelares *sua sponte* con el fin de prohibir la violación de cualquier disposición legal o prevenir la posible perpetración de daños al medio ambiente o la continuación de acciones perjudiciales para este, y sus facultades incluyen, *inter alia*, aquellas para establecer restricciones parciales o totales, la suspensión

[386] Artículos 35-37 del Reglamento de fecha 19 de mayo de 2004 (R-203).
[387] Artículo 111 de la Ley Orgánica del Ambiente (C-184).

de las acciones administrativas pertinentes y la clausura temporal, total o parcial, de cualquier actividad que ocasione daños al medio ambiente[388]. También cuenta con autoridad para emitir sanciones que incluyen advertencias, suspensiones, cancelación de permisos y ejecución de garantías ambientales.

434. La Fiscalía Agrario Ambiental es un organismo especializado dentro de la Procuraduría General de la República de Costa Rica que se enfoca exclusivamente en el procesamiento de delitos contra el medio ambiente. Sus fiscales tienen la obligación de investigar todas las denuncias radicadas ante la institución. Dichas denuncias pueden ser presentadas por cualquier particular o incluso pueden presentarse de manera anónima[389]. Al recibir una denuncia, el fiscal puede solicitar la adopción de medidas cautelares en pos de prevenir cualquier daño o impacto sucesivo en el medio ambiente[390].

435. Además de los organismos del gobierno central de Costa Rica, existen los Municipios que son subdivisiones políticas del Estado costarricense, los cuales tienen autoridad con respecto al desarrollo de un proyecto inmobiliario como Las Olas. Su competencia incluye, *inter alia*: (i) la expedición de certificados de uso de la tierra, (ii) la aprobación de permisos para trabajos de movimiento de tierras, (iii) la aprobación de permisos de construcción, y (iv) la supervisión de trabajos de construcción con el fin de verificar el cumplimiento por parte del desarrollador con los permisos aprobados[391].

436. En cada municipio hay un Departamento de Gestión Ambiental cuya función es actuar *ex officio* o con posterioridad a la radicación de denuncias en casos en los que se sospecha que se ha generado un impacto en el ambiente. Este departamento deberá informar a los organismos especializados como el SINAC, la SETENA y/o el TAA, y tiene la obligación de reportar posibles incumplimientos de las reglamentaciones ambientales y monitorear los casos[392].

---

[388] Artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente, y Artículos 11, 45 y 54 de la Ley de Biodiversidad.
[389] Primera Declaración Testimonial, Luis Gerardo Martínez Zúñiga, ¶9, página 3.
[390] *Íd.*, ¶¶ 79-80, páginas 20-21.
[391] Ley de Planificación Urbana, artículos 28-29 (C-219), Ley de Construcciones (o Ley No. 833), Artículos 2, 9, 11, 55, 74, 83-87 (C-205); Código Municipal (o Ley No. 7794), Artículos 1-5, 75-76 (R-266), según lo citado por la Demandada. Memorial de Contestación, ¶ 98, página 24.
[392] Memorial de Contestación, ¶ 99, página 24, que cita la Primera Declaración Testimonial de Hazel Díaz Meléndez.

437. La Defensoría de los Habitantes es un tipo de Defensoría del Pueblo en Costa Rica. En lugar de ser parte de la rama Ejecutiva del gobierno como otros organismos referidos previamente, es parte de la rama Legislativa del gobierno de Costa Rica, aunque cuenta con independencia funcional y administrativa[393]. Su propósito declarado es supervisar la conducta de los funcionarios públicos de conformidad con la ley, la moral y la justicia, y tiene la autoridad para iniciar investigaciones de oficio o ante la solicitud de cualquier parte que presente una denuncia en relación con actos u omisiones de dichas agencias públicas[394]. Dentro de su estructura existen áreas especializadas, que incluyen la Dirección Calidad de Vida, la cual se dedica a asuntos ambientales.

438. Como parte de los procedimientos estándares requeridos para determinar si la administración pública actuó con arreglo a derecho, la Defensoría de los Habitantes puede solicitar información a los organismos involucrados en la denuncia pertinente, y cada investigación concluye con un informe que determina si se corrobora una violación de derechos o no. En aquellas situaciones en las que se haya comprobado una violación, se realiza una recomendación para adoptar las medidas correctivas pertinentes[395].

439. El Tribunal considera que la Demandada ha adoptado convenciones internacionales y promulgado legislación interna en materia ambiental que no solo son consistentes con la mayoría de las convenciones internacionales, sino que están a la vanguardia de la mayoría de las jurisdicciones.

440. No obstante, tal como lo demuestra la descripción de leyes y organismos *supra*, existe una gran posibilidad de que dos o más organismos se involucren en la investigación de alguna acción que amenace el medio ambiente, y en la adopción de medidas con el fin de exigir el cumplimiento del derecho aplicable; y existe jurisdicción concurrente entre ellas, lo que podría desencadenar, en el mejor de los casos, una coordinación total, pero en casos no tan afortunados, medidas inconsistentes, contradictorias y superpuestas.

---

[393] Para obtener más información, véase http://www.dhr.go.cr/la_defensoria/quienes_somos.aspx
[394] Primera Declaración Testimonial, Mónica Vargas Quesada, ¶¶ 8 y 10, página 3.
[395] *Íd.*, ¶ 17, página 5.

D. Principios Ambientales bajo el Derecho Costarricense

441. La conducta de estos organismos se encuentra regida por siete "principios rectores" que, según lo referenciado por la Demandada, se encuentran en la Constitución y la legislación ambiental y están diseñados para reconocer y proteger la naturaleza en Costa Rica[396]:

(a). Igualdad de todos los ciudadanos en su acceso a la protección del medioambiente, y al beneficio de esta protección;

(b). Sostenibilidad en el uso de los recursos naturales;

(c). Principio precautorio;

(d). Principio preventivo;

(e). Principio de restauración;

(f). Responsabilidad estricta ("quien contamina, paga"); y

(g). Participación ciudadana.

442. Si bien los siete principios son relevantes, tres de ellos son de particular interés debido al énfasis puesto en ellos en el presente arbitraje: (i) el principio precautorio; (ii) el principio preventivo; y (iii) la participación ciudadana. Estos principios se tratan con más detalle a continuación.

443. Principio precautorio. Según este principio, el mero riesgo de impacto en el medio ambiente genera para las autoridades competentes la obligación de actuar y proteger el medio ambiente sin necesidad de que dicho riesgo esté respaldado por pruebas científicas. La Demandada ha declarado que los organismos públicos de Costa Rica deben cumplir con el principio precautorio en los casos en que tomen conocimiento de que existe la mera probabilidad de un impacto adverso en el medio ambiente[397]. El organismo pertinente no tiene que estar seguro de la existencia del daño, sino que la probabilidad de este es suficiente para que pueda adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar algún impacto al medio ambiente. La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica[398] se ha referido a ello como un "principio de la evitación prudente", que se encuentra consagrado en la

[396] Memorial de Contestación, ¶ 60, página 14.
[397] *Íd.*, ¶ 357, página 95.
[398] Sentencia 9773-00, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 3 de noviembre de 2000 (R-188).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la llamada "Declaración de Río", que establece: "Principio 15. Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". Asimismo, dicha Corte ha determinado que "[b]ien entendido el principio precautorio, el mismo se refiere a la adopción de medidas, no ante el desconocimiento de hechos generadores de riesgo, sino ante la carencia de certeza respecto de que tales hechos efectivamente producirán efectos nocivos en el ambiente".[399]

444. Una de las principales consecuencias de la aplicación del "principio precautorio", según la Demandada, es que existe una <u>inversión de la carga de la prueba</u>; se invierte sobre la parte que supuestamente genera un riesgo de daño[400]. Esto significa que dicha parte debe demostrar que no ocasionará daños al medioambiente con las acciones que pretende adoptar, en lugar de ser una carga para el gobierno el probar la existencia de daño. Este principio se encuentra reconocido en el Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, el cual establece que "[l] a carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación, o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado el daño ambiental."[401]

445. <u>Principio preventivo</u>. En virtud de este principio, se deben tomar medidas en caso de que se anticipe que un proyecto ocasionará daños al medio ambiente. El TCA o Tribunal Contencioso Administrativo[402] ha establecido que se refiere a las suposiciones que se hacen en relación con las consecuencias nocivas de determinadas acciones. Se dictan políticas preventivas en pos de intentar evitar dicho daño por adelantado; por ejemplo, a través de

[399] Sentencia 3480-03, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2 de mayo de 2003 (R-201), tal como se cita en el Memorial de Contestación, ¶ 358, página 96.
[400] Memorial de Contestación de las Demandantes, ¶ 471, página 123, y Memorial de Dúplica, ¶¶ 98-99, página 33.
[401] La redacción oficial del texto en idioma inglés reza: "The burden of proof, of absence of contamination or prohibited degradation or affectation, lies with the one who requests an approval, permit or access to biodiversity or who is accused of having caused environmental damage." Anexo C-207.
[402] Sentencia 0083-2013, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, 16 de septiembre de 2013 (R-190), citada en el Memorial de Contestación, ¶ 64, página 17.

evaluaciones de impacto ambiental. Este principio se encuentra consagrado en la Constitución de Costa Rica y se traduce en la prevención de daño al medio ambiente y en reducir, limitar o controlar, de otro modo, las actividades que pudieran ocasionar un daño o riesgo de daño. También se encuentra reconocido en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano[403].

446. Participación ciudadana. Asimismo, tal como lo reconociera el TCA, al hacer referencia al Artículo 10 de la Declaración de Río: "La participación ciudadana constituye una consecuencia del principio democrático y abarca el derecho a la información relativa a los proyectos ambientales o que puedan causar una lesión a los recursos naturales y al medio ambiente y la garantía de una efectiva participación en la toma de decisiones…."[404]. Ello ha sido reconocido por el TCA[405] al menos en una decisión citada por la Demandada, y también se traduce en la posibilidad de presentar denuncias anónimas relacionadas con daños al medio ambiente.

E. El análisis del Tribunal

1. Si la Demandada ha violado el Artículo 10.5 (TJE) o el Artículo 10.7 (expropiación ilegal) del DR-CAFTA

447. La postura de las Demandantes y la defensa de la Demandada con respecto a las Alegaciones sobre la frustración de sus expectativas legítimas y expropiación dependen, en primer lugar, de determinar si (a) existían humedales y bosques en el sitio del Proyecto Las Olas durante los períodos relevantes en los que tuvieron lugar las acciones del gobierno, y (b) si dichos humedales y bosques fueron afectados negativamente.

448. Si bien han argumentado a lo largo de todo el caso que no existían humedales ni bosques en los momentos relevantes, las Demandantes sostienen que, aunque hayan existido humedales, ello no afecta el incumplimiento de la Demandada su obligación de brindar un trato justo y equitativo a los Inversionistas, ni puede servir como excusa respecto de la expropiación ilícita de su inversión; asumiendo que dichos humedales y/o bosques existían

[403] Este principio también se reconoce en el Principio 21/2 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, 1972 (RLA-43), citado en el Memorial de Contestación, ¶ 468, página 123.
[404] *Íd.*
[405] Sentencia 0083-2013, Sección IV, 16 de septiembre de 2013 (R-190).

y que estos fueron dañados, las Demandantes niegan que la Demandada haya actuado conforme a derecho al hacer frente a las acciones u omisiones de las Demandantes.

(a) Proceso para desarrollar un proyecto inmobiliario

449. Ser inversionista no es una tarea fácil ni libre de responsabilidades, y menos en otra jurisdicción donde las leyes y prácticas son diferentes de aquellas con las cuales uno está familiarizado. Dichas leyes y prácticas pueden ser en ocasiones más estrictas, mientras que en otras situaciones serán más permisivas; sin embargo, el inversionista tiene la carga de estar bien informado y asesorado al respecto. Esto es particularmente cierto cuando se trata de proyectos inmobiliarios, donde puede haber no solo una mezcla compleja de problemas a abordar que involucran el terreno y la construcción, sino también dos niveles (o más) de normativa, incluidos los de naturaleza federal, estatal y/o municipal. En cada uno de estos casos, el éxito de un desarrollo depende necesariamente de la estructura y la implementación adecuada del proyecto. Y, en aras de alcanzar el éxito, resulta indispensable contar con el asesoramiento apropiado de expertos y abogados que guiarán al inversionista por un camino, a veces oscuro y lleno de incógnitas.

450. El Tribunal considera que, a pesar de los esfuerzos y las acciones de buena fe de las Demandantes, que han expresado en sus escritos, no parecieran haber buscado ni recibido asesoramiento adecuado para desarrollar el Proyecto Las Olas, y si lo recibieron, decidieron ignorarlo.

451. Resulta desafortunado en el caso de esta inversión que, si bien el Sr. Aven pareciera haber estado muy involucrado en las cuestiones cotidianas relacionadas con el Proyecto, también parece que al abordar asuntos regulatorios depositó su confianza en la asesoría y las acciones adoptadas por sus empleados o terceros que fueron contratados a fin de asistirlo. A pesar de su interés en Costa Rica y de los años que vivió allí, no aprendió a hablar, leer o escribir en español. El Sr. Aven fue bastante claro sobre sus limitaciones relativas al idioma durante la Audiencia de Diciembre[406]. El reveló abiertamente: "[y]o dependía de estos profesionales. En ningún momento estuve realmente involucrado y dependía

[406] Transcripción, Páginas 771:14-19 y 771:19-22, 772:1-3.

totalmente en los profesionales. Como usted dijo, yo no escribo español, no hablo español, no entiendo español. Entonces, dependo totalmente de los profesionales que emplee." [407]

452. Esto afectó el alcance de los conocimientos que él y otros Demandantes tenían sobre las implicancias legales y la información que él conocía sobre las solicitudes presentadas para el proyecto.

453. Cuando se le preguntó durante la audiencia si recibió algún consejo sobre las obligaciones de divulgación con respecto al Formulario D1, respondió: "[n]o recuerdo nada de eso. Lo que yo entendí de los abogados […] era que ellos eran el equipo, tenían la experiencia para manejar el proceso a través de todo el proceso de permisos y ellos conocían los requisitos, las exigencias". Asimismo, no parecía estar involucrado con las autoridades, ya sea la SETENA o cualquier otro organismo relacionado con el proyecto. Eso era manejado por terceros[408].

454. En relación con uno de los documentos esenciales que, según la Demandada, afectó la exactitud de la información presentada a las autoridades ambientales costarricenses, el llamado "Informe Protti", el cual no fue presentado junto con el Formulario D1, sino que fue posteriormente entregado a la SETENA luego de que se obtuviera la Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio, el Sr. Aven testificó durante la Audiencia de Diciembre que la carta que presentaba el informe a las autoridades fue escrita por "... mi abogado Sebastián Vargas. Él me pidió que la firmara. No me tradujo el documento; solo me dijo que este era un documento donde estábamos --objetando a la paralización o cierre ilegal a las actividades, que se había enviado en una fecha anterior-- a esta fecha del 23 de febrero". Con franqueza, él respondió en mayor profundidad a la misma pregunta:

> La firmé pero él la envió, y la escribió. Yo no escribí esta carta. Como usted sabe, yo no escribo --ni hablo-- español.
>
> Una vez más, esta es una situación en la que yo estoy dependiendo de abogados. ¿De acuerdo? Ahora quizás lo mejor que debería haber hecho es darme una traducción en inglés y decirme: "David: lee esto en su totalidad y asegúrate de que lo entiendas totalmente y luego lo firmas".

---

[407] Declaración del Sr. Aven, *véase* Transcripción, Páginas 771:19-22, 772:1-3.

[408] Él testificó durante la Audiencia de diciembre que "*durante las etapas primeras del proceso de los permisos no habl[ó] nunca con nadie de estas instituciones*". *Íd.*, Páginas 771-772.

> "No lo hizo. Sencillamente lo escribió y me dijo, --una vez más--, confirmando lo que dije antes, que en general esto era lo que los abogados me decían. Me lo decían verbalmente--. Quizás no querían tomarse el tiempo para explicarlo para hacer la traducción del español al inglés y explicarme las cosas. Sencillamente-- me presentaban el documento y me decían verbalmente cuál era el contenido de los documentos, y yo los firmaba...[409]

455. Durante la Audiencia de Diciembre, el abogado de las Demandantes también interrogó al Sr. Aven en el segundo interrogatorio directo:

> [Sr. Burn] P: ¿Tenía que recibir consejos para entender la importancia de decir la verdad en una solicitud oficial?
>
> R: No, no necesito consejos para decir la verdad. Solo me han comportado-- así toda mi vida. Los documentos para D1. Los documentos oficiales que yo firmaba pues yo firmé en español.
>
> Dependo de los profesionales que contraté para realizar tareas para mí. Esas cosas oficiales se hacían en español. Por ejemplo, --el D1 es un ejemplo perfecto. Se me presentaba, bueno el profesional me lo presentaba y yo lo firmaba porque era algo necesario. Tenía que firmarlo y teníamos que presentarlo. ----
>
> [Sr. Burn] P: Y usted dependía de otros para los documentos, otros prepararon la solicitud de D1. ¿Es su entendimiento que la solicitud para la D1 era precisa? --
>
> R: Sí, desde luego[410].

456. El Árbitro Baker luego preguntó al Sr. Aven si había contratado a alguien o si había consultado con alguien antes de comprar el terreno en lo relativo a las restricciones de desarrollo o las regulaciones ambientales de Costa Rica. El Sr. Aven respondió que no. Pero agregó que luego consultó con Juan Carlos Esquivel, su abogado, con quien "... hablamos de cuáles serían los procedimientos para un proyecto de desarrollo y me llevó paso a paso. Él realmente fue la persona, el abogado principal que manejó toda la situación desde 2002 hasta que yo me mudé al país en el 2005. Él manejó todo para mí después de la compra de la propiedad."[411]

457. La falta de participación directa en asuntos regulatorios se vio agravada por la falta de asesoría legal por escrito de sus abogados costarricenses o de otros consejeros. Si bien las Demandantes declararon en su Memorial de Réplica que procuraron obtener y recibieron

---

[409] Véase Transcripción, Páginas 789:22, 790:81-7.
[410] Trascripción Página 815:917-22, 816:1-13.
[411] Transcripción Página 837:6:12.

asesoramiento legal de abogados[412], durante la Audiencia de Diciembre el Sr. Aven reconoció que no recordaba haber recibido ninguna opinión legal escrita en relación con el Proyecto Las Olas, o relativa a las acciones de cumplimiento que fueron adoptadas en su contra, ni respecto de las medidas cautelares que se dictaron sobre la finca[413].

458. Las admisiones mencionadas *supra* por parte del Sr. Aven, el inversionista principal, son reveladoras para el Tribunal porque demuestran que su participación en la toma de decisiones se desarrolló pese a no entender el idioma o la relevancia de los compromisos que se asumían ni los documentos que se firmaban. La falta de asesoría legal escrita sobre los principales aspectos del Proyecto Las Olas es igualmente reveladora, ya que torna casi imposible dar por establecida una comprensión diligente. En el supuesto de que el Sr. Aven o, las otras Demandantes que pudieran haber residido temporalmente en Costa Rica, no entendieran conversaciones en idioma español o lo que es más importante aún, los documentos, las solicitudes y los permisos que se analizaban, presentaban o emitían, ni comprendieran la medida en que tales documentos afectaban el proyecto, como mínimo, un inversionista prudente debería exigir que su abogado le brinde observaciones y opiniones por escrito que pudieran someterse a análisis y debate. Pero ninguna documentación contemporánea de dicha naturaleza fue proporcionada por las Demandantes.

459. Dicha falta de involucramiento también se hizo evidente cuando el Sr. Aven reconoció que, al presentar el llamado Informe Protti a las autoridades costarricenses, no estaba al tanto de lo que se presentaba y, aparentemente, no le preocupaba tal carencia de información.

460. Aunque el Sr. Aven indicó reiteradamente que confiaba en sus abogados, esta no es una justificación válida ya que dicha dependencia no puede sustituir la diligencia en una situación en la que elige no leer ni comprender lo que se le presenta o incluso se afirma, y tampoco reacciona con prudencia cuando sus abogados "no querían tomarse el tiempo para explicarlo para hacer la traducción del español al inglés y explicar[l]e las cosas ..."[414]

---

[412] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 95, página 34.
[413] Véase Transcripción, Página 782:9-18; 783:9-11, 13, 16-17, 17-19, 22; 784:1, 6-7, 8-11, 20-22; 785:1.
[414] Transcripción, página 790:2-4

(b) Cuestiones clave que debe resolver el Tribunal

461. Las preguntas claves que el Tribunal debe decidir incluyen las siguientes: (i) ¿Existían humedales o bosques dentro de la finca en el momento en que las Demandantes presentaron el Formulario D1? (ii) ¿Qué determina si existe un humedal o bosque en Costa Rica? ¿Las Demandantes tenían la obligación de revelar oportunamente la existencia de humedales o bosques en su finca?

462. Otros asuntos relacionados en este arbitraje, sobre los cuales ha habido desacuerdo, incluyen: qué es exactamente un "humedal"; si es o no necesario que se realice una determinación previa de un humedal mediante un Decreto Ejecutivo; y cuál es la entidad competente para dar por acreditada su existencia.

463. Una vez respondidas estas preguntas, el Tribunal podrá analizar si las Demandantes tomaron medidas para drenar y/o rellenar los humedales, dañando así dicho ecosistema y si la Demandada actuó con arreglo a sus derechos en virtud del DR-CAFTA, o si violó sus obligaciones en virtud de dicho instrumento o de los principios del derecho internacional consuetudinario. Todo esto resulta relevante no solo con respecto a la supuesta ilegalidad al asegurar la Viabilidad Ambiental sino también con respecto a la pertinencia de las acusaciones penales presentadas contra los Sres. Aven y Damjanac por supuestamente drenar y rellenar humedales. La misma cuestión es aplicable con respecto a los bosques y la supuesta tala ilegal de árboles.

(c) Humedales en virtud de las leyes de Costa Rica

464. El Artículo 40 de la Ley Orgánica del Ambiente Ambiente[415] definió un humedal por primera vez. En ese momento, estableció que "[l]os humedales son los ecosistemas con dependencia de regímenes acuáticos, naturales o artificiales, permanentes o temporales, lénticos o lóticos, dulces, salobres o salados, incluyendo las extensiones marinas hasta el límite posterior de fanerógamas marinas o arrecifes de coral o, en su ausencia, hasta seis metros de profundidad en marea baja"[416]. No obstante, tal definición data de 1995, momento en el que se promulgó la Ley Orgánica del Ambiente, y desde entonces el marco

[415] Anexo C-184.
[416] Anexo C-184 (T).

legal en Costa Rica se ha vuelto más detallado y sofisticado; por lo cual, dicha redacción se ha tornado obsoleta a la luz del Decreto Ejecutivo No. 35803-MINAE publicado en 2016 que establece Criterios Técnicos para la Identificación, Clasificación y Conservación de los Humedales[417].

465. El Decreto Ejecutivo 35803-MINAE establece las "características ecológicas esenciales" que identifican un humedal, independientemente de si han sido creadas o no por decreto o ley, o si es necesario o no que el MINAET las proteja y conserve a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación. Las tres características son[418]:

(a). vegetación hidrofílica, compuesta por tipos vegetacionales asociados a medios acuáticos y semiacuáticos, incluyendo vegetación freatofila que se desarrolla en láminas de agua permanentes o niveles freáticos superficiales;

(b). suelos hídricos, definidos como aquellos suelos que se desarrollan en condiciones con alto grado de humedad hasta llegar al grado de saturación; y

(c). condición hídrica, caracterizada por la influencia climática sobre un determinado territorio, en donde se involucran otras variables tales como procesos geomorfológicos, topografía, material constituyente del suelo y ocasionalmente otros procesos o eventos extremos.

466. El Artículo 5 del Decreto Ejecutivo define entonces lo que debe entenderse como (a) vegetación hidrofílica – aquellas especies de plantas florísticas que crecen y se desarrollan en ambientes acuáticos cuyos ciclos de vida se realizan asociados con el medio acuático, y (b) suelos hídricos – aquellos que en su estado natural están saturados, inundados o represados con agua, o empozados por largo tiempo, situación que permite desarrollar condiciones anaeróbicas en las secciones superiores del mismo. Una nota a este artículo agrega que los suelos de humedal generalmente corresponderán a las clases de suelo VII y VIII en virtud del Decreto Ejecutivo No. 23214-MAG-MIRENEM y serán utilizados solo como áreas de preservación de flora y fauna, áreas de recarga acuífera, reserva genética y belleza escénica[419].

[417] Publicado en La Gaceta No. 73 de Costa Rica de fecha 16 de abril de 2010 (C-64 y C-218).
[418] Anexo C-218, Artículo 6.
[419] *Íd.*, Artículo 6 (b), segundo párrafo.

467. El mismo Decreto Ejecutivo clasifica a los humedales en grupos: (a) fluviales, que incluyen aquellos ambientes acuáticos contenidos en drenajes que periódica, permanente o temporalmente mantienen agua en movimiento, pero excluye aquellos ambientes con dominancia de árboles, arbustos, vegetación emergente persistente; (b) estuarinos, que incluyen hábitats de aguas profundas y tierras adyacentes con influencia de mareas, a menudo semi-encerradas por tierra, donde el agua oceánica es diluida por agua dulce que corre desde tierra adentro, (c) marinos, que son aquellas áreas litorales expuestas a los flujos de aguas oceánicas; (d) lacustrinos, hábitats acuáticos en una depresión topográfica, tales como lagos, o represados natural o artificialmente; y (e) palustrino, que incluye todos los humedales de tipo no mareal, con las siguientes características: puede contener o no vegetación, que puede consistir en árboles, arbustos, vegetación emergente; tienen niveles de profundidad que no exceden los dos metros, y valores de salinidad derivada de sales oceánicas que no exceden el 0,5%[420].

468. Por último, el Decreto identifica que los humedales palustrinos incluyen lo siguiente[421]:

(a). Pantanos/esteros/charcas permanentes salinas/salobres/alcalinos;

(b). Pantanos/esteros/charcas estacionales/intermitentes salinos/salobres/alcalinos;

(c). Pantanos/esteros/charcas permanentes de agua dulce; charcas (de menos de 8 ha);

(d). Pantanos y esteros sobre suelos inorgánicos, con vegetación emergente en agua por lo menos durante la mayor parte del período de crecimiento;

(e). Pantanos/esteros/charcas estacionales/intermitentes de agua dulce sobre suelos inorgánicos; incluye depresiones inundadas (lagunas de carga y recarga), "*potholes*", praderas inundadas estacionalmente, pantanos de ciperáceas;

(f). Turberas no arboladas; incluye turberas arbustivas o abiertas ("*bog*"), turberas de gramíneas o carrizo ("*fen*"), bofedales, turberas bajas; y

(g). Humedales boscosos de agua dulce; incluye bosques pantanosos de agua dulce, bosques inundados estacionalmente, pantanos arbolados; sobre suelos inorgánicos.

469. Los conceptos mencionados *supra* son generalmente utilizados. En relación con cuestiones penales, se utilizan características similares, aunque no idénticas, para determinar la

[420] *Íd.*, Artículo 7.
[421] *Íd.*

existencia de un humedal. Las Políticas de Persecución de Delitos Ambientales del año 2010 establecen tres criterios para demostrar la existencia de un humedal, cuyas características son similares, pero no iguales, a los emitidos por el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE: (1) permeabilidad del suelo; (2) la presencia de vegetación hidrofílica; y (3) una pendiente menor o igual a cinco grados[422]. La Demandada ha minimizado esas diferencias debido al principio de jerarquía de leyes, en virtud del cual las Políticas no son leyes o decretos ejecutivos, sino una determinación administrativa emitida en septiembre de 2010 por la Fiscalía costarricense, y son un instrumento vinculante solo para los fiscales, las cuales fueron reemplazadas posteriormente por el Decreto Ejecutivo del MINAE que es aplicable y tiene efectos *erga omnes* en el país.

470. Cabe destacar que ambas Partes en el caso se han basado en el Decreto Ejecutivo del MINAE en cuanto a la determinación de cuáles son las características de un humedal[423]. Sin embargo, las Demandantes han introducido otro antecedente que tendría relevancia desde su punto de vista.

471. Las Demandantes también han indicado que antes de septiembre de 2009, y por las razones que se explicarán *infra*, los humedales debían crearse y delimitarse mediante un Decreto Ejecutivo emitido por el MINAE, de conformidad con la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley de Conservación de la Vida Silvestre.

472. Asimismo, argumentaron que con anterioridad a esa fecha existían otros dos Decretos Ejecutivos que confirmaban el requisito de que los humedales debían delimitarse mediante decreto Ejecutivo: (a) Decreto Ejecutivo No. 31849 de 2005[424] (Reglamento General sobre los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental), que define las "áreas ambientalmente frágiles" (incluidos los humedales) como aquellas declaradas por el Estado mediante un Decreto Ejecutivo o ley y aquellas ubicadas en propiedad pública perteneciente al Estado; y (b) Decreto Ejecutivo No. 35803-MINAE[425] que establece en los Artículos 2 y 3 que los humedales continentales y marinos deben ser parte de un Área

[422] Anexo C-297, ¶ 3.3 [*Lagos, lagunas no artificiales y demás humedales*].
[423] Por ejemplo, Informe Pericial de Barboza, Sección 4, página 13.
[424] Anexo C-208.
[425] *Íd*.

Silvestre Protegida, lo que refuerza la necesidad de un Decreto Ejecutivo con el fin de determinar la existencia de un humedal.

473. No obstante, las Demandantes reconocen que los dos últimos artículos mencionados (Artículos 2 y 3) fueron declarados inconstitucionales y explican que la ley relativa a la delimitación de humedales en Costa Rica se modificó el 9 de septiembre de 2009 debido a que, ese día, una sentencia de la Sala Constitucional[426] declaró inconstitucional una parte de la Ley de Conservación de Vida Silvestre, el Artículo 7, que actualmente dispone lo siguiente: "La creación y delimitación de los humedales se hará por decreto ejecutivo, según criterios técnicos". La supresión de las palabras "creación y" antes de "delimitación" fue confirmada por la Resolución de la Sala Constitucional No. 016938-2011 de fecha 7 de diciembre de 2011, que modificó los Artículos 2 y 3 del Decreto Ejecutivo 35803-MINAE[427].

474. La declaración se hizo después de que se emitieran los permisos ambientales y de construcción pertinentes para el Proyecto Las Olas[428]. Por lo tanto, argumentan las Demandantes, antes de septiembre de 2009 (es decir, antes de la emisión de la Viabilidad Ambiental del Proyecto Las Olas por parte de la SETENA), todos los humedales de Costa Rica debían crearse por decreto Ejecutivo. Sustentan este argumento en las sentencias de los tribunales penales que citan en su Escrito Posterior a la Audiencia sobre la creación de humedales, las que reflejan que "la Ley de Conservación de la Vida Silvestre establece que las siguientes serán las funciones de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Ambiente y Energía: 'Administrar, monitorear y proteger los humedales. La creación y delimitación de humedales se hará por decreto ejecutivo, según criterios técnicos'"[429] (Énfasis agregado).

475. Las Demandantes también declararon que en virtud del Artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, el Poder Ejecutivo, a través del MINAE, se encuentra facultado para establecer áreas silvestres protegidas, que pueden o no incluir humedales, y que el Artículo 7 de la

[426] Resolución 14288-2009, emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica.
[427] Anexo C-64.
[428] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, nota al pie 391, página 238.
[429] Anexo R-236, citado en el Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 448, página 239.

Ley de Conservación de la Vida Silvestre también establece que la creación y delimitación de humedales se llevará a cabo mediante decreto Ejecutivo.

476. Otro argumento de las Demandantes es que actualmente el SINAC está facultado para cumplir con los criterios técnicos establecidos en el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE (mencionado y analizado *supra*) a fin de determinar la existencia de un humedal, mientras que la delimitación de cualquier humedal aún debe realizarse mediante decreto Ejecutivo, según lo determinara la Sala Constitucional en su sentencia del 9 de septiembre de 2009[430].

477. Debido a que el SINAC carece de los conocimientos técnicos necesarios para llevar a cabo todos los estudios necesarios en aras de determinar si existe o no un humedal, las Demandantes agregan que, por lo tanto, el SINAC depende de la asistencia del INTA en su carácter de autoridad nacional que administra y exige el cumplimiento del Decreto Ejecutivo 23214-MAG-MIRENEM[431], el cual establece la metodología que se debe aplicar en la identificación y determinación de *suelos de humedales*, de conformidad con el Artículo 5(b) del Decreto Ejecutivo 35803-MINAE[432].

478. Por consiguiente, las Demandantes concluyen que, en ausencia de un Decreto Ejecutivo, no se puede considerar que existía un humedal en el sitio del Proyecto Las Olas antes del 9 de septiembre de 2009 a los fines de la Ley Orgánica del Ambiente[433]. No había sido creado y delimitado mediante un decreto Ejecutivo.

479. En un argumento separado, aunque relacionado, que tiene una conexión directa con la causa penal presentada contra los Sres. Aven y Damjanac, las Demandantes han mencionado que la Ley de Conservación de Vida Silvestre fue modificada por la aprobación del Artículo 1 de la Ley No. 8689 el 4 de diciembre de 2008 que, aunque fue adoptada en diciembre de 2008, no entró en vigor hasta el 24 de junio de 2009. Debido a que la ley no tenía efecto retroactivo, argumentan que, de conformidad con la Constitución de Costa Rica y el Código Penal de Costa Rica, cualquier presunto delito anterior a tal fecha sería irrelevante debido a que tales delitos deberían ser evaluados en virtud de las

[430] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 459, página 243.
[431] Anexo R-401.
[432] Anexo C-64.
[433] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 243, página 143.

leyes preexistentes, en las que se contemplaba una multa cuyo monto no excedía los USD 500[434]. Asimismo, aducen que esto es especialmente relevante porque los Sres. Aven y Damjanac fueron acusados de violar el Artículo 98 de dicha ley al drenar y rellenar un humedal[435] si bien, según las Demandantes, la disposición legal que establecía una pena de prisión de hasta tres años para dicha acción no entró en vigor hasta el 24 de junio de 2009[436].

480. La Demandada toma una postura diferente. Si bien reconoce las disposiciones legales citadas por las Demandantes, no está de acuerdo con la manera en que las Demandantes describen la ley y la interpretación realizada por los tribunales costarricenses, incluida la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. La esencia de la postura de la Demandada es que los humedales pueden ser de dos tipos diferentes: (a) los que están ubicados dentro de un "Área Silvestre Protegida" y (b) los que no lo están; y solo aquellos humedales que se encuentran dentro del primer grupo requieren creación o delimitación mediante un decreto Ejecutivo.

481. De hecho, si bien el Artículo 42 de la Ley Orgánica del Ambiente concede al MINAE la autoridad para delimitar "zonas protegidas" o "zonas de protección" en determinadas zonas marítimas y costeras y humedales, esto no significa que un humedal deba considerarse necesariamente como un área protegida en el sentido normativo. Por lo tanto, no todos los humedales que se encuentran deben declararse "zonas protegidas" en el sentido de dicha ley. De ahí que, tal como lo ha declarado el perito de Costa Rica, pueden existir humedales que están incluidos dentro de una "zona protegida" por declaración expresa de MINAE, y humedales ubicados en propiedad privada, que no pierden su naturaleza por esa razón[437].

482. La Demandada ha indicado que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica confirmó esta posición en una decisión del año 2011[438] al resolver que la protección de los humedales no es exclusiva para aquellos que están dentro de una "zona protegida"; la

[434] *Íd.*, ¶ 239, página 141.
[435] Cargos penales presentados contra David Aven y Jovan Damjanac, 21 de octubre de 2011 (C-142).
[436] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 248, página 145.
[437] Primera Declaración Testimonial, Julio Jurado, ¶ 61, página 19.
[438] Sentencia 12817-2011, Sala Constitucional, Corte Suprema de Costa Rica, 14 de diciembre de 2001 (R-172), tal como fuera citada por la Demandada en su Memorial de Contestación, ¶ 387, página 104.

obligación de conservar los humedales no surge simplemente luego de haber sido creados y delimitados en una "zona protegida", sino que la obligación de conservarlos surge de las obligaciones en virtud de la Convención de Ramsar.

> […] si en el caso en concreto el MINAE certifica que la propiedad del amparado no se encuentra dentro de un Área Silvestre Protegida, según las áreas administradas por éste, ello no implica en forma alguna que el humedal encontrado no deba ser protegido. Debemos recordar que el Convenio Internacional suscrito por nuestro país establece la obligación del Estado Parte de fomentar la conservación de las zonas húmedas y de las aves acuáticas creando reservas naturales en los humedales, ya sea que estén o no en la 'Lista' [...]. (Énfasis agregado)

483. Una decisión similar fue emitida con anterioridad, en 2005, por el Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, el cual dictaminó que cuando se promulgó la Ley de Conservación de Vida Silvestre, los humedales no eran "áreas silvestres protegidas" y por lo tanto cualquier declaración de humedal dentro de propiedad pública debía realizarse a través de un decreto Ejecutivo. Sin embargo, el tribunal recordó que, por disposición expresa de la Ley Orgánica del Ambiente, los humedales se consideraban de interés público y, por lo tanto, estaban sujetos a protección[439]. De hecho, el Artículo 41 de la Ley Orgánica del Ambiente estipula que la conservación de cada humedal en Costa Rica es de "interés público": "Se declaran de interés público los humedales y su conservación, por ser de uso múltiple, estén o no estén protegidos por las leyes que rijan esta materia"[440].

484. El Tribunal solicitó a las Partes que aborden en sus Escritos Posteriores a la Audiencia cuál es la autoridad competente en Costa Rica para determinar la existencia de humedales. Tanto las Demandantes como la Demandada analizaron la cuestión, y ambas concluyeron que se trata del SINAC[441].

485. Las Demandantes afirman que la autoridad definitiva para la determinación de los humedales y las cuestiones relacionadas con humedales es el SINAC, de conformidad con el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE, que a su vez especifica que el Decreto Ejecutivo

[439] Sentencia 01209-2005, Tribunal de Casación Penal, 15 de noviembre de 2005 (R-177), citada por la Demandada en su Memorial de Contestación, ¶ 389, página 105.
[440] La versión en idioma inglés reza: "Wetlands and their conservation are hereby declared of public interest, for being of multiple use, whether or not protected by the laws governing this matter."
[441] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 450; Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶ 887.

23214-MAG-MIRENEM debe aplicarse a los fines de la delimitación de suelos hídricos[442]; sin embargo, añaden que la delimitación de tales humedales debe llevarse a cabo mediante Decreto Ejecutivo, lo cual no ocurrió en el Proyecto Las Olas[443].

486. La Demandada acepta que es al SINAC a quien se le confió la responsabilidad de proporcionar protección y control a los ecosistemas de humedales; aunque cita como respaldo legal el Artículo 7(h) de la Ley de Conservación de Vida Silvestre, el cual asigna exclusivamente al SINAC la administración y la protección de los humedales, así como su clasificación. El Sr. Jurado, perito de la Demandada, confirmó las facultades del SINAC[444].

487. Por lo tanto, aunque ambas Partes aceptan la competencia del SINAC, no están de acuerdo sobre el alcance de su autoridad. La principal diferencia radica en si se requiere un Decreto Ejecutivo, tal como alegan los Demandantes, a los fines de delimitar los humedales para que esta especie esté protegida en virtud de las leyes de Costa Rica. El Tribunal no está de acuerdo con que tal requisito se aplique para determinar la existencia de humedales dentro de una propiedad privada, y en base al análisis *supra* considera que sólo se aplica en aquellos casos en que los humedales que deben ser delimitados se encuentren dentro de un "área protegida" o zonas protegidas o zonas de protección, pero no en casos de humedales ubicados en propiedades privadas, tales como en el sitio del Proyecto Las Olas. No tendría sentido que se requiriera un Decreto Ejecutivo para determinar la existencia de una especie tan altamente protegida.

488. Independientemente de ello, ¿existían humedales en el sitio del Proyecto Las Olas? ¿O se trataba meramente de áreas "anegadas de tipo pantanoso con drenaje deficiente" de la propiedad que no cumplían con los requisitos legales en virtud del derecho costarricense para confirmar la existencia de un humedal? El expediente demuestra que el sitio del Proyecto Las Olas contenía al menos un área de humedal.

489. Este caso plantea la dificultad de que existieron inconsistencias en las posturas de las autoridades que fueron convocadas para determinar si existían humedales en la propiedad. En la sección de antecedentes de este Laudo, se ha realizado un análisis que describe las

[442] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 463, página 244.
[443] Íd., ¶ 464, página 244.
[444] Primera Declaración Testimonial de Julio Jurado, ¶¶ 22-26, páginas 9-10.

diversas determinaciones. Sin las determinaciones realizadas por el SINAC en el mes de mayo de 2011, las Demandantes podrían haberse basado en los hallazgos de algunos organismos que resolvieron que no había ningún humedal presente. Sin embargo, los hallazgos que respaldan la postura adoptada por las Demandantes tienen un defecto: parecen haber omitido el examen en las áreas relevantes del sitio del Proyecto Las Olas, o no haberlo realizado en los momentos pertinentes. Los tres informes elaborados por el SINAC en el año 2011, es decir, el Informe del SINAC de enero de 2011, el Informe del SINAC de mayo de 2011 y el Informe del SINAC de octubre de 2011, sí determinaron la existencia de humedales.

490. Si bien la Demandada identificó a través de los Informes Periciales de KECE preparados por el Sr. Kevin Erwin que se encontraron un total de ocho humedales en el sitio del Proyecto Las Olas, las Demandantes inicialmente rechazaron la existencia de humedales en el sitio durante el procedimiento de arbitraje. No obstante, en su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes no objetaron la existencia de humedales en los estudios e informes realizados en el año 2016, aunque argumentaron que no existen pruebas de que esas condiciones existieran durante el período relevante (2007-2011), y que ni el Sr. Erwin ni los peritos de Green Roots estuvieron presentes cuando la SETENA emitió la Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio en 2008, ni tampoco estuvieron presentes cuando el INTA determinó que no existían suelos hídricos en 2011.

491. A tal respecto, las Demandantes han argumentado que la Demandada, al arribar a sus conclusiones sobre bosques y humedales protegidos, "pasa por alto a sabiendas una plétora de factores externos que podrían haber contribuido (y de hecho contribuyeron) a la situación actual del sitio Las Olas"[445]. Esto implica su aceptación de que humedales pueden existir en el sitio.

492. La Demandada contestó y declaró que, si los humedales existen ahora, entonces es casi seguro que existían en el momento en que las Demandantes adquirieron el terreno[446].

[445] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 525, página 278.
[446] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶ 358, página 95.

493. Según se indica más abajo, KECE identificó en su informe varios sitios donde se hallaron humedales dentro del Sitio del Proyecto Las Olas, y los numeró del 1 al 7. Las Demandantes han alegado que el Sr. Erwin no consideró de manera significativa los datos del suelo en los supuestos humedales 2-7; que su afirmación sobre los suelos del humedal 8 no es creíble; y que la vegetación hidrofílica encontrada no es de la especie que se encuentra en los humedales[447]. Las Demandantes parecen no objetar la existencia del humedal denominado "Humedal 1" en el sector de servidumbres 8 y 9, pero sí cuestionaron que la determinación de Green Roots se basó en una "aplicación fundamentalmente errónea de la clave de la USDA para la taxonomía de suelo" aplicada para esta clasificación.

494. Asimismo, las Demandantes han argumentado que el INTA no realizó ninguna constatación de suelos hídricos al momento de las medidas adoptadas en el año 2011. Es un hecho que el INTA realizó un estudio de suelos de los presuntos humedales en el sitio del Proyecto Las Olas en el mes de abril de 2011, y concluyó que no había suelos hídricos. No obstante, las Demandantes argumentan que simplemente no había humedales en Las Olas en el año 2008 cuando se emitieron las VA ni en el año 2011 cuando la Demandada dictó las medidas cautelares[448].

495. Aunque el Sr. Gerardo Barboza, el Perito en materia de humedales presentado por las Demandantes, rechazó la existencia de humedales, durante la Audiencia de Diciembre declaró que sus conclusiones se obtuvieron de una revisión de documentos hecha por él, y no a causa de una visita al sitio para confirmar si tales humedales existían. A pesar de que en su informe pericial inicial[449] afirmó que cuando hay una "posible existencia" de un humedal se torna necesario llevar a cabo una visita al sitio precisa, cualitativa y cuantitativa, nunca realizó dicha visita. Cuando se le preguntó al respecto durante la Audiencia de Diciembre, testificó que su "... labor no era identificar humedal en el lugar. Era únicamente limitarme a valorar, a evaluar los oficios del SINAC sobre el particular"[450]. Asimismo, estuvo de acuerdo en que, si se tenía conocimiento de la posible existencia de

[447] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 488-498, páginas 256-262 (ES NUM 508).
[448] Íd., ¶ 475, página 249.
[449] Primer Informe Pericial de Barbosa, ¶ 4.b)., página 11.
[450] Transcripción 1590:4-7.

un humedal durante la preparación de un Formulario D1, se justificaría una visita al sitio "precisa, cualitativa y cuantitativa"[451].

496. El Primer y Segundo Informe Pericial de KECE determinan la existencia de al menos siete (7) humedales en el sitio del Proyecto Las Olas, de los cuales uno fue impactado. Además, KECE pudo identificar la ubicación de otro humedal fuera del sitio del proyecto, aunque dentro de lo que denominó el "Ecosistema Las Olas", basado en la existencia de los elementos establecidos por la Convención de RAMSAR y el derecho de Costa Rica: (i) el predominio de la vegetación hidrófila; (ii) la presencia de indicadores hidrológicos; y (iii) la presencia de suelos hídricos[452]. Se hizo referencia a estos sitios en orden numérico, comenzando desde el extremo suroeste de la finca, y luego en el sentido de las agujas del reloj a lo largo de la finca[453]. Por lo tanto, los Humedales # 1 y # 2 se encuentran en el sector de Servidumbres, mientras que el resto se encuentra en el Sector de Condominios. El Humedal # 4 se encuentra adyacente a la porción noroeste de la finca[454]. Cabe destacar que el sitio de Humedales definidos en el Informe KECE coincide con aquellos incluidos en los Informes Baillie; por ejemplo, KECE # 5 correspondería a "Bajo B2"; KECE 3 correspondería a "Bajo B4"; y KECE 2, correspondería a "Bajo B6".

497. KECE considera que los humedales son humedales palustrinos de agua dulce, hidratados por las precipitaciones, las filtraciones de aguas subterráneas y los caudales provenientes de las elevaciones adyacentes; son estacionalmente inundados, con períodos alternos de saturación/inundación y sequía que están directamente relacionados con las estaciones húmedas y secas de la región, respectivamente[455].

498. Durante el interrogatorio de los peritos ambientales (sobre humedales y suelos) en la Audiencia de Diciembre, en algún punto el debate se centró en determinar si los suelos de los humedales cuya existencia alega la Demandada en realidad eran de naturaleza hídrica.

---

[451] Transcripción 1599:21-22, 1600:1-11.
[452] El Sr. Erwin testificó durante la Audiencia de Diciembre que la definición de humedal en virtud de las leyes de Costa Rica adhiere estrictamente a la definición de RAMSAR. La redacción, agregó, "... *es casi idéntica*". Transcripción 1845:17:18.
[453] Primer Informe Pericial de KECE, ¶55, página 16.
[454] Figura 2, "Mapa de Humedales Existentes dentro del Ecosistema Las Olas", Apéndice 12 del Primer Informe Pericial de KECE.
[455] Informe Pericial de KECE, ¶¶ 56 y 188, páginas 17 y 54.

El Dr. Baillie argumentó en su informe que no había encontrado tales condiciones, pero cuando se lo interrogó respecto de si compartía los hallazgos de Green Roots, el Dr. Baillie indicó que no había perforado a una profundidad de 105 cm, profundidad de las perforadoras utilizadas por Green Roots, la cual fue considerada necesaria porque en algunas áreas se habían realizado obras. En otras palabras, si el terreno se hubiera encontrado intacto, las perforaciones podrían estar más cerca de la superficie, pero al hacerse evidente que se habían realizado obras, era indispensable aumentar la profundidad. Y tales obras fueron realizadas precisamente sobre el humedal referido por el Dr. Baillie como "Bajo 1" que es el mismo al que el Informe KECE denomina Humedal # 1. El Dr. Baillie indicó que no consideraba apropiado perforar ese lugar ya que allí se realizaban obras de desarrollo, y el artículo 5(b) del Decreto Ejecutivo No. 35803-MINAE contempla una definición de suelos hídricos en condiciones naturales.

499. El informe elaborado por los Dres. Calvo & Langstroth tuvo como alcance determinar si el sitio contiene humedales o si incluso los contuvo previamente. El Dr. Calvo fue interrogado durante la Audiencia de Diciembre sobre si su empresa había llevado a cabo un relevamiento de suelos, lo cual las Demandantes alegan (y la Demandada no objeta) es necesario porque es un componente para determinar la existencia de suelos hídricos, que es uno los tres elementos de un humedal. El Dr. Calvo reconoció que no llevaron a cabo dicho relevamiento porque eso no es algo que ellos realicen, sino que se basan en el estudio de suelos realizado por un tercero. Esto importa, a juicio del Tribunal, que su conclusión sobre la existencia de humedales fuera defectuosa desde el principio, ya que sin tales estudios de suelos no podían llegar a determinar la existencia de humedales. Esto fue reconocido por el Dr. Calvo durante el interrogatorio[456].

500. En su informe sobre la existencia de suelos hídricos en el Humedal # 1, los Sres. Johan S. Perret y B.K. Singh de Green Roots indicaron que el Dr. Baillie, así como el INTA, y el Sr. Cubero, utilizaron perforación del suelo. Esta es la principal herramienta utilizada para la exploración del suelo. En el caso del Dr. Baillie, agregaron que utilizó "mini-pozos", que son muy superficiales, y que no superan los 60 centímetros de profundidad. También

[456] Transcripción 1738:15–22, 1739:1-3.

añadieron que su metodología de taxonomía del suelo requería que llegaran a mayor profundidad; es por eso que llegaron a 1,6 metros[457]. Además, criticaron el hecho de que el Dr. Baillie no ingresara a una carretera dentro del área donde se consideraba o se alegaba la existencia de un humedal.

501. Ante una pregunta del Árbitro Baker durante el interrogatorio directo, quien preguntó si el Dr. Calvo se remitió a los expertos en suelos para determinar la existencia de humedales, el Dr. Calvo confirmó[458] que lo hizo porque habían encontrado los otros dos elementos en el sitio.

502. Asimismo, KECE mencionó que este estudio de suelos no era indispensable, y su informe constata que las muestras de suelo solo se tomaron dentro de un área relativamente pequeña en el sitio del Proyecto Las Olas, esto es, aquella conformada por el Humedal # 1, excluidos los demás humedales identificados por otros peritos presentados por la Demandada. Cuando el Árbitro Baker le preguntó durante la Audiencia de Diciembre cuál era el motivo por el cual no había realizado las muestras de suelo en las otras áreas, el Dr. Erwin respondió que en su práctica primero examina la hidrología y luego la vegetación; y si tiene ambas, su experiencia le indica que habrá suelos hídricos. Sus visitas al sitio indicaron que todas las áreas de humedales se encontraban bajo el agua, y ese hecho le dio la seguridad que necesitaba para establecer la existencia de suelos hídricos, ya que estos no desaparecen con el drenaje. Sin embargo, mencionó que solo llevaría a cabo el muestreo del suelo, como lo hizo en el presente caso, cuando hay un litigio o arbitraje involucrado. Agregó que, en su opinión, el Dr. Baillie no los había encontrado porque no debe haber "mirado suficientemente"[459].

503. En su interrogatorio, los Sres. Perret y Singh debatieron sobre cómo pudieron concluir sin duda alguna la existencia de un humedal que había sido drenado y cubierto para construir las calles y explicaron cómo encontraron determinada materia orgánica (hojas y otros materiales orgánicos) en su análisis de suelo y lo mostraron en numerosas diapositivas de

[457] Transcripción 1910:11-20.
[458] Transcripción 1772:1-22-1773:1-10.
[459] Transcripción, 1894:2-12.

su presentación[460]. Sus conclusiones fueron que existen suelos hídricos en el Humedal # 1, que han sido enterrados con la ayuda de maquinaria durante los diez años anteriores. El Dr. Perret fue lógico y claro: "la materia orgánica es menos densa que el agua, por lo tanto, nunca se va a acumular por debajo del suelo, a menos que haya sido enterrado"[461].

504. Al abordar el punto planteado por el Dr. Baillie en el sentido de que los suelos que no están en su estado natural y han sido modificados presentan un impedimento para determinar adecuadamente sus condiciones, el informe Green Roots indica que en virtud de la definición de USDA de suelos hídricos estos incluyen aquellos "suelos en los cuales la hidrología ha sido modificada artificialmente son hídricos si el suelo, en un estado no alterado era hídrico". Además, la taxonomía del suelo demuestra que el perfil de los suelos tiene un régimen de humedad ácida, con un drenaje muy pobre, y agua subterránea cerca de la superficie del suelo.

505. La mayoría de los humedales identificados se encuentran ubicados en el lado occidental del Proyecto Las Olas, en el Sector de Servidumbres. Las Demandantes han alegado que el desarrollo de esta parte del proyecto estaba exento de una Viabilidad Ambiental y, por lo tanto, no era necesaria la presentación de un Formulario D1 ni era necesario informar de la posible existencia de humedales. Han expresado que, en virtud de las regulaciones aplicables de Costa Rica, la naturaleza y el tamaño de las nueve servidumbres, – pequeños desarrollos con acceso a través de la carretera principal y no más de seis lotes frente a una servidumbre cada uno, para un total de 72 lotes residenciales – solo requerían permisos de construcción del Municipio, los cuales obtuvieron en el mes de septiembre de 2007 respecto del primero, y el 16 de julio de 2010 para el resto[462]. Al momento en el que la Municipalidad de Parrita emitió la Notificación de Paralización en mayo de 2011, cinco de las nueve servidumbres habían sido completadas, con todas las conexiones eléctricas, de agua y de desechos/drenaje[463].

[460] Diapositivas correspondientes al Pozo # 9.
[461] Transcripción, 1943:13-15.
[462] Permisos de construcción adjuntos como Anexos C-14, C-40 y C-71.
[463] Memorial de las Demandantes, ¶ 441, página 171.

506. A la luz del análisis *supra*, el Tribunal concluye que existían humedales en al menos un sitio: aquel denominado como "Humedal # 1" dentro de las servidumbres 8 y 9. Y esto es suficiente en la determinación a los efectos del análisis.

(d) Bosques en virtud de la legislación de Costa Rica

507. En cuanto a los bosques, estos están regulados principalmente por la Ley Forestal. Un "bosque" es un "ecosistema nativo o autóctono, intervenido o no, regenerado por sucesión natural u otras técnicas forestales, que ocupa una superficie de dos o más hectáreas, caracterizada por la presencia de árboles maduros de diferentes edades, especies y porte variado, con uno o más doseles que cubran más del setenta por ciento (70%) de esa superficie y donde existan más de sesenta árboles por hectárea de quince o más centímetros de diámetro medido a la altura del pecho (DAP)"[464].

508. Asimismo, el concepto de "árbol forestal" se define en virtud del Reglamento a la Ley Forestal como: "planta perenne, de tronco leñoso y elevado que se ramifica a mayor o menor altura del suelo, que es fuente de materia prima que origina industrias como aserraderos, fábricas de tableros, de chapas, de fósforos, de celulosa, de aceites esenciales, de resinas y taninos"[465].

509. Si bien ambas Partes concuerdan en que el MINAE es el que tiene la facultad para determinar la existencia de "bosques", las Demandantes señalan que el MINAE no utilizó una metodología correcta para establecer la existencia de un bosque en el sitio durante sus estudios del año 2011 porque (i) no pudo definir el área de estudio; (ii) no pudo evaluar los parámetros que se requieren para definir un bosque en virtud del Artículo 3 de la Ley Forestal; y (iii) el MINAE incluyó a "todos los árboles*"* en su estudio, incluso los árboles que no están contemplados en la definición legal de bosque en virtud de la legislación de Costa Rica[466].

510. El Informe KECE compara el Informe Técnico Forestal de INGEOFOR elaborado en el mes de diciembre de 2011 con el Informe del MINAET llevado a cabo en el mes de junio

[464] Artículo 3 (Definiciones), sección d). de la Ley Forestal (C-170).
[465] Artículo 2, Reglamento a la Ley Forestal, 1997 (R-567).
[466] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶478, página 250.

de 2011 e identifica las inconsistencias entre ambos. Mientras que el Informe de INGOEFOR indica un promedio de 117 árboles por hectárea, el Informe del MINAET identifica un promedio de 544 árboles por hectárea, y el terreno con menor densidad tiene 433 árboles por hectárea. KECE considera que la discrepancia es un problema porque aparentemente han realizado las muestras en la misma porción del sitio del Proyecto Las Olas[467]. KECE entiende que la diferencia puede radicar en el muestreo selectivo de los árboles en la parcela en base a criterios tales como superficie de la parcela o especies. Otra explicación posible es que una gran cantidad de árboles hayan sido talados y retirados entre las fechas en las que se realizaron ambos informes, es decir, entre el informe del MINAET en el mes de junio de 2011 y el correspondiente a INGEOFOR en el mes de diciembre de 2011, tal como fuera registrado en el informe policial del mes de octubre de 2011[468].

511. El Artículo 3(d) de la Ley Forestal define y establece los requisitos para la existencia de un bosque: "ecosistema nativo o autóctono, intervenido o no, regenerado por sucesión natural u otras técnicas forestales, que ocupa una superficie de dos o más hectáreas, caracterizada por la presencia de árboles maduros de diferentes edades, especies y porte variado, con uno o más doseles que cubran más del setenta por ciento (70%) de esa superficie y donde existan más de sesenta árboles por hectárea de quince o más centímetros de diámetro medido a la altura del pecho (DAP)". En su informe, KECE concluye que pareciera que INGEOFOR sólo considera árboles que tienen un diámetro superior a 15 cm a la altura del pecho (DAP). Si bien el "árbol forestal", conforme a la legislación indicada *supra*, es aquel que alcanza o excede dicha medida y KECE reconoce la existencia del requisito de que debe haber al menos 60 árboles por hectárea, KECE no considera que ello constituya un requisito formal, sino aquel que "...no debería utilizarse para eliminar otros criterios"[469], y le da relevancia al dosel arbóreo. El Tribunal discrepa de esta opinión. Las condiciones legales de la Ley Forestal no se expresan como un mero "requerimiento formal."

512. La Demandada argumentó que las Demandantes causaron un daño ambiental en el ecosistema de Las Olas debido a que talaron árboles sin el permiso correspondiente.

[467] Informe Pericial KECE, ¶¶ 135- 140, páginas 44-46.
[468] ACOPAC-CP-129-2011–DEN (R-264).
[469] Informe Pericial KECE, ¶ 141, página 47.

Agregó que de conformidad con la legislación de Costa Rica no sólo constituye un delito la afectación del bosque sino incluso la mera tala de árboles sin permiso[470], y que se le imputó al Sr. Damjanac este delito en particular. Asimismo, la Demandada recuerda la definición de "árbol forestal" conforme a la legislación de Costa Rica indicada *supra*, pero aclaró que no se hace distinción alguna respecto del diámetro o la altura del árbol, aunque, en general, todos los árboles están protegidos de la tala sin permiso legal, y agregó que durante el desarrollo del Proyecto Las Olas, las Demandantes nunca obtuvieron un sólo permiso para la tala de árboles[471].

513. Luego, KECE utilizó estos datos obtenidos en ciertas áreas del sitio para calcular el dosel arbóreo de los árboles registrados que tenían un DAP del tronco de al menos 15 cm, y concluyó que, en promedio, el 60,6% de los árboles tenían un DAP superior a 15 cm, cuyo rango variaba entre el 22,5% en uno de los lotes y el 100% en otro lote del sitio. Según sus resultados, las discrepancias en las densidades registradas los llevaron a cuestionar la confiabilidad del Informe de INGEOFOR del año 2011, y concluyeron que no era digno de fiar.

514. Luego, KECE evaluó los Informes del MINAET de 7 de julio de 2011 y 31 de octubre de 2011[472], los cuales documentaron, entre otras cuestiones, lo siguiente: (i) la presencia de especies arbóreas y la determinación de la existencia de árboles por hectárea con un DAP superior al establecido en la Ley Forestal (con una densidad de entre 66,67 y 400 por hectárea) en los tres lotes analizados - una cantidad significativamente superior a la indicada por INGEOFOR en su Informe y (ii) un área que había sido talada en el transcurso de los 30 días anteriores, e incluso se observó a diversos individuos involucrados en actividades de tala de árboles a los cuales fotografiaron.

515. En sus Declaraciones Testimoniales[473], Minor Arce - el consultor forestal de Costa Rica presentado por las Demandantes - alegó que considera que el MINAET empleó una metodología deficiente en su informe del año 2011 (no definió el área de estudio, no se

[470] Artículos 27 y 61(a), Ley Forestal (C-170).
[471] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶¶ 427-428, página 103.
[472] Informe Pericial KECE, ¶¶ 152-166, páginas 49-51.
[473] *Íd*., ¶ 175, página 49.

evaluaron los parámetros conforme a la legislación y se incluyeron todos los árboles en lugar de sólo aquellos autorizados por la legislación local)[474], y que con base en sus revisiones del sitio del año 2010 y del mes de octubre de 2011 las especies de los árboles identificadas por el MINAET no deberían contarse ya que ellas incluían algunas que no pueden considerarse como "árbol forestal" en virtud de la Ley Forestal (en especial los árboles Guarumo y Guacimo). Las Demandantes hicieron hincapié en que para determinar la existencia de un bosque conforme a la legislación de Costa Rica se deben satisfacer requisitos obligatorios en virtud de la Ley Forestal[475].

516. KECE disiente y señala que, si bien se extienden a alturas diferentes, se utilizan, en efecto, como fuente de materias primas para diversos tipos de industrias forestales.

517. A su vez, KECE critica los informes del Sr. Arce porque ignoran el hecho de que se llevaron a cabo actividades de talado en el sitio, y el informe del año 2012 del Sr. Arce hacía hincapié principalmente en la crítica al estudio del MINAET del año 2011 que informaba acerca de la tala no autorizada. KECE concluye que la mayor parte del ecosistema del sitio del Proyecto Las Olas puede considerarse boscoso, con porcentajes variables en la cobertura del dosel[476].

518. Basado en los resultados del Informe del Perito de KECE, el Tribunal concluye que las condiciones en el sitio del Proyecto Las Olas en el período en cuestión permiten determinar que existía un "bosque" comprendido dentro de la definición de la Ley Forestal.

(e) ¿El desarrollador debe divulgar la existencia de humedales y/o bosques?

519. En su Memorial, las Demandantes reconocieron que para comenzar el desarrollo de un proyecto inmobiliario en Costa Rica era necesario solicitar una cantidad de permisos diferentes ante diversos ministerios y autoridades de gobierno[477], y presentaron un listado de los permisos requeridos y los organismos que los administraban[478]. Tal como sería de esperar en cualquier jurisdicción, la cantidad de procesos y permisos es considerable; en el

[474] Primera Declaración Testimonial de Minor Arce, ¶¶ 18-26.
[475] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 520-522, páginas 273-275.
[476] Primer Informe Pericial KECE, ¶ 53, página 15.
[477] Memorial de las Demandantes, ¶ 51, página 19.
[478] Anexo C-202.

presente caso, los permisos excedían los treinta. Los permisos varían entre la disponibilidad de agua potable y la aprobación del manejo de incendios.

520. Respecto del presente arbitraje, el permiso más importante que las Demandantes identificaron es el Permiso de Viabilidad Ambiental emitido por la SETENA. La Demandada coincide.

521. Las Demandantes describieron los documentos que se requerían para respaldar un Formulario D1 o "documento de evaluación ambiental" ante la SETENA. A saber: (a) el formulario D1 debidamente firmado; (b) un estudio de ingeniería básico; (c) un estudio arqueológico básico; y (d) un estudio geológico básico. En caso de que un proyecto propuesto estuviera ubicado en un área ambientalmente frágil o próximo a ella[479], también se requería un estudio biológico básico. La definición de área ambientalmente frágil está contenida en el Anexo 3 del Reglamento de EIA e incluye humedales que no están contemplados como parte del Área Silvestre Protegida, áreas cubiertas por bosques y la zona marítimo terrestre.

522. Las Demandantes agregaron que para presentar un Formulario D1 también era necesario presentar una cierta cantidad de autorizaciones que se obtenían de otros organismos, con inclusión de una certificación por parte del SINAC - el Sistema Nacional de Áreas de Conservación - en la que se indica que el área contemplada por el proyecto propuesto no se encuentra dentro de un ASP[480]. Una vez que la SETENA verifica la información del Formulario D1, deberá determinar el tipo de evaluación de impacto ambiental que el desarrollador estará obligado a completar; ello puede ser un Estudio de Impacto Ambiental, un Plan de gestión ambiental o una Declaración jurada de Compromisos Medioambientales[481].

523. La Demandada está de acuerdo en términos generales, con el proceso y los requisitos[482], pero agrega una cantidad significativa de detalles a dicho proceso. Sostiene que el Formulario D1 se trata de una matriz predeterminada en formato *Excel* donde el

[479] Memorial de las Demandantes, ¶ 58, página 21.
[480] *Íd*., ¶ 54, página 20.
[481] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 206, página 73.
[482] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 135-137, página 37.

desarrollador completa las características del desarrollo, y la matriz calcula en forma automática los puntos de relevancia ambiental; a mayor cantidad de puntos en el proyecto, mayor será el impacto que el proyecto tendrá sobre el medio ambiente. Además, si el área en la que se encuentra ubicado el proyecto contiene un "área ambientalmente frágil", por ejemplo, bosques o humedales, la puntuación puede aumentar considerablemente. Si la puntuación es superior a 1.000, el desarrollador debe presentar un Estudio de Impacto Ambiental ("**EIA**"), que constituye el instrumento de evaluación ambiental más complejo que debe presentar el desarrollador de una actividad, obra o proyecto, previo a su realización. El EIA está destinado a predecir, identificar, valorar, y corregir los impactos ambientales que determinadas acciones puedan ocasionarle al ambiente y a definir la viabilidad (permiso) ambiental del proyecto, obra o actividad objeto del estudio.

524. No es materia de controversia entre las Partes que las Demandantes presentaron los documentos de respaldo que debían haber acompañado con el Formulario D1. La Demandada ha reconocido que una solicitud fue presentada ante la SETENA por el estudio Mussio Madrigal el 8 de noviembre de 2007 para el Sector del Condominio, y la información y los documentos que se presentan a continuación formaron parte de dicha solicitud:

a). Formulario D1;

b). Un Plan de Gestión Ambiental preparado por la Empresa Geoambiente S.A.;

c). Un Estudio Geotécnico realizado por el Sr. Roger Esquivel en nombre y representación de TecnoControl S.A. [483];

[483] Se observó en ocasión de la Audiencia de Diciembre que el Estudio Geotécnico de TecnoControl S.A. que formara parte del expediente y fuera presentado como Anexo R-13, no era en realidad un estudio inherente al Proyecto Las Olas sino a un sitio diferente, sin relación alguna con las Demandantes. Las Partes no habían identificado este error durante el arbitraje, a pesar de la relevancia del documento. A solicitud del Tribunal, las Demandantes indicaron en su Escrito Posterior a la Audiencia que se trataba, con seguridad, de un error; que ellas habían presentado originalmente el documento correcto a la SETENA y que la Resolución 1507-2008 de la SETENA que otorgara la Viabilidad Ambiental al Sector del Condominio hace referencia al informe correcto; de lo contrario, la SETENA no podría haber emitido su decisión. La Demandada no hizo ningún comentario al respecto. No le corresponde al Tribunal decidir si las Demandantes presentaron el documento correcto, principalmente porque la Demandada no impugnó el hecho de que la viabilidad ambiental se obtuviera sobre la base de no haber formulado la divulgación pertinente respecto de la existencia de humedales.

d). Un Protocolo Físico Ambiental elaborado por el Sr. Eduardo Hernández García;

e). Un Estudio Arqueológico realizado por una consultora, la Sra. Tatiana Hidalgo, que concluyó que no había evidencia arqueológica alguna en el Sitio del Proyecto; y

f). Una Certificación de Riesgos Antrópicos del Sr. Edgardo Madrigal Mora que dejaba constancia de que no había fuentes de riesgo antrópico dentro del sitio.

525. Es materia de controversia entre las Partes la alegación planteada por la Demandada de que las Demandantes: (i) no identificaron los ecosistemas que albergaba el terreno (es decir, la presencia de humedales y bosques); (ii) no realizaron un estudio biológico en aras de identificar la gran cantidad de especies que vivían en esos ecosistemas; y (iii) no propusieron medidas destinadas a proteger esas especies de los impactos del proyecto. Según la Demandada, esta omisión constituyó una falta innegable de parte de las Demandantes – sobre las cuales recaía la responsabilidad, con arreglo al derecho de Costa Rica[484]. La Demandada alegó que las Demandantes deberían haber divulgado la información que habían obtenido durante el proceso en el que llevaron a cabo los estudios que adjuntaron a al Formulario D1.

526. Esta cuestión tiene un impacto directo en la determinación de si el derecho de Costa Rica impone la carga de la prueba sobre la parte que tiene la intención de desarrollar un proyecto inmobiliario y la obligación de divulgar cualquier área sensible o un posible daño al medio ambiente. Si la respuesta es afirmativa, entonces la cuestión radica en determinar si las Demandantes cumplieron con dicho requisito.

527. Ello incluye dilucidar si hay una obligación de divulgar en el Formulario D1 situaciones o hechos conocidos para el solicitante que, al momento de llevar a cabo el desarrollo, podrían afectar el medio ambiente, y si el solicitante tiene la obligación de probar que no habrá efectos adversos sobre el medio ambiente. Si bien las Demandantes adoptaron la postura contraria, la Demandada alegó en diversas ocasiones que la carga de la prueba recae en el solicitante, y lo vincula estrechamente con el llamado “principio precautorio”.

[484] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 158, página 43.

528. La postura de las Demandantes es que la Demandada hace, fundamentalmente, una mala interpretación del estándar de la "carga de la prueba" contemplado en el Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, la cual, según las Demandantes, es sólo aplicable en procedimientos judiciales de tipo contencioso que involucran cuestiones de protección ambiental, y que la Demandada aplica el estándar de forma incorrecta a cualquier proceso relativo al medio ambiente, incluso la presentación del Formulario D1 para obtener la Viabilidad Ambiental, lo cual no constituye un procedimiento contencioso[485]. Las Demandantes agregan que, debido a que el Formulario D1 no constituye un procedimiento judicial de tipo contencioso al cual sea aplicable la "carga de la prueba" prevista en el Artículo 109, resulta improcedente la reclamación *post-hoc* de la Demandada de que las Demandantes deben refutar todas y cada una de las impugnaciones ambientales hipotéticas planteadas por la Demandada[486]. Las Demandantes citan la interpretación ofrecida por el abogado de la Demandada durante el contrainterrogatorio del Sr. Mussio en ocasión de la Audiencia de Diciembre en la que describe una disposición prevista en el Capítulo IX de la Ley de Biodiversidad denominada "Procedimientos, Procesos y Sanciones en General", relativa a procedimientos contenciosos interpuestos en contra del desarrollador ante tribunales administrativos o judiciales[487], y también la respuesta del Dr. Jurado quien indicó que en un procedimiento judicial, la carga de la prueba es aplicable para determinar si existe o no daño ambiental.

529. Por su parte, la Demandada otorga suma relevancia a esta particular cuestión. Sostiene que se impone a cualquier solicitante que presente el Formulario D1 para obtener la Viabilidad Ambiental la obligación de identificar humedales, o cualquier otro hecho que sea relevante para el Formulario D1[488]. Si bien la Demandada concuerda en que la disposición que da origen a esta obligación está prevista en el Capítulo IX de la Ley de Biodiversidad, alega que no sólo una correcta interpretación de la legislación no respalda la conclusión de las Demandantes, sino que, además, los propios asesores de las Demandantes reconocieron y aceptaron la postura de la Demandada. La Demandada agrega que, suponiendo que hubiera

[485] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 346, página 191.
[486] *Íd.*
[487] Anexo C-207, página 44.
[488] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶¶ 156-157, página 41.

un procedimiento iniciado en relación con la imposición de una posible sanción, la parte pertinente debería ser capaz de demostrar que, en dicho momento, antes de que comenzaran con el desarrollo del terreno, no había humedales. Dado que le corresponde a las Demandantes poder demostrar que no existían humedales antes de que comenzaran con el desarrollo del proyecto Las Olas, esto hizo que la carga recayera sobre las Demandantes al momento en que planeaban su desarrollo, en aras de garantizar que no existían humedales[489]. Resultaba evidente que el proceso del Formulario D1 imponía sobre las Demandantes la obligación de divulgar todos los elementos y hechos de relevancia que pudieran afectar el medio ambiente.

530. El Tribunal observa que el estudio Mussio Madrigal era el asesor del desarrollo del proyecto cuando se presentó el Formulario D1. El Sr. Mussio señaló en su Declaración Testimonial que cuando se lleva a cabo un proyecto de las características del de Las Olas se requiere, *inter alia*, que se realicen varias visitas a la propiedad, acompañado de profesionales expertos en diferentes áreas según las necesidades y tipo de proyecto, dentro de los cuales pueden estar: geólogos, expertos forestales, topógrafos, biólogos, agrónomos, arqueólogos, hidrólogos y sociólogos, entre otros, así como la coordinación con entidades gubernamentales, que ostentan las competencias regulatorias en temas ambientales y urbanísticos, responsables de realizar los análisis técnico-jurídicos de la viabilidad del proyecto. Agregó que cuando la finca pudiera tener áreas ambientalmente sensibles es necesario hacer una o más visitas a la finca con los expertos que sean necesarios para poder finalmente concluir si dichas áreas existen, y luego debe informarse a las autoridades gubernamentales pertinentes[490].

531. El Sr. Mussio señaló en su Declaración Testimonial que su experiencia en humedales era "extensa" y que "esta[ba] familiarizado con las características de los humedales", y que cada vez que identificara un área sensible, su estudio actuaría conforme a sus procesos internos, es decir, contratar al profesional idóneo para tener un dictamen concluyente material respecto[491]. Así, reconoció que "...en los casos en que hemos identificado un área

[489] *Íd.*, ¶¶ 164-166, página 43.
[490] Declaración Testimonial del Sr. Mussio, ¶¶ 12-13, páginas 4-5.
[491] *Íd.*, ¶ 13.

que pueda ser clasificada como un humedal o como cualquier otra área silvestre protegida, en mi calidad de director consultor, coordino con los expertos técnicos que sean para elaborar informes técnicos tras las visitas en la zona, a fin de presentar estos informes a las diferentes entidades gubernamentales para tener una respuesta definitiva cuando existan dudas" [492].

532. Su estudio fue el responsable de la coordinación de diversos estudios especializados y de la contratación de las compañías pertinentes, pero no fue el responsable de la elaboración de los estudios e informes para la preparación del Formulario D1. Los estudios especializados fueron llevados a cabo por terceros. El Sr. Madrigal, socio del Sr. Mussio, estuvo estrechamente vinculado a la cuestión y, en efecto, realizó algunas de las declaraciones del formulario. Además, queda claro en el expediente que, posteriormente, ellos contrataron a Geoambiente - una consultora que, a su vez, contrató a otros especialistas, incluido TecnoControl, S.A., la cual contrató, luego, al menos a otra más. Parece que ello es costumbre en proyectos de similares características en Costa Rica. Diversos estudios estuvieron involucrados en la preparación y conclusión del formulario, así como en la confección de los informes. No todos fueron contratados de forma directa por las Demandantes.

533. Durante el proceso de preparación de la totalidad del Formulario D1, Tecnocontrol encargó al estudio Geotest, S.A. la elaboración de un informe geológico e hidrogeológico sobre la finca a desarrollar. El Sr. Roberto Protti Q. elaboró este informe y lo entregó a Tecnocontrol en el mes de julio de 2007. En su informe, el Sr. Protti identificó que el terreno en el cual se llevaría a cabo el desarrollo presentaba buenas condiciones de drenaje pero que la parte central de dicho terreno tenía áreas anegadas de tipo pantanoso con condiciones deficientes de drenaje[493]. La Demandada hace especial hincapié en este informe, al cual hace referencia como el "Informe Protti"[494]. Además, el interés en el informe radica en que contiene, según la Demandada, conclusiones sobre la eventual existencia de humedales. La declaración relativa a las áreas anegadas de tipo pantanoso con drenaje deficiente constituyó una

[492] *Íd.*, ¶ 14.
[493] Sección 3, página 2 del informe.
[494] Anexo R-11.

indicación evidente respecto de la existencia o eventual existencia de humedades en la finca. Sin embargo, ni el denominado "Informe Protti" ni sus conclusiones formaron parte del Formulario D1 que finalmente se presentara a la SETENA. Luego, años más tarde, el Sr. Aven presentó dicho informe, mucho tiempo después de que se emitiera la Viabilidad Ambiental, tal como se analizará *infra*.

534. La cuestión que surge es la siguiente: ¿cuál es o era la relevancia del llamado Informe Protti? ¿Hubo una omisión deliberada al no presentarlo a la SETENA? La Demandada alegó que, si bien no había resultado evidente la existencia de humedales durante el análisis de la finca, las conclusiones de dicho informe experto debieron haber alentado a las Demandantes acerca de la eventual existencia de humedales en el área, pero las Demandantes decidieron ignorar dicha información y de forma intencional omitieron divulgarla a la SETENA. El Tribunal concuerda con la alegación de que las Demandantes, al menos, deberían haber analizado la situación con mayor grado de detalle.

535. Tal como se indicara *supra*, en su Declaración Testimonial el Sr. Mussio identificó con claridad que los procedimientos internos de su estudio de arquitectura disponían que se debía contratar a un profesional idóneo para elaborar un informe concluyente en la materia a fin de determinar la existencia de humedales, y en tal caso, se debía informar a las autoridades gubernamentales. Pero ni se llevaron a cabo estudios adicionales ni se informó a las autoridades pertinentes. Por el contrario, se presentó el Formulario D1 sin referencia alguna acerca de la existencia de humedales o posibles humedales, a pesar de que el propósito de dicha solicitud es justamente evaluar el impacto ambiental con base en la información y documentación adjunta.

536. La postura de la Demandada respecto de que la carga jurídica relativa a un permiso recae sobre el solicitante, quien debe demostrar, entre otros aspectos, que no se ocasionará daño alguno al medio ambiente deriva del Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad. Resulta sorprendente para el Tribunal escuchar al Sr. Mussio, durante la Audiencia de Diciembre, reconocer que no estaba familiarizado con dicha disposición[495] porque, si bien su estudio se especializa principalmente en cuestiones de arquitectura, ellos actúan en calidad de

[495] Transcripción 377-12-17.

coordinadores del proyecto, incluso como especialistas ambientales, y firmaron varias de las declaraciones e informes que contenía el Formulario D1. Como es lógico, incluso si no se espera que sean especialistas en el derecho de Costa Rica, si tienen la responsabilidad general del proyecto, no pueden desconocer los términos de dicha disposición. Aun si su estudio no confeccionó en realidad las presentaciones ministeriales ante la SETENA, ellos eran los coordinadores; contrataron especialistas, elaboraron sus propios informes y le entregaron la información al Sr. Aven.

537. Ello es particularmente sorprendente a la luz de la afirmación en su declaración testimonial transcrita *supra* respecto de los procedimientos internos de su estudio relativos a la contratación de un profesional idóneo para la confección del dictamen concluyente "... en los casos en que hemos identificado un área que pueda ser clasificada como un humedal o como cualquier otra área silvestre protegida..."[496], y también respecto de la admisión de su desconocimiento de si el Formulario D1 que fuera presentado a la SETENA para el Sector del Condominio del Proyecto Las Olas identificaba áreas sensibles o no[497].

538. La Demandada sustentó su postura no sólo en el testimonio del Dr. Jurado sino también en los correspondientes al Sr. Ortiz[498], el perito de las Demandantes en derecho local; al Sr. Gerardo Barboza Jiménez[499], el perito en humedales de las Demandantes; y al Sr. Bermúdez[500], el regente del proyecto en materia ambiental; todos ellos aceptaron la aplicación de este principio.

539. El Sr. Esteban Bermúdez, el Regente Ambiental designado por las Demandantes para el Sector del Condominio del Proyecto Las Olas, reconoció durante el contrainterrogatorio en la Audiencia de Diciembre que el desarrollador y el consultor en medio ambiente comparten la responsabilidad de presentar todos los estudios necesarios para demostrar la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, y que ello estaba en línea con el "principio precautorio" contemplado en el Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad. Incluso reconoció que dicho principio resulta aplicable aun cuando no haya

[496] Primera Declaración Testimonial de Mauricio Martín Mussio Vargas, ¶ 14.
[497] Transcripción 382:22, 383-1-10.
[498] Transcripción, 968:17-22; 969:1-3.
[499] Transcripción, 1608:21-22; 1609:1-7.
[500] Transcripción, 506:11-18; 508:20-22; 509:1-22; 510:1-22; 511:1-6; 569:15-22; 570:1-5.

certeza científica; también sería necesario si uno tuviera un único motivo para sospechar de la existencia de humedales[501]. Del mismo modo, el Sr. Barboza señaló que, si se sabía de la existencia de posibles humedales durante la preparación del Formulario D1, ello ameritaba una visita al sitio precisa, cualitativa y cuantitativa con anterioridad a la presentación.

540. Pero, en cualquier caso, la Demandada agregó que el Formulario D1 en sí mismo está redactado de forma que el solicitante debe presentar información que es actual y verídica, a modo de "declaración jurada". De hecho, el formulario reza lo siguiente: "...Sobre la base de los datos aportados la SETENA podría estar tomando decisiones referentes a la Viabilidad Ambiental de la actividad, obra o proyecto planteado, de modo que en el caso de que se aportara información falsa o errónea, los firmantes no sólo serán responsables por esta falta, sino también por las consecuencias de decisión que a partir de estos datos haya incurrido la SETENA".

541. La Demandada agrega que el deber de "transparencia y buena fe" también respalda la idea de que la carga recaiga en el solicitante[502].

542. En consecuencia, las Demandantes (así como sobre cualquier otro solicitante del formulario D1) tenían la carga de garantizar que la información no sólo fuera precisa[503] sino que tampoco fuera equívoca.

543. Si bien las Demandantes aceptan que el desarrollador tiene la obligación de presentar información completa y precisa al momento de confeccionar el Formulario D1 para obtener la Viabilidad Ambiental, agregan que no proceder en tal sentido puede dar origen a una acción por parte del MINAE o la SETENA al efecto de anular la Viabilidad Ambiental previamente emitida por medio del proceso administrativo de "lesividad"[504]. Sin embargo, señalan que la Demandada no inició proceso de anulación alguno en el marco del presente caso.

---

[501] Transcripción, 508:21-22; 509:1-18.
[502] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 174, página 45, ¶¶ 276-278, páginas 68-69.
[503] *Íd.*, ¶¶ 175-176, páginas 45-46.
[504] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 232, página 81.

544. Luego de la presentación del Formulario D1 ante la SETENA, junto con los documentos requeridos, la SETENA puede determinar si es necesario presentar información adicional y, en tal caso, requerirla al solicitante.

545. Ello da origen a otra cuestión controvertida entre las Demandantes y la Demandada respecto de si, una vez presentado el Formulario D1, la SETENA tiene la obligación de inspeccionar el sitio o si simplemente tiene la opción de llevar a cabo dicha inspección.

546. Las Demandantes invocan la existencia de una obligación para la SETENA de revisar y analizar debidamente la información presentada por el solicitante en el formulario D1 y de controlar su precisión, y que, para proceder en tal sentido, la SETENA no puede rechazar el ejercicio de sus facultades ni delegarlas en terceros. Ello contempla el deber de inspeccionar el sitio para el cual se solicita la Viabilidad Ambiental. Ellas citan, en respaldo a su postura, el testimonio del Sr. Ortiz, su perito en derecho de Costa Rica, y el del Sr. Bermúdez, el Regente Ambiental. Agregan que la SETENA tiene la responsabilidad de revisar y evaluar la información presentada e identificar y solicitar cualquier documento que faltare; si no se realiza la inspección, ello no debería afectar al desarrollador[505].

547. La Demandada rechaza la postura adoptada por las Demandantes, y señala que la inspección de la SETENA es una opción y, por lo tanto, el hecho de no llevar a cabo dicha inspección no debería resultar en ninguna consecuencia como las Demandantes sugieren.

548. Durante el contrainterrogatorio del Dr. Jurado durante la Audiencia de Diciembre, él fue claro en cuanto a que la SETENA no tiene obligación legal alguna de llevar a cabo dicha inspección, y señaló que sería "absurdo" esperar que una autoridad realizara inspecciones a los sitios por cada solicitud presentada[506]. Agregó que, conforme a la legislación pertinente, ello constituye una opción para la SETENA en lugar de una obligación. El sistema "... está montado de tal manera que la información se la aporte el desarrollador. Los estudios biológicos, geológicos e hidrológicos, todos los estudios que se requieren se los aporta el desarrollador y la administración los acepta bajo una relación de confianza.

[505] *Íd.*, ¶¶ 235-236, página 82.
[506] Transcripción, 1066:18-22, 1067:1.

Obviamente si en algún momento ve que alguna información podría no ser correcta tendría que hacer la inspección"[507].

549. Parecería que la discusión precedente es de interés más académico que práctico porque en este caso la SETENA efectivamente llevó a cabo una inspección en el Sector del Condominio del proyecto Las Olas el 10 de enero de 2008, es decir con anterioridad a la emisión de la Viabilidad Ambiental el 2 de junio de 2008 (Resolución No. 1597-2008-SETENA). Sin embargo, no es del todo irrelevante en la medida en que las implicancias de los argumentos en el presente caso van más allá. Si había una obligación de realizar una inspección, uno podría pensar que cualquier información presentada o descrita de forma deficiente por el solicitante sería subsanada. El Tribunal deberá analizar esta cuestión *infra*.

550. El Tribunal observa los términos del Artículo 84 de la Ley Orgánica del Ambiente que establece las competencias de la SETENA dentro de las cuales se encuentra la sección (d) que dispone que la SETENA tiene la función de "realizar las inspecciones de campo correspondientes antes de emitir sus acuerdos"[508]. Las Demandantes alegaron que el término "funciones" incluido en dicha disposición refleja "obligaciones" de la SETENA y ellas incluyen la obligación de realizar visitas luego de la presentación del Formulario D1. La Demandada afirma, por otro lado, que la disposición describe las competencias; en otras palabras, que la SETENA puede realizar diversas actividades pero que no está obligada a hacerlo.

551. La Demandada reconoce que la SETENA y otras autoridades competentes pueden haber ignorado la existencia de humedales o determinado su inexistencia cuando efectivamente llevaron a cabo una inspección. Pero, agrega, que ello es incidental respecto de las conclusiones a las que arribaran sus organismos porque los permisos se obtuvieron de forma ilícita, ya que las Demandantes eran responsables de la búsqueda, identificación y divulgación de la existencia (o incluso de la "posible existencia") de humedales[509].

---

[507] Transcripción, 1068:8-14.
[508] La versión en idioma inglés reza lo siguiente: "d) Carry out the corresponding in situ inspections before issuing its resolutions" (C-184).
[509] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶¶ 11-12, página 11

552. El Tribunal concuerda con la Demandada y concluye que el solicitante de una Viabilidad Ambiental tiene el deber de advertir a la autoridad competente acerca de cuestiones relativas a cualquier impacto en el medio ambiente, y esta obligación surge en virtud de la Ley de Biodiversidad y está confirmada en virtud de los términos precisos de la declaración jurada del Formulario D1. La redacción de la disposición impone la obligación sobre "quien solicite (...) la aprobación" o "a quien se le acuse de haber ocasionado el daño ambiental". Por lo tanto, incluso si las Demandantes están en lo cierto cuando indican que el Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad[510] es aplicable en las formalidades de un procedimiento judicial de tipo contencioso en materia de protección ambiental, en lo que se equivocan es en que ello no es exclusivo. Resulta aplicable, asimismo, respecto de aquellos que solicitan una autorización, permisos o el acceso a la biodiversidad.

553. Así, esta obligación transfiere la carga de la prueba al solicitante del permiso. Y la carga radica en demostrar la "ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas", todas cuestiones reconocidas por el Tribunal como conceptos generales. Así, en el momento en que las Demandantes presentaron su Formulario D1, les correspondía a las Demandantes la carga de demostrar que no se presentarían dichos efectos adversos en el sitio del Proyecto Las Olas como consecuencia del desarrollo. Resulta evidente que la obligación importa un fuerte componente relativo a que cada uno proceda de buena fe que, a su vez, implica no sólo la obligación de divulgar las condiciones existentes conocidas o supuestas por el solicitante sino también la misma obligación que fuera expresada por el Sr. Mussio en su declaración testimonial como "protocolos" de su estudio en situaciones similares a las del presente proyecto. Ante la eventual presencia de humedales, la obligación consiste en solicitar aquellos estudios que fueren necesarios para confirmar la existencia de dichos humedales e, independientemente de si se dispone de un informe que afirme la existencia de los humedales, divulgar la información que sea relevante para que la autoridad (la SETENA, en este caso) pueda llevar a cabo los estudios adicionales que

[510] Anexo C-207. El texto del Artículo 109 dispone que "La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado el daño ambiental."

considere pertinentes antes de la emisión de la Viabilidad Ambiental del proyecto en cuestión.

554. Uno no puede eximirse de esta obligación, tal como pretenden las Demandantes, transfiriendo la carga de verificar la exactitud de la información divulgada por las Demandantes en el Formulario D1 a los organismos de la Demandada. La solicitud no sólo se basa en la carga de la prueba estatal como ha sido incorporada en el derecho de Costa Rica, sino que también contempla el principio general de buena fe porque presupone que el propio solicitante actuará de ese modo y no retendrá información que pueda ser de relevancia.

555. Esta responsabilidad cobra más fuerza aún con la redacción incorporada al Formulario D1 que reza lo siguiente[511]:

> Los aquí firmantes, declaramos bajo fe de juramento, que toda la información suministrada y que consta en este formulario es verídica, y actual y es brindada de acuerdo al conocimiento técnico posible. Lo anterior bajo las penas que la Ley establece para el delito de perjurio y falso testimonio y conscientes de la siguiente Cláusula de Responsabilidad Ambiental:
>
> El consultor ambiental y el desarrollador que firman en Documento D-1 serán los responsables directos de la información técnica científica que aportan en el mismo. En virtud de ello, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), como autoridad ambiental del Estado costarricense, fiscalizará que el documento que se presente haya cumplido con los lineamientos técnicos establecidos mediante la guía de llenado y si estos se cumplen aceptará la información presentada como cierta y verídica, a modo de declaración jurada. Sobre la base de los datos aportados, la SETENA podría estar tomando decisiones referentes a la Viabilidad Ambiental de la actividad, obra o proyecto planteado, de modo que en el caso de que se aportara información falsa o errónea, los firmantes no sólo serán responsables por esta falta, sino también por las consecuencias de decisión que a partir de estos datos haya incurrido la SETENA. (Énfasis agregado)

556. En consecuencia, había una imposición sobre las Demandantes (así como sobre cualquier otro solicitante del formulario D1) de garantizar que la información fuera precisa[512]. El solicitante declara ante la SETENA (y esto es lo que hicieron las Demandantes) que dicho organismo puede fundarse en la información proporcionada y que la información es

[511] Anexo R-13.
[512] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶¶ 176, página 45.

“verídica y actual”. Cuando el formulario señala que la responsabilidad conlleva a tomar decisiones sobre la base de la información, el Tribunal tiene claro que subyace otra obligación: actuar de buena fe y no ser confuso.

557. La redacción del Formulario D1 en forma de “declaración jurada” no deja lugar a dudas respecto de la obligación del solicitante de presentar información que sea tanto actual como verídica. En vista de ello, no cabe duda de que la SETENA está facultada para fundarse en información que es “verídica y actual” a fin de llevar a cabo su “análisis de escritorio” de la información sin tener que verificar la precisión de dicha información en el sitio, tal como sugirieran las Demandantes. Si interpretaran los términos del Artículo 84 de la Ley Orgánica del Ambiente como que la SETENA está obligada a realizar visitas al sitio del proyecto, ello resultaría en que las declaraciones efectuadas bajo juramento por el solicitante devinieran inútiles. Si bien las Demandantes alegaron que la SETENA tiene la obligación compartida de realizar un análisis y verificar la información presentada por el desarrollador, y que el hecho de no realizar dicha inspección no debería afectar al desarrollador, el Tribunal no está de acuerdo. El Tribunal considera que la realización de visitas al sitio luego de la presentación de la solicitud constituye una opción de la SETENA y no una obligación y que, en virtud de los recursos humanos y financieros limitados de la SETENA, sus esfuerzos deben concentrarse en aquellos casos en los que la solicitud expresa riesgos para el medio ambiente.

558. Si las Demandantes hubieran presentado en el Formulario D1 información relativa a la eventual existencia de humedades tal como describiera el llamado Informe Protti, es altamente probable que la SETENA habría ejercido sus facultades y verificado las condiciones del sitio con anterioridad a la emisión de la Viabilidad Ambiental, y tal vez la SETENA habría condicionado el Proyecto Las Olas a ciertas limitaciones en su desarrollo en aras de proteger los posibles humedales identificados. En tal caso, es probable que el desarrollo inmobiliario procediera hacia su finalización, a pesar de algunos costos adicionales, pero las Partes no estarían involucradas en el presente caso.

559. Ya que las Demandantes tenían la obligación de advertir a la SETENA, al momento de la presentación del Formulario D1, de la existencia de “áreas anegadas de tipo pantanoso con drenaje deficiente” o posibles humedales y que las Demandantes no procedieron en tal

sentido, entonces ahora no pueden pretender defender su omisión basándose en que la SETENA supuestamente no inspeccionó la finca para verificar la existencia de humedales.

(f) Fraccionamiento

560. El fraccionamiento de terrenos mediante el uso de servidumbres está permito en Costa Rica[513], y ello es precisamente lo que las Demandantes alegan que hicieron, completando todos los procesos y permitieron que la Municipalidad considerara el proceso consultivo para verificar y emitir el certificado de uso del terreno conforme al plan regulatorio de la Municipalidad. Además, las Demandantes señalan que estos permisos constituyen "actos finales" con efectos inherentes sobre terceros y otorgan derechos y obligaciones duraderos que las Demandantes pretenden invocar[514]. Las Demandantes indican que los consiguieron incluso antes de la obtención de la Viabilidad Ambiental para el sector del condominio del Proyecto Las Olas.

561. Asimismo, las Demandantes señalan que, si bien la Demandada alegó que el fraccionamiento del terreno se llevó a cabo de forma ilegal a la luz del Artículo 94 de la Ley de Biodiversidad, que dispone que la Evaluación de Impacto Ambiental para un único proyecto debe realizarse "en su totalidad", es decir, íntegramente aunque el proyecto se lleve a cabo en diferentes etapas, los organismos de Costa Rica nunca plantearon esta cuestión en ningún procedimiento, ya sea para impugnar la emisión de los permisos de construcción de las Servidumbres o para impugnar el "fraccionamiento ilegal" del Sector de Servidumbres respecto del resto de la finca. Agregan que el hecho de que la Demandada no aplicara su legislación de buena fe derivó en el incumplimiento del Artículo 10.5 del DR-CAFTA relativo a la prohibición de la frustración de las expectativas legítimas de las Demandantes al momento de clausurar el proyecto de forma ilegal por medio de la prolongación de medidas cautelares provisionales de forma indefinida[515]. Según las Demandantes, la jurisdicción pertinente para interponer dicho proceso recae en los tribunales administrativos de Costa Rica al momento de la supuesta infracción, por

[513] En virtud del Reglamento Nacional para el Control del Fraccionamiento y Urbanización emitido por INVU (R-409). También resulta aplicable la Metodología (...) de Uso de las Tierras dispuesta en el Decreto Ejecutivo No. 20501-MAG-MIRENEM (R-401).
[514] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 154, página 84, ¶ 160, página 87
[515] *Íd*., ¶¶ 420-421, página 228.

intermedio de un procedimiento principal de anulación de la VA o de los permisos de construcción[516].

562. La Demandada impugnó el argumento de las Demandantes respecto de que no se necesita ninguna Viabilidad Ambiental para desarrollar el Sector de Servidumbres y citó los Artículos 2 y 3 del Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (2004) que especifican que las obras que segregan proyectos urbanos deben aún procurar la aprobación de la VA, e hizo referencia al Informe Siel Siel emitido por la Sra. Priscilla Vargas[517], quien en su declaración testimonial durante la Audiencia de Diciembre indicó que las exenciones contempladas no son aplicables al presente caso[518].

563. Además, Costa Rica indicó que el Sr. Bermúdez, el Regente Ambiental designado por las Demandantes, informó a la Municipalidad de Parrita, como parte de un informe que debía presentarse antes del inicio de la construcción en el área, que ya se había emitido la VA para la totalidad del proyecto que contemplaba también el Sector del Servidumbres, faltando a la verdad frente a la autoridad[519]. El Sr. Bermúdez admitió en su interrogatorio en ocasión de la Audiencia de Diciembre que nunca corrigió este informe[520] y, por lo tanto, la Municipalidad estuvo desinformada en todo momento.

564. El expediente demuestra que el Proyecto Las Olas - la inversión realizada por las Demandantes - fue concebido originalmente como un único proyecto, a pesar de estar conformado por diversas etapas y usos (tales como la concesión de playa, el sitio del condominio y la zona comercial). Fue recién años más tarde, que el sector de servidumbres fue concebido como una unidad independiente del desarrollo. En consecuencia, el Tribunal considera que debería deducirse lo mismo con respecto a los permisos y autorizaciones. Se deberían haber solicitado los permisos como si el proyecto fuera único sin distinciones de sectores - ya sean servidumbres u otros.

---

[516] *Íd*., ¶ 426, página 230.
[517] Informe Siel Siel, ¶¶ 83-90, páginas 157-158, adjunto como Apéndice "F" al Segundo Informe KECE.
[518] Transcripción, 1804:13-22, 1805:1-22, 1806:1-15.
[519] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶¶ 294-303, páginas 73-74. Plan de Contingencias Ambientales para el Movimiento de Tierras, de fecha 22 de julio de 2010, Anexo R-42.
[520] Transcripción 541:1-6.

565. Se impone que, a los efectos de la Reclamación, la inversión en sí misma (es decir, el Proyecto Las Olas) debe considerarse de la misma manera como una sola.

566. Asimismo, la Demandada impugnó las alegaciones de las Demandantes con respecto al hecho de que los permisos de construcción fueron emitidos de forma oportuna para las servidumbres 8 y 9 en el Sector de Servidumbres, y al hecho de que probablemente se extraviaran dentro de los registros de la Municipalidad a causa de inundaciones. La propia Municipalidad de Parrita rechazó la noción de que dichos permisos se hubieran emitido[521], y proporcionó una comunicación de fecha 14 de noviembre de 2016 en la que señalaba que no se había emitido ningún permiso para las servidumbres 8 y 9 en los años 2008 o 2009[522].

567. La relevancia de estas cuestiones específicas radica en la ubicación de uno de los humedales - identificado como Humedal No. 1 - sito precisamente dentro de las servidumbres 8 y 9.

568. Hay tres cuestiones que surgen de esta controversia. Las primeras dos versan sobre la legalidad de la forma en la cual se creó el Sector de Servidumbres y las obras que se llevaron a cabo allí, y la tercera es si se dañaron los humedales de forma ilegal. En primer lugar, el Tribunal analizará si las servidumbres se desarrollaron con un propósito comercial significativo más allá de evitar la VA para dicha sección del Proyecto Las Olas; en segundo lugar, y suponiendo que no se requería la VA para las servidumbres conforme a la legislación de Costa Rica tal como sostienen las Demandantes, si las Demandantes contaban con los permisos de construcción adecuados y, por último, si las obras llevadas a cabo en las servidumbres 8 y 9 abarcaban de forma ilegal uno de los sitios de humedales identificados por la Demandada.

569. En referencia a la primera cuestión, el Tribunal concluye que las Demandantes desarrollaron las servidumbres como un proyecto independiente sin ningún motivo aparente más allá de evitar una VA para dicha área. Resulta evidente a partir de la información presentada en el marco del arbitraje que las Demandantes no consideraron un desarrollo con un sector de servidumbres hasta el año 2007, pero, aun así, continuaron

[521] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶¶ 308-340, páginas 75-81.
[522] Anexo R-521.

contemplando el Proyecto Las Olas como un proyecto único. En su Primer Declaración Testimonial, el Sr. Aven describió un proyecto que contemplaba cinco etapas de desarrollo[523] (i) las Servidumbres, (ii) el club de playa, (iii) el Sector del Condominio; (iv) el hotel en el lote frente a la playa en el Sitio de la Concesión, y (v) los tiempos compartidos comerciales y de condominios. Ello fue confirmado en las diversas actividades de comercialización del Proyecto Las Olas.

570. Esto no sólo constituyó la postura de los desarrolladores, sino también la de los consultores ambientales del proyecto. DEPPAT, el Regente Ambiental presentó en el mes de julio de 2010, en representación de las Demandantes, un Plan de Contingencias Ambientales para el Movimiento de Tierras[524], un documento elaborado para describir las obras a desarrollar en el Sector de las Servidumbres y las medidas de mitigación a adoptar. En dicho documento, DEPPAT describe el Proyecto Las Olas (al que entonces se denominó Villas La Canícula) en su totalidad, y consideraba el Sector de Servidumbres como "uno de los componentes"[525]. Asimismo, y como cuestión independiente, dicho documento hace referencia a "...el proyecto en su totalidad cuenta con la viabilidad ambiental respectiva, otorgada por la SETENA...", hecho que la Demandada alega que constituye una evidente equivocación, y con lo que el Tribunal coincide. Al momento de su presentación, el proyecto en su conjunto carecía de la Viabilidad Ambiental. Si bien durante su interrogatorio en el marco de la Audiencia de Diciembre el Sr. Bermúdez declaró que estaba algo confundido porque no estaba familiarizado con el Sector del Condominio del Proyecto Las Olas[526], esto es poco creíble porque había sido designado en el año 2006 como el "Regente Ambiental" para el proyecto en su conjunto y desde entonces había estado involucrado en diversas etapas del mismo. Con todo, es dable observar que en respuesta a la pregunta formulada por el Presidente Siqueiros él confirmó que en ese momento entendía que las servidumbres eran parte integrante de la totalidad del proyecto.[527]

---

[523] Primera Declaración Testimonial del Sr. Aven, ¶¶ 53-60, páginas 17-22.
[524] Anexo R-42.
[525] *Íd*.
[526] Transcripción, 538:21-22; 539:1-3.
[527] *Íd.*, 569:6-9.

571. La determinación de si se trata de un único proyecto permitirá al Tribunal definir si incluso es posible alegar que no se requiere ninguna viabilidad ambiental para las servidumbres que satisfacen los criterios expresados por las Demandantes. Dejando a un lado la defensa de la Demandada respecto de que las servidumbres requerían no sólo el permiso de construcción sino también la VA como parte del proceso de permisos (algo que las Demandantes rechazan), las Partes reconocen que, si el Proyecto Las Olas fuera considerado en su conjunto, se habría solicitado que la Viabilidad Ambiental se obtuviera también en su conjunto. El Tribunal recuerda que el Artículo 94 de la Ley de Biodiversidad[528] dispone de forma expresa que "la evaluación del impacto ambiental en materia de biodiversidad debe efectuarse en su totalidad, aun cuando el proyecto esté programado para realizarse en etapas". Ello significa que la Viabilidad Ambiental requiere considerar la totalidad del proyecto para que la autoridad de gobierno pueda evaluarlo en su conjunto. Durante su interrogatorio con ocasión de la Audiencia de Diciembre, el Sr. Bermúdez, el Regente Ambiental, también reconoció esta interpretación y confirmó que es el desarrollador quien determina el alcance del proyecto[529], y que el proyecto, incluso si se desarrolla en etapas, requiere ser analizado en su totalidad. Declaró, además, que el Sector de Servidumbres no estaba contemplado en la Viabilidad Ambiental del Sector del Condominio[530].

572. Cuando se le consultó durante la Audiencia de Diciembre acerca del fundamento comercial de fraccionar el Sector de Servidumbres, el Sr. Aven indicó que fue su abogado, el Sr. Juan Carlos Gavridge Pérez, quien sugirió su desarrollo porque las fincas podrían desarrollarse con cierta rapidez sin la necesidad de dar cumplimiento a un proceso de permisos extenso y que "...no hace falta preocuparse por la viabilidad ambiental porque da al camino principal"[531]. El Sr. Aven reconoció que ello constituyó su motivación con base en el asesoramiento jurídico por parte de su abogado.

---

[528] Anexo C-207.
[529] Transcripción, 535:1-11.
[530] *Íd.*, 540:2-8.
[531] Transcripción, 870:19-22, 871:1-10. Su testimonio sobre lo que le dijo uno de sus abogados - Juan Carlos Gavridge Pérez - es el siguiente: "Mire, tienen camino alrededor del proyecto la ley es tal que si hay un camino al lado uno puede tener acceso, no hace falta pasar por unos procesos para pedir permisos, unos procesos complejos, por ejemplo, el proceso de viabilidad ambiental. Simplemente uno puede salir del camino principal, puede conseguir un permiso

573. El Tribunal entiende que un proyecto que se construiría en etapas, tal como las Demandantes reconocieran también en su Memorial, no puede ser fragmentado para evitar la obtención de la viabilidad ambiental. Sin embargo, ello es justamente lo que hicieron las Demandantes.

574. Si bien el hecho de aprovecharse de ciertos beneficios o exenciones otorgados por la ley no constituye un acto ilícito, lo que sí puede resultar ilícito es estructurar una inversión y llevar a cabo un desarrollo de forma tal que el efecto sea evitar la solicitud de permisos, procedimientos o consentimientos que contemplen etapas o divulgaciones que resultarían en la necesidad de controles o estudios posteriores, permisos o condiciones por el mero hecho de aplicar los términos de la ley fuera de contexto. El contexto debe considerarse en su totalidad en dichas circunstancias.

575. El Informe Siel Siel presentado por la Srta. Priscilla Vargas prueba cómo las exenciones alegadas por la SETENA no aplican. Si bien el Sr. Luis Ortiz atestiguó[532] que se emitieron tres resoluciones en 2004 y 2008[533], mediante las cuales la SETENA eximió a ciertos tipos de actividades de obtener una Viabilidad Ambiental, por tener un impacto ambiental potencial muy bajo, la Srta. Priscilla identificó que éstas no aplican al Proyecto Las Olas en tanto que había un área ambientalmente frágil[534] que contenía humedales, había servidumbres que no constituían viviendas individuales, sino más bien un grupo de 72 lotes sin servicios disponibles y que requieren la construcción de nuevas calles, lo que no está contemplado en las mencionadas resoluciones de la SETENA[535].

576. La segunda cuestión a analizar es si las Demandantes contaban con permisos de construcción válidos sobre las servidumbres 8 y 9 que están situadas en el extremo sur del

---

para eso y puede construir. Eso fue el motivo pero a partir de consejos de un abogado, consejos jurídicos y por lo que yo supiera era totalmente legal. Por eso se hizo porque era fácil acceder a estas parcelas a partir del camino principal y el plan empresarial era que se podría desarrollar las parcelas bastante rápidamente, porque, de acuerdo con la ley costarricense y quiero enfatizar que nosotros cumplimos con la legislación".

[532] Declaración Testimonial de Luis Ortiz, ¶ 34, página 24.

[533] Resoluciones No. 2370-2004 de fecha 7 de diciembre de 2004, No. 583-2008 de fecha 13 de marzo de 2008, y No. 2658-2008 de fecha 23 de septiembre de 2008.

[534] Durante su presentación en la audiencia, ella hizo una clara referencia a la forma en la cual los asesores de las Demandantes habían identificado áreas ambientalmente frágiles, en especial la Declaración Testimonial de Mussio, ¶ 30. Transcripción, 1812:1-2.

[535] Informe Siel Siel y Transcripción, 1808:16-22; 1809:1-18.

Sector de Servidumbres. No es necesario entrar a analizar los permisos de las demás servidumbres ya que la alegación de la existencia de humedales en estas dos servidumbres es suficiente para que el Tribunal pueda determinar si las acciones adoptadas en las referidas dos servidumbres fueron lícitas o no[536].

577. Las Demandantes han señalado que recibieron los permisos pero que éstos se extraviaron en la Municipalidad de Parrita. Al Tribunal resulta difícil de creer que los permisos supuestamente emitidos en los años 2008 y 2009 se extraviaran durante la tormenta "Alma", tal como alegan las Demandantes. En especial porque la tormenta tuvo lugar en el mes de mayo de 2008[537]. Pero también porque es difícil entender que de todos los diversos registros correspondientes al Proyecto Las Olas que están disponibles para las Demandantes y la Municipalidad, se dispone de todos los documentos y sólo se extraviaron los permisos de construcción referidos. La coincidencia es extrema. Pero, a los efectos del análisis, si se supone que ese fuera el caso, ello pone de manifiesto la falta de diligencia del titular o contratista respecto de la salvaguarda de documentos que son clave para cualquier desarrollo, y ello sería revelador acerca de la diligencia con la cual se gestionaron los aspectos jurídicos del Proyecto.

578. No hay ninguna prueba de que las obras llevadas a cabo por las Demandantes en las referidas servidumbres 8 y 9 estuvieran legítimamente autorizadas por permisos de construcción emitidos por la Municipalidad, o de que se tratara de planes aprobados para dichas servidumbres por parte de INVU, Catastro Nacional o el Registro Nacional.

579. Del análisis previo, el Tribunal concluye que el fraccionamiento realizado por las Demandantes no tenía un propósito comercial en sí mismo y que, al hacerlo, las Demandantes evadieron ilegítimamente la necesidad de garantizar una VA precisamente en el área donde se ha confirmado la existencia de un humedal. Ya que el Proyecto Las

[536] Es materia de controversia entre las Partes si es necesaria la VA en circunstancias en las cuales se crea la servidumbre a partir del fraccionamiento de una finca más extensa. La Sra. Priscilla Vargas, perito que declaró en representación de la Demandada, señaló que las exenciones contempladas conforme a la legislación y regulaciones locales no son aplicables, de forma contraria a la postura adoptada por el Sr. Ortiz, perito en representación de las Demandantes. Sin embargo, el Tribunal considera que resulta innecesario analizar esta cuestión en la medida en que no hay controversia sobre la aplicación del Artículo 94 de la Ley de Biodiversidad y que los proyectos deben ser analizados en su totalidad desde el punto de vista ambiental. Y el Proyecto Las Olas era, en definitiva, un único proyecto dividido en cinco etapas.

[537] https://en.wikipedia.org/wiki/Tropical_Storm_Alma

Olas se consideraba un único proyecto de desarrollo, el Sector de la Servidumbre también debería haber sido parte de la Solicitud D1.

(g) ¿Fueron dañados los humedales y bosques dentro del sitio del Proyecto Las Olas?

580. La Demandada planteó alegaciones y presentó informes periciales respecto de la existencia de humedales en otros sitios del Proyecto Las Olas, lo cual ha sido categóricamente negado por las Demandantes, quienes también presentaron sólidas alegaciones en contrario.

581. Durante su presentación en el marco de la Audiencia de Diciembre, el Sr. Kevin Erwin confirmó que de los siete humedales identificados en el sitio del Proyecto Las Olas, el Humedal # 1 contenía suelos hídricos y constituía un humedal afectado que se había drenado y rellenado.

582. Ello constituye una prueba evidente de que el humedal está ubicado precisamente en el Sector de Servidumbres - en las servidumbres 8 y 9, y que se llevaron a cabo trabajos justo en ese sitio. Las pruebas incluyen no sólo los informes confeccionados por el SINAC sino también fotografías aéreas y el Informe KECE que realizó perforaciones para confirmar la existencia de suelos hídricos en las áreas donde tuvieron lugar la construcción de caminos y otras obras.

583. Las Partes coinciden en que uno de los elementos que define a un humedal es la existencia de suelos hídricos. Independientemente de si se presentan dichas condiciones en otras áreas de la finca, resulta un hecho acreditado para el Tribunal que tales condiciones existían al momento del desarrollo del Proyecto Las Olas y, aún más importante, al momento en que se llevaron a cabo las obras.

584. El informe presentado por KECE contiene fotografías aéreas que muestran (i) el área de humedales en el año 2005, el área de actividades y obras de construcción realizadas en los años 2009 y 2010 por las Demandantes[538], y el estado de dicha área en el año 2016. No es materia de controversia entre las Partes que dichas fotografías muestren el área correspondiente a las servidumbres 8 y 9 durante los períodos identificados por los peritos. Además, el Informe KECE identifica la ubicación de perforaciones tubulares realizadas en

[538] Figura 10, Segundo Informe KECE.

su análisis[539], y es precisamente en dichas ubicaciones donde se determinó la existencia de humedales que habían sido drenados y rellenados.

585. El Tribunal considera que, ciertamente, las obras realizadas por las Demandantes afectaron dicho humedal, y que ameritaba la reacción adoptada en consecuencia por la Demandada conforme a la legislación de Costa Rica, la cual no es inconsistente con el derecho internacional. Además, que las acciones adoptadas por la Demandada no son arbitrarias ni incumplen las obligaciones en virtud del DR-CAFTA.

586. Los bosques también se vieron afectados. Ello se observa con claridad en las fotografías aéreas del Informe KECE adjuntas a dicho Informe en las cuales se compara el dosel del bosque en los años 2005, 2010, 2011 y 2016.[540]

587. Respecto de si se obtuvo el permiso de construcción donde se ubicaba el Humedal # 1, el Tribunal concluye que las obras realizadas en las servidumbres 8 y 9 donde se ubica el Humedal # 1 fueron llevadas a cabo sin la obtención del permiso correspondiente.

2. Si la Fiscalía de la Demandada incumplió sus deberes con las Demandantes

(a) Postura de las Demandantes

588. En sus presentaciones, las Demandantes alegaron el supuesto incumplimiento por parte de la Demandada de las obligaciones establecidas en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA al realizar acciones que conforman abuso de derecho según el derecho internacional consuetudinario, o la falta de una investigación penal de buena fe respecto de los sobornos presuntamente solicitados a las Demandantes[541], o el hecho de llevar a cabo el proceso penal por debajo de los estándares del derecho internacional consuetudinario, tal como surge de la prohibición de la arbitrariedad[542].

589. Las Demandantes señalaron que la conducta del Fiscal Martínez con respecto a "…la investigación penal, acusación y juicio del Sr. Aven encarna el tratamiento arbitrario y

[539] *Íd.*, Figura 3.
[540] *Íd.*, Figuras 6,7, 8 y 9.
[541] Escrito de Respuesta (Réplica) de los Demandantes, ¶¶ 366, 371, 379, páginas 123-127.
[542] Memorial de las Demandantes, ¶¶ 369-380, páginas 141-145.

discriminatorio a todos los respectos" [543]. Y agregan que la conducta del Sr. Martínez en relación con el Sr. Aven "…va más allá de la incompetencia, y demuestra un trato tan desdeñoso de las pruebas, del derecho y de los estándares profesionales que la única conclusión que se puede sacar es que el Sr. Martínez estaba a sabiendas contra el Sr. Aven por motivos que de hecho nada tenían que ver con la culpabilidad penal" [544].

590. Afirman que una vez iniciada la investigación de los cargos penales, el Sr. Aven se mostró plenamente cooperativo y se reunió con el fiscal Martínez unas tres semanas después de dictarse la Medida Cautelar de la SETENA del mes de abril de 2011[545], mediante la cual se prohibió la continuación de las obras en el sitio conforme al Permiso de Viabilidad Ambiental del año 2008[546]. Luego, el Sr. Martínez encomendó, tal como se explicara en la Sección VI *supra*, informes ambientales adicionales al INTA (para los cuales solicitó extraer muestras del suelo del sitio del supuesto humedal en Las Olas, a fin de determinar, de acuerdo con los criterios legalmente aplicables, si se trataba de un terreno característico de humedal), y al MINAE. Si bien el informe del INTA de fecha 5 de mayo de 2011 indicó que no había humedales en la finca, el MINAE concluyó lo contrario en su informe (ACOPAC-CP-081-11) y determinó que el sitio del Proyecto Las Olas sí contenía humedales.

591. Según los Sres. Aven y Damjanac, el 13 de mayo de 2011 el Sr. Martínez visitó el sitio en busca de los presuntos humedales que se mencionaban en el informe del MINAE y, durante dicha visita, el Sr. Martínez también los acusó de talar árboles ilícitamente en violación de las leyes forestales de Costa Rica. Los Sres. Aven y Damjanac argumentaron luego que dos informes forestales posteriores confirmaron, a través de testimonios e informes periciales ofrecidos en el juicio, que la tala del tipo de árboles identificados no se encontraba prohibida por la legislación costarricense[547].

592. Las Demandantes alegaron que, pese al hecho de que la ley costarricense establece que la responsabilidad penal requiere prueba de intención de cometer un delito, y que la

[543] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶208, página 121.
[544] *Íd*.
[545] Resolución 839-2011-SETENA de fecha 13 de abril de 2011 (R-122).
[546] Memorial de las Demandantes, ¶ 174, página 52.
[547] *Íd*., ¶ 178, página 54.

investigación penal del Sr. Martínez reveló pruebas abrumadoras de que los Sres. Aven y Damjanac no tenían intención de cometer un delito—sino que, por el contrario, actuaron con diligencia al solicitar la Viabilidad Ambiental a la SETENA y los permisos de construcción a la Municipalidad de Parrita, y al requerir la colaboración de expertos calificados como su Regente Ambiental para cerciorarse de cumplir con la ley de Costa Rica—el Sr. Martínez no solo se negó a abandonar su investigación o a presentar cargos penales, sino que inició formalmente un proceso penal el 21 de octubre de 2011 contra los Sres. Aven y Damjanac ante el Juzgado Penal de Aguirre y Parrita en el II Circuito Judicial de Puntarenas[548]. Al Sr. Aven se le acusó de cometer dos delitos: (1) solicitar el drenaje y secado de humedales en violación del Artículo 98 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre; e (2) invadir un área de conservación en violación al Artículo 58 de la Ley Forestal de Costa Rica, mientras que el Sr. Damjanac resultó imputado por explotación ilícita de un bosque en violación al Artículo 61 de la Ley Forestal de Costa Rica.

593. Las Demandantes alegaron ante el Tribunal Arbitral que todos los presuntos delitos anteriores al 24 de junio de 2009 serían irrelevantes a efectos de la aplicación del Artículo 1 de la Ley 8689, y tendrían que analizarse al amparo de la ley anterior, según la cual el delito de drenaje y relleno de humedales conllevaba una multa de menos de USD 500, en lugar de la posibilidad de una pena de tres años de prisión que contempla la nueva ley[549]. Esto se debe a que la Ley de Conservación de la Vida Silvestre se reformó con la aprobación del Artículo 1 de la Ley 8689 el 4 de diciembre de 2008, que recién entró en vigor el 24 de junio de 2009, y no tuvo efecto retroactivo de acuerdo con el Artículo 34 de la Constitución de Costarricense y el Artículo 11 del Código Penal de Costa Rica. Esto también quiere decir que, según la ley anterior, la extradición del Sr. Aven no podría solicitarse a través de una notificación roja de INTERPOL si el delito estuviera castigado tan solo con una multa[550].

594. Estas alegaciones demuestran que, en opinión de las Demandantes, el Sr. Martínez no contempló la línea de tiempo de los presuntos delitos de drenaje y relleno de humedales,

[548] Anexo C-142.
[549] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 239, página 141.
[550] *Íd.*, ¶ 240, página 141.

que ocurrieron aproximadamente a principios de 2009, al determinar la ley penal que se aplicaría al Sr. Aven, ni aplicó esa ley de buena fe.

595. Las Demandantes también indicaron que el Sr. Martínez, como fiscal, incumplió las Políticas de Persecución de Delitos Ambientales, que expresamente establecen en su apartado 3.3 [*Lagos, lagunas no artificiales y demás humedales*] que, para demostrar la existencia de humedales, debe probarse que concurren tres criterios: (1) la permeabilidad del suelo; (2) la presencia de la vegetación hidrófila; y (3) un desnivel menor o igual al 5%[551]. Si los informes que encomendó el Sr. Martínez no pudieron demostrar la concurrencia de estos requisitos para la existencia de humedales, y no hubo otras pruebas documentales que la demostrasen, el Sr. Martínez tenía expresamente prohibido por las políticas presentar cargos penales[552]

596. Según las Demandantes, la demanda penal no aportó pruebas verosímiles mientras que ellas presentaron oportunamente el informe del INTA del mes de mayo de 2011[553] en el que se concluyó que no había humedales, y un informe del Sr. Minor Arce Solano, consultor forestal costarricense, que visitó el sitio en varias ocasiones antes de concluir en el informe del mes de septiembre de 2010 que no había bosques en el inmueble Las Olas[554]; siendo las conclusiones de dicho informe congruentes con las de un informe del mes de diciembre de 2011 emitido por INGEOFOR, empresa consultora ambiental costarricense que, luego de analizar las conclusiones del MINAE enunciadas *supra*, se manifestó en desacuerdo y confirmó que el sitio del Proyecto Las Olas no contenía bosques, sino que estaba mayormente conformado por pastura para ganado[555].

597. Además de las alegaciones vertidas *supra*, las Demandantes señalaron que, según el Artículo 7 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, hasta septiembre de 2009, la creación y delimitación de humedales debían realizarse por decreto Ejecutivo, y citaron una serie de causas penales que, a su criterio, guardan relación con este tema. Tres de las cuatro causas sobre humedales anteriores a la Resolución 14288-2009 de la Sala

[551] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 230, página 136.
[552] *Íd*., ¶ 233, página 137.
[553] DE-INTA-255-2011 (C-124).
[554] Informe Forestal de Minor Arce Solano, septiembre de 2010 (C-82).
[555] Informe Forestal de INGEOFOR, diciembre de 2011 (C-148).

Constitucional del 9 de septiembre de 2009 concluyeron que dicho decreto era necesario porque ello presupondría un proceso de expropiación y pago de indemnización al afectarse una propiedad privada[556]. Así, antes del mes de septiembre de 2009, en ausencia de un decreto Ejecutivo, no había humedales a los efectos de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre.

598. Según el expediente, el juzgado penal programó la audiencia preliminar en el caso de los Sres. Aven y Damjanac para el 19 de junio de 2012, momento en el cual el juez tendría oportunidad de determinar si el fiscal contaba con las pruebas suficientes como para ir a juicio; de lo contrario, el juez podía desestimar ciertos cargos o el fiscal podía elegir no presentar ciertos cargos. El Sr. Aven alegó haber presentado los permisos e informes ambientales relevantes, incluido el informe del INTA del mes de mayo de 2011 y el informe de INGEOFOR, en tanto los abogados del Estado no presentaron pruebas adicionales. En opinión de las Demandantes, a pesar de las "pruebas abrumadoras" que se presentaron para respaldar la defensa del Sr. Aven, el juez decidió que tres de los cargos debían someterse a juicio[557].

599. El juicio penal de los Sres. Aven y Damjanac comenzó el 5 de diciembre de 2012. Según las Demandantes, la estrategia de defensa resultó eficaz al exponer los numerosos defectos en los argumentos de la fiscalía. Sin embargo, debido a la aplicación de una norma procesal poco clara, no produjo un resultado favorable para el Sr. Aven o el Sr. Damjanac. Las Demandantes describieron las contradicciones que el Juez, Rafael Solis Gullock, detectó en el proceso y el hecho de que los testigos de la fiscalía reiteradamente formularon afirmaciones infundadas y contradictorias que en gran medida socavaron su credibilidad, mientras que la defensa presentó pruebas documentales amplias para demostrar que no había humedales ni bosques en la propiedad y que el proyecto de Las Olas había obtenido debidamente las aprobaciones y los permisos gubernamentales necesarios[558].

600. En vista de lo anterior, las Demandantes sostienen que la inobservancia por parte del Fiscal Martínez de los principios de objetividad es prueba contundente del incumplimiento por

[556] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 242, páginas 142-143.
[557] Memorial de las Demandantes, ¶187, página 58.
[558] *Íd*., ¶¶ 188-197, páginas 58-62.

parte de la Demandada de la prohibición de arbitrariedad y el nivel mínimo de trato contenidos en el Artículo 10.5[559]. Concretamente, la Demandada violó la prohibición de arbitrariedad del estándar de trato justo y equitativo establecido en el Artículo 10.5 al tomar una *decisión manifiestamente arbitraria* de presentar cargos penales contra el Sr. Aven de forma contraria al derecho vigente y los lineamientos de fiscalía por el presunto "drenaje y relleno de un humedal". Y agregan que el Sr. Martínez carecía de todo fundamento de presentar cargos por un delito basándose en las suposiciones de que en Las Olas había un humedal[560].

601. Las Demandantes se opusieron a la aplicación de la denominada "regla de los diez días" contenida en el Artículo 336 del Código Penal de Costa Rica, que establece que si un juicio penal ha sido suspendido por diez días o más, el proceso debe discontinuarse y el juicio debe comenzar de nuevo por completo; el inicio de un nuevo proceso es generalmente automático en virtud del Artículo 336 luego del lapso de los diez días, salvo que las partes acuerden seguir con el procedimiento original a pesar de la interrupción de diez días. A medida que el juicio se acercaba a su fin, "estaba totalmente claro que la fiscalía no había satisfecho su carga de la prueba y había cometido una serie de errores graves relacionados con sus testigos y la falta de pruebas documentales"[561]. El proceso se suspendió debido a los feriados de diciembre de 2012 y su reanudación se programó para mediados de enero de 2013. Al cabo de unos días, al momento en que el abogado del Sr. Aven y la fiscalía debían presentar sus alegatos de cierre, el Juez Solís se vio obligado a tomarse licencia por una condición de salud, lo que prorrogó el procedimiento unos días y dio lugar a una suspensión de más de diez días. Si bien el abogado del Sr. Aven procuró obtener el consentimiento del Fiscal (Martínez), las Demandantes alegan que este se negó injustificadamente a renunciar a la regla. En consecuencia, "…todas las pruebas presentadas por la defensa, incluidos todos los informes periciales, testimonios periciales, permisos gubernamentales y resoluciones, debían presentarse íntegramente por segunda vez en un nuevo juicio. Asimismo, la fiscalía tendría injustamente la oportunidad de

[559] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶209, página 123.
[560] *Íd.*, ¶ 210, página 123.
[561] *Íd.*, ¶ 198, página 111.

estudiar las declaraciones contradictorias e infundadas de sus propios testigos para asegurarse de que esto no sucediera por segunda vez"[562].

602. Pese a las alegaciones y declaraciones de la Demandada en su defensa, las Demandantes confirmaron en su Escrito Posterior a la Audiencia que las partes en la causa penal tenían derecho a renunciar a la regla de diez días y a esperar a que el juez Solís estuviera listo para reincorporarse para que el juicio se pudiera reanudar. Alegaron que el abogado del Sr. Aven ofreció celebrar tal acuerdo con el Sr. Martínez, pero este último se negó.

603. Las Demandantes hicieron otras dos alegaciones relativas al supuesto trato injusto y denegación de justicia del cual fueron objeto. La primera tiene que ver no solo con la infundada acción penal por parte de la Demandada, sino también con la falta de seguimieto e investigación frente a la denuncia y los cargos presentados por el Sr. Aven contra el Sr. Bogantes por el intento de soborno que el Sr. Aven asegura que ocurrió[563]. El Sr. Aven no tiene motivos para creer que su demanda fue tomada en cuenta seriamente, ya que se desestimó de manera arbitraria, sin notificación alguna al Sr. Aven, por "falta de pruebas". De parte de Costa Rica, como Estado receptor, hubo una "falta de investigación adecuada […] o de castigo, de las denuncias creíbles de un inversor extranjero con relación a un hecho de corrupción", y la decisión del fiscal Martínez de saltarse los estándares mínimos al negarse a realizar una investigación de buena fe de cargos legítimos por corrupción presentados contra el Sr. Bogantes fue un ejemplo de esto y constituye un "incumplimiento de la obligación de diligencia debida para brindar "protección y seguridad" con arreglo al derecho internacional consuetudinario"[564].

604. En segundo lugar, el Sr. Aven alegó que, junto con el Sr. Damjanac, recibió amenazas por correo electrónico contra su vida y su seguridad[565], y también fue víctima de un tiroteo mientras conducía en una carretera costarricense[566]. Según las Demandantes, cuando el Sr. Aven denunció el incidente ante las autoridades policiales locales correspondientes, estas

[562] *Íd*., ¶ 201, página 112.
[563] Denuncia penal contra Christian Bogantes, 16 de septiembre de 2011 (C-139).
[564] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶¶ 370-371, páginas 124-125, y Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶252, página 147.
[565] Mensajes de correo electrónico de personas desconocidas, Anexos C-164, C-165 y C-166.
[566] Primera Declaración Testimonial de David Aven, ¶¶ 232-233, página 68.

no tomaron ninguna medida[567]. Fue por eso y en ese contexto que decidieron irse de Costa Rica y no regresar para afrontar nuevos juicios y riesgos.

605. Sin embargo, el Sr. Aven tuvo que pagar un precio muy alto por ello, ya que no pudo comparecer ante los tribunales de Costa Rica cuando el juicio se reprogramó. Dada su decisión de irse de Costa Rica, se emitió una orden de arresto en su contra y Costa Rica emitió una Notificación Roja de INTERPOL, mediante la cual se comunicó a todos los países miembros de INTERPOL acerca de la intención de extraditar al Sr. Aven. Las Demandantes alegaron que, dada la naturaleza del supuesto ilícito, esta medida fue una reacción totalmente exagerada de la Demandada[568], y el Sr. Aven declaró que sufrió daños financieros, físicos y emocionales durante el período de vigencia de la Notificación Roja, y sigue teniendo efectos adversos debido al estrés resultante de tales incidentes[569].

(b) Postura de la Demandada

606. La Demandada rechaza, de manera rotunda, los alegatos presentados sobre esta cuestión. Señaló que Costa Rica tiene derecho a investigar los delitos ambientales y que, ante las denuncias penales que presentó el Sr. Steve Bucelato—vecino del Sitio del Proyecto—el 2 de febrero de 2011 y el informe que emitió el SINAC el 3 de enero de 2011[570] , y la instrucción a ACOPAC (a través del Sr. Picado Cubillo) de fecha 28 de enero de 2011 de presentar cargos penales[571], dicha causa se asignó al Sr. Martínez, quien ya habría participado en una causa penal contra el Sr. Aven en relación con el supuesto Documento Falsificado.

607. Tal como se describiera *supra*, una vez presentadas las denuncias penales, el Fiscal solicitó al SINAC que confirmara la existencia de humedales en el Sitio del Proyecto. El SINAC, a su vez, solicitó (i) al PNH—organismo especializado en humedales, que se encuentra bajo su jurisdicción—que emitiera una determinación oficial en cuanto a si había

[567] Memorial de las Demandantes, ¶¶ 206-211, páginas 65-67.
[568] *Íd*., ¶¶ 213-211, páginas 66-67.
[569] Primera Declaración Testimonial de David Aven, ¶ 248, página 72.
[570] Informe de vista al sitio del SINAC (ACOPAC-CP-003-11), en el cual solicitó, entre otras cosas, la presentación de cargos penales a la luz del daño causado a los humedales, la tala de árboles y el Supuesto Documento Falsificado. Anexo 5 del Informe Pericial de Barboza.
[571] Informe policial (ACOPAC-CP-015-11-DEN) de fecha 28 de enero de 2011 (R-66).

humedales en el sitio del Proyecto Las Olas, y (ii) al INTA que realizara un estudio del suelo. En función de los estudios que realizaron en el sitio el 16 de marzo de 2011, el PNH y el INTA emitieron sus respectivos informes. La Demandada indica que el PNH emitió el informe el 18 de marzo de 2011 en el que concluyó que había humedales que se habían visto afectados por las obras realizadas en el sitio, y el INTA concluyó el 5 de mayo de 2011 que, si bien el terreno presentaba características hidrológicas, no reunía los criterios típicos de un humedal. En vista de las conclusiones, el Fiscal ordenó más estudios al PNH, que se llevaron a cabo el 13 de mayo de 2011, con el fin de delimitar la extensión del humedal. Los informes posteriores del SINAC (7 de julio de 2011) y de ACOPAC (3 de octubre de 2011) confirmaron daños en el ecosistema y una supuesta tala ilegal de árboles, respectivamente. A esta altura, el Fiscal decidió que había pruebas suficientes para iniciar una acción penal[572].

608. La Demandada recordó que el Sr. Martínez tenía el deber de velar por el cumplimiento de las leyes ambientales de Costa Rica y aplicar el principio *in dubio pro natura*, y él testificó acerca del análisis que realizó del Informe del INTA y sus fundamentos para basarse en el Informe del PNH sobre humedales, en lugar del Informe del INTA. Concretamente, dado que (i) el INTA no tiene la competencia para determinar la existencia de humedales en Costa Rica, ya que es un organismo dependiente del MAG (Ministerio de Agricultura y Ganadería) y tiene a su cargo la mejora y la sostenibilidad del sector agrícola y ganadero en Costa Rica, no centrado en el medio ambiente; (ii) la metodología en que se basó el Sr. Cubero para realizar su estudio constituye un instrumento agrícola, más que un instrumento especializado en suelos hídricos; y (iii) los hallazgos del señor Cubero se vieron debilitados por su conclusión de que "los suelos de la zona no eran típicos de un humedal", ya que el señor Martínez nunca solicitó al INTA un informe sobre la presencia de un humedal en el sitio del Proyecto y el señor Cubero excedió su competencia al concluir que no había un humedal en el sitio[573].

[572] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 206-211, páginas 55-57.
[573] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶ 941, páginas 231-232, en el que se citan los ¶¶ 78 y 98 de la Primera Declaración Testimonial del Sr. Luis Martínez.

609. Con respecto a la alegación de las Demandantes de que sufrieron un "error sistemático en la justicia administrativa que involucraba a varias agencias (y aparentemente excluía a otras) a lo largo de un período de dos años [que] prácticamente no encuentra ejemplos análogos en la práctica arbitral moderna"[574], la Demandada señala que todo el argumento de las Demandantes sobre la supuesta "arbitrariedad" de los funcionarios costarricenses se basa en la conducta de un SOLO individuo: el Fiscal Martínez[575]. Sin embargo, la Demandada sostiene que, dado que las Demandantes afirman la existencia de "problemas crónicos con el sistema costarricense de justicia penal", solicitó que su reclamación se analizase conforme al derecho internacional en virtud del test de "denegación de justicia", ya que es obvio que el caso de las Demandantes se basa en la conducta de los tribunales del poder judicial[576]. Si esto es así, la Demandada argumentó que para que un inversionista pueda alegar violación conforme al estándar de denegación de justicia, es necesario primero agotar todos los recursos judiciales disponibles. Tal como decidiera el tribunal de *Pantechniki c. Albania*[577], "[l]a denegación de justicia no surge hasta tanto el sistema en su conjunto haya tenido la oportunidad razonable de corregir una conducta judicial aberrante… Se trata de una cuestión de simple organización jerárquica de las jurisdicciones de derecho continental: primera instancia/apelación/casación. No se puede inculpar a Albania antes de haber sometido la cuestión a la instancia superior". Sin embargo, tal como se afirmara *supra*, las Demandantes negaron haber presentado un reclamo por denegación de justicia[578].

610. En respuesta a las alegaciones de las Demandantes respecto del juicio de los Sres. Aven y Damjanac del mes de diciembre de 2012, la Demandada las analizó e hizo hincapié en la consistencia de la causa y los testigos presentados por la fiscalía. En su testimonio[579], el Sr. Martínez confirmó haber solicitado al juzgado penal la suspensión del juicio por una cuestión de reprogramación de asuntos y su reanudación en un plazo de diez días. El hecho

[574] Memorial de las Demandantes, ¶ 367, página 140.
[575] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 522, páginas 135-136.
[576] *Íd.*, ¶ 567, páginas 149-150.
[577] *Íd.*, ¶568, página 150. **RLA-36,** *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, 30 de julio de 2009, ¶¶ 96, 102.
[578] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 430-434, páginas 231-234.
[579] Primera Declaración Testimonial de Luis Martínez Zúñiga, ¶¶ 120-121, página 28.

de que el Juez no pudiera reanudar el juicio dentro de ese plazo implicó que, si se dictaba una sentencia, en violación del Artículo 336 del Código Penal, esta podía resultar anulada por apelación, porque la regla de los 10 días constituye una garantía de la demandada y, por ende, un derecho al que no se puede renunciar. El Sr. Martínez investigó sobre el estado actual del derecho (en ese entonces), consultó a su supervisor y juntos acordaron con el representante de la Procuraduría General no renunciar a la regla porque la jurisprudencia más reciente al momento de los hechos hacía referencia a una anulación del proceso si se renunciaba a la regla de los diez días[580].

611. La Demandada alega que la acción contra los Sres. Aven y Damjanac no fue infundada, sino que más bien se manejó con diligencia. El Sr. Martínez recabó pruebas sustanciales respaldadas mediante documentos, resultados de estudios técnicos que había encomendado, varios testigos, y tenía conocimientos directos de los daños que provocaron las Demandantes al medio ambiente porque visitó el Sitio del Proyecto[581] en varias oportunidades. En su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandada resaltó el hecho de que el Sr. Martínez también estuvo acompañado por el Sr. Jorge Gamboa del Programa Nacional de Humedales (PNH) en ambas visitas al Sitio del Proyecto Las Olas, quien pudo aportar referencias a la vegetación, las condiciones hídricas y los suelos[582].

612. La Demandada alegó, asimismo, que el abogado penal que contrataron los Sres. Aven y Damjanac—el Sr. Néstor Morera—tenía experiencia principalmente en el campo de la propiedad intelectual, como surge no solo de su biografía sino también de su contrainterrogatorio en la audiencia, al poner de relieve las discrepancias entre las alegaciones del Sr. Morera y las realidades de la legislación costarricense. En su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandada presentó una tabla con el objeto de demostrar lo que, según ella, representaban importantes deficiencias en sus conocimientos y experiencia[583].

---

[580] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶¶ 957-958, páginas 236-237, con cita del Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Día 4, Transcripción, 1062:13-22.
[581] *Íd*., ¶ 589, página 137.
[582] *Íd*., ¶ 915, páginas 221-222.
[583] *Íd*., ¶ 920, páginas 222-224.

613. Si bien las Demandantes alegan diversas violaciones y el hecho de que, conforme al Artículo 1 de la Ley 8689, todo presunto delito por drenaje y relleno de humedales con anterioridad a la fecha en que entró en vigor (24 de junio de 2009) acarreaba solo una multa de menos de USD 500, la Demandada primero señaló que las Demandantes recién presentaron este argumento en la Audiencia de Diciembre, pero luego alegó que, a pesar de tal alegación, el argumento no contempla la existencia de delito continuo o de efectos permanentes establecido en el Artículo 32 del Código Procesal Penal de Costa Rica, que dispone que la comisión del delito puede ocurrir durante un período continuado de tiempo (es decir, el relleno de un humedal). En la "descripción de los hechos" de la demanda penal contra los Sres. Aven y Damjanac, el Sr. Martínez relató los hechos en los que basó la demanda penal, que comenzaron aproximadamente en el mes de abril de 2009 y continuaron hasta el mes de febrero de 2011.[584]

614. En respuesta al argumento de que no había pruebas de intencionalidad porque el Sr. Aven estaba actuando bajo la presunta autoridad de los Permisos de Viabilidad Ambiental de SETENA y los permisos de construcción, y por ende carecía de la intencionalidad necesaria para haber cometido el delito[585], la Demandada menciona el hecho de que el criterio del Sr. Martínez "le permitió decidir que tenía suficientes elementos de prueba para demostrar el dolo del señor Aven para cometer el delito", y que los expedientes indicaban que, durante la operación del Proyecto Las Olas, hubo una serie de irregularidades que se documentaron, lo cual permitió una constatación del dolo por parte del Sr. Aven[586].

615. En cuanto a las alegaciones de las Demandantes de que el Sr. Martínez supuestamente no aplicó las Políticas de Persecución de Delitos Ambientales de 2010 de la Fiscalía General—que, según la Demandada, las Demandantes introdujeron por primera vez en el contrainterrogatorio del Sr. Martínez, la Demandada indicó que la prueba fundamental del fiscal conforme a las Políticas es una inspección ocular del sitio, preferiblemente

[584] Adjunto como Anexo C-142, página 4, y citado en el Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶ 934, página 229.
[585] La Demandada indicó en la Audiencia de Diciembre que el Sr. Morera admitió que su "argumento más poderoso fue la falta de intento, la falta de dolo, o sea, el que no se demostró que hubiera dolo, el hacer caso omiso de la objetividad", no las violaciones de derechos constitucionales (cita de Interrogatorio directo de Néstor Morera, Trascripción, 733:17-734:7.
[586] Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶ 921, páginas 224-225.

acompañado de un hidrogeólogo o cualquier especialista en humedales. Además, la falta de documentación en cuanto a la existencia del humedal antes del inicio de las obras de drenaje puede ser suplida con los testimonios de personas que conocieron el sitio antes del suceso, y la contradicción entre los requisitos contenidos en las Políticas y aquellos establecidos en el Decreto No. 35803 del MINAE con respecto a los tres requisitos básicos para la existencia de un humedal— (i) la permeabilidad de los suelos; (ii) vegetación hídrica y (iii) una pendiente menor o igual a 5%—puede resolverse fácilmente mediante la aplicación del principio de jerarquía de las leyes, según el cual el Decreto del MINAE tiene jerarquía superior[587].

616. No obstante, señala la Demandada, en última instancia, era el juez asignado al caso del Sr. Aven quien debía decidir acerca de su responsabilidad penal, y no el Sr. Martínez; este último tenía el deber de presentar al juez una hipótesis basada en la probabilidad, y le correspondía al juez sopesar las pruebas presentadas por ambas partes para decidir si se podía declarar culpable al señor Aven[588].

617. Tal como se describiera *supra*, cuando se programó el nuevo juicio para el mes de diciembre de 2013 y el abogado del Sr. Aven informó que su cliente no estaría presente en la audiencia porque se había ido del país temiendo por su vida, se reprogramó una audiencia para el 13 de enero de 2014. Luego, el Juzgado emitió la Notificación Roja de INTERPOL porque el Sr. Aven no compareció para afrontar el juicio.

618. La Demandada advirtió que el Tribunal celebró nuevos procesos solo contra el Sr. Damjanac y lo absolvió por sentencia de fecha 5 de febrero de 2014. Sin embargo, la Procuraduría General apeló la decisión y el Tribunal de Apelación revocó el fallo del tribunal inferior y ordenó la nueva sustanciación de la causa. En consecuencia, hay un nuevo juicio en trámite contra el Sr. Damjanac[589].

619. Con respecto a la denuncia de los supuestos intentos de soborno del Sr. Bogantes (funcionario del SINAC que supuestamente solicitó un soborno al Sr. Aven) que ocurrieron en los meses de julio y agosto de 2010, la Demandada primero cuestiona por qué los cargos

[587] *Íd*., ¶¶ 960-965, páginas 238-239.
[588] *Íd*., ¶ 927, página 226.
[589] *Íd*., ¶ 586, página 136.

se presentaron un año después (en el mes de septiembre de 2011), una vez suspendido el proyecto de las Demandantes mediante una serie de medidas cautelares emitidas por la SETENA, el SINAC y el TAA, e iniciado el proceso penal contra el Sr. Aven[590]. En cualquier caso, la Demandada agregó que la investigación, en realidad, no progresó por falta de cooperación e interés de parte del Sr. Aven[591].

(c) El análisis del Tribunal

620. El Tribunal analizó las alegaciones y el expediente de la causa penal, y considera que el Fiscal Martínez contó con elementos suficientes de acuerdo con la legislación costarricense para presentar cargos contra los Sres. Aven y Damjanac. Estos se basaron, en un principio, en el informe del SINAC del mes de enero de 2011 con sus conclusiones y recomendaciones tras sus múltiples visitas al sitio del Proyecto Las Olas en el mes de diciembre de 2010, posteriormente confirmadas por el SINAC. Luego, el Fiscal comenzó su propia investigación y recolectó pruebas a través de entrevistas con funcionarios del SINAC y de la Municipalidad, visitas personales al sitio, incluso entrevistas con obreros a cargo de las obras de construcción y con el Sr. Aven, denuncias de vecinos e informes emitidos por diferentes organismos con el objeto de determinar la existencia de humedales y los daños ocasionados al ecosistema en el Proyecto Las Olas.

621. Si bien, durante la Audiencia de Diciembre, las Demandantes argumentaron que se imputó al Sr. Aven, conforme el Artículo 98 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, un delito que no existía antes de septiembre de 2009, ya que la disposición se reformó el 4 de diciembre de 2008 con la promulgación del Artículo 1 de la Ley 8689 y, por lo tanto, no se debería haber imputado al Sr. Aven con efecto retroactivo, el Tribunal considera que la Fiscalía tuvo motivos razonables para tratar dicha conducta como delito continuo o de efectos permanentes en virtud del Código Procesal Penal de Costa Rica. De hecho, durante la Audiencia de Diciembre, la Jueza Chinchilla, perito en materia de derecho penal de Costa Rica presentada por la Demandada, explicó que el relleno de humedales entra en la categoría de delito continuo o de efectos permanentes, contemplado en el Artículo 98 de

[590] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 597-600, páginas 157-158.
[591] *Íd.*, ¶ 601, página 158.

dicho Código, porque su comisión puede ocurrir durante un lapso de tiempo continuo[592]. El Tribunal advierte que en la declaración de hechos de la denuncia penal contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac, el Sr. Martínez describió los hechos en los que fundó la denuncia penal "a principios o alrededor de abril de 2009 y que continuó hasta febrero de 2011".

622. Sin perjuicio de que la conducta del Sr. Aven pudiera o no considerarse "delito continuo o de efectos permanentes", y sin perjuicio de que las pruebas que aportó el Sr. Martínez fueran suficientes para ir a juicio, no es este Tribunal el que debe decidir. Esta cuestión está sujeta a la decisión del juzgado penal que tomó conocimiento de la causa en Costa Rica. En aquel entonces, el juez penal tenía acceso a argumentos y pruebas, tanto de la fiscalía como de la defensa, para determinar si se presentaban ciertos elementos, como la intención de cometer el delito, es decir, rellenar el humedal. Sobre la base de las pruebas y los argumentos decidió que la causa debía ir a juicio.

623. Esto significa que el hecho de que el Fiscal haya presentado cargos en función de lo que consideró estar respaldado por reglamentaciones locales y elementos fácticos suficientes no afectó, como tal, a los Sres. Aven y Damjanac. Ambos tuvieron la oportunidad de elegir un abogado para que los represente, y estaban sujetos a las leyes y los procedimientos vigentes en Costa Rica.

624. El expediente de este arbitraje demuestra que se programó un nuevo juicio pero, debido a los feriados y cuestiones de salud del Juez en Parrita, surgió la necesidad de tener un nuevo juicio sobre la base de la "regla de los diez días" referida *supra* que había sido impugnada por las Demandantes. Ninguno de estos hechos se puede considerar atribuible a una irregularidad por parte de la Demandada, ni el hecho de que el nuevo juicio no haya comenzado ni finalizado.

625. Las leyes de Costa Rica sí contemplan la llamada "regla de los diez días" para la protección de la demandada en una causa penal. El Artículo 336 del Código Procesal Penal[593]

[592] Transcripción, 1233:21-1234:20.
[593] Código Procesal Penal, Ley 7594.

establece que la audiencia se realizará sin interrupción y se podrá suspender por un plazo máximo de diez días. Si se demora, será necesario un nuevo juicio.

626. No hay pruebas de que dicha regla se haya aplicado incorrectamente en este caso. Si bien las Demandantes sostuvieron, de manera categórica, que el Fiscal no acordó renunciar a dicha regla ante la solicitud que efectuó el Sr. Aven a través de su abogado y que la decisión fue infundada, la Demandada invocó el riesgo de que los tribunales costarricenses, incluso la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica a través de su Sala Constitucional, consideraron que aceptar dicha solicitud era causa directa e inmediata de juicio nulo, puesto que la inmediatez es parte del debido proceso.

627. Las pruebas que aportaron las Partes al respecto no son consistentes, habiendo cada una de ellas presentado precedentes en sentido contrario[594]. Las Demandantes alegan que se debe respetar la renuncia acordada entre la demandada y la fiscalía, en tanto la Demandada opina lo contrario. Algunos de los precedentes judiciales que citan las Partes también son contradictorios y no se resolvieron. Sin embargo, cabe señalar que la postura predominante del Fiscal al momento de la decisión (enero de 2013) puso el proceso penal en riesgo de anulación. La jueza Chinchilla confirmó esto en su informe pericial[595], en el cual indicó que el régimen penal se reformó en el año 2012 y, por lo tanto, los precedentes legales a tener en cuenta deben ser de fechas posteriores, y que el caso más reciente para ese entonces respaldaba la postura del Fiscal. La jueza hizo referencia a las disposiciones del Código Penal vigente que claramente establecen que existen ciertos defectos procesales que no se pueden subsanar, ni siquiera por acuerdo de las partes involucradas.

628. El Tribunal advierte que el proceso penal en primera instancia declaró al Sr. Damjanac inocente de haber cometido un delito. Si bien la sentencia se anuló y aun se espera un resultado definitivo ante la presentación de esta demanda por parte de las Demandantes, todavía no hay sentencia firme.

629. Asimismo, se alegó que el Fiscal Martínez no se mostró dispuesto a llegar a un arreglo satisfactorio con las partes involucradas. Tanto las Demandantes como la Demandada

[594] Véase Primera Declaración Testimonial de Gerardo Martínez, ¶ 125, y Anexos C-231 y C-234.
[595] Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, 71, ¶¶ 69-71, páginas 27-29.

reconocieron que hubo una oferta de arreglo antes del juicio. El Sr. Morera, el abogado contratado por el Sr. Aven, asimismo indicó que incluso el juez a cargo de la causa promovió la idea cuando, en realidad, no consideraba que eso fuera algo normal o el curso ordinario durante la primera instancia. Pero esto no se concretó, básicamente porque el Sr. Aven no estaba interesado. En el contrainterrogatorio de la Audiencia de Diciembre, el Sr. Moreira dijo: "Y en ese momento [el Sr. Aven] me dijo que no le interesaba porque ya era una cuestión personal. Era una cuestión de orgullo para limpiar su nombre ante su familia, sus inversores y la sociedad, porque David Aven ya era un inversor con muchas inversiones en Costa Rica y negocios" [596].

630. No obstante, el Tribunal considera que no hay pruebas de que el Fiscal o el sistema judicial en Costa Rica actuara o haya tomado medidas que no estén de acuerdo con sus leyes internas.

631. De igual manera, la postura de las Demandantes sobre la emisión de una Notificación Roja de INTERPOL no puede prosperar. También dicha alegación se funda en los argumentos acerca de las reformas de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre y del hecho de que la reforma no era aplicable de manera retroactiva; no obstante, el Tribunal consideró que los cargos presentados se encontraban razonablemente fundados y, que cuando el Sr. Aven no compareció al nuevo juicio, la Demandada tuvo motivos para emitir esa Notificación Roja. Quizás la Demandada podría haber tomado otra medida teniendo en cuenta que el delito que supuestamente cometió el Sr. Aven no fue uno particularmente grave, pero esa decisión correspondía a la Demandada, según su discreción.

632. Con respecto a la primera de las otras dos alegaciones acerca de las acciones o la inacción por parte de las autoridades de Costa Rica, las Demandantes argumentaron que la Municipalidad y otras autoridades tomaron medidas en contra del Proyecto Las Olas en base a acusaciones infundadas[597] en las denuncias que presentó el Sr. Bucelato, las que se expresaron a modo de "venganza personal" del Sr. Bucelato—quien interfirió a través de una "campaña" para cancelar el Proyecto Las Olas.

[596] Transcripción, 720:8-14.
[597] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 18 y 19, páginas 18-19.

633. Tal como alegó la Demandada en el caso, según las leyes de Costa Rica, las personas tienen derecho a presentar denuncias relacionadas con proyectos ambientales[598], y las autoridades tienen el deber de investigar y tomar medidas[599]. Por lo tanto, el hecho de que la Municipalidad, la Defensoría de los Habitantes y otras autoridades tomaran medidas sobre la base de esas denuncias estuvo justificado conforme a la legislación vigente y el principio de participación ciudadana reconocido por los tribunales administrativos de Costa Rica. Además, las denuncias sí fueron fundadas. Hubo alegaciones en relación con la tala de árboles y obras de construcción en áreas de humedales, cuya existencia fue posible comprobar. Por otra parte, el Tribunal advirtió que no fue sólo el Sr. Bucelato quien presentó denuncias, sino que hubo varios otros vecinos en Esterillos Oeste que también firmaron varias denuncias.

634. También carece de fundamento el argumento de las Demandantes acerca del hecho de que la investigación a cargo del Sr. Martínez con respecto a la denuncia penal que presentó el Sr. Bucelato contra el Sr. Aven por daños a los humedales y al bosque, como también con respecto a la falsificación de documentación oficial, fuera injustificada y que podría haber requerido una mayor carga de la prueba y analizado los antecedentes de denuncias anteriores del Sr. Bucelato. Consta en el expediente que el Sr. Martínez no encontró pruebas de que el Sr. Aven hubiera preparado el supuesto Documento Falsificado, y esto respalda la postura de la Demandada respecto de su independencia e investigación. Está claro para el Tribunal que hubo animosidad recíproca entre los Sres. Aven y Bucelato. El propio Sr. Aven inició una acción penal por difamación contra el Sr. Bucelato en el mes de octubre de 2009[600], que no fue sustentada, ratificada ni se le dio seguimiento.

635. En cuanto a la supuesta inacción por parte de la fiscalía en relación con la presentación de una denuncia penal por los supuestos sobornos que solicitó el Sr. Bogantes, el Tribunal también considera que las alegaciones sobre "abuso de autoridad" que expresaron las Demandantes carecen de fundamento. Si bien la solicitud de sobornos es un delito punible en Costa Rica y no debe tolerarse en ninguna jurisdicción, no existen pruebas que respalden

[598] Primera Declaración Testimonial, Luis Martínez Zúñiga, ¶ 9.
[599] Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, ¶ 56; Primera Declaración Testimonial de Luis Martínez, ¶¶ 9 y 16.
[600] Anexo C-89.

la existencia de dicha solicitud, salvo la declaración del Sr. Damjanac. Aunque en su Notificación del Arbitraje las Demandantes señalaron que "Los Inversionistas tienen en su posesión una grabación de la solicitud de este soborno"[601], esa presunta grabación nunca se aportó como prueba durante el arbitraje. Tampoco hay pruebas acerca de la existencia de represalias contra las Demandantes por no cumplir y pagar el soborno. Todo lo contrario, el Tribunal advierte que, un día antes de la fecha de la supuesta solicitud de soborno (el 29 o el 30 de agosto de 2010), el Sr. Bogantes había respondido a la Defensoría de los Habitantes, como director de la Oficina Subregional de Aguirre y Parrita del SINAC, a fin de confirmar, sobre la base del Informe del SINAC del mes de julio de 2010, que no había humedales en el sitio del Proyecto Las Olas[602]. ¿Cómo es posible que haya solicitado un soborno al Sr. Damjanac un día después? No tiene sentido. De hecho, hubo informes posteriores del Sr. Bogantes como empleado del SINAC con respecto a la existencia de humedales. Más allá de que estos informes no se declararon incorrectos—lo cual podría permitir a un observador externo comprender por qué podría solicitarse un soborno como medio de extorsión—, se presentaron pruebas en este arbitraje sobre la existencia de humedales. Por último, el Tribunal advierte que ni el Sr. Damjanac ni el Sr. Aven presentaron cargos en relación con la supuesta intención de recibir un soborno hasta un año después: el 16 de septiembre de 2011. Si bien las Demandantes tenían derecho a hacerlo en cualquier momento antes de que prescribiera la acción, el hecho de que lo hicieran recién después de que los Sres. Aven y Damjanac fueran objeto de investigación genera incertidumbre en cuanto al motivo. Por las razones expuestas *supra*, el Tribunal rechaza esta reclamación.

636. Las Demandantes no han cumplido con el estándar para presentar una reclamación de denegación de justicia. Dicho de otro modo, el Tribunal considera que las Demandantes no han satisfecho su carga de la prueba. El Sr. Aven decidió irse de Costa Rica y no regresar para su juicio reprogramado. Esto inexorablemente puso en marcha la maquinaria de la que

[601] Notificación de Arbitraje de los Demandantes, ¶ 31, página 10.
[602] Anexo C-80.

se queja y los tribunales de Costa Rica nunca tuvieron la oportunidad de resolver los problemas que el Sr. Aven alega que existieron.

XI. DAÑOS

A. Postura de las Demandantes sobre daños

637. En su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes indican que sus reclamaciones se pueden clasificar en cuatro categorías: frustración de expectativas legítimas, violaciones de la prohibición contra la arbitrariedad, abusos de autoridad pública delegada e incumplimientos en materia de debido proceso[603], y luego sugieren que los daños que sufrieron se ajustan a las disposiciones del Artículo 10.16 (1)(a)(ii) del DR-CAFTA que exige a las Demandantes demostrar que ellas, o las Empresas en cuyo nombre también reclaman, "[incurrieron] en pérdidas o daños y perjuicios en razón de o surgidas de..." las infracciones que hayan demostrado en virtud de los Artículos 10.5 o 10.7[604].

638. Las Demandantes alegan que la base teórica para el enfoque del Dr. Abdala sobre cuantificación de daños es clara y el Sr. Hart no la controvierte. Al reconocer que otros Tribunales en materia de tratados sobre inversiones han encontrado fallas al aplicar una valuación pura de flujos de fondos descontados ("**DCF**" por sus siglas en inglés) a un activo preoperativo, el Dr. Abdala combinó el enfoque DCF y el enfoque de apreciación[605]. Las Demandantes consideran que este enfoque ofrece un excelente medio de valoración de activos preoperativos y da adecuada solución a la renuencia de Tribunales anteriores a adoptar la metodología DCF en casos como este.

1. Al utilizar este enfoque combinado modificado, los antecedentes de las Demandantes son irrelevantes en cuanto a la valuación.

639. Las Demandantes consideran que el perito de la Demandada en materia de cuantificación de daños se centra incorrectamente en los antecedentes de las Demandantes y critica demasiado su método de administración del Proyecto Las Olas[606]. Las Demandantes señalaron que este tema irrelevante continuó durante la Audiencia de Febrero, en la cual el

[603] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 552-583, páginas 287-300.
[604] Íd., ¶ 604, página 311.
[605] Íd., ¶ 625, página 319.
[606] Íd., ¶ 627, página 320.

Sr. Hart siguió haciendo afirmaciones descabelladas acerca de los tratos comerciales individuales de las Demandantes y la falta de experiencia en el desarrollo de centros turísticos fructíferos.

640. Las Demandantes consideran que la irrelevancia del testimonio del Sr. Hart se demostró durante el contrainterrogatorio del Dr. Abdala a cargo de la Demandada. El Dr. Abdala demostró que, por una cuestión general de valoración, las características de las Demandantes son relevantes, pero solo de manera muy limitada:

> "[Los detalles específicos de los inversores] podrían [ser un factor importante] si se piensa que los propietarios del activo son los que continúan, pero tal vez no sea así. Tal vez se hace un avalúo de las probabilidades de éxito si un tercero se hace cargo [del proyecto] [607]."

> "no es que [las actitudes de los inversionistas de gestión de negocios] no sea[n] pertinente[s] sino que en una evaluación del valor justo de mercado uno está determinando no solo lo que podrían hacer los propietarios actuales sino también lo que podrían hacer los compradores interesados especialmente cuando tienen un activo que está en la etapa de operación[608]. "

641. Así, según las Demandantes, el Dr. Abdala dejó en claro que, en su opinión, hay dos cuestiones potencialmente relevantes: (i) el precio al cual el vendedor interesado consideraría vender el activo (lo cual puede depender de las características individuales del vendedor, dado que se ve influenciado por lo que esperaría lograr si permaneciera en control del proyecto); y (ii) el precio al cual el comprador interesado consideraría comprar el activo (lo cual no depende en absoluto de las características del vendedor, dado que el comprador ingresaría y tomaría el mando de la operación del proyecto) [609].

642. En consecuencia, tal como explicara el Dr. Abdala, la capacidad o incapacidad del vendedor es irrelevante porque la hipótesis en que se basa este ejercicio valuatorio es que todo el proyecto se vende a un comprador que se haría cargo de su gestión. Las Demandantes afirman que el Sr. Hart reconoció que este fue el parámetro relevante del ejercicio valuatorio porque el Sr. Hart admitió que el objetivo del ejercicio de cuantificación en este caso es calcular el valor justo de mercado del proyecto. Sin embargo,

[607] Transcripción, 2119:3-8.
[608] Transcripción, 2120:17-2121:1.
[609] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 630, página 320.

tal como advirtieron las Demandantes en su cierre oral, luego de llegar a un acuerdo con el Dr. Abdala, el Sr. Hart ignoró la metodología de valoración basada en el valor justo de mercado al declarar que el único método de valoración apropiado de un activo preoperativo es una valuación de costos irrecuperables—según el Sr. Hart, los costos irrecuperables comprobables equivalen al "valor justo de mercado" de los activos preoperativos[610].

643. En síntesis, si bien las Demandantes consideran que ambos peritos se pusieron de acuerdo sobre la base teórica fundamental para la valoración: una transacción entre un vendedor interesado y un comprador interesado, las Demandantes advierten que la Demandada nunca produjo un dictamen pericial de esa índole, lo que significa que se presentó ante el Tribunal una sola evaluación económica correcta: la del Dr. Abdala[611]. Luego, las Demandantes comparan esto con las numerosas imprecisiones de los informes y del testimonio del Sr. Hart. Por ejemplo, las Demandantes señalan que el Sr. Hart alegó que "[Las Olas no] se trataba de lotes frente a la playa. Había 150 metros pero había que caminar por una zona que era una concesión […][612]". Las Demandantes dicen que esto hace referencia al sitio del hotel[613] y que esta parte del Sitio del Proyecto era propiedad de las Demandantes <u>en el mes de mayo de 2011</u>, la fecha de valoración correcta. Las Demandantes admiten que, si bien posteriormente esta propiedad se vendió por una fracción de su valor real—porque estaba sujeta a la medida cautelar de prohibición de construcción—, este intento de mitigar las pérdidas ocasionadas por los actos ilícitos de Costa Rica no puede afectar el cálculo de su valor justo de mercado porque aún eran propietarias del terreno a la fecha de valoración. En síntesis, las Demandantes afirman que el argumento de la Demandada de que el Proyecto Las Olas, sin los actos ilícitos de Costa Rica, sólo tenía acceso a la Concesión a través de un área de tierra que no pertenecía a las Demandantes es realmente incorrecto.[614]

---

[610] *Íd.*, ¶¶ 633-634, páginas 324-325.
[611] *Íd.*, ¶¶ 635-636, páginas 325-326.
[612] Transcripción, 2203:8-13.
[613] La sección del sitio del Proyecto Las Olas detrás del área de la concesión—por la carretera pública—marcada con color verde en el mapa de la página 14 de la presentación de PowerPoint que exhibió el Sr. Hart en la audiencia. Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶640, página 327.
[614] *Íd.*

Y citan otras imprecisiones sustanciales en las pruebas del Sr. Hart de que se vendieron 77 lotes antes del mes de mayo de 2011.[615]

644. Las Demandantes alegan simplemente que no es cierto: el Anexo II de la Dúplica, en el cual el Sr. Hart se basa para su mapa, incluye la fecha de las ventas. Según los datos consignados en el Anexo II, solo se vendieron 22 lotes antes del mes de mayo de 2011 (analizado de acuerdo con la fecha de inscripción, que es la única forma de fecha provista en el Anexo II).

645. De nuevo, las Demandantes alegan que las ventas posteriores al mes de mayo de 2011 no tienen relevancia alguna para el cálculo del valor justo de mercado del Proyecto Las Olas en el marco del presente arbitraje. La única relevancia que tienen estas ventas con respecto a los daños es que el valor residual del terreno se reduce teniendo en cuenta que las Demandantes no son más propietarias de ciertos lotes, y las propias ventas generaron algunos ingresos (muy pequeños) para mitigar los daños que sufrieron las Demandantes, cuyo monto debería deducirse de la cifra total de valoración de daños[616]. El Dr. Abdala explicó en su presentación inicial que precisamente realizó ese ejercicio en su modelo[617]. Las Demandantes advierten, por último, que ahora se hizo un ajuste adicional que contempla el hecho de que las Demandantes vendieron (sujeto a los pagos realizados) el resto del terreno del proyecto.

646. En síntesis, la postura de las Demandantes[618] respecto de la titularidad de la tierra es la siguiente:

> La inversión de las Demandantes es mucho más amplia que solo la tierra física comprada en 2002. No es el caso de que la venta de un lote signifique que ese lote no forme parte de alguna forma de la inversión protegida de las Demandantes.
>
> Como resultado de ello, no existe distinción que realizarse entre áreas de tierra que fueron vendidas antes de la Notificación de Arbitraje y aquellas que se vendieron después de la Notificación: en ambos casos los lotes continúan siendo parte de la inversión de las Demandantes para los fines de este arbitraje.

[615] *Íd.*, ¶ 642, página 328.
[616] *Íd.*, ¶ 647, página 330.
[617] Transcripción, 2105:3-2109:1.
[618] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 648, páginas 330-332.

> Al igual que Los Sueños o cualquier otro desarrollo de centro turístico, el propósito del Proyecto Las Olas no era simplemente vender lotes de tierra sin obtener ganancias de esos lotes, incluso después de haber sido vendidos a compradores. Por lo tanto, no es el caso de que una vez que un lote se haya vendido, el mismo sea irrelevante a los fines de la valuación: había aún muchas ganancias a ser obtenidas por el Proyecto.
>
> Toda venta posterior a mayo de 2011 no es relevante para considerar el valor del Proyecto Las Olas, a mayo de 2011, por la obvia razón de que, en mayo de 2011, los mismos continuaban disponibles para la venta.
>
> Toda venta de lotes antes de mayo de 2011 sí reduce la cantidad de lotes a ser vendidos en mayo de 2011 y, por lo tanto, deben ser removidos del elemento de ventas de lotes del modelo de valuación.
>
> Todos los lotes vendidos antes de mayo de 2011 permanecen, sin embargo, siendo parte de la valuación de otras corrientes de ingresos para el Proyecto Las Olas (construcción de viviendas, alquileres, etc.).
>
> Las ventas posteriores a mayo de 2011 se hicieron en una situación problemática, ante la prohibición de trabajos de construcción que estaba vigente y la controversia con las entidades costarricenses ya cristalizadas. Por lo tanto, no son relevantes para el ejercicio de valuación, excepto que el valor de la tierra de las Demandantes hoy se ve reducido para dar cuenta del hecho de que las Demandantes ya no son propietarios de esas partes de la propiedad y que existe una correspondiente disminución en los daños y perjuicios, en la medida en que se le otorga crédito por el valor residual de esos lotes vendidos.

647. Las Demandantes también defienden que la posición respecto del Sitio de la Concesión es una cuestión legal a ser resuelta por el Tribunal y no una que deban determinar los peritos en el *quantum*.

2. Las Demandantes aducen que la metodología del Sr. Hart es inapropiada y no evalúa el valor justo de mercado del Proyecto.

648. Habiendo acordado una valuación justa de mercado, las Demandantes señalan que el Sr. Hart se centra en una metodología completamente diferente: un análisis de lo que él estima son las sumas gastadas por las Demandantes en el Proyecto[619]. Las Demandantes dicen que este método de costos no tiene fundamento en la teoría económica ni en el sentido común, contrariamente al testimonio del Sr. Hart de que su método "se utiliza comúnmente para las valuaciones de inmuebles"[620].

---

[619] *Íd.*, ¶ 672, página 344.
[620] Informe pericial complementario de Timothy Hart, ¶ 217, página 122.

649. Las Demandantes advierten[621] que el método del Sr. Hart tiene varias fallas graves:

> Su versión de lo que constituye un método de *"costos"* contradice la literatura financiera, que tiene una fórmula muy diferente de lo que constituye un método de *"costos"*.
>
> Su versión de un método de "costos" no brinda una valuación justa de mercado de un activo, tal como aquella en la que un vendedor interesado de vender y un comprador interesado de comprar realizarían la operación, en ese precio y, por lo tanto, no realiza el ejercicio del *quantum*, que según admite, se supondría que él debería haber realizado.
>
> Su único intento de proporcionar respaldo para el uso del método de *"costos"* se basa en su informe de Servicios de Valuación de Hotelería, (HVS), que realmente utiliza un método de ingresos para valuar el activo, no un método de costos (pero las citas selectivas del Sr. Hart tomadas del informe HVS en este Informe Complementario, disfrazan este hecho).
>
> En todo caso, el método de costos considerado en el informe HVS es un ejercicio completamente diferente del método de "costos" del Sr. Hart, lo que demuestra, además, las fallas de este análisis.
>
> Claramente, la valuación de activos más apropiada en un proyecto de bienes inmuebles debe tener, como base, una valuación reciente de la propiedad, realizada por un valuador cualificado (a la cual se le puede agregar después más valor).

650. Las Demandantes responden que está bien claro que las sumas históricas gastadas no necesariamente tienen relación alguna con los montos requeridos para reemplazar el valor total del activo al mes de mayo de 2011[622]. En principio, queda claro que el costo para comprar la tierra física, con permisos de construcción y trabajos parciales de infraestructura en mayo de 2011 no sería la suma pagada por la tierra sin desarrollar en 2002 más costos (que es lo que supone la metodología del Sr. Hart). Por el contrario, tal como hizo notar el Dr. Abdala, en un contexto real, para una valuación verdadera del costo, se debe evaluar el valor de la tierra en su mejor y más adecuado uso. En este caso, el mejor y más adecuado uso es la operación exitosa del Proyecto Las Olas. Es por lo tanto bien obvio que se requeriría una valuación de mercado para obtener el valor de mercado del Proyecto.

651. Queda abundantemente claro que la valuación de costos históricos nunca puede llegar a un "valor justo de mercado" para un proyecto tal como el Proyecto Las Olas. Por definición,

---

[621] Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 673, páginas 344-345.
[622] *Íd.*, ¶ 676, páginas 345-346.

tal valuación ni siquiera considera al mercado por el activo en cuestión, ni a qué precio un comprador y un vendedor interesados podrían llegar a un acuerdo.

3. Intereses

652. Ambas partes están de acuerdo en que la indemnización incluya intereses. La controversia entre las partes radica en lo que se refiere a la tasa de interés aplicable. El Sr. Hart propone una tasa "libre de riesgo": bonos a 10 años del Tesoro de los Estados Unidos[623]. Las Demandantes responden que la mera mención del hecho que tales bonos se utilizan regularmente para determinar la tasa libre de riesgo a los fines de la tasa de descuento en un cálculo DCF, muestra claramente que la misma no es la tasa a aplicarse a un laudo por daños y perjuicios. No es algo controvertido que un laudo de intereses está diseñado para compensar a una parte por haber sido privada de un dinero al que había tenido derecho y que, por lo tanto, no pudo utilizar para generar ingresos. Aplicar la tasa libre de riesgo no logra dicho objetivo, dado que otorga esencialmente la tasa más baja posible[624].

653. Las Demandantes señalan que el Artículo 10.7.3 del DR-CAFTA estipula que, en el caso de expropiación legítima, el interés a pagarse debe ser "a una tasa comercialmente razonable". Si bien este caso no está relacionado con una expropiación legítima, debería ser incontrovertido que el interés pagado respecto de infracciones ilegítimas del DR-CAFTA no deberían ser, en absoluto, menores a lo que debe pagarse respecto de una expropiación legítima. La tasa de interés libre de riesgo, por las razones indicadas arriba, simplemente no es una tasa comercialmente razonable y por lo tanto la propuesta del Sr. Hart no coincide con los requisitos impuestos por el DR-CAFTA[625].

654. El método del Dr. Abdala es evaluar la tasa de interés que coincida con las características del activo que las Demandantes han perdido como resultado de las acciones de Costa Rica[626]. Y agregan que esta es una tasa comercialmente razonable, porque es razonable suponer que las Demandantes, al enfrentar la destrucción de su inversión, habrían utilizado

[623] *Íd.*, ¶ 700, página 358.
[624] *Íd.*
[625] *Íd.*, ¶ 701, página 358.
[626] *Id.*, ¶ 702, página 358.

los fondos pagados en ese momento para reproducir (en la medida de lo posible) la inversión perdida.

4. Daño moral

655. El tema del daño moral no se abordó con tanto detalle durante las audiencias; sin embargo, las Demandantes insisten en que forma parte importante de su caso. El Escrito de Respuesta (Réplica) consideró en detalle las justificaciones de la pretensión de daño moral del Sr. Aven[627]. En resumen, las Demandantes afirman que el Sr. Aven ha sufrido enormemente debido a las acciones de las autoridades costarricenses. El Sr. Aven soñaba con construir una vida en Costa Rica, con un desarrollo exitoso en Las Olas. Por el contrario, ha sido extorsionado para que diera sobornos, enjuiciado sobre la base de evidencia increíblemente endeble que se contradice con informes de organismos gubernamentales, acusado de fraude (cuya acusación fue rápidamente dejada de lado cuando llegó a la corte), recibido amenazas por correos electrónicos, le han disparado, ha sido sujeto a un juicio equivocado creado artificialmente y finalmente colocado en la Lista Roja de la INTERPOL[628].

656. Las Demandantes alegan vehementemente que este último acto se realizó sin otro motivo que el de incrementar vengativamente la presión psicológica sobre el Sr. Aven. El sistema de la INTERPOL no está diseñado para su utilización para este tipo de delitos. Que Costa Rica haya abusado del sistema de la INTERPOL queda claro a partir del hecho de que la entrada fue eliminada silenciosamente en 2015, pero no antes de haber tenido significativas consecuencias para la capacidad futura del Sr. Aven para desarrollar negocios, tal como se describe en el Memorial y en el Escrito de Respuesta (Réplica)[629].

657. Según las Demandantes, queda claro que las autoridades costarricenses han apuntado y acosado al Sr. Aven en todo su ilegítimo trato respecto de la inversión de las Demandantes. Se ha llevado la peor parte por ser la cara del Proyecto Las Olas y ha sufrido significativamente, tal como lo demuestran los certificados de su médico, sus declaraciones testimoniales y la no objetada declaración testimonial del Sr. Valecourt. Que el daño es

[627] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, Sección IV.D(2), páginas 138-143.
[628] Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 703, página 359.
[629] *Íd.*, ¶ 704, página 359.

tanto de naturaleza general como específica, en que la evidencia no objetada demuestra que el Sr. Aven perdió, como consecuencia directa de la Notificación Roja de la INTERPOL, una interesante oportunidad comercial con Google[630].

5. Intereses previos al laudo

658. Las Demandantes reconocen que uno de los temas que no se abordó en detalle durante la Audiencia de Febrero son los intereses anteriores al laudo. Así, las Demandantes señalan que la Demandada no discute que, si a las Demandantes se les otorgan daños y perjuicios a mayo de 2011, la Demandada también debería pagar intereses sobre esos daños desde mayo de 2011 hasta el pago del Laudo[631].

6. Daños consecuentes

659. Al respecto, las Demandantes alegan que el Sr. Aven y el Proyecto Las Olas vendieron lotes a los compradores sobre la base de que el Proyecto continuaría. Si no hubiera sido por el cierre de este Proyecto por parte de Costa Rica, estos compradores habrían sido propietarios de viviendas vacacionales, de inversión o de retiro sobre la costa costarricense. Ahora, como resultado directo de las acciones de Costa Rica y sin que haya culpa por parte de las Demandantes, los compradores han quedado con lotes sin valor, sin esperanza de tener infraestructura y de que el Proyecto en el que se inscribieron se complete[632].

660. Tal como lo confirmó el Sr. Aven en su evidencia en la Audiencia de Diciembre, estos compradores han hecho demandas contra el Proyecto y el Proyecto es responsable de devolver USD 2,7 millones a compradores e inversores que compraron lotes y opciones.[633]

661. Como resultado, las Demandantes solicitan un laudo por daños y perjuicios que, en este caso, debe incluir una suma adicional de USD 2,7 millones, además de los daños y perjuicios calculados por el Dr. Abdala, para compensar a las Demandantes por el dinero que tendrán que devolver a sus compradores.

---

[630] *Íd.*, ¶ 705, páginas 359-360.
[631] *Íd.*, ¶ 710, página 361.
[632] *Íd.*, ¶ 711, página 362.
[633] Estas cifras se indican en la tabla de la página 10 de la Primera Declaración Testimonial del Sr. Aven.

B. Postura de la Demandada sobre cuantificación de daños

662. En el caso de que el Tribunal estime que la Demandada debe considerarse responsable debido a las violaciones de las normas de protección en el DR-CAFTA, la posición de la Demandada es que (i) la cuantificación de los daños a la parte Demandante debe basarse en un método de enfoque de costos; y (ii) el señor Aven no tiene derecho a daños morales[634].

663. La Demandada agrega que las Demandantes presentaron una demanda por daños groseramente excesiva. La propiedad fue adquirida por una mera fracción del monto total reclamado, y no ha sido desarrollada. No existen evidencias concretas de que haya un historial de ganancias, pues no existen estructuras de infraestructura en el sitio del Proyecto Las Olas. Por ello, los daños que reclaman las Demandantes son un ejercicio de pura especulación[635.]

664. El arbitraje de inversión no es el ámbito en el que pueda ni deba producirse la especulación pura. Es un foro para resarcir pérdidas. No existen pruebas de pérdidas por parte de las Demandantes. Una invención teórica de un proyecto potencial que no guarda relación con lo que existe en el sitio del Proyecto Las Olas hoy en día no es una prueba[636].

665. La inversión es una parcela de tierra. Si bien hay que admitir que se encuentra en un lugar encantador y relativamente cerca de la costa, la mera ubicación no lo convierte en un proyecto rentable de USD 100 millones.

666. El informe del Dr. Abdala proyecta ventas que nunca existieron. Proyectó una construcción que ni siquiera se había comenzado. El Dr. Abdala proyecta intereses por parte de compradores que nunca se han manifestado. Previó compras exitosas por parte de acaudalados y persistentemente apasionados propietarios de tiempo compartido que nunca aparecieron.

667. En realidad, las Demandantes son inversionistas aficionados, con poca o ninguna pista sobre cómo desarrollar complejos, y mucho menos en Costa Rica. Además, el informe del

---

[634] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 1039, página 258.
[635] *Íd.*, ¶ 1040, página 232.
[636] *Íd.*, ¶ 1041, página 232.

Dr. Abdala se basa en una metodología nunca antes vista en los arbitrajes de inversión. Las Demandantes y el Dr. Abdala no tienen autoridad ni fundamentos para inventar un flujo de caja nunca antes visto. En última instancia, el Dr. Abdala intenta atenuar su imaginación excesivamente creativa mediante la introducción de algún tipo de factor de riesgo—para reducir arbitrariamente la cifra reclamada, con base en la probabilidad de éxito—una probabilidad basada en la práctica de los Estados Unidos, aunque los Estados Unidos son tan irrelevantes para este caso como cualquier otro país.

668. Al tiempo de presentar su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada argumentó que las Demandantes seguían siendo las propietarias de la tierra (tanto como la evidencia demuestró que lo son), y no han sido expropiadas. Por lo tanto, según las Demandantes, si superan los problemas ambientales a los que se enfrentan actualmente y empiezan a desarrollar el proyecto, como aparentemente desean hacer (y podrían tener el derecho a hacerlo), estarían en la capacidad de ganar los USD 100 millones que el Dr. Abdala insiste que podrían ganar, habiéndose ya embolsado USD 100 millones de la República de Costa Rica en este arbitraje[637].

1. La cuantificación de daños de las Demandantes debería basarse en un método de enfoque de costos

669. La Demandada señala que ambos expertos en cuantificación de daños han coincidido en que para calcular la indemnización por daños de las Demandantes deben determinar el valor justo de mercado (el "**VJM**") del Proyecto Las Olas[638] y la naturaleza del Proyecto Las Olas como proyecto preoperativo[639].

670. Sin embargo, ambos expertos disienten respecto del método para determinar el VJM de una compañía de proyectos preoperativos: mientras que el Dr. Abdala propone un enfoque combinado híbrido basado en un método DCF y el enfoque de mercado, el Sr. Hart considera que el enfoque de costos es el método más apropiado porque el Proyecto Las Olas no puede considerarse un negocio establecido. Las Demandantes, en efecto, admitieron en el mes de diciembre de 2010 -- muy cerca de mayo de 2011, la fecha de

[637] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 1048, página 259.
[638] Transcripción 2091:16-18; Transcripción 2200:15.
[639] Transcripción 2089:6-9; Transcripción 2213:9-10.

valoración -- que el Proyecto era terreno sin construir, en un mercado muerto, sin casi ninguna venta[640]. No se trata de un negocio establecido.

671. En su intento de calcular la posible indemnización por daños en virtud del método de costos, el Dr. Hart debió basar sus cálculos en la contabilidad desorganizada de las Demandantes. Pudo identificar un total de USD 1.840.385 en costos que parecen estar legítimamente relacionados con el Proyecto Las Olas, más USD 1.647.000 por el precio de compra original de todo el inmueble[641].

672. No obstante, el Dr. Hart debió reducir esta cifra a la luz del hecho de que las Demandantes no ostentaban la titularidad de todos los lotes que abarcaba el inmueble de Las Olas[642.] Debido a que las Demandantes no han proporcionado los costos detallados por lote, el Dr. Hart estimó que la indemnización por daños debe reducirse en al menos 22% con base en la proporción de los metros cuadrados de estos lotes que no son de propiedad de las Demandantes. Por lo tanto, su estimación final de daños totales asciende a la suma de USD 2.720.160[643].

673. La Demandada respalda los informes del Dr. Hart en cuanto a la determinación de la fecha de valoración (mayo de 2011) y el interés (previa adjudicación a la tasa de 10 años del Tesoro de los EE. UU. o LIBOR a 6 meses +2)[644.]

2. El enfoque del Dr. Abdala es completamente especulativo

674. La Demandada sostiene que la metodología del Dr. Abdala es completamente inadecuada para estimar los daños en este caso y no se parece a una valoración que podría ser utilizada por un comprador o vendedor de la vida real[645]. El Dr. Abdala dice que basó su enfoque novedoso en la literatura, pero el único académico citado es el Profesor Damodaran[646.] El

---

[640] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 1056, página 261
[641] Segundo Informe Hart, ¶¶ 230-231, página 115; Anexo 12 al Segundo Informe Hart (C-27).
[642] Segundo Informe Hart, ¶ 232, página 116; Anexo 6 al Segundo Informe Hart, Mapa del Inmueble Las Olas que muestra la titularidad de los lotes.
[643] Segundo Informe Hart, ¶ 233, página 116.
[644] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 1062, página 263.
[645] *Íd.*, ¶ 1063, página 263.
[646] Primer Informe Abdala, ¶ 54, paginas 33-34 (CLEX-041).

Dr. Abdala no ha dado ningún ejemplo, agrega la Demandada, en el que se aplicara el modelo propuesto en el mundo real, ni por ningún otro tribunal de arbitraje de inversión.

675. El modelo "híbrido" propuesto por el Dr. Abdala puede sintetizarse de la siguiente manera[647]:

> [Valor del proyecto como negocio establecido (con base en un modelo DCF) * una supuesta tasa de éxito] + [supuesto valor de la tierra con los permisos existentes y construcción parcial (con base en el avalúo preexistente) * supuesta tasa de fracaso] - Valor de la tierra según su uso restringido (con base en un enfoque comparable).

676. Dado que el Dr. Abdala no pudo basarse puramente en un modelo DCF (dado el carácter preoperativo reconocido del Proyecto Las Olas), combinó dos enfoques de valoración para cada componente del cálculo: el enfoque de ingresos (DCF) y el enfoque de mercado (avalúo preexistente y elementos comparables)[648].

677. La Demandada alega además que, aunque el modelo DCF se introduce como un elemento de su análisis complejo, la mayor parte de los daños se basa en el valor del proyecto como un negocio establecido, que debe calcularse usando un DCF, un modelo que no se puede aplicar a este caso desde ninguna perspectiva. El DCF no es aplicable porque Las Olas nunca ha sido un negocio establecido. Existen ventas mínimas para extrapolar ciertos flujos de efectivo futuros. Y, lo que es peor, las Demandantes ni siquiera proporcionaron la documentación necesaria de estas ventas mínimas[649].

678. El DCF tampoco es aplicable debido a que no existen cifras históricas en las cuales basar insumos críticos, tales como el volumen de ventas, los precios netos de venta, los costos de construcción y los costos operativos. Esto fue reconocido por el Dr. Abdala durante la Audiencia[650].

679. En consecuencia, cualquier monto derivado del cálculo de estimación del Dr. Abdala está inflado y es incierto, ya que cada uno de los insumos de los factores clave que el Dr. Abdala

---

[647] Tal como fuera citado en el Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶ 1064, página 263.
[648] *Íd.*, ¶ 1065, página 263.
[649] *Íd.*, ¶¶ 1066-1067, página 263.
[650] *Íd.*, ¶¶ 1069, página 264, que cita el contrainterrogatorio del Dr. Abdala, Transcripción, 2162: 8-22.

utilizaba para calcular el valor de Las Olas como negocio establecido (lotes, casas, condominios, tiempos compartidos y hotel) es totalmente especulativo[651].

680. En su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandada incluye una tabla que detalla de qué forma los elementos de comparación utilizados por el Dr. Abdala como parte del cálculo del enfoque de mercado se basan en datos inadecuados y poco realistas, que no se relacionan con el Proyecto Las Olas en absoluto[652]:

	Componente del cálculo	Datos en los que se basa el Dr. Abdala	Crítica
Valor como negocio establecido	Lotes	• Los precios son de la página web de Remax de 2015 • Los precios son de un mensaje electrónico de El Místico de 2015	• Los precios no son de 2011 • No hay ajustes por cambios en el mercado inmobiliario • El Místico no es similar a Las Olas
	Hotel	Margen de ganancias con base en transacciones de ventas de hoteles en Panamá, México y Centroamérica	No queda claro cómo estos hoteles se comparan con un hotel en Costa Rica
	Condominios	• Los precios son de la página web de Remax de 2015 • Los precios son de un mensaje electrónico de El Místico de 2015	• Los precios no son de 2011 • El Místico no es similar a Las Olas
	Casas	• Los compradores habrían mantenido las propiedades durante 10 años antes de venderlas, y el 90% de las propiedades se venderían después de ese plazo, con base en estadísticas de la Asociación Nacional de Agentes Inmobiliarios de inversión y compradores de casas de vacaciones	La encuesta solo incluye datos de hogares de los Estados Unidos, no es comparable con Costa Rica
Valor esperado, salvo por	Probabilidad de éxito	• Prueba estadística de supervivencia de la Oficina de Trabajo y Estadística • Complejos vacacionales exitosos y comparables como Los Sueños, El Místico, Residencias Málaga y Costa del Sol	• Los datos de Estados Unidos no son comparables con los datos de negocios en Costa Rica • Los centros vacacionales no son comparables

[651] Segundo Informe Hart, Sección 7.2.
[652] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 1071, página 264.

Valor residual (valor de la tierra en su estado actual)		• Los precios son de la página web de Remax de 2015 • Tres propiedades comparables	• Los precios no son de 2011 • No hay ajustes por cambios en el mercado inmobiliario • No hay resultados detallados asociados a las tres propiedades comparables

681. La Demandada alega que estos ejemplos muestran que el cálculo del Dr. Abdala se basa en información que no se relaciona con el Proyecto Las Olas, es demasiado incierta, subjetiva y depende de contingencias[653]. La Demandada agrega que los tribunales han sido comprensiblemente reacios a confiar en este tipo de información, lo cual sugiere que se requiere de extremo cuidado en la evaluación de cualquier reclamo de compensación en virtud del método DCF cuando el proyecto no cuenta con una trayectoria de rentabilidad. En *Siag c. Egipto*, donde el Dr. Abdala actuara también como perito, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

> El Tribunal planteó al Sr. Abdala, de LECG, una pregunta concerniente a las diferencias en la valoración de los beneficios futuros de una empresa que ha estado operando durante varios años, en comparación con una "oportunidad de negocio" que todavía está en la etapa de desarrollo. El Sr. Abdala reconoció muy francamente que hay una diferencia en particular y esta es que "... en [caso] de tener una trayectoria de rentabilidad, se podría decir que tiene un mayor grado de certeza en cuanto a lo que puede esperar del rendimiento del negocio en el futuro.
>
> [...]

682. Los puntos como los que acabamos de mencionar tienden a reforzar la sabiduría de la reticencia de tribunales establecidos, como este, en utilizar los análisis DCF para las empresas "jóvenes" que carecen de un largo historial de operaciones establecidas. Muy probablemente, esa renuencia ha de ser aún más pronunciada en casos como el presente, donde el negocio se encuentra todavía relativamente en su etapa temprana de desarrollo y no tiene historial de operaciones en absoluto[654].

---

[653] *Íd.*, ¶ 1072, página 266.

[654] *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 19 de junio de 2009, ¶¶ 567 y 570 (RLA-173); *Sounthern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto,* Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo sobre el Fondo, 20 de mayo de 1992, ¶ 189 (CLA-38).

683. En otras palabras, un modelo DCF sería perfectamente aplicable a un escenario de un proyecto en curso, porque el eventual comprador estimaría los flujos de fondos y los descuentos a la fecha de valoración, aplicando una tasa de descuento que dé cuenta de las diversas clases de riesgo a las que están sujetos los flujos de fondos, así como el valor tiempo del dinero[655].

684. Sin embargo, los caudales de fondos futuros de un proyecto deben estimarse con un grado de certeza razonable, que no existe en el presente caso. El Proyecto Las Olas no puede calificar como proyecto en curso cuando solo ha generado 16 ventas en un período de 9 años[656].

685. Por lo tanto, la Demandada concluye que, a la luz del carácter preoperativo de Las Olas (sin cifras históricas en las cuales basar insumos críticos, tales como el volumen de ventas, los precios netos de venta, los costos de construcción y los costos operativos), el método más adecuado para calcular cualquier indemnización por daños es el método de enfoque de costos sugerido por el Dr. Hart.[657]

3. El Sr. Aven no tiene derecho a recibir una indemnización por daño moral

686. La Demandada hace hincapié en que la aseveración que hicieran las Demandantes en el sentido de que un fallo del Tribunal sobre una solicitud de soborno "sería digno de sanciones y los daños morales serían una de las opciones para [dar] esa sanción" [658] constituye una afirmación que no tiene sustento alguno[659]. La Demandada observa que en el único caso en que un Tribunal concedió una indemnización por daños morales al demandante, el tribunal determinó que el demandante se vio expuesto a la coacción física y que la violación del estado del tratado se consideró maliciosa[660]. La Demandada agrega que los hechos de *Desert Line c. Yemen* no pueden aplicarse al caso que nos ocupa, donde

[655] Segundo Informe Hart, ¶ 106.
[656] Anexo C-98.
[657] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 1091, página 270.
[658] Alegato de Apertura de las Demandantes, Transcripción del Día 1, 115:21-22.
[659] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 1106-1129, páginas 308-314.
[660] *Desert Line Projects LLC c. La República de Yemen,* Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008 (CLA-85).

las Demandantes ni siquiera han ofrecido pruebas claras y convincentes para respaldar las supuestas solicitaciones de soborno[661].

687. La Demandada concluye que los otros dos casos que invocan las Demandantes se decidieron *ex aequo et bono* o tenían como derecho aplicable normas internas, de modo que su razonamiento no puede sustentar una determinación de daño moral en virtud del derecho internacional.[662]

C. El análisis del Tribunal

688. Teniendo en cuenta que el Tribunal ha determinado que la Demandada no ha incumplido sus obligaciones en el marco del DR-CAFTA, ya sea en virtud del Artículo 10.5 y el Anexo 10-B o del Artículo 10.7(1) y el Anexo 10-C[663], el Tribunal concluye de igual manera que no se les adeuda a las Demandantes una indemnización por daños ni otro resarcimiento.

XII. LA RECONVENCIÓN DE LA DEMANDADA

A. Posición de la Demandada: Las Demandantes son responsables del daño ambiental y, por lo tanto, deben restaurar el Ecosistema de Las Olas

689. Durante sus alegaciones, la Demandada ha argumentado que las Demandantes emprendieron trabajos que tuvieron un impacto negativo en el Sitio del Proyecto Las Olas con lo cual se vio considerablemente afectado el medioambiente[664]. Las pruebas ofrecidas apoyan la reconvención de la Demandada, de modo que el Tribunal debería ordenar a las Demandantes que reparen los daños causados por su actividad, declarando que (i) el Tribunal tiene jurisdicción sobre las reconvenciones de conformidad con el DR-CAFTA; y (ii) la Demandada ha demostrado la existencia de daños en el ecosistema de Las Olas.[665]

1. El Tribunal tiene jurisdicción sobre las reconvenciones en virtud del DR-CAFTA

690. La Demandada alega que el Tribunal tiene jurisdicción sobre la reconvención planteada por ella, ya que (i) el texto del DR-CAFTA prevé la posibilidad de que los Estados

[661] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 1093, página 271.
[662] Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 1106.
[663] Véase sección X.D.585 *supra*.
[664] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 647-655; Memorial de Dúplica de la Demandada, Sección XI.
[665] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 1095, página 272.

demandados interpongan reconvenciones contra inversionistas por conducta indebida de la cual sean responsables; y (ii) las razones de economía y eficacia procesal justifican que la demanda y su reconvención sean resueltas en el mismo proceso[666].

2. El texto del DR-CAFTA prevé la posibilidad de que los Estados demandados interpongan reconvenciones contra los inversionistas

691. A fin de determinar si un tribunal de inversiones tiene jurisdicción sobre la reconvención, el Tribunal ha de observar el texto del Tratado. El DR-CAFTA no excluye ni prohíbe que un tribunal de inversiones ejerza su jurisdicción sobre reconvenciones en virtud del Capítulo 10. Las disposiciones pertinentes establecen lo siguiente:

> **Sección B: Solución de Controversias Inversionista-Estado**
>
> **Artículo 10.15: Consultas y negociación**
>
> En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y la parte demandada deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación.
>
> [...]
>
> **Artículo 10.16: Sometimiento de una reclamación a arbitraje**
>
> En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:
>
> (a) **el demandante, por cuenta propia,** podrá someter a arbitraje una reclamación de conformidad con esta Sección, en la que se alegue
>
> (i) que la parte **demandada ha violado**
>
> (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
>
> (B) una autorización de inversión o
>
> (C) un acuerdo de inversión;
>
> y
>
> (ii) que **el demandante** ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta; y
>
> (b) el **demandante, en representación de una empresa de la parte demandada que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su**

[666] *Íd.*, ¶ 1096, página 272.

> **control directo o indirecto**, podrá, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue
>
> (i) que la parte **demandada ha violado**
>
> (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
>
> (B) una autorización de inversión o
>
> (C) un acuerdo de inversión.
>
> y
>
> (ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta. (Énfasis agregado).

692. Estas disposiciones son completamente neutras en cuanto a la identidad de la demandante o demandada en una controversia relativa a inversiones, lo cual permite a un Estado Parte demandar a un inversionista en relación con una controversia concerniente a una inversión en ese país. Entonces, la Demandada considera que el texto del DR-CAFTA abarca reconvenciones por Estados demandados dentro de la jurisdicción del Tribunal.

693. Por otra parte, la única disposición que hace referencia a "contrademandas" se encuentra en el Artículo 10.20.7 del DR-CAFTA, y aclara que:

> La parte demandada no opondrá como defensa, contrademanda o derecho compensatorio o por cualquier otro motivo que, de conformidad con un seguro o contrato de garantía, el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra indemnización por la totalidad o una parte de los daños alegados.

694. Surge que, excepto por una reconvención por parte de un Estado demandado que sostenga que, "de conformidad con un seguro o contrato de garantía, el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra indemnización por la totalidad o una parte de los daños alegados", el derecho de la Demandada a una reconvención de conformidad con el Tratado se contempla y se encuentra dentro del alcance de la jurisdicción de un tribunal constituido en virtud del Tratado[667].

[667] *Íd.*, ¶ 1100, página 273.

3. Las razones de economía y eficacia procesal justifican que la demanda y su reconvención se resuelvan en el mismo procedimiento.

695. La reconvención de la Demandada se basa en los daños sufridos por Costa Rica como resultado de la operación del Proyecto Las Olas por parte de las Demandantes, por lo cual la relación entre la demanda y la reconvención es directa. En consecuencia, las razones de economía y eficacia procesal justifican que la pretensión infundada interpuesta por las Demandantes y su reconvención sean resueltas adecuadamente por este Tribunal en el mismo proceso[668].

696. En este sentido, el tribunal de *Urbaser c. Argentina* determinó que, debido a que la reconvención de Argentina se refería a la inversión y se relacionaba con la misma concesión, había suficiente fundamento para establecer una conexión entre la demanda del inversionista y la reconvención. El tribunal sostuvo lo siguiente:

> El Tribunal observa que existe un claro nexo fáctico entre ambas reclamaciones. Tanto la Demanda Principal como su Reconvención se basan en la misma inversión, o supuesta falta de inversión suficiente, en una misma Concesión. Esto sería suficiente para asumir también jurisdicción sobre la Demanda Reconvencional. También existe un nexo jurídico, en la medida en que la Demanda Reconvencional no se encuentra fundada únicamente en el derecho argentino. De hecho, la Demandada afirma que el incumplimiento de la obligación de las Demandantes de realizar las inversiones necesarias generó una violación del derecho fundamental al acceso al agua, cuya promoción era el objetivo de la inversión acordada en el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión, y consagrada en el esquema protectorio del TBI. Sería del todo inconsistente fallar en un sentido sobre la reclamación de las Demandantes respecto de su inversión y permitir la celebración de un proceso distinto en el cual es posible que se falle sobre el compromiso de financiamiento en otro sentido. Un sistema de administración de justicia razonable no puede tolerar semejante inconsistencia.[669]

697. La Demandada alude asimismo a *Burlington c. Ecuador* - una decisión reciente en esta materia en adición a *Urbaser c. Argentina,* donde los tribunales han admitido jurisdicción para conocer reconvenciones presentadas por los Estados demandados por violaciones de

---

[668] *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Opinión Separada de Michael Reisman, 28 de noviembre de 2011 (en adelante, *Spyridon Roussalis c. Rumania*) (RLA-99).

[669] *Urbaser* S.A. *y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016 (en adelante, *Urbaser c. Argentina*), ¶ 1151 (RLA-174).

los derechos humanos y daños ambientales.[670] En este caso, el tribunal impuso una indemnización de USD 39,2 millones al inversionista por daños ambientales. Es probable que esta tendencia continúe, y muestra que los tribunales de inversión están dispuestos a conocer reconvenciones cuando se trata de mala conducta de los inversionistas[671].

4. La Demandada ha demostrado la existencia de daños a los Ecosistemas en el Sitio del Proyecto.

698. La Demandada solicita que, una vez que el Tribunal reivindique la jurisdicción para dirimir la reconvención de la Demandada en virtud del Tratado, el Tribunal debe constatar que (i) las Demandantes afectaron ilícitamente un humedal, lo cual causó daños ambientales en el Sitio del Proyecto; y, por lo tanto, (ii) las Demandantes deben reparar el daño causado al ecosistema[672].

5. Las Demandantes afectaron ilícitamente un humedal, lo cual causó daños ambientales en el Sitio del Proyecto.

699. Para desarrollar el Proyecto Las Olas, las Demandantes asumieron obligaciones de inversión que dieron lugar a expectativas de buena fe de parte de Costa Rica de que su inversión se efectuaría garantizando la protección al medioambiente. Al no efectuar su inversión en forma adecuada, las Demandantes violaron las disposiciones nacionales, así como la obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario, de respetar el medio ambiente. Esta obligación no solo es vinculante para los Estados soberanos, sino también para las personas jurídicas y naturales, tales como las Demandantes:

> Así, el Tribunal manifiesta que el derecho internacional acepta la responsabilidad social de las empresas como un estándar de vital importancia para aquellas empresas que operan en el ámbito del comercio internacional. Dicho estándar incluye obligaciones de cumplir con los derechos humanos en el marco de las operaciones de tales empresas en países distintos a su país de origen o registro. A la luz de este acontecimiento más reciente, ya no es posible admitir que las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad, **porque no son sujetos de derecho internacional.** (Énfasis agregado)

---

[670] *Urbaser c. Argentina* (RLA-174); y*Burlington Resources Inc. c. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Reconvenciones, 7 de febrero de 2017 (en adelante, *Burlington c. Ecuador*) (RLA-175).
[671] Memorial Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 1104, página 274.
[672] *Íd.*, ¶ 1105, página 275.

700. Asimismo, el texto del DR-CAFTA apoya esta comprensión al permitir que los inversionistas invoquen los derechos derivados de las leyes internacionales:

> Si el TBI no está basado en la incapacidad de una empresa de ser titular de derechos en el derecho internacional, no es posible aceptar que rechazaría necesariamente toda noción de que una empresa inversora extranjera no puede ser sujeto de obligaciones en el derecho internacional.

701. En consecuencia, la conducta de las Demandantes se ha de analizar según el concepto de responsabilidad internacional:

> [e]n la medida en que las organizaciones internacionales y otras personas jurídicas y naturales también pueden ser sujetos de derecho internacional, el concepto de "responsabilidad del Estado" podrá también informar al principio de la responsabilidad de otras personas internacionales según las normas de las leyes internacionales de derecho público.

702. Por ende, las obras ilícitas de las Demandantes, que causaron daños ambientales en el Sitio del Proyecto, entrañan un hecho ilícito de su parte según las normas de la responsabilidad internacional, el cual ha de ser reparado.

703. La Demandada ha demostrado que las Demandantes afectaron ilícitamente un humedal mediante obras de drenaje y relleno, lo cual causó daños ambientales en el Sitio del Proyecto. Al reconocer que las Demandantes alegan que la Demandada no ha demostrado la relación de causalidad entre la conducta de las Demandantes y el daño al ecosistema,[673] la Demandada argumenta que el requisito de la causalidad está directamente conectado con la carga de la prueba que las Demandantes deben asumir en materia ambiental en virtud del derecho costarricense. Conforme al principio de precaución, la carga de la prueba de la inexistencia de daños ambientales siempre recae en el desarrollador.

704. Esto también se reconoció en *Burlington c. Ecuador* en el contexto de una reconvención por daños ambientales. A pesar de que el tribunal tuvo que aplicar el derecho interno, los principios que se habrían de aplicar eran similares −si no es que iguales− al caso que nos ocupa:

> Aplicada al presente caso, la regla comprendida en el Artículo 397(1) significa que una vez que Ecuador haya dado muestra de la existencia de daño ambiental razonablemente relacionado con las actividades riesgosas del Consorcio, por

[673] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 449, página 146.

> ejemplo, mediante el ejercicio de muestreo del IEMS, **le corresponde entonces a Burlington la carga de demostrar que no existe daño alguno o, en el supuesto de que existiere daño, establecer cuáles son sus límites.** [674] (Énfasis agregado)

705. Por lo tanto, en lo que respecta al medioambiente, la parte que alega la causalidad no requiere prueba de ello. El principio de precaución invierte la carga de la prueba sobre el desarrollador, y la causalidad se presume:

> Aunque el Tribunal retomará la cuestión de la responsabilidad civil extracontractual consecutiva, **está en desacuerdo con la posición de Burlington de que Ecuador debe probar que el daño fue causado durante el período de operaciones del Consorcio. En efecto, no se requiere la prueba de la causalidad. La causalidad se presume,** lo que resulta en que la responsabilidad se genere del simple ejercicio de una actividad riesgosa y de la ocurrencia de un daño que se encuentre plausiblemente vinculado a esa actividad en lo que se refiere al tipo y ubicación del daño. [675] (Énfasis agregado)

706. A pesar de que era carga de las Demandantes el evidenciar su falta de responsabilidad en cuanto a los daños a Las Olas, la Demandada ha demostrado de manera concluyente que las Demandantes son responsables del relleno del Humedal No. 1 y los daños ambientales resultantes causados al ecosistema. La Demandada se basa en el Primer y Segundo informe KECE, así como en los resultados concluyentes del Informe Green Roots.

707. Durante la Audiencia, las Demandantes trataron de culpar a la Municipalidad por las obras que impactaron el Humedal No. 1. Tal como se describiera en la Sección X, estas afirmaciones no tienen fundamento, pues la Municipalidad llevó a cabo, en todo momento, trabajos fuera de las instalaciones, y las bitácoras de construcción de las mismas Demandantes muestran que las obras de drenaje fueron realizadas por los empleados de las Demandantes en el lugar[676].

708. Como la Demandada ha demostrado en este proceso, las Demandantes afectaron ilícitamente un humedal con obras de relleno y drenaje, quebrantando las normas imperativas de protección del medioambiente en varios aspectos. La Demandada también ha demostrado, −aun cuando no tenía la carga de hacerlo−, de qué manera las Demandantes

---

[674] *Burlington c. Ecuador* (RLA-175), ¶ 227.
[675] *Íd.*, ¶ 232.
[676] Acta de Inspección # 2, 4 de abril de 2011 (R-509); Acta de Inspección #3, 12 de abril de 2011 (R-510); Acta de Inspección #4, 18 de abril de 2011 (R-511); Acta de Inspección #6, 2 de mayo de 2011 (R-512).

afectaron la biodiversidad y las condiciones ecológicas del Sitio del Proyecto, causando daños al medioambiente.

6. Las Demandantes deben reparar el daño causado al ecosistema

709. Habiendo demostrado el acto ilícito de las Demandantes, es un principio bien establecido en el derecho internacional el que un acto ilícito implica una responsabilidad, como se reconoce en el Artículo 1 de los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001). La obligación de reparación ha sido desarrollada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la Fábrica Chorzów[677], y el enfoque ha sido reafirmado, en el contexto ambiental, por la Corte Internacional de Justicia en el Caso relativo al Proyecto Gabcikovo-Nagymaros.[678]

710. El DR-CAFTA prevé que la reparación de un perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de compensación y/o restitución:

> **Artículo 10.26: Laudos**
>
> 1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente:
>
> (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan;
>
> (b) **restitución de la propiedad,** en cuyo caso el laudo dispondrá que la parte demandada podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución. (Énfasis agregado)

711. La restitución tiene por objeto el restablecimiento o la restauración de la situación que existía antes de que se hubiera cometido el hecho ilícito, a condición de que no resulte materialmente imposible y en tal medida.[679] En efecto, la restauración del daño ambiental ha sido confirmada por los tribunales internacionales de inversión.[680]

712. Por lo tanto, en virtud de los principios del derecho internacional sobre la reparación y el Artículo 10.26(b) del Tratado, el Tribunal debe ordenar a las Demandantes que reparen el

---

[677] *Caso concerniente a la Fábrica de Chorzów* (Alemania c. Polonia), Reclamación de Indemnización, Fondo, Sentencia No. 13, CPJI, 13 de septiembre de 1928, pág. 21 (RLA-53); *In Von Pezold c. República de Zimbabue*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo, 28 de julio de 2015, ¶ 682 (RLA-52).
[678] *Caso concerniente al proyecto Gabcikovo-Nagymaros* (Hungría c. Eslovaquia), Sentencia de la CIJ, 25 de septiembre de 1997, pág. 149 (RLA-176).
[679] Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law* (CUP 2003, 2 Ed) 883 (RLA-37).
[680] *Burlington c. Ecuador* (RLA-175).

daño causado a la Demandada mediante la restauración de las condiciones naturales de los ecosistemas.

713. En el caso que nos ocupa, el Anexo C del Primer Informe KECE contiene un plan de restauración viable, el cual puede implementarse para restaurar el daño ambiental causado al Humedal No. 1. Este incluye lo siguiente:

- Eliminar todos los rellenos ubicados en el Humedal No. 1;
- Tapar y/o rellenar los canales de drenaje en el Humedal No. 1;
- Reconformar las colinas terraceadas en las zonas dentro del sitio del proyecto que alguna vez tuvieron cobertura forestal y que fueron limpiadas;
- Eliminar las calles no permitidas que hayan afectado significativamente la condición de los humedales y bosques en el sitio Las Olas;
- Plantar y/o aplicar siembra directa de una cubierta vegetal de especies de plantas herbáceas nativas sería necesario para acelerar la cubierta vegetal en los humedales restaurados y estabilizar las laderas reniveladas; y
- Plantar una cantidad y especie específicas de árboles de bosques nativos como plántulas destinadas a acelerar la recuperación del bosque, así como a rehabilitar y estabilizar los suelos, como última fase de la restauración.

714. El señor Erwin recordó al Tribunal durante la Audiencia la posibilidad de restaurar el Sitio del Proyecto Las Olas:

> ¿Qué se necesita para restaurar el sitio y para restablecer el ecosistema? Básicamente hay que revertir el drenaje actual, donde las calles han cortado en las laderas, con zanjas, se han construido zanjas en el humedal número uno, quitando parte del relleno del humedal 1 para restituirlo.[681]

715. Con base en lo anterior, sin perjuicio de las objeciones a la jurisdicción y la admisibilidad de la Demandada, a la luz de los daños causados al ecosistema de Las Olas y dada la viabilidad de la restauración de la tierra, la Demandada solicita respetuosamente que el Tribunal ordene a las Demandantes el pago de daños y perjuicios a la Demandada a fin de

[681] Transcripción 1862:18-22; 1863:1.

restaurar "la situación que existía antes de la aparición[682]" del impacto ilícito de las Demandantes al Sitio del Proyecto.

B. Posición de las Demandantes

716. En su Escrito de Respuesta (Réplica), las Demandantes alegan que la reconvención no se encuentra fundada en el derecho ni en los hechos y debe ser desestimada. Afirman que la solución de controversias en virtud del Capítulo 20 del DR-CAFTA se limita exclusivamente a las controversias entre las Partes del Acuerdo. Por lo tanto, es imposible que un "*demandado*", tal como se emplea el término en el Artículo 10.26, sea otra cosa que un Estado anfitrión.[683]

717. Las Demandantes sostienen asimismo que aunque el Artículo 10.20(7) del DR-CAFTA pareciera contemplar la existencia de algún tipo de reconvención o contrademanda ("El demandado no opondrá como defensa, contrademanda o derecho compensatorio o por cualquier otro motivo que, […], el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra indemnización …) la referencia a la contrademanda de dicha disposición es de una aplicación general, que tiene por fin abarcar cualquier derecho potencial a una contrademanda, compensación o similar en virtud de la ley municipal, o de cualquier otra posible discusión, y este tipo de cláusula se ha incluido en todos los APRI Modelo de los Estados Unidos, desde el comienzo del programa a inicios de la década de 1980.[684]

718. Por último, afirman que la Demandada no ha podido demostrar (más allá de la mera afirmación por parte del Sr. Erwin en su Dictamen Pericial) que las Demandantes han provocado daños al medio ambiente en Las Olas, y que estos resultaron en pérdidas para la Demandada.

C. El análisis del Tribunal

719. La Reconvención de la Demandada en contra de las Demandantes se introdujo originalmente en su Memorial de Contestación[685] con base en las conclusiones enumeradas

---

[682] Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, pág. 213 (CLEX-273).
[683] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶447, página 145.
[684] *Íd.*, ¶ 448, página 145.
[685] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶¶ 647-662, páginas 173-177.

en el Anexo C del Primer Informe KECE, según el cual existen actividades humanas en el Sitio del Proyecto Las Olas, resumidas de la siguiente manera:

> [D]esmonte del bosque, construcción de terrazas en las laderas de las colinas, construcción de carreteras, excavación de alcantarillas de drenaje, instalación de alcantarillas y estructuras de tragantes y la construcción de una residencia para unifamiliar en un humedal rellenado.[686]

720. Costa Rica acusa a las Demandantes del daño ambiental considerable supuestamente ocasionado por ellas. Esas acusaciones incluyen: a) la construcción de carreteras, excavación de alcantarillas de drenaje, instalación de alcantarillas y la remoción de estratos vegetales del bosque; b) la creciente sedimentación del suelo; c) el relleno y drenaje de los humedales.

721. Costa Rica afirma que las Demandantes tenían conocimiento de la sensibilidad ecológica del sitio de Las Olas mediante el Informe Protti, pero decidieron desestimarlo y no revelaron el informe a las autoridades competentes. Omitieron describir elementos decisivos del ecosistema del sitio y fragmentaron su solicitud de VA para evitar comunicarle a la SETENA una evaluación de todo el sitio del proyecto. A criterio de la Demandada, esta conducta violó normas imperativas de protección ambiental, y, por lo tanto, las Demandantes deben ser responsables por ello.

722. En lo que respecta a las pruebas de las presuntas infracciones por parte de las Demandantes, la Demandada básicamente hace alusión al Informe Pericial KECE. A los fines de reparación, la Demandada enunció las etapas para la restauración del sitio, según el Informe KECE.[687] Respecto de la cuantificación de los daños, Costa Rica observó lo siguiente:

> El costo de restauración puede cuantificarse sólo después de proceder a la revisión de un plan de restauración adecuado que las Demandantes han de preparar y presentar para su aprobación ante una autoridad competente en Costa Rica. Asimismo, la cuantificación de un plan de restauración semejante requeriría una visita del sitio especializada. Sin perjuicio de lo que antecede, el Sr. Erwin anticipa que sería improbable que la cuantificación de la restauración necesaria para el Ecosistema Las Olas oscile entre menos de USD 500.000 y USD 1.000.000.[688]

---

[686] Primer Informe KECE, Anexo C.
[687] Memorial de Contestación de la Demandada, ¶ 657, página 176.
[688] *Íd.*, ¶ 658.

723. En su Memorial de Dúplica, Costa Rica ratificó su postura. En lo que respecta a las pruebas, agregó que "el Primer y el Segundo Informes KECE hablan por sí solos en cuanto al daño que las Demandantes le causaron al Sitio del Proyecto"[689] y "no hay prueba más decisiva que las conclusiones acerca de las condiciones reales del Sitio del Proyecto"[690]. Con respecto a la reparación, Costa Rica simplemente afirmó que:

> En tanto las Demandantes no plantearon argumento alguno respecto del enfoque de reparación en virtud del derecho internacional ni del Plan de Restauración, la Demandada respalda los argumentos desarrollados en este aspecto en su Memorial de Contestación.[691]

724. En su Memorial Posterior a la Audiencia, Costa Rica detalló en mayor profundidad su Reconvención. Presentó además numerosas fotos y gráficos y, por primera vez, presentó sus opiniones sobre causalidad y carga de la prueba respecto de los daños ambientales. Sobre este tema, Costa Rica afirmó lo siguiente:

> El requisito de la causalidad está directamente conectado con la carga de la prueba que la parte demandante deben asumir en materia ambiental en virtud del derecho costarricense. Conforme al principio de precaución, la carga de la prueba de la inexistencia de daños ambientales siempre recae en el desarrollador.[692]

725. En el mismo sentido, Costa Rica concluyó que "les correspondía a la parte demandante demostrar que no se había producido ningún daño al medioambiente en el Proyecto Las Olas. Ellos no lo han demostrado"[693].

726. Las Demandantes han objetado la jurisdicción del Tribunal sobre las reconvenciones, tal como se analizará *infra*, y han criticado los términos de la Reconvención de Costa Rica, al observar que aún en el caso de que el Tribunal decida que ostenta jurisdicción sobre el tema,

> ... el Demandado no ha podido demostrar (más allá de la mera afirmación por parte del Sr. Erwin en su Dictamen pericial) que las Demandadas [sic] han provocado daños al medio ambiente en Las Olas, y que estas resultaron en pérdidas para el Demandado. El Demandado no ha intentado explicar cómo cualquiera de las supuestas actividades perjudiciales descritas por parte del Sr. Erwin en su

---

689 Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 1150, página 319.
690 *Íd.*, ¶ 1154, página 319.
691 *Íd.*
692 Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia, ¶ 1110, página 276.
693 *Íd.*, ¶ 1113, página 277.

> Dictamen pericial y que repitió el Demandado en los párrafos 647 y 648 de su Escrito de Defensa pueden atribuirse a las acciones de los Demandantes, ni ha demostrado el supuesto daño al medio ambiente como resultado.[694]

727. Las Demandantes consideran que la Demandada no hizo "esfuerzos reales para demostrar sus imprecisos reclamos sobre 'daños'"[695]. Con respecto a los daños, las Demandantes observaron que:

> ...la Demandada no ha hecho ningún esfuerzo (a excepción de las afirmaciones vacías del Sr. Erwin en sus dos informes) para cuantificar los presuntos daños ambientales que las Demandantes habrían causado[696].

728. En lo que concierne a la Reconvención de la Demandada, el primer tema que este Tribunal debe determinar es si tiene jurisdicción para analizarlo. Tal como se señalara *supra*, la Demandada afirma que el Tribunal tiene jurisdicción por tres motivos principales:

- Por la interpretación de algunos artículos del DR-CAFTA, los que, en la opinión de Costa Rica, carecen de sentido a menos que se acepte que las reconvenciones se encuentran admitidas. En particular, los Artículos 10.26.1 y 10.26.8 hacen referencia al "demandado", en general, y no al Estado receptor, lo que significaría que el demandado podría ser un inversionista. Costa Rica invoca también al Artículo 10.20.7 en tanto hace referencia a determinados temas que un "demandado no opondrá como defensa, contrademanda o derecho compensatorio o por cualquier otro motivo…", lo que significaría a contrario "que las contrademandas que no están comprendidas en la excepción se encuentran dentro de la jurisdicción del Tribunal".
- Por motivos de economía y eficacia procesal, tal como revelara el Profesor Michael Reisman en su Declaración en el *Caso Roussalis.*
- En su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandada invocó algunas decisiones recientes de tribunales de inversión, en particular en el *Caso Urbaser*.

729. Las Demandantes objetan firmemente la jurisdicción del Tribunal sobre las reconvenciones. Para ellas, la resolución de controversias según el DR-CAFTA "es la reserva de los Estados parte con respecto al tratado. En tal sentido, es imposible que un

---

694 Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 449, página 146.
695 Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 435, página 234.
696 *Íd.*, ¶ 438, página 235.

‘demandado’, tal como se describe en el Artículo 10.26, sea otra cosa que un Estado anfitrión parte del DR-CAFTA”. Asimismo, las Demandantes consideran que, en cualquier caso, el Tratado no confiere al Tribunal autoridad alguna para otorgar la restitución que exige la Demandada ya que, si *“*las partes del DR-CAFTA hubieran tenido la intención de que los Estados demandados pudieran presentar reconvenciones, habrían especificado la autoridad del Tribunal al respecto de la misma manera que lo hicieron en el caso de los reclamos presentados por inversores*”*.

730. No obstante, las Demandantes hicieron una breve alusión al fondo de la reconvención de la Demandada:

> Incluso si este Tribunal no estuviera de acuerdo con las Demandantes en la cuestión de la admisibilidad de una reconvención, el Demandado no ha podido demostrar (más allá de la mera afirmación por parte del Sr. Erwin en su Dictamen pericial) que las Demandadas [sic] han provocado daños al medio ambiente en Las Olas, y que estas resultaron en pérdidas para el Demandado. El Demandado no ha intentado explicar cómo cualquiera de las supuestas actividades perjudiciales descritas por parte del Sr. Erwin en su Dictamen pericial y que repitió el Demandado en los párrafos 647 y 648 de su Escrito de Defensa pueden atribuirse a las acciones de los Demandantes, ni ha demostrado el supuesto daño al medio ambiente como resultado.[697]

731. El Tribunal está de acuerdo en que, en general, la resolución de controversias en virtud del DR-CAFTA se concibe para reclamaciones en contra de los Estados receptores. Según el Artículo 10.16, cualquier reclamación debe indicar que la demandada ha violado una obligación en virtud de la Sección A. Asimismo, en el Artículo 10.28 a la “demandante” se lo define como “un inversor de una Parte que es parte de un conflicto de inversión con otra Parte” y a la “demandada” se la define del mismo modo que “la Parte que es parte de un conflicto de inversión”. No cabe duda lo que pretendían las Partes del Tratado cuando hicieron referencia a estas condiciones en los artículos 10.26.1 y 10.26.8. De igual forma, no obstante, si solo un Estado que es Parte del DR-CAFTA puede ser una “demandada”, las Partes del Tratado también contemplaron la posibilidad de reconvenciones.

732. En general, la Sección A del Artículo 10 establece únicamente obligaciones del Estado, por lo tanto, podría deducirse que solamente puede demandarse a los Estados y que los

[697] Escrito de Respuesta (Réplica) de las Demandantes, ¶ 449, página 146.

inversionistas no pueden ser los demandados ni siquiera en una reconvención. Podría argumentarse que la Sección A también contiene, al menos de manera implícita, algunas obligaciones para el inversionista, en especial con respecto a la legislación ambiental del Estado receptor. El Artículo 10.9.3.c señala lo siguiente:

> … los párrafos 1(b), (c) y (f), y 2(a) y (b) no se interpretarán en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:
>
> (i) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean inconsistentes con este Tratado;
>
> (ii) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o
>
> (iii) relativas a la preservación de recursos naturales vivos o no vivos agotables.

733. A su vez, el Artículo 10.11 establece que:

> Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

734. Además, el Artículo 10.1 deja en claro que el Artículo 10.11 comprende todas las inversiones en el territorio de la Parte. Un efecto lógico del Artículo 10.11 podría ser que las "medidas" adoptadas por el Estado receptor para la protección del medioambiente deberían considerarse obligatorias para todos aquellos que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado, en particular, los inversionistas extranjeros. Por lo tanto, luego de dicha interpretación, los inversionistas tienen la obligación, no solo en virtud del derecho interno sino también en virtud de la Sección A del Capítulo 10 del DR-CAFTA, de observar y cumplir las leyes y regulaciones nacionales en materia ambiental, incluidas las medidas adoptadas por el Estado receptor a efectos de proteger la vida o salud humana, animal o vegetal. Ningún inversionista puede ignorar o incumplir estas medidas y su incumplimiento constituye una violación tanto del derecho interno como del derecho internacional, de modo que no puede eximirse al autor de responsabilidad por los daños ocasionados.

735. Por lo tanto, si pudiera interpretarse que estas disposiciones imponen obligaciones afirmativas a los inversionistas, no es imposible, ya sea *de facto* o *de jure*, que un inversionista extranjero incumpla una obligación de la Sección A, mediante la violación de

las leyes y regulaciones internas en materia ambiental. ¿Significa que los Estados receptores pueden demandar a los inversionistas ante un tribunal de arbitraje internacional en virtud de la Sección B del Artículo 10 del DR-CAFTA?

736. La respuesta a esta pregunta no es sencilla. La mayoría de los tribunales internacionales de inversión no han reconocido jurisdicción sobre reconvenciones presentadas ante ellos en ausencia de un acuerdo explícito entre las partes de someter una reconvención al arbitraje[698]. Sin embargo, recientemente, aunque fuera del ámbito de aplicación del DR-CAFTA, algunos tribunales han confirmado su jurisdicción sobre reconvenciones, en particular, los Tribunales de los casos *Urbaser c. Argentina* y *Burlington c. Ecuador*, ambos dentro del marco del Convenio CIADI y de dos APRI (España-Argentina y EE. UU.-Ecuador, respectivamente). En *Burlington*, no estaba en juego la cuestión de la jurisdicción, porque las Partes arribaron a un acuerdo en el que "expresaron su acuerdo y consentimiento de que el presente arbitraje constituye el 'foro apropiado para la resolución definitiva de las reconvenciones que surjan de las inversiones efectuadas por Burlington Resources y sus sociedades vinculadas en los Bloques 7 y 21, para poder así garantizar la máxima economía y consistencia judicial'"[699]. En consecuencia, el inversionista (Burlington) no objetó la jurisdicción del tribunal para dirimir las reconvenciones. Además, en *Burlington*, el Tribunal mencionó el Artículo 46 del Convenio CIADI, que faculta a los tribunales del CIADI a decidir "las reconvenciones que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro". En ese caso, el consentimiento de las Partes fue explícito e inequívoco. Por lo tanto, la jurisprudencia del caso *Burlington* no es en realidad útil para el presente caso, donde no existe un consentimiento expreso en términos similares.

[698] En *Saluka*, un tribunal de la CNUDMI ratificó su jurisdicción *prima facie* sobre una reconvención presentada dentro del marco del TBI entre Los Países Bajos y la República Checa, pero, finalmente, en razón de algunas particularidades del caso, decidió que carecía de "jurisdicción para dirimir y determinar la reconvención planteada por la Demandada en su Memorial de Contestación" [Traducción del Tribunal]. *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción sobre la Reconvención de la República Checa, 7 de mayo de 2004.
[699] *Burlington c. Ecuador* (RLA-175), ¶ 60.

737. Por el contrario, el tribunal del caso *Urbaser*, con base en el APRI Argentina-España, el Convenio CIADI, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional general, con inclusión de los principios generales del derecho internacional, arribó a la conclusión de que "pose[ía] jurisdicción para entender sobre la Demanda Reconvencional de la Demandada de conformidad con los Artículos 25 y 46 del Convenio CIADI y el Artículo X del TBI".[700] Algunos aspectos de esta decisión podrían ser de ayuda para dilucidar la admisibilidad de la reconvención. De hecho, el derecho ambiental se encuentra integrado de muchas maneras al derecho internacional, incluido el DR-CAFTA. Es cierto que la aplicación del derecho ambiental corresponde principalmente a los Estados, pero no puede admitirse que un inversionista extranjero no pueda estar sujeto a las obligaciones del derecho internacional en esta materia, en particular, a la luz de los Artículos 10.9.3, 10.11 y 17 del DR-CAFTA.

738. En virtud del derecho internacional en materia de inversiones, en particular, en virtud del DR-CAFTA, los inversionistas gozan de por sí de una serie de derechos tanto sustantivos como procesales, incluido el derecho a demandar directamente al Estado receptor cuando incumple sus obligaciones internacionales en materia de inversión extranjera (Sección A del Artículo 10 en el DR-CAFTA). ¿Qué sucede con las obligaciones del inversionista que surgen de la inversión según el derecho internacional? El presente Tribunal comparte los criterios del tribunal del caso *Urbaser* de que ya no es posible admitir que los inversionistas que operan a nivel internacional tengan inmunidad porque no son sujetos de derecho internacional[701]. Es particularmente convincente cuando se trata de derechos y obligaciones que son de interés de todos los Estados, tal como sucede en la protección del medioambiente. Es pertinente recordar la observación de la Corte Internacional de Justicia en lo que se refiere a esta clase de obligaciones: "Habida cuenta de la importancia de los derechos involucrados, puede sostenerse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes*"[702]. [Traducción del Tribunal]

---

[700] *Urbaser c. Argentina* (RLA-174), ¶ 1155.
[701] *Íd.*, ¶ 1195.
[702] CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,* Informe,1970, ¶ 33.

739. En virtud de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA, los inversionistas extranjeros tienen la obligación de observar y cumplir las medidas adoptadas por los Estados receptores para proteger el medioambiente. Las reclamaciones sujetas a arbitraje de conformidad con el Artículo 10.16 deben indicar que la demandada ha incumplido una obligación en virtud de la Sección A. Habitualmente, el Estado es quien se encuentra en esta posición, pero ¿qué sucede si un inversionista extranjero incumple una obligación que se considera haber sido impuesta según la Sección A? ¿Los inversionistas extranjeros tienen inmunidad para ser demandados ya sea en forma directa o mediante una reconvención ante un tribunal de arbitraje establecido con arreglo al DR-CAFTA? No existen motivos sustantivos para eximir a los inversionistas extranjeros del alcance de las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones en virtud de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA, en particular, en materia de derecho ambiental.

740. Además, el Artículo 10.15 en general se refiere a "una controversia relativa a una inversión" en tanto que el Artículo 10.16 es aplicable cuando "no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación*"*, lo que comprende las controversias que dan lugar a reconvenciones. El lenguaje de los Artículos 10.15 y 10.16 del DR-CAFTA es en principio tan amplio como para abarcar a reconvenciones, y el Artículo 10.16 no implica que sea aplicable sólo a controversias en las cuales sea un inversionista quien interpone las reclamaciones.

741. Además, la admisión de las reconvenciones tiene numerosas ventajas prácticas en lo que respecta a economía y eficacia procesal, para el beneficio tanto del Estado receptor como del inversionista extranjero, tal como ha resaltado el Profesor Reisman en su voto en el *Caso Spyridon Roussalis c. Rumania:*

> "Es importante tener en cuenta que la jurisdicción sobre esta reconvención no constituye solamente una concesión para el Estado Parte: el Artículo 46 opera en beneficio tanto del Estado demandado como del inversionista. Al rechazar la jurisdicción del CIADI sobre reconvenciones, un tribunal neutral – que fue, de hecho, seleccionado por la demandante – necesariamente obliga al Estado demandado a impulsar sus reclamaciones en sus propios tribunales donde el propio inversionista que había buscado un foro fuera del aparato del Estado ahora se ve obligado a convertirse en la parte demandada. (Y si deriva en una sentencia adversa, esa anterior demandada bien podría transformarse nuevamente en demandante, incoando una nueva reclamación en el marco del TBI). Aparte de la duplicación e

ineficacia, las clases de costos de las transacciones que los procedimientos de reconvención y compensación procuran evitar constituyen un resultado irónico, si no absurdo, contrario, en mi opinión, a los objetivos del derecho internacional de inversión." [703] [Traducción del Tribunal]

742. En consecuencia, el Tribunal no encuentra ninguna razón de principio para declarar inadmisible una reconvención en la que el Estado Demandado afirma que el inversionista extranjero ha incumplido obligaciones que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Sección A del Artículo 10 del DR-CAFTA. Por lo tanto, el Tribunal tiene jurisdicción *prima facie* sobre la reconvención presentada por la Demandada.

743. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal considera que hay dos cuestiones que deben ser abordardas antes de analizar los méritos de la reconvención. Primero, el Tribunal estima que la redacción del Artículo 10.9.3(c) y 10.11 procura garantizar que los Estados retengan un margen significativo de apreciación en relación con medidas ambientales en sus respectivas jurisdicciones, pero estos artículos no imponen – en sí mismas – ninguna obligación afirmativa a los inversionistas. Tampoco disponen que el incumplimiento de reglamentaciones ambientales dictadas por el Estado constituiyan incumplimientos del Tratado que pudieran servir de fundamento a una reconvención.

744. En segundo lugar, las reconvenciones también se encuentran sujetas al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, cuyo Artículo 21 establece que "las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del artículo 20 serán aplicables a la reconvención…". A su vez, el Artículo 20 reza lo siguiente:

Artículo 20

….

2. El escrito de demanda deberá contener los siguientes datos:

(a) El nombre y los datos de contacto de las partes;

(b) Una relación de los hechos en los que se base la demanda;

(c) Los puntos que constituyan el motivo del litigio;

(d) La materia u objeto que se demanda;

(e) Los motivos jurídicos o argumentos que sustenten la demanda.

[703] *Spyridon Roussalis c. Rumania* (RLA-99).

….

> 4. El escrito de demanda deberá ir acompañado, en la medida de lo posible, de todos los documentos y otras pruebas en que se funde el demandante, o deberá contener referencias a los mismos.

745. Una reconvención es una demanda separada, autónoma con respecto a la contestación de la demanda de la demandada, aunque es habitual que esencialmente sea parte de ese escrito. Como tal, la reconvención debe cumplir por sí misma con los requisitos de los Artículos 20.2 y 20.4 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de la misma manera que lo hace la demanda principal. En opinión del Tribunal, Costa Rica no cumplió con estos requisitos. En su Memorial de Contestación (contestación de la demanda en virtud del Art. 21 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) así como en su Memorial de Dúplica, Costa Rica solo hizo una referencia general a los daños ambientales en el sito del Proyecto Las Olas atribuidos a la actividad de las Demandantes. No existe una exposición precisa de los hechos que sustenten las reclamaciones, sino una referencia a informes periciales adjuntos a esos escritos de parte. No existe una especificación de la reparación que pretende sino en términos muy generales, y la cuantificación es muy aproximada, basada únicamente en la experiencia personal de un perito en lugar de en un método preciso de valoración. Además, la prueba que Costa Rica ha mencionado se diluye en su contestación de la demanda, sin especificar de manera clara y precisa los hechos que han de probarse dentro de la reconvención, en particular, la prueba de que las Demandantes son las causantes de todos los daños ambientales.

746. En el Memorial Posterior a la Audiencia, Costa Rica fue más minuciosa y trató de subsanar en alguna medida eerrores, especificando determinadas pruebas e incluyendo numerosas fotos y gráficos. Sin embargo, ocurrió de manera extemporánea porque los Escritos Posteriores a la Audiencia fueron presentados de manera simultánea, de modo que las Demandantes no tuvieron oportunidad de objetar las afirmaciones tardías de Costa Rica. Salvo las alegaciones planteadas durante la Audiencia, el Tribunal no encuentra ningún motivo válido para que Costa Rica espere hasta el Memorial Posterior a la Audiencia para aclarar los hechos que sustentan la reclamación y su fundamento legal sobre algunos temas relevantes como la carga de la prueba o la causalidad. Una demora tal priva a las Demandantes de su derecho a controlar la prueba y la nueva argumentación presentadas

por la Demandada, según el debido proceso. Por consiguiente, no se admite la afirmación sobre la reconvención introducida por primera vez en el Memorial del Demandado Posterior a la Audiencia.

747. Por lo tanto, el Tribunal arriba a la conclusión de que la Reconvención presentada por la Demandada no cumple con los requisitos de los Artículos 21 y 20 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y debe ser desestimada.

XIII. COSTAS

A. Presentaciones sobre Costos de las Demandantes

748. En su presentación sobre costos[704], las Demandantes alegaron que la Demandada debería asumir la totalidad de los costos del arbitraje incurridos por las Demandantes, incluidos los honorarios y gastos legales que ascienden a un total de USD 8.856.433,53, desglosados de la siguiente manera: (a) USD 5.276.096,55 en concepto de honorarios y reembolsos de Vinson & Elkins; (b) USD 563.937,71 en concepto de honorarios del Sr. Weiler; (c) USD 535.033,24 en concepto de honorarios de Batalla; (d) USD 76.581,51 en concepto de costos y gastos de testigos; (e) USD 1.299.784,52 en concepto de honorarios y gastos periciales; y (f) USD 1.105.000.00 en concepto de anticipos de gastos administrativos del Tribunal y del CIADI. Además, las Demandantes solicitan que el Tribunal instruya a la Demandada pagar intereses del 8% anual sobre todos los montos regulados sobre costas, a partir de la fecha de Regulación hasta el pago efectivo a las Demandantes.

749. Las Demandantes fundan su reclamo en el Artículo 10.26(1) del DR-CAFTA y el Artículo 40 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que permiten al Tribunal regular costas y honorarios de abogados[705] y argumentan "…se comprobó ampliamente en el arbitraje, Costa Rica actuó de fomra intencional e ilícita, lo que ocasionó la destrucción de la inversión de las Demandantes. Las Demandantes se vieron obligadas a recurrir a arbitraje según el DR-CAFTA en un esfuerzo por recuperar sus inversiones. El costo de ello debería

[704] Presentación sobre Costos de los Demandantes, 15 de marzo de 2018.
[705] *Íd.*, página 2.

ser soportado por Costa Rica, puesto que Costa Rica es la parte culpable que incumplió las cláusulas y condiciones del Tratado[706].

B. Presentaciones sobre Costos de la Demandada

750. En su presentación sobre costos[707], la Demandada alega que las Demandantes deberían asumir la totalidad de los costos y gastos del presente procedimiento, incluidos los honorarios y gastos legales de la Demandada que ascienden a un total de USD 2.461.747,58, desglosados de la siguiente manera: (a) USD 899.914,00 en concepto de anticipos de gastos del Tribunal y del CIADI; (b) USD 230.000,00 en concepto de honorarios de Credibility Consulting LLC (Sr. Tim Hart); (c) USD 295.000,00 en concepto de honorarios de Kevin Erwin Consulting Ecologist (Sr. Kevin Erwin); (d) USD 17.080,00 en concepto de honorarios de Siel Siel Asesores Ambientales (Srta. Priscilla Vargas); (f) USD 970.000,00 en concepto de honorarios de Herbert Smith Freehills New York LLP; y (g) USD 43.543,58 en concepto de asignaciones y costos de testigos y representantes gubernamentales de la Demandada. La Demandada asimismo solicita que las Demandantes paguen los intereses correspondientes a una tasa comercial razonable aplicable a partir de la fecha de regulación hasta la fecha de pago total de las costas.

751. La Demandada argumenta que los costos son razonables en la medida en que: (i) Costa Rica debiera responder extensas presentaciones formuladas por las Demandantes; (ii) la Demandada debiera trabajar mucho en virtud de la complejidad del caso; y (iii) la conducta de las Demandantes durante el proceso incrementara las costas por prolongar el proceso de forma innecesaria.[708]

C. La Decisión del Tribunal en Materia de Costas

752. El Artículo 10.26(1) del DR-CAFTA dispone que "Un tribunal también podrá regular costas y honorarios de abogados de acuerdo con esta Sección y el reglamento de arbitraje aplicable". Al considerar que el reglamento aplicable es precisamente el Reglamento de

[706] *Íd.*, ¶ 9, página 3.
[707] Presentación sobre Costos de la Demandada, 15 de marzo de 2018.
[708] *Íd.*, página 3.

Arbitraje de la CNUDMI, el Tribunal destaca que el Artículo 42 define los estándares de asignación de costas, de este modo:

> 1. Las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
>
> 2. El tribunal fijará en el laudo final o, si lo estima oportuno, en otro laudo, la suma que una parte pueda tener que pagar a otra a raíz de la decisión sobre la asignación de las costas.

753. Esta disposición otorga al Tribunal discrecionalidad para asignar la totalidad de las costas del arbitraje, incluidos los honorarios de los abogados y otros costos, entre las Partes según lo considere pertinente.

754. El Artículo 40 (2) determina que las "costas" incluyen una lista específica de elementos de la siguiente manera:

> (a) Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 41;
>
> (b) Los gastos de viaje y otras expensas razonables realizadas por los árbitros;
>
> (c) El costo razonable del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
>
> (d) Los gastos de viaje y otras expensas razonables realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral;
>
> (e) Los costos jurídicos y de otro tipo ocasionados a las partes por el procedimiento arbitral y solo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de esos costos es razonable;
>
> (f) Cualesquiera honorarios y gastos de la autoridad nominadora, así como los honorarios y gastos del Secretario General de la CPA.

755. En aras de establecer el sentido del texto del Artículo 42(1), el Tribunal debe interpretar los términos "*in principle*" (en principio). El *Oxford English Dictionary* (3a. edición 2007) define "*in principle*" como "en teoría; en general, aunque no necesariamente en casos

individuales" [Traducción del Tribunal]. Por lo tanto, uno podría interpretar que el Artículo 42(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI prevé que, en general, la parte vencida debe estar a cargo de las costas razonables del procedimiento de arbitraje, aunque no necesariamente en el caso individual en el que un tribunal determine que existen "circunstancias" para prorratearlas de algún otro modo entre las partes. Como ya ha observado el Tribunal del caso *Thunderbird*[709], la diferencia entre los dos párrafos del Art. 42 (1) es que el primer párrafo establece una regla con una excepción a esa regla, mientras que el segundo párrafo le otorga al tribunal de arbitraje discrecionalidad sin restricciones para ocuparse de esa excepción.

756. Por lo tanto, el principio general es que la parte vencida debe pagarle a la parte vencedora la totalidad de las costas. El principio "la parte vencida paga" puede inferirse de la regla del derecho internacional consuetudinario que exige "reparación integral" para la parte damnificada por el incumplimiento de una obligación internacional. El concepto subyacente es el *restitutio in integrum*, ya que la parte vencedora sufrió daños al tener que financiar una defensa que ha resultado inútil e innecesaria y que se habría evitado si la parte vencida hubiese reconocido los derechos predominantes de la otra parte para evitar la demanda. Negarle a la parte vencedora la recuperación de los costos incurridos para promover su caso tendría el efecto de negar la "reparación integral" de esa parte tal como exige el derecho internacional. Tal como estableciera el tribunal en el caso *SD Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*,

> El fundamento lógico de esta política parece ser que una demandante "vencedora", de hecho, se vio obligada a atravesar el proceso en aras de lograr el éxito y no se la debería castigar teniendo que sufragar el propio proceso. La misma lógica es válida para una demandada vencedora, que enfrenta una reclamación injustificada.[710] [Traducción del Tribunal]

757. Por otra parte, la regla "la parte vencida paga" cumple también un rol disuasivo para evitar reclamaciones o defensas insensatas o frívolas.

---

[709] *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos,* Caso TLCAN/CNUDMI, Laudo de fecha 26 de enero de 2006, ¶ 213 (en adelante, *Thunderbird c. México*) (CLA-70).

[710] *SD Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso TLCAN/CNUDMI, Laudo Final sobre Costas, 30 de diciembre de 2002, ¶ 15. También, Caso CPA No. 2010-17, *European American Investment Bank Ag (Austria) c. La República Eslovaca*, Laudo sobre Costas, 20 de agosto de 2014, ¶ 41.

758. El Tribunal observa que ambas Partes han reclamado, desde sus primeras presentaciones escritas, que se ordene a la contraparte que sufrague la totalidad de los costos, incluidos tanto los costos de representación y asistencia legal como aquellos ocasionados por los pagos al CIADI[711]. Esas solicitudes fueron ratificadas en sus Presentaciones sobre Costos el 15 de marzo de 2018. Por lo tanto, cualquiera de ellas puede esperar que el Tribunal decida el prorrateo de estos costos. Sin embargo, el Tribunal tiene la obligación de evaluar "las circunstancias del caso" (Reglamento de la CNUDMI, Art. 42.1) y la razonabilidad de las costas (Reglamento de la CNUDMI, Art. 40.2) para decidir apartarse de la aplicación de la norma *la parte vencida paga*, así como que el prorrateo de los costos sea razonable.

759. El Reglamento no especifica cuáles podrían ser "las circunstancias del caso", pero concede al Tribunal discrecionalidad para identificar estas circunstancias y para decidir el prorrateo de las costas.

760. El Tribunal considera que el primer conjunto de circunstancias deriva del hecho de que una parte haya resultado vencedora en el fondo del caso, en tanto que la otra haya resultado vencedora con respecto a cuestiones específicas dirimidas en ese caso. En el caso que nos ocupa, ambas partes han sido vencidas en alguna medida, de modo que puede argüirse que no queda completamente claro el sentido de los términos "parte vencida". El porcentaje de éxito de cada parte se ha considerado una referencia objetiva para el prorrateo de las costas[712]. En el presente caso, las Demandantes han sido vencidas en lo que se refiere al fondo, pero la Demandada es la parte vencida en lo que se refiere a la Reconvención, de modo que el Tribunal deberá tener en cuenta estas "circunstancias del caso" para decidir sobre el prorrateo de las costas.

761. Otro posible factor de consideración entre las "circunstancias del caso" es la conducta de las Partes[713]. El Tribunal reconoce que, en general, las Partes actuaron correctamente durante el procedimiento. No obstante, las Demandantes incluyeron en la Reclamación 67 lotes que se encontraban registrados en favor de otro propietario a la fecha de la

[711] Memorial de las Demandantes, ¶ 501(IX), Memorial de Contestación, ¶ 720.6.
[712] *Thunderbird c. México* (CLA-70), ¶ 213. También, *Pope & Talbot c. Canadá*, Caso TLCAN/CNUDMI, Laudo en lo que se refiere a las Costas. 26 de noviembre de 2002 ¶¶ 8-11. También, David Caron y Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules*: *A Commentary* (2. ° Ed. 2013), págs. 870-71.
[713] Caron y Caplan, págs. 871-73.

Notificación de Arbitraje (véase la Sección VIII.C *supra*), lo que constituye un hecho censurable. La inclusión en la Reclamación de inmuebles que no eran de titularidad de las Demandantes carece de cualquier excusa razonable. Las Demandantes debían tener conocimiento de que esos 67 lotes no les pertenecían. Se trata de una cuestión de negligencia manifiesta y desconsideración de sus obligaciones y cargas en calidad de Parte en el procedimiento de arbitraje. Al hacerlo, las Demandantes perjudicaron a la Demandada quien, por ejemplo, pagó una valoración con base en información errónea proporcionada por las Demandantes, sobre hechos de los que tienen conocimiento o de los que debían tener conocimiento.

762. La complejidad de estos temas podría considerarse otro posible factor de "circunstancias del caso" particulares. El Tribunal considera que, aunque las cuestiones que se sometieron a su decisión muestran alguna complejidad técnica, por sí mismas no son especialmente complejas desde un punto de vista jurídico. Por el contrario, la complejidad del presente caso surge de las acciones y omisiones de las partes en lugar de las cuestiones objeto de controversia. El Tribunal ya ha observado *supra* (Sección VI. Antecedentes *supra*) que está claro que existen inconsistencias en los documentos y contradicciones entre las diversas autoridades de Costa Rica durante el período comprendido entre las fechas en las que las Demandantes decidieron efectuar la inversión y el momento en el que se dictó la medida cautelar y se formularon las denuncias penales en contra del Sr. Aven y del Director de Ventas y Marketing, el Sr. Damjanac. Costa Rica también presentó ante este Tribunal algunos supuestos ilícitos de las Demandantes en lo que respecta a la Concesión y al desarrollo del propio Proyecto Las Olas, pero el Estado omitió la aplicación del derecho interno a estas situaciones. Además, la complejidad de la legislación ambiental y la cantidad de organismos facultados para aplicarla pueden explicar las contradicciones mencionadas *supra*, aunque pueden también desorientar a las personas que se ocupan de cuestiones de naturaleza ambiental. Toda esta confusión ha sido, en alguna medida, una invitación a litigar.

763. Las Demandantes, por otra parte, carecieron de transparencia en su desarrollo de Las Olas. Actuaron en aras de evitar la exhibición de las características del terreno que podrían perturbar su negocio. Omitieron la divulgación del Informe Protti (párrafo 111 *supra*) y

también fraccionaron el terreno para evitar el requisito de presentar una Solicitud D1 para obtener un permiso de VA para las servidumbres (sección X.D.1(f) *supra*). Esta clase de acciones no solo socavaron el argumento de las Demandantes, sino que oscurecieron su comprensión.

764. Por último, podría tenerse en cuenta la debilidad económica del inversionista vencido al tratar el prorrateo de las costas, sobre la base general de consideraciones de acceso a la justicia. Esta cuestión es especialmente tomada en cuenta por el Tribunal, ya que las Demandantes no parecen ser inversionistas institucionales ricos, y probablemente ya hayan arriesgado una sustancial suma de dinero de su propio patrimonio al intentar desarrollar el Proyecto Las Olas.

765. En virtud del análisis precedente, el Tribunal resuelve que las Demandantes deberían pagar su parte y la de la Demandada de los honorarios y gastos de árbitros, así como los gastos administrativos del CIADI, junto con los gastos directos del arbitraje. Cada Parte deberá pagar sus propias costas y gastos.

766. Las costas del arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal, los cargos administrativos del CIADI y los gastos directos, ascienden a la suma de (en USD):[714]

Honorarios y gastos de los Árbitros	
Presidente Siqueiros	666.961,81
Sr. Baker	690.360,37
Prof. Nikken	446.450,43
Cargos Administrativos del CIADI	148.000,00
Gastos directos[715]	230,037,6
Total	**2.181.810,21**

[714] El Secretariado del CIADI proporcionará a las Partes un Estado Financiero detallado de la cuenta del caso.
[715] Esta suma incluye cargos por servicios de interpretación, estenografía, *catering* y mensajería internacional, además de otros gastos estimados relacionados con el despacho de este Laudo (envío, copias e impresiones).

767. Los costos precedentes se pagaron con los anticipos realizados por las Partes en partes iguales[716].

768. Por lo tanto, el Tribunal ordena a las Demandantes que paguen a la Demandada USD 1.090.905,10, equivalentes a la porción gastada de los pagos por adelantado hechos por la Demandanda al CIADI.

[716] El saldo restante será reembolsado a las Partes en proporción a los pagos que han adelantado al CIADI.

XIV. LAUDO

Por las razones expuestas *supra*, el Tribunal decide lo siguiente:

(1) El Tribunal tiene jurisdicción sobre ciertas reclamaciones de las Demandantes, según se han identificado, y sobre la reconvención de la Demandada;

(2) No hace lugar a las pretensiones de las Demandantes según el Artículo 10.5 del DR-CAFTA y el Anexo 10-B;

(3) No hace lugar a pretensiones de las Demandantes según el Artículo 10.7 del DR-CAFTA y el Anexo 10-C;

(4) No hace lugar a la reconvención de la Demandada según el Artículo 10 del DR-CAFTA;

(5) Ordena a las Demandantes que paguen a la Demandada USD 1.090.905,10 por la parte correspondiente que esta anticipó al CIADI por concepto de honorarios y gastos de árbitros, gastos administrativos del CIADI, así como gastos directos del arbitraje; y

(6) No hace lugar a ninguna otra pretensión ni pedido de indemnización.

Disctado en Londres, Reino Unido, en inglés y español, el 18 de septiembre de 2018.

Sr. C. Mark Baker
Árbitro

Prof. Pedro Nikken
Árbitro

Lic. Eduardo Siqueiros
Presidente del Tribunal