

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

Entre:

DAVID R. AVEN, SAMUEL D. AVEN, CAROLYN J. PARK, ERIC A. PARK, JEFFREY S. SHIOLENO, DAVID A. JANNEY Y ROGER RAGUSO

Demandantes

- y -

LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Demandada

MEMORIAL DE DÚPLICA

Presentado en representación de la Demandada por:

MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR DE COSTA RICA

Autopista Prospero Fernández,
Centro Comercial Plaza Tempo,
Costado Oeste del Hospital Cima, tercer piso, Escazú
San José, 10201, Costa Rica

HERBERT SMITH FREEHILLS NEW YORK LLP

450 Lexington Avenue, Piso 14
Nueva York, NY 10017
EE. UU.

Christian Leathley
Laurence Shore
Daniela Paez

28 de octubre de 2016

TABLA DE CONTENIDOS

I.	RESUMEN EJECUTIVO	9
A.	El Relato de las Demandantes.....	10
B.	Jurisdicción	10
C.	Derecho aplicable	11
D.	Las reclamaciones de las Demandantes carecen de fundamento.....	12
E.	Las Demandantes.....	13
F.	Las reclamaciones de las Demandantes son insostenibles.....	13
G.	Conclusión	14
II.	INTRODUCCIÓN.....	15
III.	CUESTIÓN JURÍDICA PRELIMINAR SOMETIDA A LA CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL: LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN VIRTUD DEL DR-CAFTA.....	17
A.	La interacción del Capítulo 10 del DR-CAFTA con otros Capítulos del Tratado en virtud del Artículo 10.2(1) del DR-CAFTA.....	18
B.	La interpretación precisa del Artículo 10.11 del DR-CAFTA.....	22
C.	El principio precautorio es directamente aplicable en virtud del DR-CAFTA.....	23
1.	El principio precautorio emana tanto de instrumentos internacionales como del derecho internacional consuetudinario	24
2.	El principio precautorio emana del derecho costarricense	27
3.	El contenido y efecto del principio precautorio	27
a)	El estándar "más vale prevenir que curar" como principio clave en el marco del derecho ambiental	27
b)	El efecto del principio precautorio	33
D.	El principio de no regresión como herramienta interpretativa de la legislación ambiental.....	36
IV.	EXCEPCIONES JURISDICCIONALES.....	38
A.	David Aven no es un inversionista protegido en virtud del DR-CAFTA.....	38
1.	Las reclamaciones del Sr. Aven en calidad de nacional de los EE. UU. se encuentran prohibidas, ya que el DR-CAFTA excluye las reclamaciones de personas que tienen doble nacionalidad cuya nacionalidad dominante y efectiva es de un Estado No Contratante.	38
2.	Las afirmaciones del Sr. Aven de ser nacional de los Estados Unidos constituye un ejercicio de búsqueda del tratado más favorable (<i>treaty shopping</i>) que le impide la protección del DR-CAFTA	44
3.	El Sr. Aven en su carácter de simple representante de las Demandantes no califica como "inversionistas de una Parte" en virtud del Tratado	47
B.	El Tribunal carece de jurisdicción sobre los inmuebles que no son de titularidad de las Demandantes	48

C.	El Tribunal carece de jurisdicción sobre la Concesión y el sitio de la Concesión.....	51
1.	La falta de cumplimiento de la norma de titularidad del 51% por parte de las Demandantes hace caducar su adquisición de La Canícula.....	54
2.	No se le impide a la Demandada plantear su objeción jurisdiccional.....	56
V.	LA CONDUCTA ILÍCITA E ILEGAL DE LAS DEMANDANTES HACE QUE SUS RECLAMACIONES DEVENGAN INADMISIBLES	57
A.	El ocultamiento de información por parte de las Demandantes indujo a la SETENA a otorgar la VA a las Demandantes	57
1.	Las obligaciones de las Demandantes en su calidad de desarrolladores en virtud de la legislación costarricense	57
2.	El invento de las Demandantes de una teoría de “responsabilidad compartida”.....	59
3.	Las Demandantes presentaron información inexacta e incompleta a la SETENA	61
a)	Las Demandantes no emprendieron un estudio biológico adecuado	61
b)	Las Demandantes no identificaron las áreas frágiles desde el punto de vista ambiental en su presentación del Formulario D-1	64
4.	Las Demandantes tenían conocimiento de la existencia de humedales en el Sitio del Proyecto.....	67
a)	El Informe Protti	67
ii.	El Informe Protti fue presentado por las Demandantes al SINAC en el año 2011	67
iii.	El contenido real del Informe Protti	71
iii.	El Informe Protti debería haber alertado a las Demandantes de la existencia de humedales en el Sitio del Proyecto.....	73
iv.	Las contradicciones recurrentes de las Demandantes en lo que se refiere al anegamiento en Esterillos Oeste	75
b)	El Informe Castro de la Torre	76
c)	El Informe Tecnocontrol.....	77
5.	El fraccionamiento por parte de las Demandantes de sus presentaciones de EIA ocultó la existencia de ecosistemas en el Sitio del Proyecto	77
a)	Una EIA debe ser integral y global	78
b)	El fraccionamiento de la EIA es ilegal en Costa Rica	79
c)	Las Demandantes incurrieron en el fraccionamiento en pos de inducir al error a la SETENA.....	82
B.	Las obras de las Demandantes en el sitio de Servidumbre y otros lotes requerían la obtención de una VA	84
1.	Las Demandantes comenzaron a construir una urbanización en el sitio de Servidumbres y otros lotes sin contar con una VA.....	85

2.	Las obras de las Demandantes en el sitio de Servidumbres y otros lotes no se encontraban exentas de obtener una VA de la SETENA.....	86
C.	Las actividades ilegales de las Demandantes dañaron los ecosistemas del Sitio del Proyecto.....	88
1.	A comienzos del mes de marzo de 2009, las Demandantes realizaron obras sin permisos.....	88
2.	Las Demandantes drenaron y rellenaron humedales.....	92
a)	Las Demandantes distorsionan las condiciones físicas del Ecosistema Las Olas.....	92
b)	Determinación correcta de los humedales en virtud del Derecho de Costa Rica.....	94
c)	La Metodología para la Clasificación de las Tierras no es la herramienta adecuada para identificar humedales.....	97
d)	El Segundo Informe KECE reafirma la existencia de humedales en el Ecosistema Las Olas.....	100
i.	Humedal N.º 1.....	101
ii.	Humedales N.º 2, 3 y 5.....	105
iii.	Humedal N.º 4.....	106
iv.	Humedales N.º 6, 7 y 8.....	107
e)	Las críticas de las Demandantes del Primer Informe KECE carecen de fundamento y sustento.....	108
v.	La supuesta omisión por parte de KECE de considerar los suelos hídricos como un criterio para la identificación de los humedales.....	109
vi.	La supuesta desacreditación del Informe del INTA.....	109
vii.	La identificación de KECE de especies de humedal dentro del Sitio del Proyecto.....	111
viii.	El impacto de "las carreteras públicas y de los conductos de drenaje" sobre el Ecosistema Las Olas.....	112
ix.	La interacción del Ecosistema Las Olas con el Ecosistema del Río Aserradero.....	113
f)	Crítica planteada respecto del Informe ERM.....	115
g)	Crítica al Informe de Baillie.....	116
x.	La incorrecta invocación de la Metodología para la Clasificación de la Tierra por parte de Baillie.....	116
xi.	La conclusión de Baillie de que el Humedal N.º 1 cuenta con suelos no hídricos.....	116
h)	El SINAC, la autoridad competente para identificar los humedales de Costa Rica, determinó la existencia del Humedal N.º 1 en el año 2011.....	117
i)	Las Demandantes, no Costa Rica, rellenaron y drenaron el Humedal N.º 1.....	120
3.	Las supuestas "tareas de mantenimiento" de las Demandantes afectaron un bosque.....	121

	a)	Las "críticas" del Sr. Arce de los informes de la Sra. Vargas que documentan los impactos causados por las Demandantes a un bosque desde el año 2009.....	123
	b)	Conclusiones sobre la forestación de Minor Arce	126
	c)	Crítica de las Demandantes de las conclusiones de índole forestal de KECE	127
4.		Las Demandantes siguieron realizando obras a pesar de las múltiples medidas cautelares emitidas por las agencias costarricenses.	129
	a)	Las Demandantes reconocen no haber cumplido con la Medida Cautelar del SINAC.....	129
	b)	Las Demandantes no cumplieron con la Medida Cautelar de la SETENA.....	131
D.		Actividades ilegales de las Demandantes durante la operación de la Concesión.....	134
	1.	Las violaciones constantes de las Demandantes de la norma del 51% de titularidad	135
	2.	El incumplimiento por parte de las Demandantes con el canon de la Concesión	137
	3.	Las Demandantes no comenzaron los trabajos en el término de un año	144
	4.	Otras ilegalidades de las Demandantes durante su operación de la Concesión	145
E.		Las Demandantes obtuvieron sus permisos de construcción de forma ilegal	147
F.		La Demandada no tiene impedimento alguno para alegar ilegalidades por parte de las Demandantes como obstáculo a las protecciones contempladas en el DR-CAFTA	147
VI.		LOS ANTECEDENTES DE HECHO REALES.....	154
A.		¿Quiénes son los "inversionistas" detrás del Proyecto Las Olas?	154
B.		La historia detrás de los asesores de las Demandantes	158
C.		Hechos	163
D.		Las Demandantes tenían conocimiento desde el inicio de las investigaciones llevadas a cabo por las entidades de Costa Rica.....	166
E.		Las ilegalidades de las Demandantes provocaron una preocupación realmente justificada en la comunidad de Esterillos Oeste.....	169
F.		El Documento Falsificado fue presentado a la SETENA para beneficiar al Proyecto Las Olas.....	171
	1.	El Sr. Bucelato no sabía acerca del Documento Falsificado hasta que las Demandantes se lo presentaron	172
	2.	El Sr. Martínez investigó la autoría y uso del Documento Falsificado	176
	3.	Las Demandantes se contradicen con respecto a la importancia del Documento Falsificado para el Proyecto Las Olas.....	178
G.		Los organismos costarricenses aplicaron sus propias leyes y marco normativo	181

1.	SETENA nunca confirmó la VA para la sección del Condominio "tres veces"	182
2.	Las medidas cautelares eran lícitas y seguían el procedimiento legal.....	185
3.	La Municipalidad cumplió, en todo momento, con las medidas cautelares que dictaron los organismos correspondientes contra el Proyecto Las Olas	187
4.	Las Demandantes no pueden basarse en los actos preliminares de la SETENA y del SINAC	189
H.	La Demandada cumplió con el procedimiento legal para que los intrusos desalojaran el Sitio del Proyecto.....	189
1.	Las agencias costarricenses siempre explicaron a las Demandantes su autoridad legal y margen de acción	193
2.	El actual proceso de desalojo se ajustó a la legislación aplicable y el objetivo es desalojar a los ocupantes ilegales	194
3.	Las Demandantes no demostraron ningún interés en desalojar a los ocupantes ilegales.....	196
I.	Las Demandantes no tenían "todos los permisos" para desarrollar el Proyecto Las Olas.....	198
J.	La total ignorancia del derecho costarricense por parte de las Demandantes	199
a)	La absurda exigencia de las Demandantes con respecto a los antecedentes científicos y técnicos de los vecinos para iniciar demandas.....	200
b)	Las interpretaciones personales y erróneas de la ley del Sr. Aven no son vinculantes para el Tribunal.....	203
c)	La interpretación errónea de las Demandantes de la competencia legal de la Municipalidad.....	206
d)	La atribución indebida de responsabilidad por parte de las Demandantes al Sr. Martínez con respecto al desalojo de los invasores	206
K.	El cuestionamiento inapropiado de las Demandantes de las decisiones de las dependencias costarricenses.....	207
a)	Las impresiones del Sr. Arce sobre los informes del DeGA y del SINAC	209
b)	La construcción del sistema de alcantarillado pluvial de Parrita por parte de las Demandantes.....	210
c)	La desestimación de la querrela penal del Sr. Aven contra el Sr. Bogantes	211
d)	La participación "inexistente" de la OIJ en la investigación penal	212
e)	La notificación del nuevo debate	212
f)	La notificación del TAA	213
VII.	LAS ACCIONES DE LA DEMANDADA NO PROVOCAN UNA VIOLACIÓN EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	213

VIII.	SE TRATÓ A LAS DEMANDANTES DE CONFORMIDAD CON EL NIVEL MÍNIMO DE TRATO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 10.5 DEL DR-CAFTA.....	222
A.	Las Demandantes podrían haber previsto legítimamente que la Demandada aplicaría su legislación en materia ambiental.....	222
1.	La insistencia infundada de las Demandantes en invocar el caso <i>Tecmed</i>	222
2.	El estándar de objetividad como medida de las expectativas legítimas.....	223
a)	Las supuestas expectativas legítimas de las Demandantes no surgen de un análisis objetivo	223
b)	La VA no dota de contenido a su defensa de expectativa legítima	225
c)	Costa Rica nunca ha hecho promesa específica alguna a las Demandantes de que no aplicaría su Legislación frente a violaciones ambientales.....	227
3.	Las Demandantes no pueden invocar el asesoramiento local irregular y deficiente que recibieran en pos de dotar de contenido o justificar su defensa de expectativas legítimas.....	229
a)	El Sr. Bermúdez actuó de manera negligente durante la prestación de servicios a las Demandantes	231
b)	La participación de Mussio Madrigal Arquitectos en el desarrollo del Proyecto Las Olas.....	233
i.	La “experiencia” del Sr. Mussio para determinar la existencia de humedales	234
ii.	El Sr. Mussio estaba al tanto de las irregularidades relacionadas con la existencia de humedales en el Sitio del Proyecto desde 2008.....	234
c)	El Sr. Arce brindó "asesoramiento" una vez que los bosques ya habían sido afectados	235
4.	Las alegaciones de las Demandantes sobre corrupción carecen de sustento jurídico	238
5.	El argumento de las Demandantes respecto de la Doctrina de los actos propios o “Estoppel Rule” y expectativas legítimas conforme a la legislación de Costa Rica es ajeno al DR-CAFTA.....	238
B.	No hubo denegación de justicia para con las Demandantes	242
1.	La alegación de las Demandantes de la violación del TJE es una reclamación de denegación de justicia disimulada tras una reclamación del debido proceso	243
2.	Las Demandantes no agotaron los recursos locales.....	245
3.	Incluso en el supuesto de que el Tribunal creyera que el requisito de agotamiento de los recursos locales no es aplicable al presente caso, la conducta de la Demandada no podría considerarse una denegación de justicia.....	249
4.	La Demandada les concedió a las Demandantes debido proceso en todo momento	251
a)	La Demandada no tenía el deber de notificar a las Demandantes de las investigaciones internas realizadas dentro de sus agencias locales	252

	i. Las investigaciones realizadas por la Sra. Díaz	253
	ii. Las investigaciones realizadas por el SINAC	254
	iii. Las investigaciones realizadas por el TAA	255
	iv. Las investigaciones realizadas por la Sra. Vargas	255
	v. La Notificación Roja de INTERPOL y su eliminación	256
C.	Costa Rica no incurrió en arbitrariedad	257
	1. Los tribunales penales constituyen el fuero competente para entender en reclamaciones en materia ambiental	260
	2. El principio de <i>ultima ratio</i> no invalida el principio precautorio	261
	3. El Sr. Martínez no intentó resolver ningún conflicto ocasionado por supuestas inconsistencias en los informes de las dependencias costarricenses	262
	4. El Sr. Martínez contaba con pruebas suficientes para demostrar la tentativa de delito del Sr. Aven	263
	5. El “prejuicio” del Sr. Martínez contra el Sr. Aven	266
	6. El Sr. Martínez contaba con prueba documental que demostraba el relleno de un humedal y la tala de un bosque	267
	7. El “ofrecimiento de un acuerdo extrajudicial” no requería que el Sr. Aven admitiera el delito	267
	8. Los “desastrosos y contradictorios testimonios” del juicio	268
	9. La regla de los 10 días es un mecanismo diseñado para proteger los derechos de los acusados penales en lugar de ser un “ <i>oscuro mecanismo</i> ” del proceso penal	269
	10. El Sr. Martínez no tenía la obligación de objetar a la VA ante la administración pública	271
D.	La conducta de las agencias de Costa Rica no implicó un abuso de derecho	272
	1. Las Demandantes no cumplieron con el estándar de la prueba en relación con cualquier acusación de soborno	272
	2. En cualquier caso, las alegaciones de soborno de las Demandantes no tienen ninguna incidencia en el resultado de este caso	274
	3. La Demandada dio cumplimiento de forma debida a la obligación de investigar las supuestas solicitudes de soborno	277
	4. La inclusión del Sr. Aven en la Notificación Roja de INTERPOL fue apropiada	280
IX.	LAS DEMANDANTES NO FUERON EXPROPIADAS	283
A.	Costa Rica no ha privado a las Demandantes del valor o control de su inversión	283
B.	Las expropiaciones indirectas no son imperativamente ilícitas	285
C.	La supuesta inversión de las Demandantes no está protegida en virtud del DR-CAFTA	286
	1. La supuesta inversión de las Demandantes está representada por los permisos de construcción, según las Demandantes	287
	2. Los permisos de construcción no pueden considerarse una inversión	288

D.	Las acciones de Costa Rica están cubiertas por la excepción establecida en el Inciso 4(b) del Anexo 10-C del DR-CAFTA.....	289
1.	El carácter precedente de la excepción.....	289
2.	La aplicación de la doctrina de los poderes de policía	291
X.	LAS DEMANDANTES NO TIENEN DERECHO A RECIBIR COMPENSACIÓN ALGUNA	292
C.	El Sr. Aven no tiene derecho a recibir una indemnización por daño moral.....	308
1.	Las acciones de Costa Rica no pueden considerarse como "circunstancias excepcionales"	310
2.	Las Demandantes no han rendido pruebas adecuadas a fin de demostrar cualquier daño moral causado al Sr. Aven.....	312
XI.	LA DEMANDADA TIENE DERECHO A RECLAMAR LA RESTAURACIÓN DE LAS TIERRAS	316
A.	El Capítulo 10 del DR-CAFTA prevé las reconversiones por parte de los Estados demandados.....	316
B.	La Demandada ha probado la existencia de daños a los ecosistemas en el Sitio del Proyecto.....	318
XII.	PETITORIO	320
	*ANEXO I: *ÍNDICE DE DEFINICIONES Y ABREVIACIONES.....	322
	ANEXO II: LISTA DE PROPIEDADES DEL PROYECTO LAS OLAS	323
A.	Propiedades que las Demandantes incluyeron en forma ilícita como parte de su supuesta inversión	323
1.	Propiedades ubicadas en el sitio del Condominio	323
2.	Propiedades ubicadas en el sitio de Servidumbres y otros lotes	325
B.	Propiedades cuya titularidad cambió desde el Memorial de las Demandantes	327
C.	Propiedades de las Demandantes cuya titularidad fue probada en el Memorial de las Demandantes.....	328
D.	Propiedades de las Demandantes cuya titularidad fue probada en el Escrito de Respuesta de los Demandantes.....	329
E.	Propiedades que las Demandantes admitieron que no les pertenecían.....	330

I. RESUMEN EJECUTIVO

1. Las Demandantes han planteado una controversia de derecho interno, perfectamente susceptible de ser resuelta ante los tribunales nacionales de Costa Rica. Sin embargo, las Demandantes han optado por ignorar la jurisdicción de estos tribunales al creer que, de ese modo, podrían evitar abordar su incapacidad de plantear una postura en virtud del derecho interno de Costa Rica. El presente memorial demuestra que, en virtud del DR-CAFTA, así como los tribunales locales, las Demandantes no tienen una reclamación sostenible.
2. La Demandada acepta que, desde la perspectiva de las Demandantes, existe una controversia entre las Demandantes y las autoridades con las que trabajaban. En efecto, algunos elementos de dicha controversia aún no se han resuelto. Dicha controversia se refiere directamente a las agencias y los órganos judiciales y administrativos competentes que están autorizados a proteger el medioambiente de Costa Rica, al mismo tiempo que respaldan y protegen los derechos legítimos que las Demandantes pueden tener en Costa Rica.
3. Sin embargo, las instituciones costarricenses no han tenido la oportunidad de concluir dichas actuaciones, y las Demandantes no han mostrado interés en continuarlas. Las Demandantes están decepcionadas por la manera en que la protección del medioambiente interfiere en sus intereses y planes de desarrollo, y, hasta el momento, enfrentan la perspectiva de tener que reconsiderar en forma significativa sus ambiciones adaptándose a la existencia de humedales.
4. No obstante, el mero descontento de las Demandantes con un resultado (o una serie de resultados) no califica como fundamento sólido (menos aún permisible) para plantear una reclamación de derecho internacional en contra de un Estado soberano. Y, sin embargo, el presente arbitraje es eso – se trata de una apelación – una reclamación extemporánea planteada en desconocimiento de la legislación y los procedimientos de Costa Rica. Se trata de una apelación planteada no ante el foro competente, sino ante un tribunal que, si entendiera en la presente controversia, le abriría las puertas a la posibilidad de que todos y cada uno de los inversionistas molestos pasen por alto los procedimientos internos legítimos.
5. La conducta procesal de las Demandantes es inadecuada, al igual que su conducta en Costa Rica durante varios años. Es inaceptable invertir en un país que es conocido en el ámbito internacional por sus estrictas leyes y políticas ambientales, para luego ignorar las reglas y legislación cuando no coinciden con las preferencias propias. El principio de legalidad no excusa un comportamiento semejante de parte de un inversionista. De

hecho, es irónico que las Demandantes se quejen de no haber recibido las protecciones adecuadas en virtud del derecho internacional cuando las propias Demandantes son las que ignoran el debido proceso al que adhirieron en el momento en que pisaron Costa Rica.

A. El Relato de las Demandantes

6. Las Demandantes se han esforzado mucho por narrar un relato que, según ellas, sustenta sus reclamaciones. El arbitraje internacional a menudo invita a narrativas semejantes a fin de consolidar una cronología o conjunto complejo de hechos. Sin embargo, el relato de las Demandantes se cuenta a costa de hechos objetivos y eminentemente demostrables y en desconocimiento de ellos. En particular, sus argumentos están repletos de tantos errores y omisiones de hecho como para plantear dudas en cuanto si las Demandantes realmente entienden su propio predicamento.
7. Tal como se observó en el Memorial de Contestación de la Demandada, en el primer Memorial de las Demandantes no hay conexión alguna entre los hechos y el derecho. El Escrito de Respuesta de los Demandantes avanza poco en este aspecto. Por consiguiente, la Demandada tiene que armar un escrito para explicar con coherencia el modo en que deberían interpretarse las normas de derecho internacional aplicables.

B. Jurisdicción

8. Las Demandantes alegan que la excepción jurisdiccional de la Demandada fue inventada para evitar participar en la controversia por temor a tener que abordar las supuestas omisiones. Este no es un comentario constructivo o preciso. En este caso, la postura de las Demandantes en materia de jurisdicción es profundamente defectuosa. En primer lugar, el Sr. Aven ha invocado exclusivamente su nacionalidad italiana en cada paso de su compromiso personal y profesional en Costa Rica – hasta que llegó a plantear una reclamación en virtud del DR-CAFTA. En ese momento, él convenientemente proclama su ciudadanía estadounidense. Las disposiciones explícitas del DR-CAFTA están diseñadas para evitar precisamente una situación de tal naturaleza. En consecuencia, este Tribunal carece de jurisdicción para entender en su reclamación.
9. En segundo lugar, las Demandantes en general no han probado que son propietarias de todas las parcelas que conforman el Sitio del Proyecto Las Olas. A pesar de solicitudes reiteradas, las Demandantes no han ofrecido las pruebas faltantes en el marco del presente arbitraje. Asimismo, la Demandada ha analizado desde el punto de vista forense las pruebas rendidas e identifica quiebres importantes en la cadena de titularidad. La obligación de las Demandantes de probar la titularidad no es discrecional, sino

fundamental. En función de esto, la jurisdicción del Tribunal se encuentra comprometida y debe rechazar las reclamaciones correspondientes en relación con 78 parcelas que padecen estas deficiencias. Tal como establece la presente Dúplica, el porcentaje de tierras que se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal es sustancial.

C. Derecho aplicable

10. Incluso si se asumiera que el Tribunal goza de jurisdicción (lo que no se admite), el Tribunal debería rechazar todas las reclamaciones. Antes de considerar las reclamaciones sobre su fondo respectivo, el obstáculo más importante para las reclamaciones de las Demandantes es su interpretación errónea del Capítulo 17 junto con el Capítulo 10 del DR-CAFTA.
11. Independientemente de lo que dispone el TLCAN, el DR-CAFTA claramente intenta proteger los medioambientes de las Partes de manera específica. Dicha protección adopta en forma inequívoca el rigor de la legislación ambiental interna que no debería ser comprometida por las protecciones del Capítulo 10. Por ende, tal deferencia es sumamente importante para la evaluación por parte del Tribunal de la aplicación del DR-CAFTA a la presente controversia. En este sentido, antes de siquiera considerar las normas contenidas en el Capítulo 10, la cuestión preliminar que enfrenta el Tribunal consiste en determinar el modo en que debería aplicarse el Capítulo 10, en su caso, en el contexto de la legislación ambiental en vigencia.
12. Las Demandantes aseveran que la protección ambiental comprendida en el Capítulo 10 del DR-CAFTA (Artículo 10.11), que es el punto de contacto en virtud del cual los dos capítulos deberían conciliarse, es "exhortativa". Ningún otro escrito de las Demandantes ilustra mejor su intento desinformado e infundado de marginar el derecho ambiental. El derecho ambiental (tanto nacional como internacional) es un cuerpo de derecho íntegro. Ocupa más de un capítulo entero del DR-CAFTA y constituye la columna vertebral del emprendimiento económico costarricense. Considerar la priorización expresa de la protección ambiental por parte del DR-CAFTA meramente "exhortativa" destruye la credibilidad de las Demandantes en lugar de construir su postura.
13. La interpretación errónea del principio precautorio y del hecho de que deriva del DR-CAFTA, del derecho internacional consuetudinario y del derecho costarricense es parte integrante de la falta de apreciación de las Demandantes. Lo mismo puede decirse respecto del principio preventivo y del principio de no regresión, ambos de los cuales son esenciales en aras de entender la forma en que se garantiza la protección ambiental como cuestión práctica.

D. Las reclamaciones de las Demandantes carecen de fundamento

14. Si bien las Demandantes marginan la relevancia del derecho ambiental costarricense, no pueden evitar las diversas ilegalidades cometidas en relación con Las Olas. La ilegalidad torna inadmisibles las reclamaciones de las Demandantes. Las Partes en el DR-CAFTA en ninguna circunstancia acordaron que las inversiones ilegales gozarían del beneficio de la protección del Capítulo 10. Las Demandantes proponen erróneamente que la ilegalidad es una cuestión que ha de resolver el Tribunal sólo en circunstancias de impugnación jurisdiccional y sólo como cuestión preestablecida. Esto es incorrecto. La protección del DR-CAFTA en ningún caso puede extenderse a una inversión que no reúne los requisitos para ser considerada lícita. Se trata de un requisito inherente, implícito y permanente a lo largo del plazo de duración de la inversión. La determinación de la legalidad al momento del pre-establecimiento es una foto. Esa cuestión no es objeto de debate en el contexto del presente arbitraje. Sin embargo, la consulta del Tribunal en cuanto a si una presunta inversión puede beneficiarse de la protección del tratado hasta el momento temporal en que surja una controversia se encuentra inherentemente ligada a la cuestión de la admisibilidad. En la cima de la lista de cuestiones que pueden determinar la admisibilidad se encuentra la legalidad de la propia inversión.
15. Tal como se establecerá *infra*, hay amplias causales de ilegalidad. Además de evidenciar el modo en que las Demandantes malinterpretaron sus obligaciones en virtud del derecho costarricense, la lista de ilegalidades es una consideración preliminar relevadora de la cantidad de causales que existen para desestimar las reclamaciones sobre la base de la admisibilidad.
16. Las ilegalidades son casi demasiado amplias para enumerarlas, pero ninguna de ellas es más representativa de las faltas de las Demandantes que el ocultamiento del Informe Protti. Este informe identificaba los humedales que, tal como han probado los peritos de la Demandada, siguen existiendo – conclusión con la que los peritos de las Demandantes también coinciden. El ocultamiento de este informe es vital a fin de entender la manera en que las evaluaciones posteriores por parte de las agencias costarricenses se vieron comprometidas. Por ende, es aún más increíble que las Demandantes se quejen del descubrimiento de humedales en un momento ulterior cuando sabían que existían desde el comienzo.
17. Las ilegalidades incluyen las siguientes: Se presentó información incompleta ante la SETENA; otros informes además del Informe Protti también identificaron señales de alerta en términos de la existencia de humedales; se procedió a la fragmentación de las evaluaciones de impacto ambiental en violación del derecho costarricense; la construcción ilícita comenzó en la propiedad en el mes de marzo de 2009; obras ilegales dañaron el

ecosistema existente en Las Olas; los humedales fueron drenados y rellenados; los trabajos "de mantenimiento" afectaron los bosques en el sitio; y las Demandantes continuaron con el desarrollo en violación de las medidas cautelares que se dictaron en contra del Sitio del Proyecto. Esta no es una lista taxativa de las ilegalidades, que, en forma individual y colectiva, les impiden a las Demandantes invocar la protección que ofrece el DR-CAFTA.

E. Las Demandantes

18. La credibilidad y el prestigio profesional de las Demandantes ante este Tribunal se ven seriamente menoscabados a la luz de las conclusiones que identifica el Sr. Hart. Las Demandantes están plagadas de negocios fallidos, antecedentes de quiebras no reveladas, abusos de confianza y escándalos. Asimismo, su arquitecto y el testigo principal de las Demandantes, el Sr. Mussio, participó en un proyecto separado que colapsó estrepitosamente por una serie de violaciones similares a las del presente arbitraje.
19. Esto es de particular relevancia para el Tribunal debido a que la veracidad de las Demandantes es puesta en duda directamente en virtud de sus alegaciones carentes de sustento en contra de los funcionarios costarricenses. A pesar de muchos años de posible recolección de pruebas, no existen evidencia alguna en sustento de las reclamaciones de conducta administrativa. Dichas alegaciones, en virtud del derecho tanto internacional como inglés (en tanto derecho de la sede del arbitraje), no pueden respaldarse sin prueba clara y concluyente. No existe prueba semejante.
20. Los hechos que las Demandantes simplemente expresan de manera errónea también disminuyen su credibilidad. Parte importante del presente Memorial de Dúplica se dedica a identificar dichos errores. Puesto que son demasiadas para resumir aquí, invitamos al Tribunal a considerar las muchas ocasiones en que las Demandantes y sus testigos (y peritos) se equivocan con respecto a los hechos. En síntesis, la falta de credibilidad de las Demandantes es un fiel reflejo de sus reclamaciones.

F. Las reclamaciones de las Demandantes son insostenibles

21. Las Demandantes invocan dos violaciones del DR-CAFTA: expropiación y TJE. Queda claro que ninguna presunta inversión ha sido expropiada. No ha habido privación permanente o sustancial – y el mero hecho de que las Demandantes traten la situación de manera binaria de tener "todo o nada" no permite la caracterización de cualquier compromiso de sus planes de desarrollo como expropiación.

22. En relación con el TJE, las Demandantes concentran sus esfuerzos en una violación de las expectativas legítimas. Sin embargo, aquí es donde las Demandantes pisan un terreno inestable. Las expectativas legítimas razonables y objetivas de cualquier presunto inversionista se evalúan al momento en que realizan su supuesta inversión y sobre la base de su buena fe. Tal como el derecho internacional sostiene en forma inequívoca, la expectativa objetiva incorpora de lleno las leyes y regulaciones de Costa Rica. Además, incorpora de lleno la expectativa plena de que dichas leyes y regulaciones sean ratificadas y ejecutadas con toda la fuerza de la ley, por las instituciones pertinentes, en el momento permisible y de manera lícita.
23. La ignorancia por parte de las Demandantes del derecho costarricense también es la razón por la cual el Memorial de Dúplica de la Demandada se extiende por tantas páginas. Cuando el Tribunal se sumerja en los detalles de la presente controversia, se pondrá de manifiesto precisamente cuán lejos estaban las Demandantes de un entendimiento adecuado del derecho costarricense.
24. Como parte de su reclamación TJE, las Demandantes alegan una violación del debido proceso. El hecho de que el DR-CAFTA encuadre la obligación de debido proceso junto con la promesa de no denegar justicia es de relevancia. En virtud del derecho internacional, no puede plantearse ninguna reclamación de denegación de justicia sin agotar los procedimientos internos. Asimismo, el Sr. Aven simplemente ha huido.
25. Se demuestra que a justicia administrada por los tribunales penales de Costa Rica ha sido legítima y completamente permisible. La Jueza Chinchilla confirma que la conducta del Sr. Martínez fue en todo momento totalmente aceptable. Esto incluye la emisión de la Notificación Roja en contra del Sr. Aven que también era totalmente aceptable.

G. Conclusión

26. En definitiva, el caso no debe prosperar por un simple hecho. Tanto las Demandantes como la Demandada han confirmado la existencia de diversos humedales en el Sitio del Proyecto. Por lo tanto, de plena conformidad con el derecho internacional e interno, las autoridades costarricenses han cumplido con su responsabilidad mediante la protección de un área que albergaba humedales y bosques. Las Demandantes no han logrado sustentar una violación del estándar TJE ni han probado que este sea un caso de expropiación. Por el contrario, la Demandada ha actuado con diligencia dentro del ámbito de aplicación del derecho internacional e interno y de buena fe, continuando con su larga tradición de estricta observancia del principio de legalidad y protección ambiental.

27. La Demandada le solicita respetuosamente al Tribunal que desestime todas las reclamaciones y le otorgue a la Demandada los todos los costos en que ha incurrido a efectos de esta reclamación engañosa.
28. La Demandada le pide disculpas al Tribunal por la extensión de esta presentación. La extensión resulta de una frustración de la necesidad de responder a las diversas alegaciones de las Demandantes, incluida la aclaración de los hechos que las Demandantes han expuesto de manera errónea en reiteradas oportunidades.

II. INTRODUCCIÓN

29. Conforme al Anexo A de la Resolución Procesal N.º 1 de fecha 10 de septiembre de 2015, la República de Costa Rica ("**Costa Rica**" o "**Demandada**") presenta respetuosamente este Memorial de Dúplica en sustento de su defensa en contra del procedimiento de arbitraje iniciado por el Sr. David Richard Aven, el Sr. Samuel Donald Aven, la Sra. Carolyn Jean Park, el Sr. Eric Allan Park, el Sr. Jeffrey Scott Shioleno, el Sr. David Alan Janney y el Sr. Roger Raguso ("**Demandantes**") con arreglo a los Artículos 10.16 y 10.28 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos ("**DR-CAFTA**" o el "**Tratado**").
30. El presente Memorial de Dúplica se presenta en respuesta al Escrito de Respuesta de las Demandantes de fecha 5 de agosto de 2016 ("**Escrito de Respuesta de los Demandantes**").
31. En sustento de su defensa, la Demandada invoca las declaraciones testimoniales de las siguientes personas:
 - Sra. Hazel Díaz;
 - Sra. Mónica Vargas;
 - Sr. Luis Martínez;
 - Sr. Julio Jurado.
32. La Demandada también invoca los informes periciales de las siguientes personas:
 - Sr. Kevin Erwin de Kevin Erwin Consulting Ecologist, Inc. (El "**Segundo Informe KECE**");
 - Dres. Johan Perret y B.K. Singh de Green Roots Consultants, científicos de suelos con sede en Costa Rica que realizaron un estudio de suelos en el Sitio del Proyecto y

prepararon un informe de suelos en sustento de la Demandada (el "**Informe Green Roots**");

- Dra. Rosaura Chinchilla Calderón, Jueza de apelaciones del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, que revisó el desarrollo del procedimiento penal en curso en contra del Sr. Aven;
- Dr. Timothy Hart de Credibility Consulting LLC (el "**Segundo Informe Hart**").

33. La Demandada también invoca los anexos documentales y autoridades legales enumerados en los índices con hipervínculos adjuntos.

III. CUESTIÓN JURÍDICA PRELIMINAR SOMETIDA A LA CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL: LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN VIRTUD DEL DR-CAFTA

34. La Demandada considera que el marco jurídico en torno al presente caso debería considerarse como cuestión preliminar. Es fundamental entender el derecho aplicable a la controversia que nos ocupa, así como encuadrar las particularidades que las cuestiones ambientales le aportan al presente caso. La cuestión clave consiste en determinar la manera en que los Artículos 10.2(1) y 10.11, y el Capítulo 17 del DR-CAFTA deberían interpretarse en forma conjunta.
35. La postura de la Demandada es congruente con el derecho internacional. El Tribunal no debería leer el Capítulo 10 del DR-CAFTA en forma aislada del resto del Tratado – en efecto, el derecho internacional no lo permite. Además, no podría leerse sin tener en cuenta los convenios internacionales y el derecho costarricense en materia de protección ambiental.
36. En este aspecto, el Dr. Jurado en su segunda declaración testimonial explica lo siguiente:
- "Es importante destacar que tratándose de un tema ambiental, deben además integrarse a este análisis los principios del derecho ambiental ya señalados como el principio precautorio, el principio preventivo, el principio de la objetivación de la tutela ambiental, el de irreductibilidad de los ecosistemas y el principio de no regresión"¹.
37. Tal como explicaremos *infra*, estos principios son reconocidos tanto por el derecho costarricense como por el derecho internacional. Actúan como importantes principios de facilitación a efectos de la conciliación de los Capítulos 10 y 17 del DR-CAFTA.
38. Las Demandantes sugieren que "los derechos [o] responsabilidades de Costa Rica...con respecto a la implementación de normas del derecho internacional ambiental en su régimen jurídico municipal" no son relevantes para la cuestión que nos ocupa, culpando a la Demandada por diluir sus normas ambientales para atraer inversiones².
39. Las Demandantes también consideran los argumentos de la Demandada acerca del derecho aplicable a la presente controversia "*insostenible*"³. En este aspecto, ofrecen su propia lectura en cuanto a la interpretación que se le debería asignar, restándole importancia al mismo tiempo a las implicancias del principio precautorio y del principio de acción preventiva en el caso que nos ocupa.

¹ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 187.

² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 67.

³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, Sección II.C.

40. Sin embargo, adherir a la postura de las Demandantes implicaría un malentendido absoluto respecto de la concepción del funcionamiento del DR-CAFTA. Dichos principios (que se describirán brevemente *infra*) fueron adoptados por el DR-CAFTA, y cualquier intento por parte de las Demandantes de abandonarlos significaría abandonar la propia sustancia de la protección ambiental a que las Partes en el DR-CAFTA adhirieron al momento de negociar y suscribir el tratado.

A. La interacción del Capítulo 10 del DR-CAFTA con otros Capítulos del Tratado en virtud del Artículo 10.2(1) del DR-CAFTA

41. Las Demandantes alegan que el argumento de la Demandada acerca de la relación entre el derecho internacional de inversiones y el derecho ambiental establecido en el Artículo 10.2(1) del DR-CAFTA "*falsea[] [...] []el lenguaje explícito del Artículo 10.2(1), que requiere que primero se encuentre una 'inconsistencia' entre los Capítulos antes de llegar a la conclusión de que las cláusulas de otro Capítulo prevalecerán 'en la medida de la inconsistencia'*"⁴. Dada "*la omisión del Demandado de exponer algún ejemplo de incompatibilidad sobre el cual fundamentar su argumento de supresión del Capítulo 17*"⁵, las Demandantes consideran que la alegación de la Demandada debería desestimarse.

42. No existe una interpretación errónea semejante del Artículo 10.2(1) del DR-CAFTA. Por el contrario, la lectura restrictiva por parte de las Demandantes del Artículo 10.2(1) contradice la *raison d'être* de la disposición. El Capítulo 10 no es un capítulo independiente, sino que forma parte de un acuerdo comercial más amplio, que proporciona un espacio de políticas expreso y deliberadamente acordado en relación con el medioambiente en el Capítulo 17. En este sentido, el intento de las Demandantes de realizar una interpretación restrictiva del Artículo 10.2(1) supone una interpretación drásticamente expandida del Capítulo 10 del DR-CAFTA, que reduce notablemente, si no anula, la política competitiva de Costa Rica destinada a proteger el medioambiente. Por ende, permitir que el Capítulo 17 se torne redundante, ignoraría la intención de las Partes Contratantes en el DR-CAFTA.

43. Asimismo, la lectura restrictiva de las Demandantes contradice el DR-CAFTA en su conjunto. El DR-CAFTA contiene otras referencias (además de los Artículos 10.11 y 17.2) relevantes para la relación entre el derecho internacional de inversiones y el derecho ambiental internacional. Como ilustración de la manera en que el espacio de políticas ambientales debía ser protegido, su Preámbulo menciona expresamente lo siguiente:

⁴ Íd., párr. 53.

⁵ Íd., párr. 56.

"[...] IMPLEMENTAR este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente, promover el desarrollo sostenible y fortalecer la cooperación en materia ambiental;

PROTEGER y conservar el medio ambiente y mejorar los medios para hacerlo, incluso mediante la conservación de los recursos naturales en sus respectivos territorios [...]"⁶.

44. Parece bastante obvio que la insistencia de las Demandantes en una lectura parcial del Capítulo 10 del DR-CAFTA —como si cada uno de los Capítulos fueran compartimentos separados— se basa en la inquietud porque cualquier interpretación a la luz del derecho ambiental sea fatal para sus reclamaciones, lo que es cierto.
45. Las Demandantes también argumentan que la Demandada no expuso ejemplos de incompatibilidad en virtud de los cuales el Capítulo 17 suprimiría las protecciones de las inversiones⁷. Sin embargo, existe incompatibilidad entre el Capítulo 10 y el Capítulo 17— que fue correctamente planteada por la Demandada en su Memorial de Contestación— en el sentido de que la supuesta decisión de Costa Rica de "paralizar" el Proyecto Las Olas (para utilizar la caracterización engañosa de las Demandantes) fundada en cuestiones ambientales no podría considerarse una medida de inversión compensable⁸.
46. En sustento de su argumento, las Demandantes alegan que el Artículo 10.2(1) refleja el Artículo 1112 del TLCAN, argumentando que, en los casos en que dicho Artículo tenía que aplicarse, *"no puede emplearse para debilitar las protecciones que otorga el capítulo de inversiones, a menos que la parte actora pueda demostrar que existe un conflicto o inconsistencia específico en cuanto a la interpretación de una cláusula sobre inversiones"*⁹ y que *"un solapamiento no es necesariamente [in]congruencia"*¹⁰.
47. En primer lugar, dicha postura contradice expresamente el Artículo 17.2(2) del DR-CAFTA, que dispone que no dejará sin efecto o derogará su legislación interna en materia ambiental de una manera que reduzca la protección allí prevista en aras de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión. Por consiguiente, la promoción de inversiones no debería debilitar o reducir la protección otorgada por la legislación interna en materia ambiental.

⁶ **RLA-116**, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, 7 de octubre de 2007, Preámbulo. Véanse también: **RLA-6**, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, 7 de octubre de 2007, Capítulo Diez, Artículo 10.11; y **RLA-117**, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, 7 de octubre de 2007, Capítulo Diecisiete, Artículo 17.2.

⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 56.

⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 459.

⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 54.

¹⁰ *Ibid.*

48. De hecho, Costa Rica equilibró los dos intereses hacia las Demandantes: ha adoptado medidas a efectos de proteger los humedales y bosques, mientras que ha respetado los derechos de propiedad de los inversionistas permitiéndoles desarrollar su inversión si cumplían con determinados requisitos — reducir el impacto del Ecosistema Las Olas— sobre los humedales y bosques. Todo lo que las Demandantes tenían que hacer era observar y respetar la legislación y los procedimientos ambientales de Costa Rica y, ahora, podrían estar gozando de los frutos de un desarrollo solidario con las condiciones ambientales sensibles que claramente existen.
49. Las Demandantes le agregan a su postura que, si el Tribunal aplicara el principio precautorio y el principio preventivo como principios generales de derecho internacional — lo que, tal como ya se ha afirmado, no es lo que alega la Demandada—, *"todavía sería inadecuado basarse en ellos porque ninguno podría ser debidamente interpretado como [protector] de los derechos e intereses económicos de los extranjeros"* de conformidad con el Anexo 10-B¹¹.
50. El Anexo 10-B hace referencia al entendimiento del derecho internacional consuetudinario con respecto al nivel mínimo de trato, que es diferente de la alegación de la Demandada acerca del derecho aplicable a la controversia. El mandato del Artículo 17.2(2) del DR-CAFTA según el cual la promoción de inversiones no debería debilitar o reducir la protección otorgada por la legislación interna en materia ambiental aún es aplicable en relación con el Anexo 10-B.
51. En segundo lugar, el efecto del Artículo 1112 del TLCAN no puede replicarse en la misma medida que el DR-CAFTA. En realidad, el último aborda cuestiones ambientales de manera más desarrollada que el TLCAN. En efecto, se ha sostenido lo siguiente:
- "La diferencia principal entre el TLCAN y el CAFTA se relaciona con el manejo de las cuestiones laborales y ambientales. Tal como se destacara *supra*, en el TLCAN, se agregaron a través de dos tratados secundarios negociados con posterioridad al tratado económico principal. Los negociadores del CAFTA, por otro lado, manejaron los tres pilares en las mismas charlas; en consecuencia, el CAFTA cubre las cuestiones laborales y ambientales en los capítulos 16 y 17, respectivamente. **Por ende, incluye el paradigma de desarrollo sostenible**"¹² (énfasis agregado) [Traducción libre]
52. En tercer lugar, el Artículo 10.2(1) no podría evaluarse *in abstracto*, tal como lo hacen las Demandantes en su Escrito de Respuesta cuando aluden a la jurisprudencia del TLCAN en relación con el Artículo 1112 sin tener en cuenta cuáles eran los capítulos

¹¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 65.

¹² **RLA-95**, John R. McIntyre y Vera Ivanaj, Multinational enterprises and sustainable development; a review of strategy process research, en McIntyre y otros (eds), *Multinational Enterprises and the Challenge of Sustainable Development* (Edward Elgar Publishing Limited 2009) 9.

"competitivos". De hecho, la mayoría de los casos que plantean las Demandantes no estaban vinculados a cuestiones ambientales¹³ y, cuando se abordaron cuestiones ambientales, se hizo indirectamente¹⁴.

53. Las Demandantes también recurren al Artículo 59(1)(b) de la CVDT en cuanto al concepto de incompatibilidad y concluyen que "no existen motivos para suponer que pedir al Demandado que rinda cuentas por sus vulneraciones de los Artículos 10.5 y 10.7 supondría, en modo alguno, ser incongruente con las cláusulas del Capítulo 17"¹⁵. Cabe destacar que las Demandantes no le recuerdan al Tribunal que el Artículo 59 trata la "Terminación de un Tratado o Suspensión de su Aplicación Implícitas como Consecuencia de la Celebración de un Tratado Posterior". Esto no influye en la situación actual – y la mera búsqueda de la palabra "incompatibilidad" que se supone que es de aplicación en el presente caso es, cuanto menos, primitiva.
54. No estamos aquí en una situación en la que exista una terminación propuesta del DR-CAFTA, y, por lo tanto, las normas de incompatibilidad carecen de relevancia. Aquí nos enfrentamos a la reconciliación de dos capítulos dentro del mismo tratado. Por consiguiente, el Artículo 59 de la CVDT es totalmente inaplicable. En realidad, el intento de las Demandantes de invocar el Artículo 59 en su lugar evidencia su idea profundamente equivocada de lo que contempla el DR-CAFTA. Las Partes Contratantes en el DR-CAFTA contemplaron claramente una situación en la que otras normas de protección se verían comprometidas por las normas de protección del Capítulo 10.
55. Por último, las Demandantes alegan que ellas hacen lo siguiente:
- "[R]econocen que es necesario adherirse a las convenciones aceptadas del derecho internacional consuetudinario a la hora de interpretar un tratado, en virtud de las cuales es posible que el texto contenido en una sección del mismo pueda citarse para contextualizar la interpretación de otra sección del tratado"¹⁶.
56. Esta afirmación se realizó en el contexto de exigirle al Tribunal que considere las obligaciones que Costa Rica asumió en el Artículo 17.3 del DR-CAFTA a fin de analizar cómo debería interpretarse el principio de debido proceso en las circunstancias del caso que nos ocupa. La postura de las Demandantes refuerza claramente el argumento de la Demandada de que el Tratado debería leerse como un todo.

¹³ CLA-140, *Fireman's Fund Insurance Company c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/02/1, Decisión sobre la Cuestión Preliminar, 17 de julio de 2003, párr. 71; CLA-138, *United Parcel Service of America Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, párr. 62. Véase también CLA-137, *Pope & Talbot c. Canadá*, CNUDMI, Decisión sobre Petición Preliminar del Gobierno de Canadá, 26 de enero de 2000, párrs. 26, 33.

¹⁴ CLA-135, *Ethyl Corporation c. Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, párr. 63; CLA-43, *S.D. Myers c. Canadá*, Tribunales CNUDMI/TLCAN, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 297.

¹⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 57.

¹⁶ *Id.*, párr. 71, nota al pie 29.

57. Si bien el Artículo 10.2(1) del DR-CAFTA es bastante claro en el sentido de que articula la intención de las Partes de aplicar otros Capítulos sobre el Capítulo 10 cuando hay una desconexión entre sus disposiciones, debería leerse junto con el Artículo 10.11 del DR-CAFTA y los principios internacionales de derecho ambiental directamente aplicables a través del DR-CAFTA.

B. La interpretación precisa del Artículo 10.11 del DR-CAFTA

58. A efectos de evitar "inquietudes en materia ambiental" que pudieran afectar sus reclamaciones, las Demandantes alegan que "[e]l Artículo 10.11 indica que, incluso cuando existen tales 'inquietudes en materia ambiental', el estado anfitrión siempre deberá comportarse de manera congruente con los compromisos asumidos en el Capítulo 10 en materia de tratamiento de inversionistas extranjeros y sus inversiones"¹⁷. Dicha afirmación supone una interpretación completamente opuesta a lo que el Artículo pretende disponer. En esencia, las Demandantes proponen que el Capítulo 10 supere todo – algo que el Capítulo 10 definitivamente no prevé.

59. El Artículo 10.11 del DR-CAFTA establece lo siguiente:

"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 o se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental**"¹⁸. (énfasis agregado)

60. Esta disposición es clara en cuanto a las medidas que una parte puede tomar a fin de garantizar que la inversión tome en cuenta el medioambiente¹⁹. Esto no significa que las Partes Contratantes deban comportarse de modo compatible con los compromisos asumidos en virtud del Capítulo 10 incluso cuando haya inquietudes en materia ambiental. La postura de las Demandantes representa un malentendido absoluto de la norma contenida en el Artículo 10.11. Un error (o reescritura forzada del Capítulo 10 del DR-CAFTA) de tal naturaleza es un defecto contundente en un pilar central del presente caso. Respetuosamente, nos gustaría invitar al Tribunal a tomar especial nota de esta lectura considerablemente errónea del DR-CAFTA, en tanto explica la fragilidad de los fundamentos de la postura de las Demandantes.

61. Las Demandantes también alegan que las Partes en el DR-CAFTA, en virtud de esta disposición:

¹⁷ Íd., párr. 60.

¹⁸ RLA-6, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, 7 de octubre de 2007, Capítulo Diez, Artículo 10.11.

¹⁹ **RLA-86**, Christina L Beharry y Melinda E. Kuritzky, "Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration" (2015) 30(3) American University International Law Review 383, 383-430, 391, nota al pie 31.

"[A]doptaron la propuesta de que las 'inquietudes en materia ambiental' no pueden invocarse como excusa para actuar de manera incongruente con las obligaciones que asumieron para beneficio de los inversionistas del DR-CAFTA y sus inversiones en el Capítulo 10"²⁰.

62. Las Demandantes no podrían interpretar de manera más errónea la intención de las Partes en el DR-CAFTA. El Artículo 10.11 prioriza las medidas adoptadas "por lo demás compatibles" con el Capítulo 10, con el propósito de proteger cuestiones ambientales respecto de todas las demás disposiciones del capítulo.
63. Tanto el Artículo 10.2 como el Artículo 10.11 del DR-CAFTA persiguen el mismo propósito: manifiestan la intención de las Partes de darle prioridad a otros Capítulos del DR-CAFTA sobre el Capítulo 10 y, más expresamente, al Capítulo 17. Esta es una limitación perfectamente normal que no requiere la contorsión que proponen las Demandantes a fin de comprender su relevancia a los fines del presente caso.
64. Tal como se estableciera en el Memorial de Contestación de la Demandada, es necesario revisar el Capítulo 17 para entender la meta del DR-CAFTA en términos del diseño de políticas en la esfera ambiental²¹. Sorprendentemente, las Demandantes no plantearon argumento alguno en cuanto a la relevancia de los Artículos 17.1, 17.2 y 17.3 al caso en cuestión. Por consiguiente, la Demandada respalda los párrafos 443-444 y 446-459 de su Memorial de Contestación, en que confirmaba que el Artículo identifica la necesidad de ejecución de la legislación interna en materia ambiental.

C. El principio precautorio es directamente aplicable en virtud del DR-CAFTA

65. Las Demandantes sugieren lo siguiente:
- "[E]l Demandado procede a citar una serie de instrumentos internacionales, claramente sin más intención que un efecto declarativo [...]"²².
- "[E]l Demandado omite explicar cómo debería incorporar el Tribunal estos supuestos principios [principio precautorio y el principio de acción preventiva, entre otros principios] en su análisis interpretativo"²³.
66. Las afirmaciones de las Demandantes son engañosas. La aplicabilidad de principios ambientales al caso que nos ocupa —el principio precautorio siendo una de las normas prominentes de derecho ambiental internacional²⁴— no es consecuencia de una interpretación jurídica por parte de la Demandada de lo que debería ser el marco jurídico de la controversia, sino resultado del texto del propio DR-CAFTA.

²⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 60.

²¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 437, 442-443.

²² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 62.

²³ *Ibíd.*

²⁴ **RLA-106**, Matthias Herdegen, *Principles of International Economic Law* (Oxford University Press 2013) 122.

67. Tal como se estableciera en el Memorial de Contestación de la Demandada²⁵, el Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA dispone, en su parte pertinente, lo siguiente: “*el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con [el DR-CAFTA] y con las normas aplicables del derecho internacional*”²⁶. La consecuencia de dicha disposición es que las normas y los principios ambientales previstos en el derecho tanto interno como internacional se tornan aplicables:

"[Q]ueda algo de lugar para la posible aplicación de normas ambientales que emanan del derecho tanto interno como internacional. Tal como destacaran dos comentaristas con respecto a la posible aplicación del derecho en materia de derechos humanos: 'las disposiciones en materia de derechos humanos [y, por analogía, ambientales] son aplicables en la medida en que se incluyan en la elección del derecho aplicable de las partes'²⁷. [Traducción libre]

68. Las Demandantes alegan que "el Demandado intentó que el Tribunal interpretase que estos dos así llamados principios han alcanzado la categoría de principios generales... Sin embargo, ninguno de estos así llamados principios ha alcanzado la categoría de principio general"²⁸. La Demandada nunca ha aseverado que estos principios sean "principios generales del derecho". En su lugar, la Demandada argumenta que estos principios emanan del derecho internacional y del derecho costarricense que, en virtud del Artículo 10.22 del DR-CAFTA, constituye el derecho que el Tribunal debería aplicar en aras de resolver la controversia²⁹.

1. El principio precautorio emana tanto de instrumentos internacionales como del derecho internacional consuetudinario

69. El Artículo 17.12(1) del DR-CAFTA permite expresamente la aplicación de acuerdos ambientales en que las Partes también sean parte:

"Las 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. Las Partes además reconocen que este Capítulo y el ACA **pueden contribuir para alcanzar los objetivos de esos acuerdos.** En este sentido, las Partes continuarán buscando los medios para aumentar el apoyo mutuo a los acuerdos ambientales multilaterales de los cuales todos forman parte y de los acuerdos comerciales de los cuales todos forman parte". (énfasis agregado)

²⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 434-436.

²⁶ RLA-6, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, 7 de octubre de 2007, Capítulo Diez, Artículo 10.22(1).

²⁷ **RLA-83**, Jorge E. Vinuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge University Press 2012) 83, 103.

²⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 63.

²⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 63.

70. Esta disposición subraya fundamentalmente la importancia de los acuerdos ambientales en que los Estados Contratantes en el DR-CAFTA son parte y establece que dichos tratados deben tornarse aplicables a fin de lograr los objetivos ambientales. Por ende, no se trata de una "teoría insostenible" que ordena su aplicación al presente caso, sino del texto liso y llano del DR-CAFTA.
71. Costa Rica es miembro de más de 30 acuerdos ambientales multilaterales³⁰. Varios de dichos acuerdos firmados con otros Estados Contratantes en el DR-CAFTA consagran el principio precautorio como norma clave que ha de cumplirse. Dicha norma ha guiado la conducta de todas las instituciones de Costa Rica en materia de cuestiones ambientales.
72. El Convenio sobre la Diversidad Biológica (del cual todas las partes en el DR-CAFTA son signatarias) establece en su Preámbulo lo siguiente: "[o]bservando que es vital prevenir, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica"³¹.
73. Asimismo, el Principio 15 de la Declaración de Río (de la que Estados Unidos, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador son signatarios) dispone lo siguiente:
- "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"³².
74. A su vez, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (de la que todas las partes en el DR-CAFTA son Estados Contratantes) establece en su Artículo 3.3 lo siguiente:
- 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"³³.
75. Además, el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono de 1987³⁴ y el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces³⁵, en los que tanto Estados Unidos como Costa Rica también son partes, prevén el principio precautorio.

³⁰ Memorial de Contestación, párrs. 54-60.

³¹ RLA-39, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Río de Janeiro, 5 de junio de 1992, en vigor a partir del día 29 de diciembre de 1993, 31 ILM 818

³² RLA-40, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

³³ **RLA-107**, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, 1771 UNTS 107; S. Documento Tratado N.º 102-38; Doc. ONU/AC.237/18 (Parte II)/Add.1; 31 ILM 849 (1992), 9 de mayo de 1992.

³⁴ **RLA-108**, *Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono*, Montreal, 16 de septiembre de 1987, *United Nations Treaty Series*, Tomo 1522 N.º 26369, 30.

³⁵ **RLA-134**, Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces, Artículos 5(c) y 6.

76. Asimismo, el principio precautorio no sólo emana de acuerdos internacionales, sino que también forma parte del derecho internacional consuetudinario. En este aspecto, el Profesor James Crawford ha establecido en términos inequívocos que "...la práctica de diversos tribunales internacionales confirma que, al día de la fecha, no puede afirmarse sin dudas que existe una regla de derecho internacional consuetudinario que les imponga a los Estados la obligación de aplicar el principio precautorio"³⁶ y que "el principio precautorio se ha cristalizado efectivamente en una norma de derecho internacional consuetudinario"³⁷. [Traducción libre] Por consiguiente, como norma perteneciente al derecho internacional consuetudinario, el Tribunal debería aplicarla en virtud del mandato del Artículo 10.22 del DR-CAFTA.
77. Las Demandantes alegan que, si bien la Demandada invocó al Profesor Sands, "...lo esencial es que incluso estos autores admitieron, en el mismo libro, que tanto la CIJ como el Órgano de Apelación de la OMC rechazaron adoptar esa conclusión con respecto a la 'precaución' cuando se les presentó la oportunidad"³⁸. Por el contrario, el Profesor Sands asevera expresamente en la edición más reciente del mismo libro que la CIJ "...parece haber reconocido que el principio surte efecto..."³⁹ y que "...al TIDM también se le han presentado argumentos que invocan la precaución y se ha mostrado mucho más abierto a la aplicación del principio..."⁴⁰ [Traducción libre], lo que redundó en la decisión en que estos tribunales internacionales han invocado el principio. Por lo tanto, lo esencial es que el Profesor Sands efectivamente reconoce la aplicación por parte del poder judicial internacional del principio precautorio.
78. En suma, el principio precautorio emana claramente de una serie de acuerdos internacionales en los que los Estados Contratantes del DR-CAFTA son parte, cuya aplicación se torna obligatoria en virtud del Artículo 17.12(1) del DR-CAFTA y, al mismo tiempo, deriva del derecho internacional consuetudinario. Con arreglo al Artículo 10.22 del DR-CAFTA, se trata de normas aplicables del derecho internacional, y, por lo tanto, el Tribunal debe considerar que dicho estándar es una herramienta interpretativa a efectos de su análisis. El intento de las Demandantes de marginar el principio precautorio mediante la afirmación incorrecta de que la Demandada lo caracterizó como "principio general" se encuentra fuera de lugar.

³⁶ James R Crawford y otros, *The law of International Responsibility* (OSAIL 2010) 532.

³⁷ **RLA-61**, Owen McIntyre y Thomas Mosedale, "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law" (1997) 9(2) *Journal of Environmental Law* 221, 241.

³⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 63.

³⁹ **RLA-137**, Philippe Sands y otros, *Principles of International Environmental Law* (CUP 2012) 224.

⁴⁰ *Ibid.*

2. El principio precautorio emana del derecho costarricense

79. El principio precautorio también forma parte del derecho costarricense. El Artículo 10.22 disponía que el tribunal decidirá las cuestiones controvertidas de conformidad con el DR-CAFTA. De conformidad con el Capítulo 17 del Tratado y, más en particular, los Artículos 17.1, 17.2 y 17.3, el derecho ambiental de Costa Rica es plenamente aplicable.

80. Tal como se estableciera *supra*, las Demandantes no plantearon argumento alguno en cuanto a la relevancia de estos artículos para el presente caso, y, por dicha razón, la Demandada respalda los párrafos 443-444 y 446-459 de su Memorial de Contestación a fin de sostener que el derecho costarricense, que apoya el principio precautorio, será aplicable al caso que nos ocupa. Ciertamente, cuando les conviene, las Demandantes no tardan en citar e invocar el derecho costarricense y su aplicación a la presente controversia⁴¹.

81. El principio precautorio se implementa en el derecho de Costa Rica a través del Artículo 11 de la Ley de Biodiversidad. Tal como explicara el Dr. Jurado:

"La Ley de Biodiversidad, en su artículo 11, consagra el principio precautorio al establecer que aun ante la falta de certeza científica sobre el impacto negativo que puede generar una actividad se limite o prohíba la realización de la misma aplicando medidas protectoras"⁴².

82. La Jueza Chinchilla, perito de la Demandada en materia de derecho penal costarricense, también realiza algunos comentarios en la misma línea:

"El principio precautorio es esencial en materia ambiental. Se encuentra contenido en instrumentos internacionales ratificados por [Costa Rica] (y, por ende, de mayor rango que la ley) y por las normas internas. También ha sido aceptado por la Sala Constitucional, a través de jurisprudencia vinculante (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) [...]"⁴³.

3. El contenido y efecto del principio precautorio

a) *El estándar "más vale prevenir que curar" como principio clave en el marco del derecho ambiental*

83. Tal como se estableciera en el Memorial de Contestación de la Demandada, el simple riesgo de impacto al medioambiente activa una obligación para las autoridades competentes de actuar y proteger el medioambiente sin la necesidad de que sea sustentado por evidencia científica⁴⁴. Dicha toma de decisiones es guiada por el principio

⁴¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 95, 260.

⁴² Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 84.

⁴³ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 48.

⁴⁴ Memorial de Contestación, párr. 63.

precautorio, sobre la base de la especificidad del daño ambiental y su irreversibilidad⁴⁵.

En este sentido:

"[E]l principio precautorio establece que, a fin de garantizar la protección y preservación del medioambiente y alcanzar el desarrollo sostenible, la falta de certeza científica no se utilizará como razón para postergar medidas destinadas a mejorar la calidad del medioambiente"⁴⁶. [Traducción libre]

84. El propósito del principio precautorio consiste en lograr el desarrollo sostenible:

"[L]a aplicación del principio precautorio es ampliamente considerada esencial para el logro del desarrollo sostenible, que, por lo común, se define como desarrollo de una manera y a un nivel que se ajuste a las necesidades de las generaciones presentes de seres humanos sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer las suyas.

El propósito del principio precautorio es la protección adecuada del medioambiente, tanto por su propio bien como por el bien de la humanidad...En términos generales, el principio precautorio requiere actuar en una etapa temprana en respuesta a las amenazas de daño ambiental, incluso en situaciones de incertidumbre científica. Aplicar el principio **significa darle el beneficio de la duda al medioambiente: *in dubio pro natura***"⁴⁷. (énfasis agregado) [Traducción libre]

85. A partir de los enfoques que los instrumentos jurídicos internacionales mencionados *supra* han adoptado respecto del principio precautorio y de las referencias hechas por la doctrina, se ha considerado que, si bien podría haber diversidad en su formulación, las diferencias tan leves no afectan la coherencia general del concepto precautorio:

"[L]o que tal diversidad sirve para reforzar es la naturaleza dependiente del contexto de la toma de decisiones precautoria. **El principio supone una convocatoria a que la incertidumbre científica se tenga en cuenta al momento de adoptar decisiones acerca del modo de abordar las amenazas de daño sanitario o ambiental y no una norma estricta que dicta el mismo resultado en cada caso**"⁴⁸. (énfasis agregado) [Traducción libre]

86. Los Estados han adoptado versiones similares del principio precautorio en su derecho interno⁴⁹, y Costa Rica no es la excepción. En su Memorial de Contestación, la Demandada ha señalado que dicho estándar se encuentra inmerso en su sistema jurídico y funciona como guía interina para todas las agencias estatales⁵⁰. Esto es lo que las

⁴⁵ Memorial de Contestación, párr. 63.

⁴⁶ **RLA-58**, Ellen Hey, "The Precautionary Concept in Environmental Policy and Law: Institutionalizing Caution" (1992) 4(2) *The Georgetown International Environmental Law Review* 303, 311.

⁴⁷ **RLA-74**, Arie Trouwborst, "Prevention, Precaution, Logic and Law: The Relationship Between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions" (2009) 2(2) *Erasmus Law Review* 105, 107-8.

⁴⁸ **RLA-97**, Jacqueline Peel, *The Precautionary Principle in Practice: Environmental Decision-Making and Scientific Uncertainty* (The Federation Press 2005) 18.

⁴⁹ **RLA-109**, Jonathan B. Wiener, "Precaution" en Daniel Bodansky y otros, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (OSAIL 2008), 599.

⁵⁰ Memorial de Contestación, párrs. 357-60.

Demandantes habrían y deberían haber esperado cuando llegaron a Costa Rica e intentaron desarrollar sus intereses en el país.

87. En efecto, tal como explicara el Dr. Jurado en su segunda declaración testimonial:

"Las normas ambientales deben atender a los fines sociales a los que están destinadas, por lo que corresponde interpretarlas e integrarlas de acuerdo con el principio hermenéutico *in dubio pro natura*, cuya observancia implica que todas las actuaciones de la administración pública y los particulares en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles. En otras palabras, si se carece de certeza sobre el riesgo de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, el operador jurídico debe interpretar y aplicar la norma de manera que impida la realización de este tipo de actividades hasta tanto cuente con certeza científica de que no constituye un riesgo de daño"⁵¹.

[...]

"El principio precautorio, que permea e impacta al derecho ambiental de manera transversal, establece una presunción a favor del ambiente, que permite prevenir los efectos negativos que puede causar al ambiente una actividad originada por el hombre"⁵².

[...]

"En el derecho ambiental, el principio precautorio amplifica las características de la medida cautelar, al ser el medio por el cual se puede evitar la continuación de una afectación al ambiente, causada por un proyecto o actividad. Tanto la urgencia como la inherente y presunta irreversibilidad del daño al ambiente cobran una mayor relevancia en esta materia.

[...]

"La jurisprudencia relevante ha considerado que la tutela en materia ambiental debe ser inmediata y no posterior, precisamente para evitar que el daño lleve a consecuencias graves e irreversibles tanto para el ambiente como para la salud"⁵³.

88. Todas estas definiciones coinciden en tres elementos principales del principio precautorio: (i) cierto grado de certeza de daño futuro si la amenaza continúa sin recibir tratamiento, (ii) la falta de evidencia científica al momento de la decisión y (iii) la adopción de una decisión antes de tener esta certeza científica.

89. La falta de certeza científica cuando existe una amenaza de daño ambiental es lo que activa la aplicación del principio precautorio en la toma de decisiones. De hecho, se ha

⁵¹ Segunda Declaración Testimonial del Dr. Julio Jurado, párr. 167.

⁵² Íd., párr. 83.

⁵³ Íd., párrs. 85-86.

sostenido que "claramente debe haber algún umbral mínimo de incertidumbre científica para que el principio precautorio sea aplicable"⁵⁴. [Traducción libre]

90. Siguiendo la misma línea de razonamiento, se ha afirmado lo siguiente:

"[E]l principio precautorio puede requerir acción preventiva antes de que se haya ofrecido prueba científica del daño. En otras palabras, rechaza una política en virtud de la cual las actividades o sustancias se regulen o prohíban sólo si se ha probado científicamente que son nocivas para el medioambiente"⁵⁵. [Traducción libre]

91. En el presente caso, aunque en el momento en que actuaron las agencias costarricenses no había certeza acerca de la existencia de humedales que hubieran sido perforados, rellenados y terraplenados ni de la existencia de un bosque que hubiera sido talado sin permisos, las dudas razonables generadas por la cantidad de quejas recibidas eran suficientes para permitir la implementación del principio precautorio.

92. El umbral de daño que podría experimentarse en caso de inacción también se ha expresado de diversas formas: peligro de daño grave o irreversible⁵⁶, amenaza de reducción o pérdida de la diversidad biológica⁵⁷ y posibles efectos adversos⁵⁸.

93. De más está decir que los humedales y bosques realizan una contribución importante al medioambiente:

"Los humedales desempeñan un rol integral en la ecología de la cuenca y del ecosistema. Es posible pensar en los humedales como "supermercados biológicos". Proporcionan grandes volúmenes de comida que atraen muchas especies animales. Muchas especies de aves y mamíferos dependen de los humedales a fin de obtener comida, agua y refugio, en particular, durante la migración y la reproducción. Estos animales utilizan los humedales durante todo o parte de su ciclo de vida.

Las funciones de un humedal y los valores de estas funciones para la sociedad humana dependen de un complejo conjunto de relaciones entre el humedal y los demás ecosistemas en la cuenca, tales como los bosques de altura. Estos hábitats complejos actúan como esponjas gigantes, que absorben la lluvia y la sueltan lentamente aguas abajo con el tiempo. Los humedales también son como obras de tratamiento cloacal muy eficientes, que absorben químicos, filtran contaminantes y sedimentos, rompen los sólidos suspendidos y neutralizan las bacterias

⁵⁴ **RLA-80**, Caroline E. Foster, "Reversing the burden of proof to give effect to the precautionary principle" en *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (Cambridge University Press 2011) 240, 257.

⁵⁵ **RLA-58**, Ellen Hey, "The Precautionary Concept in Environmental Policy and Law: Institutionalizing Caution" (1992) 4(2) *The Georgetown International Environmental Law Review* 303, 305.

⁵⁶ RLA-40

⁵⁷ RLA-39, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Río de Janeiro, 5 de junio de 1992, en vigor a partir del día 29 de diciembre de 1993, 31 ILM 818, Preámbulo.

⁵⁸ **RLA-112**, Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Cartagena, 29 de enero de 2000, en vigor a partir del día 11 de septiembre de 2003, 39 ILM 1027, Artículos 10(6) y 11(8).

perjudiciales. Los microbios, plantas y vida silvestre de los humedales forman parte de los ciclos globales de agua, nitrógeno y azufre.

[...] Los humedales almacenan carbono dentro de sus comunidades de plantas y suelo en lugar de liberarlo en la atmósfera como dióxido de carbono, gas de efecto invernadero cuyas concentraciones crecientes en la atmósfera son, en parte, responsables del calentamiento global. Por ende, los humedales y la restauración de humedales ayudan a moderar las condiciones del calentamiento global y mitigar los impactos del cambio climático.

[...] Estos medios ambientes constituyen hábitats únicos para el mantenimiento de la biodiversidad acuática y prestan considerables servicios ecológicos al bosque circundante seco según la estación".

[...]

La diversidad biológica constituye la base de una amplia gama de bienes y servicios prestados por los bosques. La variedad de árboles y arbustos forestales desempeña un rol vital en la vida diaria de las comunidades rurales en muchas zonas, como fuentes de productos madereros y no madereros, como contribuyentes de la conservación del suelo y del agua, al igual que como repositorios de valores estéticos, éticos, culturales y religiosos.

De todos los productos de los bosques, es posible que el agua sea el más importante. El caudal proveniente de los bosques es la vida que le proporciona al ecosistema un suministro de agua limpia sostenible. La precipitación es captada por las hojas y ramas (interceptación), y finalmente llega al piso forestal, donde el agua es absorbida por el suelo y repone los niveles de agua subterránea como una esponja que se llena de agua. El agua subterránea llena las depresiones de agua y, de ese modo, forma humedales y arroyos"⁵⁹.

94. El Dr. Jurado en su Segunda Declaración Testimonial subraya la importancia de los humedales, destacando las decisiones de Costa Rica en este aspecto:

"Para proteger este bien jurídico [el humedal], la Sala Constitucional se ha basado tanto en la protección ambiental prevista a nivel constitucional, como en los tratados internacionales ratificados por Costa Rica. Además, ha sido consciente de la importancia que poseen estos ecosistemas para el ser humano y lo ha seguido plasmando en sus sentencias: 'Los humedales se encuentran formados por una serie de componentes físicos, biológicos, químicos, que corresponden a suelos, agua, especies animales, vegetales y nutrientes...La importancia de los humedales, entre otros, estriba entonces dada su naturaleza para los países que fomentan su desarrollo y conservación, lo es el sostenimiento de gran cantidad y variedad de hábitat, con impactos socio-económicos favorables para ciertos sectores de la población que se dediquen a su explotación racional y la aparición de un singular paisaje identificable plenamente por su gran belleza y diversidad en cuanto a la vida silvestre que forman parte de su patrimonio cultural, fuente importante para el turismo de un país o región...'

Esta posición de la Sala Constitucional es totalmente consecuente y complementaria al desarrollo normativo que se ha dado sobre la [protección ambiental]. El artículo 41 de la Ley Orgánica del Ambiente

⁵⁹ Prime Informe KECE, párrs. 30-33, 36-37.

por ejemplo declara a los ecosistemas de humedal como de interés público, estén o no protegidos por una norma aplicable. La norma no distingue si el humedal fue declarado como tal o no, la protección de este ecosistema aplica en todas las situaciones por la importancia social y ambiental que este bien jurídico reviste”⁶⁰.

95. Teniendo en cuenta el rol que desempeñan los humedales y bosques en el medioambiente, el impacto negativo y la amenaza de daño irreversible son más que evidentes. A modo de ejemplo, en el caso de la remoción de bosques, el Primer Informe KECE explica lo siguiente:

"La remoción de la cubierta forestal perturba el importante proceso natural de hidrología forestal al acelerar el ritmo con que la precipitación se convierte en caudal. Sin la vegetación del bosque que absorba la lluvia, cae directamente al suelo. El suelo ya no es estabilizado por las raíces de los árboles, lo que hace que el agua fluya rápidamente a lo largo de la superficie del suelo, erosione la valiosa capa superficial del suelo, y destruya los humedales y arroyos que se encuentran debajo al perturbar su suministro de agua.

Dichas condiciones se ven especialmente agravadas por la construcción de canales de drenaje. El drenaje de los bosques despejados también acelera la velocidad y cantidad del agua que fluye por la pendiente al drenar y bajar el agua subterránea. A medida que el agua es drenada rápidamente desde la superficie, se reducen los niveles de agua subterránea y se acortan los hidroperíodos de los humedales por la pendiente descendente, lo que perjudica la salud de los humedales.

La remoción de árboles y la reducción de la cubierta forestal derivan en otros impactos ecológicos negativos, tales como la pérdida de hábitat y otros servicios de ecosistema que, de otro modo, prestan los bosques. La reducción de la cubierta forestal también redundará en cambios en la trayectoria del flujo de agua en suelos y subsuelos. Las superficies impermeables (calles y caminos) y los contornos de pendientes alterados (taludes de corte, canales de drenaje y taludes de relleno), tales como los que se encuentran actualmente en el Ecosistema Las Olas, modifican la trayectoria de los flujos de agua, aumentan la escorrentía superficial y trasladan la escorrentía superficial directamente a los cauces, lo que genera canales de corte y sedimentación.

En algunas áreas, por ejemplo, el Ecosistema Las Olas, la tala de árboles reduce la cantidad de agua que antes estaba almacenada de manera segura en el ecosistema forestal, lo que ocasiona un incremento poco saludable en el volumen de agua que fluye aguas abajo. En definitiva, esta práctica puede reducir la calidad del agua y aumentar la vulnerabilidad a las inundaciones aguas abajo.

Los bosques absorben el agua proveniente de la precipitación a través del suelo y, finalmente, la trasladan como caudal a los humedales y ríos. Las áreas forestadas de cabecera, tales como el Ecosistema Las Olas (que incluye los humedales y arroyos afluentes que desembocan en el Río Aserradero), influyen en la cantidad y calidad de los recursos

⁶⁰ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párrs. 159-160.

hídricos aguas abajo. De esta forma, los bosques, el agua y las comunidades locales se encuentran íntimamente relacionados⁶¹.

96. Las acciones que realizaron las Demandantes —mediante la perforación, el relleno y el terraplenado de los humedales y la tala de árboles— representaban una verdadera amenaza para el medioambiente, que dio lugar razonable y lícitamente a una respuesta inmediata por parte de Costa Rica. Si no hubiera sido por Costa Rica que (actuando en virtud del principio precautorio) suspendió el proyecto en forma oportuna, el daño habría sido irreparable.

b) El efecto del principio precautorio

97. Luego de haber demostrado que el Tribunal tiene que aplicar el principio precautorio al análisis interpretativo del caso en virtud del mandato del Artículo 10.22 del DR-CAFTA, la Demandada rechaza el argumento de las Demandantes según el cual no ha omitido "*explicar [...] el objetivo específico a alcanzar si lo hiciese*"⁶². De hecho, es bastante sorprendente que las Demandantes argumenten que Costa Rica omitió hacerlo cuando en la oración anterior indicaron que la consecuencia de la aplicación del principio precautorio, según la Demandada, consiste en invertir la carga de la prueba relativa a la ausencia de daño al medioambiente hacia la persona que desee realizar una actividad⁶³.

98. En efecto, la inversión de la carga de la prueba es una de las consecuencias de la aplicación del principio precautorio que la Demandada también describió brevemente en el Memorial de Contestación⁶⁴, además del efecto que tiene en la interpretación del marco jurídico aplicable a la controversia y en la conducta de las agencias costarricenses.

99. Cuando se implementa el principio precautorio, la carga de la prueba tiene que invertirse hacia la parte que contribuye al daño a fin de tornarlo efectivo. Las Demandantes intentan eludir dicha obligación culpando a la Demandada de convertir el caso "*en otro en el que lo que se cuestiona es si los Demandantes actuaron con arreglo al derecho costarricense*"⁶⁵. Tal como se explicará en más detalle *infra*, ya sea que el Tribunal recurra al derecho costarricense o al derecho internacional, las Demandantes no establecen en general el cumplimiento ni de las normas ambientales aplicables ni de las normas de protección que, según alegan, son aplicables en aras de concluir que existe un incumplimiento en contra de la Demandada.

⁶¹ Prime Informe KECE, párrs. 38-42.

⁶² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 61 [62].

⁶³ Íd., párr. 61.

⁶⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 471.

⁶⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 66.

100. Asimismo, el *quid pro quo* del presente caso es la falta de cumplimiento por parte de las Demandantes de las disposiciones internacionales y locales en materia de derecho ambiental, lo que les impide valerse de la protección del Tratado. En realidad, dado que las cuestiones ambientales son los elementos clave del caso que nos ocupa, la carga de la prueba tiene que invertirse hacia las Demandantes, en consonancia con el reconocimiento por parte del derecho internacional del principio precautorio.
101. Por ejemplo, se ha considerado que las cortes y los tribunales internacionales están autorizados a contemplar una inversión a efectos de ajustarse al principio precautorio:
- "Las decisiones acerca de la distribución de la carga son en parte sustantivas y en parte procesales, y esto se torna especialmente evidente en una controversia que involucra incertidumbres científicas. Las cortes y los tribunales internacionales no pueden mantener un enfoque rígido que ignore los efectos sustantivos de aplicar las reglas en materia de carga de la prueba cuando la justicia requiere una modificación específica de las reglas o con el modo en que se aplican"⁶⁶. [Traducción libre]
102. En efecto, dicha inversión se prevé en forma expresa en el derecho costarricense:
- "El principio precautorio es de tal relevancia para el derecho ambiental, que sustenta una inversión en la carga probatoria en esta materia. Según el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, la carga de la prueba corresponde a quien se le acuse de provocar un daño ambiental"⁶⁷.
103. Por consiguiente, la inversión de la carga de la prueba decisoria ofrece una manera de garantizar que se tome note adecuada de los riesgos que se enfrentan en las controversias que suponen incertidumbre científica. En otras palabras, la inversión de la carga de la prueba parece un modo bastante directo de asegurarse de que se le atribuya mayor importancia al "pronóstico de fatalidad".
104. Además, el principio precautorio también constituye una guía interpretativa de todo el ordenamiento jurídico de protección ambiental de Costa Rica⁶⁸.
105. Esto también afecta en gran medida el comportamiento de sus órganos públicos, que deben cumplir con el principio precautorio en los casos en que advierten que existe una probabilidad de afectación del medio ambiente. El órgano no necesita estar seguro de la existencia de un daño, sino que la probabilidad de su existencia es suficiente para que tome las medidas necesarias para prevenir un impacto en el medio ambiente. Esto es

⁶⁶ **RLA-80**, Caroline E. Foster, "Reversing the burden of proof to give effect to the precautionary principle" en *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality* (Cambridge University Press 2011) 241.

⁶⁷ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 86.

⁶⁸ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 187.

lógico dado el daño irreversible que a menudo puede ser causado por trabajos de construcción no autorizados⁶⁹.

106. Junto con el principio precautorio, la Demandada alega que el principio preventivo forma parte del marco de protección en virtud del cual las Demandantes optaron por desarrollar el Proyecto y también debería influir en la decisión del Tribunal. Ciertamente, debería ser la piedra angular de las expectativas legítimas de las Demandantes al momento en que pretendieron realizar su inversión.

107. Por el contrario, las Demandantes argumentan lo siguiente:

"[N]o tiene aplicación específica al caso que nos ocupa...De hecho, lo más cerca que este principio se aproxima a nuestro caso es en la demostración de cómo la falta de transparencia del Demandado privó a los Demandantes de acceder puntualmente a información medioambiental relevante"⁷⁰.

108. El principio preventivo y el principio precautorio son las dos caras de la misma moneda⁷¹, e incluso se ha aseverado que debe considerarse que el principio precautorio ha absorbido el principio preventivo o, en subsidio, es su forma más desarrollada⁷². Por lo tanto, no puede negarse su aplicación al caso que nos ocupa. De hecho, el principio preventivo ha sido expresamente previsto en el Artículo 11 de la Ley de Biodiversidad (que se torna aplicable en virtud del Artículo 10.22 del DR-CAFTA), al establecer que es de vital importancia a fin de anticipar, impedir y atacar las causas de pérdida o las amenazas a la biodiversidad.

109. Las Demandantes intentan restringir la aplicación del principio a "la responsabilidad de un estado por la contaminación transfronteriza" o a "la obligación general del estado de implementar regímenes adecuados a efectos de realización de evaluaciones de impacto ambiental"⁷³. Sin embargo, el principio preventivo debería mantenerse separado del deber de los Estados de evitar el daño ambiental transfronterizo:

"Si bien tanto el deber de evitar el daño transfronterizo y el principio preventivo tal como se lo entiende por lo general disponen la adopción de medidas preventivas, la distinción fundamental entre ellos radica en sus objetivos respectivos. Mientras que el primero deriva del respeto por el principio de soberanía del Estado, el segundo –al igual que el principio precautorio– intenta proteger al propio medioambiente. En este sentido, el alcance del principio preventivo –una vez más, al igual

⁶⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 357.

⁷⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 64.

⁷¹ **RLA-76**, Nicolas de Sadeleer, The principles of prevention and precaution in international law: two heads of the same coin? en Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong y Panos Merkouris (eds), *Research Handbook on International Environmental Law* (Edward Elgar Publishing Limited 2010) 182.

⁷² **RLA-74**, Arie Trouwborst, "Prevention, Precaution, Logic and Law: The Relationship Between the Precautionary Principle and the Preventative Principle en International Law and Associated Questions" (2009) 2(2) *Erasmus Law Review* 105.

⁷³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 64.

que el principio precautorio- no se limita al daño transfronterizo"⁷⁴.
[Traducción libre]

110. Por ende, las Demandantes le hicieron creer al Tribunal que debe optar entre la protección del inversionista y la protección ambiental. No obstante, esta es una maniobra de distracción. De conformidad con el DR-CAFTA, no hay opción alguna. El respeto por la protección ambiental es primordial, y la protección del inversionista se inclina ante esa voluntad basada en el tratado. Asimismo, un principio consagrado del derecho internacional (al igual que del derecho costarricense – y, por lo tanto, igualmente relevante para las presuntas expectativas legítimas de las Demandantes) son el principio precautorio y el principio preventivo – ambos de los cuales son vehículos específicos para la implementación de la protección ambiental.
111. Sin importar lo que pretendan las Demandantes, no se trata de un caso de protección de inversiones en el que existe discrecionalidad para considerar (o no) la importancia del daño ambiental. El caso que nos ocupa se refiere a los profundos riesgos ambientales que enfrenta una Parte Contratante en el DR-CAFTA que debe mantenerse protegida. Las normas de protección de inversiones se adaptan a ese principio claramente legislado.

D. El principio de no regresión como herramienta interpretativa de la legislación ambiental

112. No sólo el principio precautorio debería influir al Tribunal en su decisión, sino que el principio de no regresión también desempeña un rol importante como herramienta interpretativa.
113. El principio se concentra en la legislación ambiental, en el sentido de que su sanción e interpretación no deben efectuarse en detrimento de la protección ambiental:

"Tomado prestado del ámbito del derecho internacional en materia de derechos humanos e incorporado a la legislación nacional en materia de derechos humanos, en particular, en los países de derecho continental, el principio de no regresión **es un principio internacional de derecho ambiental fuertemente promovido por la doctrina y las organizaciones no gubernamentales. Por aplicación a la legislación ambiental, un principio general de no regresión argumenta que el derecho ambiental existente no debe ser modificado en detrimento de la protección ambiental. El surgimiento del principio se basa en principios preexistentes, tales como el deber de prevenir el daño, la participación pública,**

⁷⁴ **RLA-74**, Arie Trouwborst, "Prevention, Precaution, Logic and Law: The Relationship Between the Precautionary Principle and the Preventative Principle en International Law and Associated Questions" (2009) 2(2) Erasmus Law Review 105,112.

la equidad intergeneracional y la precaución"⁷⁵. (énfasis agregado)
[Traducción libre]

114. El principio de no regresión goza del sólido respaldo de los instrumentos internacionales firmados por Costa Rica y del derecho interno costarricense, todos los cuales se tornan aplicables con arreglo al Artículo 10.22 del DR-CAFTA.

115. En cuanto al derecho ambiental internacional de Costa Rica⁷⁶, se ha sostenido lo siguiente:

"[T]ambién es posible fundamentar la existencia y contenido del principio de no regresión sustentado en los tratados y convenios internacionales (hard law) vigentes y suscritos por Costa Rica, en razón que en general todos buscan procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental; esto conlleva a deducir fehacientemente la imposibilidad de regresión, tanto a nivel de los tratados internacionales como en su aplicación dentro del derecho interno del Estado, partiendo del hecho que para el caso costarricense el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad"⁷⁷.

116. El principio de no regresión no sólo se encuentra previsto en instrumentos ambientales internacionales, sino también en tratados de libre comercio, tales como el DR-CAFTA:

"También es posible afirmar la existencia y aplicación del principio de no regresión sustentado en las obligaciones ambientales contraídas por Costa Rica al suscribir y ratificar el...DR-CAFTA... Aunada a las anteriores obligaciones [Artículos 17.1 y 17.2.1.a] se encuentra aquella contemplada en el artículo 17.2.2 que con el fin de evitar "dumping ambiental" y la existencia de "paraísos de contaminación", taxativamente prohíbe regresiones ambientales mediante la derogación, debilitamiento o reducción de la normativa ambiental"⁷⁸.

117. Asimismo, el derecho ambiental interno costarricense también prevé el principio de no regresión. En este aspecto, el Dr. Jurado señala lo siguiente:

"En complemento a estos principios ambientales, el voto 2012-13367 de la Sala Constitucional desarrolló el principio de no regresividad como una garantía sustantiva de los derechos ambientales que prohíbe al Estado adoptar medidas o políticas, aprobar o modificar normas que empeoren, sin justificación razonable ni proporcionada, los derechos alcanzados con anterioridad, derivándolo de los principios de progresividad de los derechos humanos, objetivación de la tutela ambiental e irretroactividad de las normas"⁷⁹.

⁷⁵ **RLA-110**, Anastasia Telesetsky, "An emerging legal principle to restore large-scale ecoscapes" en Christina Voight (ed) *Rule of Law for nature: new dimensions and ideas in environmental law* (CUP 2013) 175, 185.

⁷⁶ Memorial de Contestación, párrs. 55-57.

⁷⁷ **R-436**, Mario Peña Chacon, "El principio de no regresión ambiental en la legislación y jurisprudencia costarricense" en Mario Peña Chacon (ed) *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano* (PNUD Costa Rica 2013) 28.

⁷⁸ *Ibíd.*, 34.

⁷⁹ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 169.

118. Por consiguiente, la aplicación del principio de no regresión evidentemente guía la interpretación que el Tribunal debería adoptar en el presente caso.

IV. EXCEPCIONES JURISDICCIONALES

119. Debido a la naturaleza consolidada del procedimiento que nos ocupa, la Demandada formula sus excepciones jurisdiccionales en este Memorial de Dúplica, en sustento de las excepciones planteadas en el Memorial de Contestación.

A. David Aven no es un inversionista protegido en virtud del DR-CAFTA

120. A pesar de la redacción clara del Artículo 10.28 del DR-CAFTA y de que los hechos del caso indican que la nacionalidad italiana del Sr. Aven es dominante y efectiva, y lo excluye de la protección del DR-CAFTA, las Demandantes continúan sosteniendo que, a efectos del presente arbitraje, es un nacional de los EE. UU.⁸⁰.

121. La Demandada alega, en primer lugar, que las reclamaciones del Sr. Aven en calidad de nacional de los EE. UU. se encuentran prohibidas, ya que el DR-CAFTA excluye las reclamaciones de personas que tienen doble nacionalidad cuya nacionalidad dominante y efectiva es de un Estado No Contratante. En segundo lugar, las reclamaciones del Sr. Aven en calidad de nacional de los EE. UU. Constituyen un ejercicio de abuso de los convenios (*treaty shopping*) que le niega la protección del DR-CAFTA. Por último, independientemente de su nacionalidad, el Sr. Aven en su carácter de mero representante de los Inversionistas y las Empresas no reúne los requisitos para ser considerado un "inversionista de una Parte" en virtud de las normas de derecho internacional aplicables.

1. **Las reclamaciones del Sr. Aven en calidad de nacional de los EE. UU. se encuentran prohibidas, ya que el DR-CAFTA excluye las reclamaciones de personas que tienen doble nacionalidad cuya nacionalidad dominante y efectiva es de un Estado No Contratante.**

122. Si bien diversos tratados de inversión no han abordado expresamente la cuestión de la doble nacionalidad–, lo que redundó en que los tribunales arbitrales tuvieran interpretaciones diferentes–, el DR-CAFTA es explícito respecto de si las personas naturales que tienen doble o múltiple nacionalidad pueden reunir los requisitos para ser consideradas "Inversionista de una Parte". Esto no surgiría claramente de la respuesta de las Demandantes a esta pregunta que enfrenta el Tribunal. El DR-CAFTA proporciona un

⁸⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 27-37, 348-351.

criterio bien definido: una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su "nacionalidad dominante y efectiva"⁸¹.

123. Los casos de doble nacionalidad comprenden distintos escenarios: por un lado, cuando un nacional de una Parte Contratante también es nacional de la Parte Contratante demandada; y, por el otro, cuando un nacional de una Parte Contratante también es nacional de otra Parte Contratante –que no es la Parte Contratante demandada– o de un tercer Estado.
124. El escenario que presenta la doble nacionalidad del Sr. Aven se encuentra claramente dentro del segundo escenario: cuando un nacional (Sr. Aven) de una Parte Contratante (EE. UU.) en el DR-CAFTA también es nacional de un tercer Estado (Italia).
125. Las Demandantes afirman que este escenario no goza del respaldo del Artículo 10.28 del DR-CAFTA, que sólo se refiere a hipótesis en las que un nacional de una Parte Contratante también es nacional de la Parte Contratante demandada⁸². Por el contrario, el contexto de este caso es exactamente lo que habían previsto los redactores del DR-CAFTA, por oposición a otros tratados de inversión en los que la doble nacionalidad sólo se aborda en relación con el Estado receptor:

"[L]os [tratados de inversión] modernos contienen directrices claras a fin de determinar si la protección del tratado se le otorga a una persona que tiene doble nacionalidad. Una respuesta negativa se encuentra, por ejemplo, en el ACIA (por sus siglas en inglés) [Acuerdo de Inversión Integral de ASEAN], que no le otorga el derecho a arbitraje a una persona que posee la nacionalidad del Estado receptor, y en el Modelo de Tratado de Canadá del año 2004, que excluye en forma expresa de su ámbito de aplicación a los inversionistas de la otra parte que poseen la ciudadanía de Canadá. No obstante, el ACIA guarda silencio en cuanto a la situación de una persona que tiene doble nacionalidad, pero que no tiene la ciudadanía del Estado receptor...La respuesta incluida en los Modelos de Tratado de los EE. UU. de los años 2004 y 2012 es que **el DR-CAFTA depende de la nacionalidad dominante y efectiva del inversionista, y no en la nacionalidad del Estado receptor, en tanto se considerará que una persona que tiene doble nacionalidad es exclusivamente nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva**"⁸³. (énfasis agregado)
[Traducción libre]

126. El argumento de la Demandada no consiste, tal como sugieren de manera imprecisa las Demandantes, en que un tercer Estado (a saber, Italia) estaría en mejores condiciones de plantear la reclamación⁸⁴. Por el contrario, consiste en que el DR-CAFTA, en casos de

⁸¹ RLA-6, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, 7 de octubre de 2007, Capítulo Diez, Artículo 10.28.

⁸² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 37, 348.

⁸³ RLA-85, Trinh Hai Yen, "Conflicts II – adjudication mechanisms" *The Interpretation of Investment Treaties* (Martinus Nijhoff 2014) 203, 209.

⁸⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 37.

doble nacionalidad, establece que cuando un nacional de una Parte Contratante también es nacional de la Parte Contratante receptora o de otra Parte Contratante o de un tercer Estado, prevalece la nacionalidad dominante y efectiva del inversionista.

127. Esta disposición está diseñada para limitar la protección del Capítulo 10 no sólo a inversionistas 'reales'⁸⁵, sino también, en el contexto de un acuerdo multilateral, a inversionistas 'reales' de otras Partes Contratantes. Las Partes en el DR-CAFTA no previeron la posibilidad de concederles la protección del Tratado a nacionales de Estados que no son Parte en el tratado.
128. Las Demandantes también plantean una discusión innecesaria acerca del derecho internacional consuetudinario de la nacionalidad⁸⁶. Mientras que los tribunales de inversión han debatido acerca de la cuestión que consiste en determinar si debería interpretarse que el criterio de nacionalidad dominante y efectiva se encuentran previsto en los tratados en que no se lo menciona en forma expresa, el DR-CAFTA no le abre la puerta a tal discusión, en tanto prevé **expresamente** la solución aplicable a los casos de doble nacionalidad. No hay necesidad de recurrir a las reglas de derecho internacional consuetudinario ni a cualquier debate acerca del contenido de dichas reglas:

"[L]os tribunales deberían otorgarle primacía al lenguaje *lex specialis* de los tratados (incluido el Convenio CIADI) al momento de interpretar sus disposiciones en materia de nacionalidad. Este enfoque no sólo es correcto desde el punto de vista jurídico, sino que también brinda el resultado práctico de mayor certeza y armonía entre los casos. La carga de definir la nacionalidad se invertiría hacia los redactores de los tratados, y los tribunales podrían evitar intentos a menudo engorrosos de conciliar sus interpretaciones de los tratados con las normas internacionales consuetudinarias"⁸⁷. [Traducción libre]

129. Por lo tanto, en aras de determinar si el Sr. Aven tiene acceso a la jurisdicción arbitral del DR-CAFTA, recurrir al texto del Tratado, sin mirar más allá del sentido corriente de "nacionalidad dominante y efectiva" resulta concluyente. Este es el mandato de las reglas sobre interpretación de los tratados previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁸⁸, que requiere que la interpretación se base sobre todo en el texto del tratado⁸⁹.
130. Las Demandantes alegan que la Demandada no aportó una elucidación del derecho aplicable en este aspecto y que intentó invocar exclusivamente la decisión del CIADI en el

⁸⁵ Íd., párr. 35.

⁸⁶ Íd., párrs. 28, 32-33.

⁸⁷ **RLA-96**, Roberto Aguirre Luzi y Ben Love, "Individual nationality in investment treaty arbitration: the tension between customary international law and *lex specialis*" en Andrea K Bjorklund y otros (eds) *Investment Treaty Law* (BIICL 2009) 185, 187.

⁸⁸ **RLA-114**, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (adoptada el día 23 de mayo de 1969 y en vigor a partir del día 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 33, 8 LLM 679, Artículo 31(1).

⁸⁹ **RLA-59**, *Controversia Territorial (Jamahiriya Árabe Libia//Chad)*, Fallo, Informes de la CIJ (1994) 6, párr. 41.

marco del caso *Champion Trading et al c. Egipto*⁹⁰. Inmediatamente después, las Demandantes ofrecen una serie de justificaciones en cuanto a la supuesta inaplicabilidad de la jurisprudencia del CIADI al caso que nos ocupa⁹¹, en un intento desesperado de excluir los elementos de tal decisión del presente caso. Este es un debate irrelevante que el Tribunal puede ignorar.

131. Las Demandantes no pueden ignorar la sencillez del caso que nos ocupa, que sólo requiere que el Tribunal determine la nacionalidad dominante y efectiva del Sr. Aven, de conformidad con el Artículo 10.28 del DR-CAFTA. Es por este motivo que la Demandada ilustró los hechos que distintos tribunales han tenido en cuenta para determinar la nacionalidad, en primer lugar, recurriendo a *Nottebohm* –que constituye el caso testigo en materia de nacionalidad dominante y efectiva– y, en segundo lugar, a una decisión particular en el contexto de una controversia en materia de inversión⁹².
132. Cuando los tribunales han afrontado cuestiones de doble nacionalidad, han decidido medir distintos factores: residencia habitual, lazos familiares, y apego demostrado a un país particular, entre otros elementos⁹³. En *Nottebohm*, la CIJ estableció que:
- “Se tienen en consideración distintos factores, y su importancia variará de un caso al siguiente [...]”⁹⁴. [Traducción libre]
133. En el contexto del arbitraje en materia de inversiones, la nacionalidad utilizada para establecer una inversión debe considerarse como un factor relevante para pronunciarse sobre casos de doble nacionalidad. Este fue el razonamiento que siguió el tribunal de arbitraje en *Champion Trading c. Egipto*⁹⁵:
- “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”⁹⁶.
134. Entonces el tribunal estaba convencido de que los demandantes en ese caso tenían lazos suficientes con Egipto, siendo la nacionalidad relevante que utilizaron para la inscripción de su negocio.

⁹⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 28.

⁹¹ Íd., párrs. 29-31.

⁹² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 261-262.

⁹³ CLA-132 / RLA-9, *Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) (segunda fase)*, Fallo, Informe de la CIJ (1955) 22; Nasser Esphahanian c. Bank Tejaratran, Tribunal de Reclamaciones de los EE. UU., citado por **RLA-60**, Mohsen Aghahosseini, "The Claims of Dual Nationals Before the Iran-United States Claims Tribunal: Some Reflections" (1997) 10(1) *Leiden Journal of International Law* 21.

⁹⁴ CLA-132 / RLA-9, *Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) (segunda fase)*, Fallo, Informes de la CIJ (1955) 22.

⁹⁵ Memorial de Contestación, párr. 262.

⁹⁶ RLA-10, *Champion Trading Co. y otros c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/02/9, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de octubre de 2003, 17.

135. En el caso que nos ocupa, en la conducción de su negocio en Costa Rica, durante el establecimiento de su inversión, y en todos los procedimientos derivados de ella, el Sr. Aven se presentó como nacional italiano⁹⁷. Por lo tanto, dentro del contexto de un particular que pretende obtener protección en virtud de su nacionalidad – es completamente admisible observar de qué manera se ha considerado a sí mismo (en lo que se refiere a su nacionalidad) al actuar en Costa Rica. ¿Qué mejor demostración que el hecho de que el propio Sr. Aven se considera a sí mismo como nacional de Italia ante la Demandada?
136. En su Segunda Declaración Testimonial, el Sr. Aven declaró que optó por tramitar el pasaporte italiano por el único motivo que podía hacerlo, y para utilizarlo para viajar debido a que muchos estadounidenses son presuntamente blanco de agresiones cuando viajan al extranjero, afirmando que fue una elección hecha por conveniencia⁹⁸. Si ha sido también por conveniencia presentarse como nacional de Italia para efectuar una inversión en Costa Rica, el cambio abrupto a su nacionalidad estadounidense se encuentra asimismo motivada por dicha conveniencia, algo que analizaremos *infra* que no puede ser ratificado por el Tribunal.
137. Asimismo, las implicancias del mecanismo de resolución de controversias del CIADI que las Demandantes utilizan para cuestionar la aplicabilidad de *Champion Trading c. Egipto* al presente caso, no afectan los argumentos de la Demandada de que la nacionalidad utilizada para establecer una inversión constituye un factor significativo a decidir cuándo un caso implica cuestiones de doble nacionalidad en el contexto de una controversia en materia de inversión.
138. Las Demandantes afirmaron en este sentido que el Convenio CIADI constituye una *lex specialis* y es inconsistente con el estándar previsto en el tratamiento de la nacionalidad en el derecho internacional consuetudinario, y por este motivo, la jurisprudencia en materia de nacionalidad no tiene nada que ofrecer en este contexto⁹⁹. Por el contrario, el Convenio CIADI abre la puerta a los principios internacionales consuetudinarios de nacionalidad efectiva y vínculo genuino:

“Como el Convenio CIADI no define la nacionalidad, inmediatamente entra en juego el principio del derecho internacional que rige esta materia. Entre estos principios es fundamental aquel de efectividad. Desde el caso *Nottebohm*, esta ha sido la premisa aceptada en el derecho internacional [...]”¹⁰⁰. [Traducción libre

⁹⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 263-267.

⁹⁸ Segunda Declaración Testimonial, David Aven, párrs. 17, 22.

⁹⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 28, 30.

¹⁰⁰ **RLA-72**, *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. La República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/05/15, Decisión sobre Jurisdicción, Opinión Parcial en Disidencia de Francisco Orrego Vicuña. Aclaró en

139. En efecto, en tanto el Convenio CIADI no prevé una definición de nacionalidad, entran en juego las normas sobre derecho internacional consuetudinario. Así, el Convenio CIADI no es inconsistente con el estándar previsto en el tratamiento de la nacionalidad en el derecho internacional consuetudinario, los tribunales del CIADI estando dispuestos a debatir el test de nacionalidad dominante y efectiva¹⁰¹. El argumento de las Demandantes de que la Demandada no podría invocar la jurisprudencia del CIADI carecen de fundamento.
140. Además, las Demandantes afirman erróneamente que el Proyecto de artículos sobre la Protección diplomática "...es probablemente la única fuente razonable desde la cual comenzar un análisis acerca de una discrepancia en materia de nacionalidad, con arreglo al Artículo 10.28 del DR-CAFTA"¹⁰².
141. Las Demandantes hacen, tal como lo hicieron al hacer referencia a otros instrumentos en su Escrito de Respuesta, una lectura parcial del Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática del año 2006. El Artículo 17 dispone que:
- "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"¹⁰³.
142. Queda claro que el Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática del año 2006 no es aplicable al régimen especial alternativo para la protección de inversionistas extranjeros previsto en tratados bilaterales y multilaterales de inversión. Por lo tanto, el argumento de las Demandantes de que es la única fuente razonable para que el Tribunal analice la nacionalidad de los inversionistas carece de todo fundamento jurídico. Muy semejante a su referencia al Artículo 59 de la CVDT, la búsqueda aleatoria de las Demandantes de términos comparables no proporciona un fundamento sofisticado para impugnar la autoridad que sustenta la postura de la Demandada.
143. En síntesis, 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. Tal como se afirmara en el Memorial de Contestación de la Demandada, la nacionalidad

este punto que él y sus colegas estaban de acuerdo en el que principio de "efectividad" de *Nottebohm* es aplicable al Convenio CIADI.

¹⁰¹ **RLA-63**, *Sr. Eudoro Armando Olquín c. República de Paraguay*, Caso CIADI N.º ARB/98/5, Laudo, 26 de julio de 2001.

¹⁰² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 28, 32.

¹⁰³ **RLA-68**, AGNU, Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Protección Diplomática del año 2006. en "Informe de la Comisión a la Asamblea General en su quincuagésimo octava sesión" (2006) (2)2 Anuario de las Naciones Unidas (*UNYB*, por sus siglas en inglés) 26, Artículo 17.

estadounidense no resiste el escrutinio del test, teniendo el Sr. Aven vínculos genuinos con Italia¹⁰⁴.

2. Las afirmaciones del Sr. Aven de ser nacional de los Estados Unidos constituye un ejercicio de búsqueda del tratado más favorable (*treaty shopping*) que le impide la protección del DR-CAFTA

144. El Sr. Aven, siendo nacional de Italia, ha traído a este procedimiento de arbitraje la nacionalidad estadounidense sólo para obtener acceso a la protección sustantiva y procesal prevista en el Capítulo 10 del DR-CAFTA. Sabemos esto porque cuando deseó invertir se presentó e invocó su nacionalidad italiana. Y, sin embargo, cuando se vuelve conveniente invocar una ciudadanía estadounidense, recurre a este nuevo criterio. Esta conducta constituye un ejemplo claro de búsqueda del tratado más favorable, prohibido por el Artículo 10.28 del DR-CAFTA. Socava asimismo principios de buena fe y reciprocidad, que tienen por objeto impedir el abuso de la ley.
145. La definición de “inversionista de una Parte” en el DR-CAFTA se circunscribe a la confirmación de una nacionalidad dominante y efectiva. Se ha establecido que estas definiciones de nacionalidad, que abarcan el requisito de limitación de un “vínculo genuino” constituyen un intento de evitar el problema de “búsqueda del tratado más favorable”¹⁰⁵. Este fenómeno hace alusión a la conducta de inversionistas extranjeros que manipulan su nacionalidad a los fines de adquirir los beneficios de la protección de los tratados en materia de inversión en sus estados receptores a través de terceros países¹⁰⁶. Esta prohibición se encuentra particularmente justificada en circunstancias tales como las presentes, donde el inversionista particular por lo demás se ha presentado como poseedor de una nacionalidad distinta (italiana).
146. Aunque la búsqueda del tratado más favorable esté asociada más comúnmente a las personas jurídicas, los tratados de inversión podrían ser también objeto de abuso por parte de personas físicas. El resultado de permitir este fenómeno a los particulares implicaría que un inversionista podría “escoger” entre sus nacionalidades en pos de obtener acceso a la protección de un tratado de inversión particular que mejor salvaguarde sus intereses.
147. En una serie de ocasiones, los tribunales en materia de inversión y la doctrina jurídica consideraron si la manipulación de la nacionalidad por parte de un inversionista para obtener acceso a las protecciones de los tratados no constituye un abuso del sistema de

¹⁰⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 263-267.

¹⁰⁵ CLA-147, Lee M Caplan y Jeremy K Sharpe, Estados Unidos. en *Chester Brown (ed), Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press 2013), 769.

¹⁰⁶ **RLA-77**, 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* 260, 260.

protección de las inversiones internacionales. Si bien esas decisiones y dictámenes se concentran principalmente en personas jurídicas, los principios derivados de ellos son también útiles para ilustrar el caso de particulares, como el Sr. Aven.

148. En general, la búsqueda del tratado más favorable ha sido considerada como una violación clara de los principios de buena fe y reciprocidad, mediante el ejercicio de derechos de manera abusiva.

149. El principio de buena fe ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia como uno de los principios básicos que rigen la creación y ejecución de obligaciones jurídicas¹⁰⁷. En el contexto de los arbitrajes en materia de inversión, y en particular en relación con la conducta del inversionista al incoar una reclamación, puede interpretarse como una obligación el proceder de manera justa y razonable, declarar motivos y objetos de manera veraz, y abstenerse de aprovecharse de manera injusta¹⁰⁸. Aunque en referencia a las relaciones entre estados, pero asimismo aplicable a las relaciones inversionista-estado, se ha interpretado a la buena fe de la siguiente manera:

“[I]nternacionalmente, la buena fe se presume, y el Estado tiene derecho a confiar en la palabra de otro Estado. Sin esta presunción, no podría continuar la relación internacional. Por lo tanto, la esencia de la mala fe es la discordancia entre el objeto declarado y el motivo real. Se desprende del principio de que no se le puede permitir a uno decir una cosa en un momento y otra en el momento siguiente [...]”¹⁰⁹.
[Traducción libre].

150. Por lo tanto, la manipulación del Sr. Aven al recurrir de repente a la nacionalidad estadounidense en aras de obtener acceso a la protección del DR-CAFTA –a la que de otro modo no tendría derecho– cuando todas las negociaciones con Costa Rica han sido como nacional de Italia constituye una violación del principio de buena fe. No se le puede permitir al Sr. Aven cambiar a su nacionalidad estadounidense únicamente para incoar una reclamación contra Costa Rica, cuando la mayoría de las veces ha informado a las autoridades que era nacional de Italia en pos de establecer su presunta inversión en el país¹¹⁰.

151. Las reclamaciones del Sr. Aven en base a su nacionalidad estadounidense con el único fin de obtener beneficios del DR-CAFTA constituye un ejercicio abusivo de derechos, que no puede aceptarse desde ningún punto de vista. Tal como señala Hersch Lauterpach:

¹⁰⁷ **RLA-55**, *Caso de las Pruebas Nucleares (Nueva Zelanda c. Francia)*, Fallo, Informes de la CIJ (1974) 457, párrs. 46, 49; **RLA-57**, *Caso Relativo a las Acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)*, *Jurisdicción y Admisibilidad*, Fallo, Informes de la CIJ (1988) 69, párr. 94.

¹⁰⁸ **RLA-75**, *Phoenix Action, Ltd c La República Checa*, Caso CIADI N.º ARB/06/5, Laudo, 16 de abril de 2009, párr. 107.

¹⁰⁹ **RLA-56**, G.D.S. Taylor, LL.M., PH.D., *The Content of the Rule Against Abuse of Rights in International Law*, en Profesor Sir Humphrey Waldock y Profesor R. Y. Jennings (eds), *The British Year Book of International Law: Tomo 46: 1972-1973* (Oxford University Press 1975) 323, 334.

¹¹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 263-267.

“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”¹¹¹. [Traducción libre].

152. El ejercicio de la búsqueda del tratado más favorable por parte del Sr. Aven implica asimismo una violación clara del principio de reciprocidad sobre el que se basan los acuerdos de inversión, y como tal, socava la legitimidad de la resolución de controversias inversionista-estado ¹¹². 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 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 ¹¹³.
153. Por lo tanto, aceptar las reclamaciones del Sr. Aven como nacional de los Estados Unidos tendría el efecto de otorgarle protección “gratuita” ya que Italia (su lugar de nacimiento con el que posee un “vínculo genuino”) no tiene que ofrecer los mismos estándares de protección a otros inversionistas en Costa Rica. De hecho, Costa Rica e Italia no han celebrado ningún acuerdo en este sentido, lo que nos permite inferir que el Sr. Aven intentó internacionalizar una controversia en virtud del DR-CAFTA que en cualquier caso debería haberse resuelto en los juzgados nacionales.
154. Los tribunales han analizado entre otros factores la oportunidad de la inversión y la oportunidad de la reclamación en aras de determinar si el cambio de nacionalidad se ha realizado de buena fe, estando de acuerdo en que, si ocurre con posterioridad a la controversia, puede considerarse un ejercicio abusivo de derechos ¹¹⁴. Tal como se estableciera, el Sr. Aven realizó la inversión y llevó a cabo todos los procedimientos relacionados a ella como nacional de Italia, pero al momento de incoar sus reclamaciones contra Costa Rica en el presente arbitraje, repentinamente decidió hacer su comparecencia como estadounidense. Por lo tanto, debería rechazarse su cambio de nacionalidad en el último momento ante una controversia existente.

¹¹¹ **RLA-54**, Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Stevens & Sons Limited 1958) 158.

¹¹² **RLA-78**, Rachel Thorn y Jennifer Doucleff, "Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of 'Investor'." en Michael Waibel y otros (eds) *The Backlash against Investment Arbitration* (Kluwer Law International 2010) 20.

¹¹³ **RLA-81**, Roos van Os y Roeline Knotternerus, "Dutch Bilateral Investment Treaties: A gateway to 'treaty shopping' for investment protection by multinational companies" (SOMO, 2011) <<https://www.somo.nl/nl/dutch-bilateral-investment-treaties/>> accedido el día 19 de octubre de 2016, 12.

¹¹⁴ **RLA-75**, *Phoenix Action, Ltd c. La República Checa*, Caso CIADI N.º ARB/06/5, Laudo, 16 de abril de 2009, párrs. 136 y ss.; **RLA-1**, *Venezuela Holdings, B.V., y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/07/27, Laudo, 10 de junio de 2010, párrs. 199 y ss.; **RLA-90**, *Philip Morris Asia Ltd c. El Commonwealth de Australia*, Caso CPA N.º 2012-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, párr. 554.

155. Además, las “justificaciones” del Sr. Aven de haber utilizado su nacionalidad italiana en el establecimiento y operación de su presunta inversión se basa en supuestos “*prejuicios contra los estadounidenses*”¹¹⁵. Sin embargo, en sus propias transacciones comerciales en los Estados Unidos, el Sr. Aven también parece estar utilizando su nacionalidad italiana. Por ejemplo, el supuesto “acuerdo de Google” el que participaba el Sr. Aven debía realizarse a través de su sociedad, Litchfield Associates Ltd., una sociedad constituida utilizando su nacionalidad italiana¹¹⁶. Claramente, el Sr. Aven utiliza su nacionalidad italiana en el curso normal del negocio y no se trató de un caso de “prejuicios contra los estadounidenses”.

156. En este contexto, el “juego de escoger” que jugó el Sr. Aven constituye un ejercicio de búsqueda del tratado más favorable, que ignora los principios de buena fe y reciprocidad en el derecho internacional. En consecuencia, no se le puede otorgar al Sr. Aven la protección del DR-CAFTA.

3. El Sr. Aven en su carácter de simple representante de las Demandantes no califica como “inversionistas de una Parte” en virtud del Tratado

157. Las Demandantes sostienen que la Demandada sería responsable de cualquier tratamiento proporcionado al Sr. Aven en su calidad de representante o agente de cualquiera de los Inversionistas o de cualquiera de las Empresas, independientemente de su nacionalidad¹¹⁷. Las Demandantes no proporcionan sustento jurídico alguno para ese argumento – ya que no existe sustento jurídico alguno para esa conclusión. La idea que subyace la afirmación de las Demandantes es que las presuntas violaciones cometidas contra el Sr. Aven como inversionista, sea que se lo considere de nacionalidad italiana o estadounidense, se habrían cometido asimismo contra los demás inversionistas y las Empresas en su calidad de representante de todos ellos. Esto constituye una combinación absurda de los principios de mandato en el derecho privado en pos de establecer un nexo en un plano del derecho internacional público donde (como hemos observado) existen normas estrictas contra la selección.

158. Aun si el Sr. Aven es considerado como agente o representante de las Demandantes o las Empresas, no goza de la protección del DR-CAFTA en su calidad de tal ya que no se encuentra dentro de la noción de inversionista según las disposiciones del Tratado.

159. El DR-CAFTA no indica que los “representantes” sean inversionistas protegidos. Por lo tanto, se ha sostenido que:

¹¹⁵ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 22.

¹¹⁶ R-212. Rendimiento Anual de Litchfield Associates Ltd., 1 de agosto de 2015. Véase, asimismo, Segundo Informe Hart, párr. 83.

¹¹⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 38.

“[D]ebe interpretarse que los tratados no protegen los derechos personales de las personas físicas que no sean inversionistas. La consecuencia es que, si el representante sostiene la existencia de violaciones a sus derechos personales, no puede incoar una acción dirigida a la recuperación de sus pérdidas contra el Estado invocando una violación de un TBI”¹¹⁸. [Traducción libre].

160. En consecuencia, cualquier presunta violación cometida contra el Sr. Aven por parte de la Demandada, no puede considerarse cometida contra los demás inversionistas y las Empresas ya que se trata de un simple representante no incluido en la definición expresa de inversionista en virtud del Artículo 10.28 del DR-CAFTA.

B. El Tribunal carece de jurisdicción sobre los inmuebles que no son de titularidad de las Demandantes

161. Las Demandantes restan importancia a la ausencia de titularidad, y a cuán importante es para la clasificación como inversión y, por lo tanto, para la jurisdicción del Tribunal, y, sin embargo, el enfoque generalista que las Demandantes propondrían dista de ser admisible en virtud del examen objetivo de la ley. No obstante, las Demandantes alegan que:

"La realidad es que el Demandado no alcanza a argumentar cualquier impugnación real u objeción específica a la titularidad de los Demandantes respecto de la Empresas dado que no tiene sustento para dicho argumento. Esta atracción secundaria es otro intento de ofuscación y desvío del Demandado"¹¹⁹.

162. En síntesis, las Demandantes no han reunido las condiciones para que el Tribunal goce de jurisdicción. En particular, no han presentado pruebas satisfactorias de su titularidad sobre el terreno que afirman es parte de su supuesta inversión:

"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 CAFTA"¹²⁰.

163. Una investigación minuciosa de los inmuebles que las Demandantes alegan constituyen su inversión en Costa Rica ha demostrado que las Demandantes no son titulares de 78 inmuebles que conforman el terreno del Sitio del Proyecto. La consecuencia de esta omisión debería tener repercusiones, y respetuosamente, el Tribunal debe rechazar su jurisdicción.

¹¹⁸ **RLA-84**, Ingeborg Schwenzer, *Moral Damages in International Investment Arbitration*, en Stefan Michael Kroll, Loukas A. Mistelis, Pilar Perales Viscasillas y Vikki M. Rogers (eds), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Kluwer Law International 2011) 411, 423.

¹¹⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 335.

¹²⁰ Memorial de las Demandantes, párr. 262.

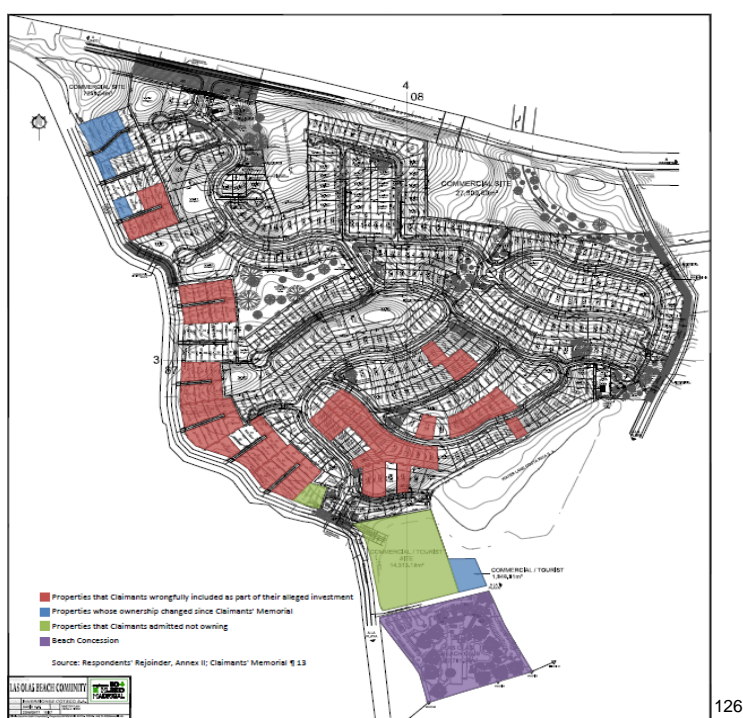
164. Las Demandantes no han podido establecer en ocasión alguna por referencia a pruebas fehacientes que se hayan realizado estas inversiones habilitantes y que estas continúen en existencia. El Anexo C-5 de las Demandantes, demostró la titularidad de sólo una porción de los inmuebles enumerados como pertenecientes a las Empresas en el Anexo A del Memorial de las Demandantes. En su Memorial de Contestación, la Demandada observó que las Demandantes no han probado la titularidad de diversos inmuebles incluidos en el Anexo A de las Demandantes y se reservó su derecho de solicitarle la información faltante a las Demandantes en la etapa adecuada¹²¹. La Demandada se reservó asimismo su derecho de revisar cualquier reconocimiento de titularidad o participación válida de las Demandantes en las Empresas, las parcelas de tierras presuntamente adquiridas, o la concesión adjudicada a La Canícula¹²².
165. Durante la etapa de exhibición de documentos, la Demandada solicitó prueba de titularidad de los inmuebles específicos que presuntamente pertenecían a las Empresas. Sin embargo, las Demandantes se rehusaron constantemente a divulgar pruebas de titularidad de los inmuebles que conformaban el sitio del Proyecto Las Olas, señalando una supuesta "intrusión ilícita en las oficinas de Las Olas" en el año 2012. Las Demandantes alegan además que el día 1 de marzo de 2013, sólo unos pocos meses antes de que las Demandantes presentaran su Notificación de la Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje de fecha 17 de septiembre de 2013, las Demandantes prepararon registros de reemplazo de los registros de accionistas¹²³.
166. En su Escrito de Respuesta, una vez más las Demandantes no han divulgado pruebas de titularidad de los inmuebles que conforman Las Olas. Lo cierto es que las Demandantes no divulgaron esos títulos porque esos inmuebles (i) nunca fueron de titularidad de las Demandantes al momento de someter sus Reclamaciones al comienzo del presente arbitraje, o (ii) fueron vendidos a terceros durante el curso del arbitraje. Las Demandantes no son titulares de los inmuebles que conforman el sitio del Condominio y del sitio de Servidumbres y otros lotes. No es más que un error objetivamente fatal para la integridad de su reclamación – las Demandantes son significativamente incapaces de asumir la rigurosa carga de la prueba y de establecer la titularidad requerida para mantener esta reclamación.

¹²¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 129.

¹²² Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 112.

¹²³ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 32.

167. Primero, las Demandantes alegan que el sitio del Condominio estaba conformado por 288 lotes¹²⁴. Las Demandantes no son titulares de 28 de esos lotes. Se vendieron estos lotes a terceros entre los años 2010 y 2015, antes de la iniciación del presente arbitraje.
168. Segundo, en el Anexo A de su Memorial, las Demandantes enumeraron 81 inmuebles, que se encuentran efectivamente ubicados en el sitio de Servidumbres y otros lotes. De los 81 inmuebles que las Demandantes sostienen son parte de su supuesta inversión, un total de 50 lotes pertenecen a terceros, no vinculados con las Empresas¹²⁵.
169. La Demandada invita respetuosamente al Tribunal a revisar el Anexo II del Memorial de Dúplica y a confirmar que las Demandantes no sólo incluyeron inmuebles que no les pertenecían como parte de su supuesta inversión, sino que no divulgaron ventas en proceso a terceros durante el curso del presente arbitraje.
170. Tal como se muestra en el Segundo Informe Hart, la mayoría de estos lotes se encuentran ubicados estratégicamente en la cercanía del área de acceso a la playa, son más costosos que los otros ubicados más al norte de la playa.



171. En tanto no se ha demostrado titularidad alguna de esos lotes por parte de las Demandantes, no existe inversión objeto de protección con arreglo al Artículo 10.28 del

¹²⁴ Memorial de Demandad, párr. 40.

¹²⁵ Véase Anexo II; **R-322**, Inmuebles que pertenecen al sitio del Condominio que las Demandantes incluyeron erróneamente como parte de su supuesta inversión; y **R-323** Inmuebles que ya no son propiedad de las Demandantes.

¹²⁶ Segundo Informe Hart, Anexo documental 6.

DR-CAFTA. Por lo tanto, la Demandada objeta la jurisdicción del Tribunal para entender toda Reclamación que surja de los 78 inmuebles (28 pertenecientes al sitio del Condominio y 50 pertenecientes al sitio de Servidumbres y otros lotes) que no son parte de la presunta inversión de las Demandantes.

C. El Tribunal carece de jurisdicción sobre la Concesión y el sitio de la Concesión

172. En su Escrito de Respuesta, las Demandantes han tratado de explicar su cadena de titularidad en la Concesión en un intento desesperado de cubrir las ilegalidades cometidas durante la adquisición y operación. Las Demandantes explican su adquisición de la Concesión de la siguiente manera:

- El día 6 de febrero de 2002, las Demandantes celebraron un Contrato de Opción para la compra de la Finca N.º 6-001004-Z-000 al Sr. Carlos Monge. La adquisición estaba supeditada al otorgamiento de la Concesión¹²⁷;
- El día 1 de abril de 2002, el Sr. Aven celebró el CCA (SPA, por sus siglas en inglés) para adquirir **la totalidad de las acciones** de La Canícula del Sr. Monge¹²⁸;
- El día 30 de abril de 2002, Esquivel & Asociados S.A., presuntamente actuando en calidad de fideicomitente, creó un acuerdo de fideicomiso que transfería la totalidad de las acciones en La Canícula a un fideicomiso que sería administrado por el Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A., donde el Sr. Aven era uno de los beneficiarios¹²⁹;
- El día 8 de marzo de 2005, las Demandantes presuntamente cedieron a la Sra. Murillo 51% de su participación en La Canícula; y
- El día 10 de mayo de 2010, las Demandantes cedieron una vez más a la Sra. Murillo 51% de su participación en La Canícula;

173. Dada la explicación inacabada de su adquisición de la Concesión, se requiere una vez más que la Demandada complete las piezas faltantes de la crónica de las Demandantes y aclare las imprecisiones en el historial de titularidad de la Concesión de las Demandantes.

¹²⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 339.

¹²⁸ Íd., párr. 341.

¹²⁹ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 37.

174. La Demandada coincide con las Demandantes en que el día 6 de febrero de 2002, el Sr. Aven celebró un Contrato de Opción para adquirir la Finca N.º 6-001004-Z-000¹³⁰. El Contrato de Opción estaba supeditado al otorgamiento de la Concesión a La Canícula¹³¹.
175. El día 5 de marzo de 2002, el Instituto Costarricense de Turismo otorgó la Concesión a La Canícula¹³² y el día 6 de marzo de 2002, La Canícula y la Municipalidad celebraron el Contrato de Concesión¹³³.
176. El día 1 de abril de 2002, el Sr. Aven celebró el CCA para adquirir **la totalidad de las acciones** en La Canícula al Sr. Carlos Alberto Monge Rojas. Como se desarrollará en mayor detalle en la próxima sección, cuando el Sr. Aven celebró esta transacción, violó las normas aplicables a la Concesión en virtud del derecho costarricense.
177. El día 30 de abril de 2002, el Sr. Aven, y no la firma Esquivel & Asociados S.A. Según afirma el Sr. Aven en su Segunda Declaración Testimonial¹³⁴, celebraron el acuerdo fiduciario para transferir la totalidad de las acciones de las que el Sr. Aven era titular en La Canícula, a un fideicomiso que sería administrado por el Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A. (El "**Acuerdo de Fideicomiso**"). El Acuerdo de fideicomiso disponía que:
- El fideicomiso debía denominarse "LA CANÍCULA S.A. – PACIFIC CONDO S.A. – DAVID AVEN – BANCO CUSCATLÁN DE COSTA RICA S.A."¹³⁵;
 - Los beneficiarios designados en el fideicomiso eran el Sr. Carlos Monge y Pacific Condo Park S.A., las otras partes del CCA¹³⁶;
 - El objeto del Acuerdo de Fideicomiso era proteger los certificados de acciones de la Canícula hasta que se cumplieran en su totalidad las condiciones acordadas por el fideicomitente, el Sr. Aven, y los beneficiarios del fideicomiso designados en el Contrato de Opción¹³⁷;
 - El plazo del fideicomiso era de un año, pero el Acuerdo de Fideicomiso disponía que podría rescindirse con anticipación si las partes cumplían con las obligaciones asumidas en el Contrato de Opción¹³⁸; y
 - El Acuerdo de Fideicomiso estaba regido por la legislación costarricense¹³⁹.

¹³⁰ C-27.

¹³¹ Íd. Cláusula II.

¹³² C-28.

¹³³ R-2, Contrato de Concesión entre la Municipalidad de Parrita y La Canícula, 6 de marzo de 2002.

¹³⁴ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 37

¹³⁵ C-237.

¹³⁶ Íd. Cláusula 1.

¹³⁷ Íd. Cláusula 5.

¹³⁸ Íd. Cláusula 15.

178. Según este Acuerdo de Fideicomiso, una vez que se cumplieran con las condiciones del Contrato de Opción, a saber (i) el otorgamiento de la Concesión a La Canícula y (ii) el pago a los beneficiarios del fideicomiso, podría darse por concluido el fideicomiso. Tras la conclusión del fideicomiso, la titularidad de las acciones se transferiría nuevamente al Sr. Aven, en su calidad de fideicomitente.
179. En virtud de la legislación costarricense, la estructura del Acuerdo de Fideicomiso es la de un fideicomiso de garantía, en virtud del cual el bien (las acciones de La Canícula) se encuentra en tenencia de un tercero neutral (el Banco Cuscatlán de Costa Rica que actúa como agente del fideicomiso) en garantía por un beneficiario (Sr. Monge y Pacific Condo Park S.A.)¹⁴⁰.
180. En tanto las Demandantes no han proporcionado información alguna en cuanto a cuándo el Sr. Aven efectuó el pago a los beneficiarios del fideicomiso, la Demandada no puede determinar la fecha exacta en la que se extinguió el fideicomiso. Sin embargo, ya que el Acuerdo de Fideicomiso tenía un plazo de duración de un año, es justo suponer que el Acuerdo de Fideicomiso se extinguió el día 30 de abril de 2003, un año después de su constitución, después de que (i) se hubiese otorgado la Concesión a La Canícula y (ii) se hubiese efectuado el pago al Sr. Monge y a Pacific Condo Park S.A.
181. En virtud de la legislación costarricense, al término del fideicomiso de garantía, el bien objeto del fideicomiso de garantía se devuelve al fideicomitente¹⁴¹. Por lo tanto, el día 30 de abril de 2003, al extinguirse el fideicomiso debido al cumplimiento de las condiciones establecidas en el Acuerdo de Fideicomiso, la **totalidad de las acciones** en La Canícula fueron transferidas al Sr. Aven, su titular original. Por segunda vez, esta transacción violó las normas aplicables a la Concesión en virtud de la legislación costarricense.
182. Las Demandantes tampoco han explicado cuándo se vendió el 49% de las acciones en La Canícula al resto de las Demandantes, ni han exhibido registro alguno de esas transacciones. El Sr. Aven alega haber enviado una carta a las demás Demandantes el día 4 de octubre de 2004, donde les comunicó el porcentaje de acciones en las Empresas del que cada una sería titular¹⁴². No obstante, no se realiza referencia alguna a la fecha real en la que se transfirieron las acciones en La Canícula del Sr. Aven a las demás Demandantes.

¹³⁹ Íd. Cláusulas 21 y 22.

¹⁴⁰ **R-393**, Disposiciones en materia de fideicomisos en el Código de Comercio, Artículo 648, 27 de julio de 1964.

¹⁴¹ **R-393**, Disposiciones en materia de fideicomisos en el Código de Comercio, 27 de julio de 1964.

¹⁴² C-241.

183. En virtud de la legislación costarricense, la transferencia de acciones en una sociedad anónima exige (i) la entrega física de los certificados de acciones al accionista y (ii) la inscripción en los libros societarios¹⁴³. Las Demandantes no han exhibido pruebas adecuadas de transferencia de acciones a la Sra. Murillo.
184. Las Demandantes alegan en su Escrito de Respuesta que, contrariamente a lo que sostuvieron en el Memorial de las Demandantes¹⁴⁴, el día 8 de marzo de 2005, el Sr. Aven cedió un 51% de su participación en La Canícula a la Sra. Murillo¹⁴⁵. Por lo tanto, según las Demandantes, desde esa fecha, y no desde el día 10 de mayo de 2010, la Sra. Murillo es titular del 51% de las acciones en La Canícula.
185. En cualquier caso, el Sr. Aven y/o las Demandantes eran titulares de la **totalidad de las acciones** en La Canícula, durante el período entre la extinción del Acuerdo de Fideicomiso, el día 30 de abril de 2003, y la presunta “adquisición” por parte de la Sra. Murillo de su participación del 51% en La Canícula el día 8 de marzo de 2005.
186. El incumplimiento ininterrumpido de la norma del 51% por parte de las Demandantes hizo caducar su adquisición de la Concesión y, por lo tanto, las Demandantes no ostentan derecho alguno sobre ella.

1. **La falta de cumplimiento de la norma de titularidad del 51% por parte de las Demandantes hace caducar su adquisición de La Canícula**

187. Tal como afirman las Demandantes en su Memorial¹⁴⁶, en virtud del Artículo 47 de la ley sobre la ZMT, no pueden otorgarse concesiones sociedades, a menos que la mitad de las acciones en esas sociedades sean de titularidad de un nacional de Costa Rica (la “**norma de titularidad del 51%**”). Tal como explicara el Sr. Jurado en su Segunda Declaración Testimonial. La jurisprudencia nacional ha interpretado que la política que subyace a esta norma implica nociones de interés público y función pública de los bienes públicos¹⁴⁷.
188. El Artículo 53 de la Ley sobre la ZMT establece que la sanción por *cualquier* violación de las normas aplicables a la Concesión es la cancelación de la concesión. En el caso de la norma de titularidad del 51%, la Ley sobre la ZMT va más allá de prescribir la cancelación de la concesión, sino que también anula cualquier transacción que se haya celebrado en contra de la norma establecida en el Artículo 47 de la Ley sobre la ZMT. El Artículo 47 de la Ley sobre la ZMT establece que:

¹⁴³ **R-394**, Disposiciones en materia de transferencia de acciones del Código de Comercio, Artículo 688, 27 de julio de 1964.

¹⁴⁴ Memorial de las Demandantes, párr. 16.

¹⁴⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 337.

¹⁴⁶ Memorial de las Demandantes, párr. 16.

¹⁴⁷ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párrs. 204, 205.

"No se otorgarán concesiones:

a) A extranjeros que no hayan residido en el país por lo menos durante cinco años;

[...]

c) A sociedades o entidades domiciliadas en el exterior;

d) A entidades constituidas en el país por extranjeros;

e) **A entidades cuyas acciones o cuotas o capital, correspondan en más de cincuenta por ciento a extranjeros.**

Las entidades que tuvieren concesiones no podrán ceder o traspasar cuotas o acciones, ni tampoco sus socios, a extranjeros. En todo caso, los traspasos que se hicieren en contravención a lo dispuesto aquí, carecerán de toda validez". (énfasis agregado)

189. El Dr. Jurado hace hincapié en la consecuencia de una transacción realizada en contravención al Artículo 47 de la Ley sobre ZMT:

"Por ser un derecho *intuitu personae*, las cesiones [de derechos de una concesión] no autorizadas resultan ilícitas pues como ha establecido también la Sala Constitucional en el mismo voto, "la necesidad de previa autorización en la transmisión inter vivos o mortis causa no es un requisito meramente formal, sino un requisito ad *solemnitatem*, **ya que hacen ineficaz y sin efecto alguno para la propia Administración, la transmisión que no cuenta con la anuencia de la Administración"**¹⁴⁸. (énfasis agregado)

190. El Dr. Jurado señala asimismo otras ramificaciones de esta conducta ilegal, tales como la determinación de fraude de ley por parte de un juzgado penal. El Dr. Jurado, resume los efectos jurídicos de esta conducta en los siguientes términos:

"*El Fraude de ley* puede tener graves consecuencias. La sanción que conllevan los actos administrativos dictados en fraude de ley es la nulidad del acto. En la práctica esto ocurre mediante un proceso penal en el que se investiga los hechos, pudiendo el juez respectivo declarar la nulidad en caso de demostrarse el cometimiento de una conducta ilícita. **Por lo tanto, bajo el supuesto de un incumplimiento del artículo 47 de la Ley de Zona Marítimo Terrestre, carecería de toda validez el traspaso de acciones que se hubiera realizado por el concesionario en contra de la finalidad de la norma"**¹⁴⁹. (énfasis agregado)

191. Además, la consecuencia clara sería la ausencia de titularidad de esas acciones por parte del desarrollador, siendo así, no cumple con los requisitos mínimos. Y la ausencia de titularidad de ese particular implica que, de ninguna manera, pueda ser beneficiario de la concesión, y, en consecuencia, carece de toda legitimidad para oponer sus derechos a esta última.

¹⁴⁸ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 216.

¹⁴⁹ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 226.

192. Las Demandantes han admitido en el párrafo 341 de su Escrito de Respuesta que efectivamente el Sr. Aven adquirió *"la totalidad de las acciones de La Canícula de su único accionista, el Sr. Monge"*. En virtud del Artículo 47 de la Ley sobre la ZMT y la jurisprudencia en materia constitucional, la adquisición por parte del Sr. Aven de la totalidad de las acciones en La Canícula el día 1 de abril de 2002 es nula de nulidad absoluta, y, por lo tanto, las Demandantes no tienen ningún derecho en La Canícula ni en la Concesión.

2. **No se le impide a la Demandada plantear su objeción jurisdiccional**

193. Las Demandantes podrían argumentar que se le impide a la Demandada plantear esta objeción porque:

- Ninguna de sus dependencias la había planteado con anterioridad; ni
- ningún juzgado nacional ha declarado la ilegalidad de las transacciones mediante las cuales las Demandantes adquirieron sus derechos en la Concesión.

194. Sin embargo, esos argumentos no prosperarían dado que las Demandantes nunca informaron a las autoridades costarricenses de estas transacciones ilegales, y no había manera posible para que las dependencias costarricenses pudieran haber tenido conocimiento de estas transacciones sin que las Demandantes las notifiquen.

195. Segundo, la Demandada recién ha tomado conocimiento de la serie de adquisiciones y transferencias de acciones de La Canícula inmediatamente después de la etapa de exhibición de documentos en el marco del presente arbitraje, donde:

- las Demandantes presentaron el Acuerdo de Fideicomiso;
- el Tribunal le ordenó a las Demandantes divulgar *"prueba de la fecha de transferencia de acciones en La Canícula (ii) a la Sra. Paula Murillo y (iii) a las Demandantes"*; y
- las Demandantes divulgaron una carta de fecha 8 de marzo de 2005 según la cual se "transfería" a la Sra. Murillo el 51% de las acciones en La Canícula.

196. Además, en el párrafo 112 de su Memorial de Contestación, la Demandada se reservó sus derechos de revisar cualquier reconocimiento de titularidad o participación válida de parte

de las Demandantes en las Empresas, las parcelas supuestamente adquiridas o la concesión adjudicada a La Canícula¹⁵⁰.

197. Por último, tal como se explicará *infra*, no le corresponde a las Demandantes (ni, con respeto, al Tribunal) declarar la nulidad de esta transacción, sino que les corresponde a los juzgados nacionales de la Demandada incoar los procesos correspondientes a la luz de la información divulgada por las Demandantes en el marco del presente arbitraje.

V. LA CONDUCTA ILÍCITA E ILEGAL DE LAS DEMANDANTES HACE QUESUS RECLAMACIONES DEVENGAN INADMISIBLES

198. En su Memorial de Contestación, la Demandada ya ha sustentado su argumento legal de que, en virtud del derecho internacional, las Demandantes no pueden recurrir a las protecciones del DR-CAFTA debido a las ilegalidades cometidas durante la operación de su presunta inversión en Costa Rica¹⁵¹. En este momento la Demandada aclarará cada una de esas ilegalidades a la luz de las nuevas afirmaciones de las Demandantes.

A. El ocultamiento de información por parte de las Demandantes indujo a la SETENA a otorgar la VA a las Demandantes

199. Las Demandantes incurrieron en falsedades importante respecto de las condiciones físicas del Sitio del Proyecto y obtuvieron la VA de forma fraudulenta. La SETENA, confiando en estas tergiversaciones emitió la VA para el sitio del Condominio en el año 2008. Estos engaños o falsedades han implicado que el desarrollo sea defectuoso, fundado en infracciones que no pueden sostener la supuesta inversión de las Demandantes.

1. Las obligaciones de las Demandantes en su calidad de desarrolladores en virtud de la legislación costarricense

200. Las Demandantes tenían hacia la SETENA un deber de buena fe durante su presentación de la EIA. Las Demandantes y el perito de las Demandantes, el Sr. Ortiz, admiten que las Demandantes deberían haberse guiado por el principio de buena fe durante el proceso de obtención de permisos¹⁵². Las Demandantes admiten asimismo que, "*el promotor está obligado a presentar información completa y veraz a fin de obtener una Viabilidad Ambiental*"¹⁵³. El Sr. Ortiz admite que le corresponde al desarrollador identificar áreas frágiles desde el punto de vista ambiental tales como humedales y bosques, dentro del área en la que se desarrollará el proyecto:

¹⁵⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 112.

¹⁵¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 426-432.

¹⁵² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 229-230.

¹⁵³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 232.

“Los desarrolladores deben identificar desde el inicio del proyecto mediante un informe técnico la zona del predio a desarrollar que se debería considerar como área ambientalmente frágil. Por ejemplo, dicho informe debe señalar la existencia de humedales y/o bosques”¹⁵⁴.

201. Esta obligación de buena fe es doble en tanto exige que (i) *el desarrollador* identifique cualquier impacto potencial al medio ambiente, y (ii) al hacerlo, proporcionar información precisa y fidedigna. Esta buena fe es consistente con el derecho internacional y las mejores prácticas de las EIA ¹⁵⁵,
202. En cuanto a la primera, la Ley de Biodiversidad de Costa Rica prevé una inversión de la carga de la prueba tanto con anterioridad al inicio de un desarrollo, como durante el proceso de autorización ambiental y durante las obras:
- "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 daño ambiental"¹⁵⁶.
203. Los Principios Rectores de la Evaluación del Impacto a la Biodiversidad también colocan sobre el desarrollador la carga de la prueba de identificar cualquier amenaza a la

¹⁵⁴ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 45.

¹⁵⁵ Por ejemplo, los Considerandos de la Directiva de la Unión Europea 2011/92/UE de fecha 13 de diciembre de 2011 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados en el medio ambiente prescriben las obligaciones del promotor cuando se involucra en el proceso de EIA: "(31) Conviene que el informe de impacto ambiental que debe presentar el promotor para un proyecto incluya una descripción de alternativas razonables estudiadas por el promotor que sean pertinentes para ese proyecto, en particular, si procede, un esbozo de la evolución probable del estado actual del medio ambiente sin ejecución del proyecto (hipótesis de referencia), como medio de mejorar la calidad del proceso de evaluación de impacto ambiental y permitir la integración de las consideraciones medioambientales en las primeras fases del diseño del proyecto". El Artículo 5(3) de la Directiva de la UE relativa a la EIA establece que: "3. Con el fin de asegurar la exhaustividad y calidad de los informes de evaluación de impacto ambiental: a) el promotor garantizará que el informe de evaluación de impacto ambiental sea preparado por expertos competentes; b) la autoridad competente garantizará que dispone de conocimientos, o que, de ser necesario, tiene acceso a dichos conocimientos, para examinar el informe de evaluación de impacto ambiental". Véase, **R-381**, Directiva de la UE relativa a la EIA, 13 de diciembre de 2011. Además, las Prácticas Recomendadas de los Principios de Evaluación de Impacto Ambiental confeccionadas en el año 2009 por la Asociación Internacional para la Evaluación del Impacto establecen un principio de transparencia básico: "Transparente - el proceso debería tener requisitos claros y fácilmente comprensibles para el contenido de la EIA; garantizar el acceso público a la información; identificar los factores que han de tenerse en cuenta en la toma de decisiones; y reconocer las limitaciones y dificultades". [Traducción libre]. Véase, R-379, Prácticas Recomendadas de los Principios EIA de la Asociación Internacional para la Evaluación del Impacto (IAIA, por sus siglas en inglés), 1999. Asimismo, la organización *Endangered Wildlife Trust* (EWT), una organización no gubernamental establecida en Sudáfrica, sin fines de lucro fundada en el año 1973, en su guía "Guía para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental" define los roles y responsabilidades del promotor en una EIA: "Debe designar a un Profesional de Evaluación Ambiental para gestionar la Solicitud; Debe proporcionar al Profesional de Evaluación Ambiental y a la Autoridad Competente acceso a toda información disponible que sea relevante para la Solicitud; debe proporcionar al Profesional de Evaluación Ambiental información fidedigna que sea relevante para la actividad identificada propuesta". [Traducción libre]. Véase, RLA-113, *Endangered Wildlife Trust*: 'Preguntas frecuentes: General' (Una Guía para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, 2016) <http://www.eia.org.za/general.html#general_q5> accedido el día 25 de octubre de 2016.

¹⁵⁶ C-207, Artículo 109.

biodiversidad y de adoptar cualquier medida para garantizar que el desarrollo no ocasionará daño alguno a la biodiversidad:

“Aplicase el Principio Precautorio. Aplíquese el principio precautorio en toda situación en la que pueda verse amenazada la biodiversidad y no exista conocimiento suficiente para cuantificar los riesgos o implementar la mitigación efectiva. La aplicación del principio precautorio exige que se posponga el consentimiento al desarrollo mientras se adopten medidas para garantizar que puede obtenerse la mejor información disponible mediante la consulta con las partes interesadas/los expertos y/o que puede obtenerse/consolidarse nueva información en materia de biodiversidad”¹⁵⁷. (énfasis agregado) [Traducción libre]

204. Queda claro que en virtud de la práctica de la legislación ambiental (incluido el principio precautorio como piedra angular), es común que le corresponda al desarrollador una carga especial cuando se trata del proceso de evaluación de la EIA.
205. En lo que se refiere al deber de veracidad de la información presentada por el desarrollador, en virtud de las reglamentaciones costarricenses, el Dr. Jurado ya ha explicado en su primera declaración testimonial de qué manera le corresponde al desarrollador la carga de presentar información transparente y fidedigna. Se trata de una etapa fundamental en el proceso de evaluación de la EIA en virtud de las reglamentaciones locales¹⁵⁸. Las Demandantes admiten que, en virtud del principio de buena fe, el desarrollador tiene una obligación de presentar información veraz dentro de la solicitud de Viabilidad Ambiental¹⁵⁹.
206. En síntesis, en Costa Rica estos dos principios se cristalizan con el requisito de que el desarrollador presente una Declaración Jurada mediante la cual garantiza, bajo juramento, que la información proporcionada a la SETENA es *“veraz, completa y acorde con la legislación ambiental”*¹⁶⁰. Las Demandantes presentaron esta Declaración como parte de su presentación de la EIA en el año 2007 y, por lo tanto, ratificaron su obligación de atenerse a la información proporcionada y a los compromisos asumidos de ese modo¹⁶¹.

2. **El invento de las Demandantes de una teoría de “responsabilidad compartida”**

207. En contraposición a los antecedentes a los que se hiciera referencia *supra*, las Demandantes inventan una teoría de “responsabilidad compartida” para trasladar su responsabilidad de proporcionar información precisa a la SETENA durante su presentación a esta última de la EIA para el Proyecto. Las Demandantes hacen referencia a una *“obligación de la SETENA de analizar debidamente la información y controlar su*

¹⁵⁷ **R-380**, Principios Rectores de Evaluación de Impacto a la Biodiversidad, julio de 2005, pág. 3.

¹⁵⁸ Primera Declaración Testimonial de Julio Jurado, párrs. 84-86.

¹⁵⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 231.

¹⁶⁰ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 43.

¹⁶¹ **R-397**, declaración jurada de las Demandantes presentada a la SETENA, 6 de marzo de 2008.

precisión” Tal como explicara el Dr. Jurado, el papel de la SETENA en el proceso de la EIA debe contextualizarse con los principios fundamentales de la legislación en materia ambiental, tales como el principio precautorio, la inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad objetiva¹⁶². Tras realizar ese análisis, el Dr. Jurado concluye que:

“Bajo esta premisa, **parece lógico entonces que sea el desarrollador, y no SETENA, el responsable de la información dentro del expediente administrativo de estudio de impacto ambiental.** Es el desarrollador quien debe delimitar su propia responsabilidad, al prever cualquier tipo de daño que pueda causar su desarrollo, según las condiciones que presente la propiedad. De esta forma, SETENA sí se encuentra obligada a darle seguimiento a las responsabilidades y compromisos a los que se sometió el desarrollador para poder realizar el proyecto, y cuenta con los métodos para hacerlo, descritos en el acápite anterior”¹⁶³. (énfasis agregado)

208. Las Demandantes invocan asimismo la inspección del inmueble que realizara un funcionario de la SETENA antes de otorgar la VA¹⁶⁴. Tal como aclarara el Dr. Jurado, estas inspecciones son sumarias y se basan en la información presentada previamente por el desarrollador con su Formulario D-1:

“A pesar de que SETENA tiene potestad para realizar giras de inspección *ex ante*, estas son facultativas y no tienen que ser realizadas en cada análisis de estudio de impacto ambiental. **Estas visitas tienen el propósito de verificar elementos socioeconómicos, culturales y técnicos que se incluyeron en el estudio de impacto ambiental por parte del desarrollador. La normativa no establece en ningún momento la responsabilidad de verificar elementos meramente ambientales (existencia de áreas protegidas, por ejemplo), ya que esta comprobación se encuentra fuera del ámbito de acción y especialidad de [la SETENA]** Esto se conjuga, de forma clara, con la lista taxativa de obligaciones que le asigna el numeral 17 de la Ley Orgánica del Ambiente”¹⁶⁵. (énfasis agregado)

209. Sería absurdo hacer que los funcionarios de la SETENA verifiquen cada uno de los elementos de carácter ambiental que hubiere presentado el desarrollador y, que se espera sean precisos y veraces, en una visita sumaria del sitio cuyo objeto es otro. La SETENA no podría haber determinado la existencia de humedales o bosques, en primer lugar, por el carácter breve de esas visitas y, en segundo lugar, porque no es el organismo competente para hacerlo. Por lo tanto, las Demandantes no pueden invocar la visita del sitio *ex ante* que realizara la SETENA para deducir de manera abrupta que “*la SETENA arribó a la conclusión de que el proyecto no afectaba a los humedales*”¹⁶⁶.

¹⁶² Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párrs. 60, 63.

¹⁶³ *Ibid.*, párr. 59.

¹⁶⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 236.

¹⁶⁵ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 44.

¹⁶⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 236.

3. Las Demandantes presentaron información inexacta e incompleta a la SETENA

210. En el Memorial de Contestación, la Demandada identificó la información y los documentos que las Demandantes ocultaron deliberadamente a la SETENA cuando realizaron su presentación de la EIA para el sitio del Condominio¹⁶⁷. Las Demandantes han negado haber ocultado información o haber engañado a la SETENA. En este momento, la Demandada abordará cada una de esas alegaciones. Pero, en primer lugar, la Demandada observa que el propio “asesor ambiental” de las Demandantes, el Sr. Mussio, admite que el proceso de autorización ambiental para el Proyecto Las Olas fue sencillo:

“Pese a lo complejo que pueda ser el proceso, en el proyecto “Las Olas” **los retos de fondo ambiental no fueron relevantes** y mi empresa logró obtener todos los permisos ambientales y urbanísticos que requiere un proyecto inmobiliario en zona costera”¹⁶⁸. (énfasis agregado)

211. Naturalmente el proceso fue sencillo, las Demandantes nunca informaron a la SETENA de la existencia de humedales y bosques en el Sitio del Proyecto ni realizaron una evaluación integral de las secciones del desarrollo, circunscribiéndose al sitio del Condominio y dejando deliberadamente fuera del proceso de evaluación: el sitio de la Concesión y el sitio de Servidumbres y Otros Lotes. Si las Demandantes hubieran revelado las condiciones físicas reales que poseía el Ecosistema Las Olas, el procedimiento de EIA habría sido tan sencillo como lo describe el Sr. Mussio.

a) Las Demandantes no emprendieron un estudio biológico adecuado

212. Las Demandantes alegan que efectivamente presentaron un estudio biológico como parte de su solicitud de VA¹⁶⁹. Las Demandantes invocan la explicación del Sr. Mussio de que se presentó ante la SETENA el estudio biológico como parte del Plan de Gestión Ambiental¹⁷⁰.

213. Aunque ese estudio incluye un capítulo “pobre” respecto de la biología, lo que es importante para el caso que nos ocupa es que las Demandantes no contrataron a un biólogo para que realizara un estudio adecuado del Sitio del Proyecto¹⁷¹. El Sr. Mussio describe a Geoambiente S.A., la empresa consultora a cargo de ejecutar el Plan de Gestión Ambiental de las Demandantes, como una empresa que incluye “*ingenieros urbanísticos, ingenieros forestales, topógrafos, geólogos, hidrólogos*”¹⁷². Sin embargo, el

¹⁶⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 286-302.

¹⁶⁸ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 19.


¹⁶⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 238.


¹⁷⁰ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párrs. 50-52.


¹⁷¹ Informe Siel Siel, párr. 1.

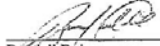
¹⁷² Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 29.



Plan de Gestión Ambiental presentado por las Demandantes para obtener la VA para el sitio del Condominio no incluyó a un biólogo:


Ursula Rehaag Kopanke.
Coordinadora del trabajo. Abogada.
Reg. Setena No.059-96


Rodolfo Hernández Ramírez.
Saneamiento Ambiental.
Reg. No.058-96


Eduardo Hernández García.
Geohidrólogo.
Reg. No. 108-98


Raifall Rojas
Sociólogo
Reg. No.105- 2003


SON AUTENTICAS: 

173

214. El Informe Siel Siel explica la importancia de una evaluación de este tipo, realizada por un profesional especializado (biólogo), a la luz de los ecosistemas que presentaban el Ecosistema Las Olas:

“[E]ra fundamental contar con un biólogo en el desarrollo del Proyecto Las Olas debido a que la propiedad tenía zonas húmedas (o al menos características que indicaban la presencia de humedales), aspecto que reconocieron los doctores Baillie, Calvo y Langstroth y el Sr. Protti. Personas que vivían en las cercanías también estaban conscientes de la existencia de humedales. Sin embargo, las Demandantes y sus profesionales prefirieron no incluir a un profesional especializado para que evaluara sus análisis biológicos, incluido su valor”¹⁷⁴.

215. Además, el Informe Siel Siel explica los motivos por los cuales este “capítulo relativo a la biología” era “*extremadamente pobre*”:

“a) No fue preparado por un profesional en biología inscripto como tal ante la entidad profesional correspondiente (tal como se explica más adelante);

b) No contenía ningún análisis técnico de los ecosistemas presentes en el sitio o de los tipos de cubierta existentes, (incluidas zonas boscosas) que pudieran reconocerse a primera vista y que exigieran un análisis exhaustivo para establecer si dichos ecosistemas podían clasificarse como bosques o no;

c) Más allá de señalar los retiros desde el río Aserradero, el informe no incluyó ningún tipo de análisis técnico para determinar las condiciones de los ecosistemas acuáticos del sitio y los regímenes de protección aplicables, especialmente si se tiene en cuenta que la propiedad contenía áreas inundadas, zonas similares a pantanos y sectores con una abundancia de agua, características que siempre indican la presencia de humedales en esta zona de la región del Pacífico Central en Costa Rica;

¹⁷³ R-1, Plan de Gestión Ambiental, 2007.

¹⁷⁴ Informe Siel Siel, párr. 4.

- d) El estudio no incluía ningún mapa de los cursos de agua (a excepción del río Aserradero) ni de los diferentes ecosistemas o interacciones entre especies de plantas que claramente eran más que "pasturas";
- e) No incluía ningún análisis de la vida salvaje del lugar, la vegetación hidrófila ni de ningún otro elemento que demostrara que un experto en la materia había evaluado la zona y descartado la presencia de bosques, humedales u otros ecosistemas o recursos biológicos de importancia en el sitio;
- f) No indicaba ningún tipo de relación entre los ecosistemas del sitio y los existentes en su área de influencia. De hecho, el Plan ni siquiera definía las áreas de influencia;
- g) A pesar de que los planificadores sí hicieron referencia a un curso de agua identificado como el Arroyo Aserradero en la propiedad, el PGA no definió todos los cursos de agua que vierten al Río Aserradero (humedales KECE 6, 7 y 8), ni ninguna categorización de los ecosistemas asociados;
- h) Asimismo, tampoco indicó la proximidad del arroyo Aserradero y el humedal Aserradero, ni la relación entre ellos. Tampoco mencionaba las consecuencias que tendría el vertido de aguas de desecho (aun si eran tratadas) en ese ecosistema acuático protegido, ni las alteraciones al régimen hídrico de la propiedad derivadas de los trabajos de terraplenado, los cambios en las cubiertas del suelo (aumento de las áreas no porosas) y el incremento de la erosión, entre otros efectos"¹⁷⁵.

216. Nada parece "*bizarro [o] patético*"¹⁷⁶ respecto de la información faltante que las Demandantes omitieron en pos de ocultar los ecosistemas que contenía el Sitio del Proyecto.

217. En cualquier caso, no resulta sorprendente que las Demandantes no emprendieran el análisis descripto por el Informe Siel Siel¹⁷⁷, dado que el propio asesor de las Demandantes admite que sólo consideraron las condiciones "*físicas y topográficas*" del terreno:

"25. En el caso de "Las Olas", el señor Aven nos entregó las curvas de nivel de suelo y nosotros las verificamos con las inspecciones de campo, y trabajamos en diseñar los planos de conformidad con la topografía de la finca. Es decir, que el diseño lo hicimos con apego a la **realidad física, topográficas y a las limitantes del terreno** [...]"¹⁷⁸ (énfasis agregado)

218. Por último, en un intento de justificar la ausencia de los estudios que las Demandantes estaban obligadas a emprender, el Sr. Bermúdez afirma que suponiendo que las

¹⁷⁵ Informe Siel Siel, párr. 1.

¹⁷⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 237.

¹⁷⁷ Informe Siel Siel, párr. 6.

¹⁷⁸ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 25.

Demandantes no presentaron el estudio biológico, era responsabilidad de la SETENA solicitar uno:

“Si los Demandantes no hubieran presentado un estudio biológico con su solicitud, se les habría requerido que justificaran dicha omisión ante la SETENA, la que aparentemente permitió que la solicitud prosperara sobre esa base”¹⁷⁹.

“[E]ra responsabilidad de la SETENA pedir un estudio biológico detallado si lo consideraba necesario”¹⁸⁰.

219. Este se ubica dentro de los comentarios más absurdos de las Demandantes. Si la SETENA “permitió que la solicitud prosperara sobre esa base”, fue porque las Demandantes no revelaron que pretendían desarrollar su proyecto en tierras que contenían humedales y bosques, áreas frágiles desde el punto de vista ambiental en virtud de la legislación costarricense¹⁸¹. La SETENA habría solicitado un estudio biológico si se le hubiese proporcionado información real sobre las condiciones físicas del Ecosistema Las Olas. No se pueden verter críticas contra la SETENA en circunstancias en las cuales fue la omisión u ocultamiento de las Demandantes lo que impulsó el proceso de solicitud.

220. Además, en su declaración jurada, las Demandantes prestaron juramento comprometiéndose a divulgar de manera verídica las condiciones físicas del sitio y cualquier afectación que su desarrollo pudiera tener en el ambiente.

b) Las Demandantes no identificaron las áreas frágiles desde el punto de vista ambiental en su presentación del Formulario D-1

221. Las Demandantes tratan de eludir su omisión de identificar áreas frágiles desde el punto de vista ambiental en su presentación del Formulario D-1. Para lograrlo, las Demandantes invocan la afirmación del Sr. Mussio de que el sitio maestro que él preparó efectivamente consideró “*puntos de cuidado*” que el diseño del proyecto buscó proteger¹⁸². Sin embargo, ninguna de estas áreas fue identificadas en el Plan de Gestión Ambiental presentado por las Demandantes a la SETENA¹⁸³.

222. El Segundo Informe KECE delinea muy claramente estas “*áreas sensibles*” nunca habrían otorgado protección alguna a los ecosistemas en Las Olas y muestra de manera gráfica lo que estas áreas pretendían hacer con los Humedales en el Sitio del Proyecto:

“a) Las áreas abiertas en el plan maestro del sitio incluyen parques, áreas recreativas y áreas de juego para niños.

¹⁷⁹ Segunda Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, párr. 8.

¹⁸⁰ Segunda Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, párr. 9.

¹⁸¹ C-208, Anexo 3.

¹⁸² Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 30.

¹⁸³ Segundo Informe KECE, párr. 150.

b) Estos usos de áreas abiertas no son equivalentes a áreas de protección de recursos naturales. Las actividades del sitio dentro de estas áreas abiertas pueden incluir cualquier número de actividades emprendidas por el desarrollador para cumplir con la definición de un parque, área recreativa o un parque infantil que podría alterar significativamente las condiciones naturales de estas áreas sensibles.c) La ubicación de un área abierta identificada como "Parque" (parque) en el plan maestro en las cercanías de la depresión ERM D1 (KECE Humedal 5), cerca de la esquina noreste de la esquina noroeste del sitio, no garantiza la protección del humedal. Las partes del humedal están claramente afectadas por la infraestructura del emplazamiento, incluida una planta de tratamiento de carreteras y aguas residuales.

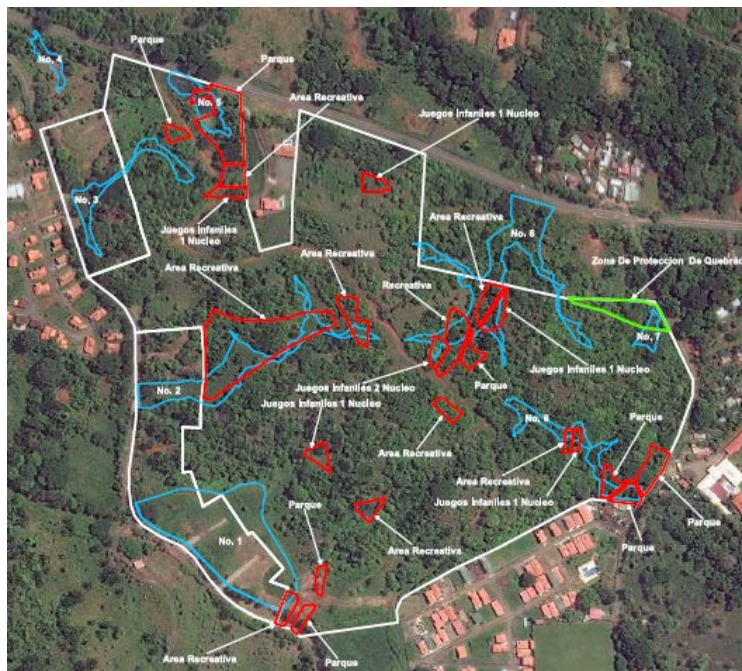
d) Una situación similar se da en la esquina sureste del sitio en un camino de drenaje identificado por KECE como Humedal 8 y descrito por el Dr. Baillie (Baillie, 2016) como el fondo de un afluente de Aserradero, que contiene agua (Figura 12). Aquí, mientras una porción de los humedales identificados se muestra como parques, una revisión del plan maestro muestra que el tributario está afectado por carreteras, desarrollo, servidumbres de drenaje, y una planta de tratamiento de alcantarillado.

e) La ubicación de una planta de tratamiento de aguas residuales, identificada en los documentos de solicitud D-1 para proporcionar tratamiento secundario y descarga en el sistema de gestión del agua in situ es particularmente preocupante. Las ramificaciones de calidad de agua de este diseño son preocupantes ya que ambas áreas son humedales, y ambas áreas han sido confirmadas por el Experto de Suelo de las Demandantes (Baillie, 2016) como tributarios que drenan al Río Aserradero.

f) De acuerdo con los planes maestros, una porción de la depresión D1 (KECE Humedal 2) se identifica como área recreativa (Figura 12). Pero esta designación no proporciona evidencia de protección ambiental, ya que un área de recreo puede conllevar un alto desarrollo de afectación, tal como relleno y nivelado como un campo deportivo. Además, el humedal no está protegido ya que el plan del sitio muestra los lotes residenciales que se extienden en el suelo del humedal / valle y los planes muestran un canal de drenaje a través de la mitad de este sistema de humedales.g) Además, los planes de desarrollo de Las Olas para las servidumbres muestran afectaciones significativas en las áreas identificadas por ERM como depresiones D1 y D2 (KECE Humedales 2 y 3). Mientras que las áreas de servidumbre no incluidas en el plan maestro de 2007 para el condominio de Las Olas, se presentó un plan de desarrollo separado a la municipalidad en 2010 para la construcción de las servidumbres occidentales (DEPPAT, 2010) y muestran un denso desarrollo residencial dentro de estos dos humedales, así como en el disputado área suroeste (KECE Humedal 1).

h) Otro conjunto de espacios abiertos se hayan en el plan maestro a lo largo del brazo occidental del afluente aserradero noreste, que KECE ha identificado como Humedal 6 (Figura 12). Sin embargo, estas áreas no cubren el área entera del humedal (o los amortiguadores vegetativos adyacentes), e incluyen servidumbres del drenaje en el humedal, y las actividades del sitio no excluyen la conversión de las

áreas a la condición no nativa para apoyar las designaciones del parque o del patio.”¹⁸⁴. (énfasis agregado)



223. La realidad es que las Demandantes nunca identificaron áreas frágiles desde el punto de vista ambiental tal como lo requiere la legislación costarricense. Esto es confirmado asimismo por el Informe Siel Siel:

“En la evaluación de impacto ambiental que presentaron para el sitio del Condominio, las Demandantes no revelaron a la SETENA la existencia de ningún “área ambiental frágil” ni de ninguna presunta “área sensible”. El hecho de que identificaran partes de las zonas de humedal como “parques recreativos” y “servidumbres para aguas pluviales” claramente no equivale a definir una zona como frágil desde el punto de vista ambiental, tal como lo exigen las Normas Generales sobre los Procedimientos de Evaluación de Impactos Ambientales”¹⁸⁵.

224. Tal como lo señalara el Sr. Erwin, el simple hecho de que Mussio Madrigal Arquitectos presuntamente identificara estas áreas como “sensibles” demuestra que “estas otras áreas sensibles eran conocidas por el equipo del proyecto ya en 2007, [lo que] implicaría que estaban ocultando intencionalmente la identificación de estas áreas de Costa Rica”¹⁸⁶.

225. El Sr. Bermúdez da un ejemplo falaz de la presunta identificación de áreas frágiles desde el punto de vista ambiental al hacer referencia a la mención de la ubicación del Río Aserradero en las cercanías del Sitio del Proyecto¹⁸⁷. Naturalmente, la SETENA tenía

¹⁸⁴ Segundo Informe KECE, párr. 150.

¹⁸⁵ Informe Siel Siel, párr. 27.

¹⁸⁶ Segundo Informe KECE, párr. 149.

¹⁸⁷ Segunda Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, párr. 10.

conocimiento de que el Sitio del Proyecto se encontraba en las cercanías de un río, pero es completamente distinto a pretender desarrollar en un sitio con humedales y bosques.

4. **Las Demandantes tenían conocimiento de la existencia de humedales en el Sitio del Proyecto**

226. En primer lugar, las Demandantes niegan ocultar a la SETENA el Informe Protti y acusan a la Demandada de “*tergiversar completamente*” sus contenidos¹⁸⁸. En segundo lugar, las Demandantes alegan que la afirmación de la Demandada de que las Demandantes escondieron información a la SETENA “*depende de un solo documento —el “Informe Protti”*”¹⁸⁹. Para desgracia de las Demandantes, tras la etapa de Exhibición de Documentos en el marco del presente arbitraje, las Demandantes divulgaron dos nuevas fuentes de prueba que también deberían haber alertado a las Demandantes de la existencia de humedales. Estas se consideran *infra*.

a) *El Informe Protti*

227. Las Demandantes impugnan todo respecto de la existencia del Informe Protti: su ocultamiento deliberado de la SETENA, su presentación al SINAC cuatro años después de su realización, sus contenidos y conclusiones, y las obligaciones que tuvieron las Demandantes y sus asesores después de conocerlos. En las próximas secciones, se demostrará que todas estas impugnaciones son infundadas.

ii. *El Informe Protti fue presentado por las Demandantes al SINAC en el año 2011*

228. Las Demandantes pretenden que los alegatos de la Demandada con respecto a Informe Protti deben “*ser simplemente ignorados*” ya que la Demandada no ha explicado, “*cómo o cuándo se supone que se presentó [al SINAC] o cuál era la relación de los Demandantes con dicho estudio*”¹⁹⁰. Se trata de un método muy bizarro de tratar de desviar la atención del Tribunal de un documento contemporáneo que sustancialmente relevante para la admisibilidad de la reclamación de las Demandantes.

229. El Sr. Mussio impugna asimismo las afirmaciones de la Demandada de que las Demandantes presentaron realmente el Informe Protti al SINAC en el año 2011¹⁹¹. El Sr. Aven niega asimismo tener alguna relación con el Informe Protti:

“No tuve ninguna relación con el informe de Protti, y no recuerdo cómo se originó, en el año 2007. Puede haber sido algo que Mussio Madrigal

¹⁸⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 239.

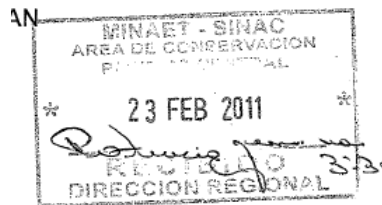
¹⁸⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 239.

¹⁹⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 249.

¹⁹¹ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 49.

o uno de sus subcontratistas ordenó como parte de su trabajo, pero yo no participé en ninguna decisión al respecto, ni ordené que se preparara y, hasta hace poco, nunca lo vi. El informe dice claramente que una empresa costarricense llamada Tecnopetrol. Ese estudio puede haberse preparado hasta sin que Mussio Madrigal lo supiera. Lo seguro es que no fue ordenado por los Demandantes, como afirma la Demandada en su Memorial de contestación, lo que los llevó a acusarme falsamente de “engañar” a la SETENA y a afirmar que eso prueba que yo sabía que había pantanos. Esto no es más que otra acusación difamatoria y ridícula que no tiene fundamentos en la verdad”¹⁹².

230. Esto es falso. La Demandada explicó en los párrafos 420-421 de su Memorial de Contestación que fue el propio Sr. Aven quien presentó el Informe Protti al SINAC el día 23 de febrero de 2011 alegando de manera equivocada que dicho estudio “concluye que no existen humedales ni problemas de inundación en la propiedad”¹⁹³. El Anexo C-113 de las Demandantes contiene la carta presentada y suscripta por el Sr. Aven al SINAC que anexara al Informe Protti. Esta carta ostenta un sello oficial del SINAC reconociendo la fecha de recepción:



231. Asimismo, el Anexo R-11 de la Demandada, que contiene el Informe Protti, ostenta el sello oficial del SINAC en todas sus páginas. Pero, en cualquier caso, y en pos de evitar toda duda planteada por las Demandantes, el SINAC ha certificado que el Informe Protti es parte del expediente asignado al Proyecto Las Olas que obra en los registros de dicha oficina¹⁹⁵.

232. El Sr. Mussio intenta deslindarse del Informe Protti haciendo referencia a un “nombre diferente” asignado al Proyecto, que presuntamente no le es familiar:

“El informe está dirigido a Tecnocontrol e indica que había sido solicitado por dicha empresa. No recuerdo proyecto alguno denominado como “Condominio y Villas Esterillos Oeste”. Siempre hemos conocido este proyecto con el nombre de Condominio “Las Olas” y así consta en toda la documentación”¹⁹⁶.

¹⁹² Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 92.

¹⁹³ C-113.

¹⁹⁴ Ibíd.

¹⁹⁵ **R-378**, Certificación del SINAC de que el Informe Protti es parte del expediente para el Proyecto Las Olas, 28 de septiembre de 2016.

¹⁹⁶ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 46.

233. Los desarrolladores pretendieron desarrollar Las Olas como un proyecto de gran escala independientemente del nombre que utilizaron en diversas ocasiones: el Informe Protti hacía referencia al “Condominio y Villas Esterillos Oeste”¹⁹⁷; el Informe Castro de la Torre hacía referencia a “Edificios de tres pisos Esterillos Oeste”¹⁹⁸. En cualquier caso, estos dos estudios muestran la intención de los desarrolladores de desarrollar un proyecto inmobiliario de gran envergadura para el cual decidieron fragmentar la evaluación de impacto ambiental.
234. A pesar de las intenciones del Sr. Mussio de evadir responsabilidades, las Demandantes admiten que tenían conocimiento de la existencia del Informe Protti y alegan que debido a que “no reunía los requisitos” de las Directrices de la SETENA, no fue presentado a la SETENA¹⁹⁹. Si las Demandantes y sus asesores fueran tan rigurosos al analizar el contenido y el alcance del informe como para arribar a la conclusión de que no era suficientemente bueno como para presentarlo a la SETENA, ¿por qué omitieron investigar las señales de alarma que identificaba?
235. Las Demandantes caen en la misma trampa, cuando invocan la explicación del Sr. Madrigal de por qué motivo Geoambiente S.A. decidió sustituir el Informe Protti por un Protocolo Ambiental Físico confeccionado por el Sr. Eduardo Hernández (el “**Informe Hernández**”). Las Demandantes alegan que dado que el Sr. Protti era geólogo y no hidrólogo como el Sr. Hernández, el Informe Protti no fue presentado a la SETENA²⁰⁰. En efecto, esta es su justificación principal para el ocultamiento de esta solicitud fundamentalmente irrealizable. Sin embargo, las Demandantes y sus asesores son víctimas de una tergiversación u omisión significativa, ya que no realizaron un seguimiento con biólogos e hidrólogos después de observar las conclusiones del Informe Protti.
236. Además, las “suposiciones” del Sr. Mussio de por qué el Informe Protti fue sustituido por el Informe Hernández carece de toda lógica cuando uno se da cuenta de que las Demandantes presentaron un “estudio biológico” sin la participación de un biólogo. Las Demandantes y sus asesores no fueron rigurosos en el momento de examinar los antecedentes profesionales del Sr. Protti ya que terminaron presentando un “estudio biológico” sin un biólogo.
237. No obstante, las afirmaciones de las Demandantes son completamente falsas y sólo prueban su intento desesperado de evitar toda relación con el Informe Protti. Información

¹⁹⁷ **R-11**, Estudio Geológico Hidrogeológico confeccionado por Roberto Protti, Geotest (Estudio Geológico Hidrogeológico Formulario D-1), julio de 2007.

¹⁹⁸ **R-349**, Informe Castro de la Torre, 8 de julio de 2002.

¹⁹⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 242.

²⁰⁰ Íd., párr. 245.

oficial del Colegio de Geólogos de Costa Rica demuestra que el Sr. Roberto Protti es **hidrogeólogo** y el Sr. Hernández no lo es²⁰¹:

Hidrogeología

Arredondo Li Sandra
Castro Matamoros Ana Lucía
Echandi Echeverría Ernesto
Gómez Cruz Alicia
Gómez Tristán María
Guzmán Alpizar Guillermo

Herrera Ocampo Jorge Arturo
Losilla Penón Marcelino
Mora Castro Daniel
Morera Guillén Sigifredo
Pérez Morales Jose William
Protti Quesada Roberto

Rodríguez Estrada Hugo Virgilio
Vargas Campos Carlos Alonso
Vargas Sanabria Asdrúbal
Vásquez Fernández Mauricio
Zúñiga Mora Héctor Enrique

238. Pero no sólo eso, de hecho, las Demandantes parecen reconocer este hecho en el párrafo 95 de su Escrito de Respuesta:

“Al parecer, el **Informe Protti** fue encargado por Tecnocontrol [...] **y fue preparado por un hidrogeólogo**, que no hizo ningún intento por evaluar las condiciones del emplazamiento [...]”²⁰². (énfasis agregado)

239. Es verdaderamente asombroso que se haya ocultado tan significativamente el informe de un hidrogeólogo tan calificado como el Sr. Protti, cuando existían sobradas razones para divulgarlo. Además, las Demandantes realizan las siguientes alegaciones en un intento desesperado de justificar el motivo por el cual se ocultó el Informe Protti y se lo sustituyó con el Informe Hernández:

240. En primer lugar, las Demandantes alegan que el Informe Protti no cumplía los requisitos para un Protocolo de Geología, según se establece en el Anexo 6 de las Directrices de la SETENA (Decreto 32712-MINAE)²⁰³. El Anexo 6 exige que el estudio geológico contenga 3 clases fundamentales de información: Información (i) geológica, (ii) hidrológica e (iii) información relacionada con las condiciones de amenaza y riesgos naturales. El Anexo 6 brinda mayores detalles respecto de la información que estos tres sub-estudios deberían contener y los cubre en las Secciones II, III y IV del Anexo²⁰⁴.

241. En las notas al pie 282 y 283, las Demandantes citan la información solicitada para la “Sección II: información geológica” y la aplican al Informe Protti, que según el Informe Siel Siel es un estudio hidrogeológico y no un estudio geológico²⁰⁵. La información solicitada para “información hidrogeológica” se encuentra en la Sección III del Anexo 6 y no exige que el estudio “*integre información geotécnica*”, tal como alegan las Demandantes²⁰⁶.

242. Segundo, las Demandantes alegan que presentaron información geotécnica del Informe Castro de la Torre. Tal como se explicará *infra*, este informe señaló asimismo la existencia

²⁰¹ **R-424**, Rafael González Ballar y Mario Peña Chacón, *The Environmental Process in Costa Rica* (ISOLMA 2015), 2015.

²⁰² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 95.

²⁰³ Íd., párr. 242.

²⁰⁴ C-215.

²⁰⁵ Informe Siel Siel, párr. 42.

²⁰⁶ C-215.

de humedales. Las Demandantes no explican por qué motivo es relevante la existencia y ocultamiento del Informe Protti que hayan contratado también a Castro de la Torre para realizar un estudio geotécnico.

243. Además, las Demandantes afirman en forma engañosa que “*los Demandantes presentaron [el Informe Castro de la Torre] como parte de su Evaluación de Impacto Ambiental*”²⁰⁷. En efecto, las Demandantes presentaron este informe como parte de su presentación para la obtención de la VA para el sitio de la Concesión (Expediente N.º 551-2002-SETENA), no para el sitio del Condominio (Expediente N.º 1362-2007-SETENA). Por ende, la SETENA no evaluó las conclusiones de este informe cuando analizó la presentación por parte de las Demandantes de la EIA para el sitio del Condominio. Esto demuestra exactamente de qué manera la fragmentación deliberada de la evaluación de la EIA afecta negativamente el procedimiento de evaluación llevado a cabo por el ente regulador, en este caso, la SETENA.
244. Tercero, las Demandantes tratan de justificar el reemplazo del Informe Protti con el Informe confeccionado por el Sr. Hernández, alegando que “realizó un Estudio de Suelo mediante el cual efectuó perforaciones y tomó muestras a fin de obtener información veraz de la geología local y de las características de los suelos. Por lo tanto, no se basó en información general de otros lugares como se hizo en el informe de Protti”²⁰⁸. Esto es falso. El Sr. Protti, de hecho, realizó estudios en el sitio y eso queda claro de los anexos a su informe²⁰⁹. Además, si el Sr. Hernández fue tan diligente para realizar un estudio de suelo en el sitio efectuando perforaciones, ¿por qué omitió señalar las zonas anegadas de tipo pantanosa que señalara el Sr. Protti? Esto es aún más preocupante cuando uno compara las conclusiones del estudio del Sr. Hernández y la admisión del Sr. Mussio de que la zona anegada de tipo pantanosa, identificada por el Sr. Protti, se dejó como “área sensible” en el plan maestro del sitio²¹⁰.

iii. *El contenido real del Informe Protti*

245. Las Demandantes inventan palabras como parte de las alegaciones de la Demandada al afirmar que “*en el Informe Protti no se mencionaba, como alega el Demandado, que ninguna área dentro del emplazamiento del proyecto era un humedal protegido*” y, por lo tanto, las Demandantes tenían conocimiento de su existencia y decidieron deliberadamente ocultar esta información a la SETENA²¹¹. La Demandada jamás ha

²⁰⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 243.

²⁰⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 244.

²⁰⁹ R-11, Estudio Geológico Hidrogeológico confeccionado por Roberto Protti, Geotest (Estudio Geológico Hidrogeológico Formulario D1), julio de 2007.

²¹⁰ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 30.

²¹¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 241.

alegado que el Informe Protti "mencionaba que un área dentro del emplazamiento del proyecto era un humedal protegido". En primer lugar, no se controvierte que todos los humedales se encuentran protegidos en Costa Rica, la calificación de humedal *protegido* de las Demandantes es irrelevante. En segundo lugar, el Informe Protti señalaba un área pantanosa, que constituía una clara señal de que requería estudios de seguimiento. No se hizo nada, y, en cambio, se hizo la vista gorda en pos de no desacelerar el desarrollo favorecido.

246. Las Demandantes alegan de manera cínica que:

"Las conclusiones del Sr. Protti tratan las condiciones de drenaje del emplazamiento y las posibles inundaciones estacionales que pueden ocurrir allí debido, según la revisión del Informe Protti realizada por el Sr. Mussio con personal de Geoambiente, a la obstrucción de vertidos del agua superficial del emplazamiento Las Olas en un canal existente debajo de una calle pública hacia el oeste del emplazamiento"²¹². (énfasis agregado)

247. Tanto el Sr. Aven como el Sr. Bermúdez impugnan estas conclusiones del Informe Protti, aludiendo a un supuesto problema de "deficiencias en el sistema de drenaje" en Esterillos Oeste para generalizar una de las causas que el Sr. Protti sugiere sería el motivo de la presencia de pantanos en el Sitio del Proyecto. El Informe Siel Siel explica por qué motivo estas "teorías" de supuestas deficiencias en el sistema de drenaje (tratando de ocultar la existencia de un humedal real) son incorrectas:

"[U]n drenaje lento no es "un problema", sino una de las principales características físicas de las áreas de humedales. Cuando el señor Aven dice que un drenaje deficiente es un "problema", lo hace sin tomar en cuenta la riqueza de los humedales como ecosistemas protegidos. Además, no es correcto comparar las inundaciones momentáneas de un edificio de la municipalidad con áreas (como los humedales) que permanecen inundadas por largos periodos de tiempo.

Al mismo tiempo, reconocemos que algunas áreas de Esterillos Oeste exhiben características de "drenaje suficiente", lo cual es una de las condiciones necesarias para la presencia de humedales. La única condición, pero no deja de ser importante. En el sitio de Las Olas, la deficiencia del drenaje es resultado de 3 factores principales, a saber: (i) la topografía de las porciones cóncavas de la propiedad, (ii) la presencia de suelos arcillosos, y (iii) el nivel de precipitaciones en la zona. Todos esos factores, además de las temperaturas tropicales cálidas, crear las condiciones básicas para la formación de humedales a lo largo del tiempo.

Los señores Bermúdez y Mussio alegan (engañosamente) que las causas de este "drenaje insuficiente" son la ubicación de la carretera pública y el bloqueo del sistema de drenaje de agua pluvial. A pesar de que esto podría ser cierto en otras áreas, peritos de ambas partes ya han indicado la existencia no de uno, sino de varios humedales en el sitio del Proyecto. Lo que el Sr. Protti identificó no fue "agua momentáneamente estancada debido al bloqueo de una alcantarilla",

²¹² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 246.

como las Demandantes intentan sostener, sino un área inundada similar a un pantano presente en el sitio, lo que necesariamente implica la existencia de un ecosistema acuático que, tal como lo demuestran el primer y el segundo informe de KECE y la declaración testimonial de EMR, también contiene vegetación hidrófila. Por último, cuando se alude a la zona anegada de tipo pantanosa identificada en el Informe Protti, el Sr. Bermúdez afirma que, “si a la SETENA le preocupaba esta zona del sitio del proyecto, debería haber señalado esa zona [en una inspección de campo] y debería haber solicitado estudios adicionales”²¹³.

iii. *El Informe Protti debería haber alertado a las Demandantes de la existencia de humedales en el Sitio del Proyecto*

248. Las Demandantes niegan que las conclusiones en el Informe Protti pudieran haberlas alertado o haber alertado a sus asesores de la existencia de humedales en el Ecosistema Las Olas.

249. El Sr. Bermúdez simplemente afirma “No acepto que el Informe Protti proporcione indicación alguna de la existencia de humedales”²¹⁴, aunque no proporciona mayor sustento o pruebas para su opinión. El Sr. Bermúdez afirma que:

“[...] el Informe Protti describe un área de drenaje pobre ubicada en el Sitio del condominio y el área de servidumbres.

Aunque no soy un experto en identificación de humedales, según mi opinión, el escaso drenaje del agua de lluvia no es una indicación concluyente de la presencia de un humedal”²¹⁵.

250. Lo cierto es que el Informe Protti no señaló una zona con “deficiencias en el sistema de drenaje” como afirma el Sr. Bermúdez, sino que señaló **literalmente** una “zona anegada” y una “zona de tipo pantanosa”:

“[...] hacia la zona oeste se encuentra una zona anegada de tipo pantanosa, posiblemente desarrollada por las pobres condiciones de drenaje en dicho sector”²¹⁶.

251. El informe señala:

Estos terrenos no muestran condiciones de amenaza de inundación estacional ya que se ubican fuera de la zona de influencia de cualquier sistema fluvial capaz de generar este tipo de condiciones, sin embargo, hacia la zona oeste se encuentra una zona de tipo pantanosa, posiblemente desarrollada por las pobres condiciones de drenaje en dicho sector.

²¹³ Informe Siel Siel, párrs. 36-38.

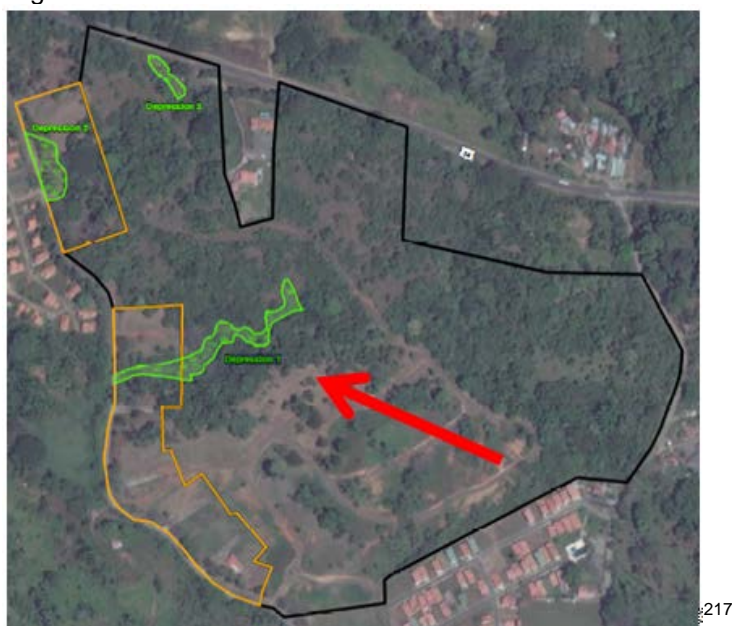
²¹⁴ Segunda Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, párr. 16.

²¹⁵ Segunda Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, párrs. 13-14.

²¹⁶ R-11, Estudio Geológico Hidrogeológico confeccionado por Roberto Protti, Geotest (Estudio Geológico Hidrogeológico Formulario D-1), julio de 2007.

252. El Informe Siel Siel explica los motivos por los cuales los asesores de las Demandantes deberían haber sido advertidos de las conclusiones del Informe Protti:

"[E]l informe de Protti no tenía el objetivo de ser una demostración técnica de la existencia de un humedal en la propiedad, y no es eso lo que la Demandada ha afirmado. Lo único que Protti mencionó fue una "señal de alerta". Las menciones de Protti de una "zona de tipo pantanosa" deberían haber sido suficientes para alertar a las Demandantes y sus asesores de que era necesario efectuar investigaciones y estudios adicionales. Cabe destacar que los propios peritos de las Demandantes han confirmado las conclusiones del estudio de Protti en 2007. El Dr. Baillie llega la conclusión de que el área presenta "suelos hídricos" , y el informe de EMR también confirma que el área es un "posible humedal" a llamarlo "Depresión 1" y confirmar la existencia de vegetación hidrófila:"



253. El Sr. Mussio realiza afirmaciones similares²¹⁸:

"[e]n todo caso el informe del señor Protti no indica que existe un humedal en la zona, ni lo sugiere, ni indica siquiera algún grado de probabilidad de su existencia y la necesidad de realizar mayores estudios, incluso nunca utiliza tan siquiera ese término al referirse a la zona en cuestión"²¹⁹.

254. Tal como lo explica el Informe Siel Siel, las explicaciones del Sr. Mussio son engañosas:

"En primer lugar, un pantano es, de por sí, un tipo de humedad. En segundo lugar, cualquier profesional que afirme estar familiarizado con los procedimientos y normas ambientales del país, como el Sr. Mussio sugiere sobre sí mismo, sabría sobre el principio precautorio y lo que implica, por lo que las conclusiones lo habrían alertado y, en consecuencia, habría ordenado nuevos estudios o, como mínimo, habría entregado los resultados a la SETENA. En tercer lugar, el hecho

²¹⁷ Informe Siel Siel, párr. 33.

²¹⁸ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 47.

²¹⁹ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 47.

de que el Sr. Protti no usara el término "humedal" en su informe carece de importancia. El Sr. Protti es geólogo, no especialista en humedales, y como tal no eran humedales lo que buscaba en la propiedad. Las conclusiones del Sr. Protti deberían haber llevado a los profesionales de las Demandantes a contratar a un biólogo y a un hidrólogo para que estudiaran el área"²²⁰.

255. Por último, las Demandantes concluyen que *"en comparación con el Informe Protti, los estudios de Las Olas realizados y presentados por los promotores son más completos, y la SETENA verificó estos estudios, incluso mediante una visita al emplazamiento"*²²¹. En primer lugar, las Demandantes nunca presentaron el Informe Protti a la SETENA, de modo que nunca pudo "verificar" la información real de las condiciones físicas de la propiedad. Las Demandantes admiten que sus asesores se abstuvieron de presentar el Informe Protti a la SETENA:

"Por lo tanto, poco sorprende que los representantes del promotor hayan incluido otros informes en la presentación ante la SETENA en vez del Informe Protti"²²². (énfasis agregado)

256. En segundo lugar, las visitas que realizaron los funcionarios de la SETENA son sumarias por naturaleza y se diseñan con base en la información presentada por el desarrollador para la evaluación EIA. Claramente, si las Demandantes hubiesen presentado el Informe Protti, la visita del sitio de la SETENA habría prestado especial atención a la "zona anegada de tipo pantanosa" identificada por el estudio.

iv. *Las contradicciones recurrentes de las Demandantes en lo que se refiere al anegamiento en Esterillos Oeste*

257. Al tratar de justificar la razón por la cual ocultaron el Informe Protti, las Demandantes una vez más se contradicen en lo que se refiere a los problemas de anegamiento en Esterillos Oeste. Primero, el Plan de Gestión Ambiental que las Demandantes confeccionaron en el año 2007, las Demandantes negaron la existencia de problemas de anegamiento en el Ecosistema Las Olas:

"[E]l proyecto no será afectado por inundaciones, según vecinos la propiedad ha sido afectada por el desbordamiento de quebradas y ríos"²²³.

258. Ahora, con el objeto de encubrir las conclusiones del Informe Protti, las Demandantes sostienen que el Informe Protti sólo mostró anegamiento, un "problema histórico en la comunidad [de Parrita]". . El Sr. Aven afirma que:

"El informe de Protti también hace referencia a deficiencias en el sistema de drenaje, un problema bien conocido en la localidad y la

²²⁰ Informe Siel Siel, párr. 44.

²²¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 247.

²²² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 242.

²²³ R-1, Plan de Gestión Ambiental, 2007, pág. 35.

municipalidad. El sistema de drenaje de Parrita es deficiente, y he visto el edificio de la municipalidad completamente inundado cuando llueve mucho²²⁴. (énfasis agregado)

259. Estas contradicciones sólo reflejan que los malabares de las Demandantes en aras de impugnar la existencia, los hallazgos y las conclusiones del Informe Protti – los cuales han demostrado ser completamente infructuosos.

b) El Informe Castro de la Torre

260. Durante la etapa de Exhibición de Documentos, las Demandantes divulgaron un “Estudio Geotécnico y Mecánica del Suelo” confeccionado por Castro de la Torre S.A. el día 8 de julio de 2002 (el “Informe Castro de la Torre”)²²⁵. Las Demandantes reconocen su existencia en el párrafo 243 de su Escrito de Respuesta, pero convenientemente omiten presentarlo como anexo documental.

261. Parece que la historia se repite y el Informe Siel Siel explica por qué razón este informe debería haber advertido a las Demandantes y sus asesores de la existencia de humedales en el Ecosistema Las Olas:

“Los resultados del estudio demuestran la presencia capas freáticas extremadamente llanas, especialmente en la ubicación P5, que corresponde al Humedal nro. 1 definido en el primer



informe de KECE:

Por lo tanto, no fueron solamente las conclusiones de los estudios de suelo efectuados en el sitio del Proyecto, **sino también la mera observación superficial del terreno lo que indicaba la presencia de grandes cantidades de agua en la propiedad. Además, la**

²²⁴ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 93.

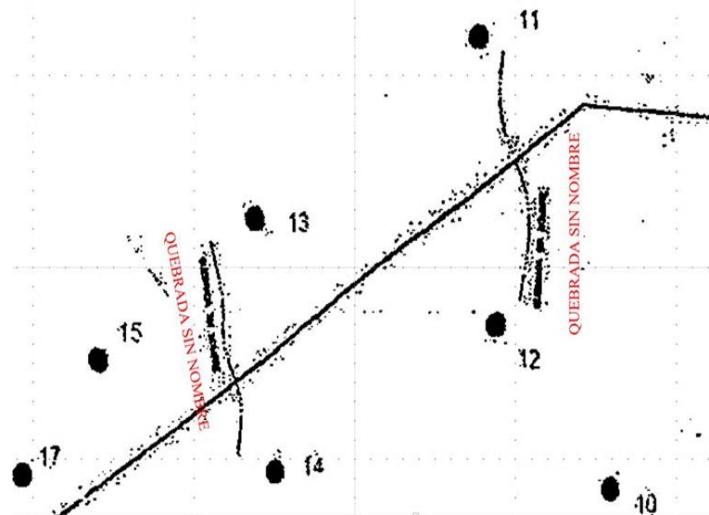
²²⁵ R-349, Informe Castro de la Torre, 8 de julio de 2002.

presencia de agua no se trataba de "charcos ocasionados por el bloqueo de las alcantarillas", según afirman las Demandantes, sino que se debía a la existencia de un área cóncava al pie de una zona de cerros, ubicada en una región de fuertes precipitaciones y temperaturas cálidas de tipo tropical, todos factores que favorecen la aparición de humedales. Tan solo este hecho debería haber sido suficiente para alertar a los profesionales contratados por las Demandantes de la necesidad de analizar cuidadosamente la propiedad para descartar la presencia de cualquier humedal que tuviera que protegerse de las obras de desarrollo propuestas"²²⁶. (énfasis agregado)

c) El Informe Tecnocontrol

262. Tras una revisión minuciosa del Informe de Ingeniería Geotécnica confeccionado por Tecnocontrol S.A. presentado por las Demandantes como parte de su presentación D-1 en el año 2007 (el "Informe Tecnocontrol")²²⁷, el Informe Siel Siel señala otra "señal de alarma" que debería haber advertido a las Demandantes de la existencia de los humedales en el Ecosistema Las Olas:

"La figura en la página 14 señala la presencia de dos quebradas o arroyos:



Cada uno de los arroyos que se ve en la figura es un humedal protegido. La existencia de arroyos en la zona muestra la propensión del lugar a la existencia de humedales"²²⁸.

5. **El fraccionamiento por parte de las Demandantes de sus presentaciones de EIA ocultó la existencia de ecosistemas en el Sitio del Proyecto**

263. El fraccionamiento implica fraccionar la EIA para un único proyecto en lugar de abocarse en una única EIA integral para el proyecto en su conjunto. La SETENA y el TAA han condenado esta práctica toda vez que los desarrolladores intentaron presentar solicitudes

²²⁶ Informe Siel Siel, párrs. 50-51.

²²⁷ R-13, Formulario D1 completo para el sitio del Condominio, 8 de noviembre de 2007.

²²⁸ Informe Siel Siel, párrs. 53-54.

de VA fragmentadas para el mismo proyecto. Las Demandantes dedican dos párrafos en su Escrito de Respuesta para abordar esta ilegalidad. Las Demandantes invocan los dictámenes de los Sres. Ortiz, Bermúdez y Mussio para alegar que se trata de una *“demanda injustificada e infundada”*²²⁹. Las Demandantes ignoran que la obligación del desarrollador de realizar una EIA integral y global del proyecto propuesto constituye uno de los principios angulares básicos de la EIA a nivel mundial que se ha reproducido en la normativa costarricense.

a) Una EIA debe ser integral y global

264. Diversos instrumentos fundamentales sobre la EIA han establecido la obligación de que la EIA debe ser integral y global a fin de permitir una consideración plena de los posibles impactos que un proyecto o actividad podría tener en el medio ambiente. La Nota Preliminar del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente del año 1987, estableció como uno de los principios fundamentales de la EIA la realización de un EIA “integral”:

“Principio 1:

Los Estados (incluidas sus autoridades competentes) no deberían emprender o autorizar actividades sin consideración previa, en una etapa temprana, de sus efectos sobre el ambiente. Cuando el alcance, naturaleza o ubicación de la actividad propuesta es tal que es posible que afecte al medio ambiente de manera significativa, **debería emprenderse una evaluación de impacto ambiental integral de conformidad con los siguientes principios**”²³⁰. (énfasis agregado)
[Traducción libre]

265. De igual manera, los Principios de la Mejor Práctica de la Asociación Internacional de Evaluación de Impactos establece también como principio que la EIA debería ser sistemática:

“Ser Sistemática- el proceso debe considerar en su totalidad toda la información relevante del ambiente afectado, las alternativas propuestas y sus impactos, así como las medidas necesarias para monitorear e investigar los efectos residuales”²³¹.

266. Los Considerandos de la Directiva de la UE sobre la EIA confirma asimismo el criterio global a la EIA:

“(22) Con el fin de garantizar un nivel elevado de protección del medio ambiente y de la salud humana, los procedimientos de comprobación previa **y de evaluación del impacto ambiental deben tener en cuenta los impactos del proyecto de que se trate en su conjunto**, incluidos, si procede, su subsuperficie y su subsuelo, durante las fases de construcción y explotación y, si procede, de demolición.

²²⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 279.

²³⁰ **R-366**, Objetivos y Principios de la EIA, PNUMA, 16 de enero de 1987.

²³¹ **R-379**, Principios de la Mejor Práctica para la EIA de la IAIA, 1999.

(23) **Con miras a llegar a una evaluación completa de los efectos directos e indirectos de un proyecto en el medio ambiente**, la autoridad competente debe emprender un análisis examinando el fondo de la información facilitada por el promotor y la obtenida mediante consultas, así como examinar la información adicional cuando resulte conveniente²³². (énfasis agregado)

267. Por último, el Profesor Neil Craik en su libro "*The International Law of Environmental Impact Assessment*" refuerza **la obligación del desarrollador** de realizar una **EIA integral**:

"Las EIA constituyen claramente uno de los mecanismos centrales utilizados por los estados para adquirir conocimiento respecto de las consecuencias ambientales de sus acciones. **Las EIA abordan la previsibilidad solicitándole a los promotores de proyectos que analicen de manera integral los impactos probables de las actividades propuestas**, [...]"²³³. (énfasis agregado) [Traducción libre]

268. El principio es aplicable de igual manera en virtud de la normativa costarricense.

b) El fraccionamiento de la EIA es ilegal en Costa Rica

269. La Ley de Biodiversidad fue sancionada en Costa Rica en aras de cumplir con las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica del cual Costa Rica es signatario. Tanto el Convenio como la Ley de Biodiversidad establecen el principio de que toda EIA debe ser integral y global²³⁴.

270. Al incorporar este principio a la práctica cotidiana, las regulaciones costarricenses han establecido que es ilegal el fraccionamiento de la EIA. El Informe Siel Siel explica que:

"La evaluación de impactos ambientales debe ser integral y holística, lo que implica un análisis exhaustivo de las características sociales y los ecosistemas naturales y la definición de posibles impactos y las medidas que se tomarán para, en lo posible, evitarlos, o en última instancia mitigarlos. Tal es la lógica que sustenta cualquier proceso de evaluación de impactos ambientales, y las leyes de Costa Rica no son diferentes en este aspecto [...] **SETENA y el Tribunal Ambiental Administrativo han aplicado en varios casos, establece que no es lícito "fragmentar" (término utilizado en la jerga de los consultores ambientales y la SETENA) los procesos de evaluación de impactos ambientales. Esto se refiere la división en subproyectos más pequeños de un desarrollo que en realidad es un único proyecto, aun si está programado para efectuarse en etapas**"²³⁵. (énfasis agregado)

²³² **R-381**, Directiva de la UE relativa a la EIA, 13 de diciembre de 2011.

²³³ **R-420**, Neil Craik, *The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration* (Cambridge University Press 2008) 54, 64.

²³⁴ C-207, Artículo 3.

²³⁵ Informe Siel Siel, párrs. 66, 68.

271. Se desaconsejan los fraccionamientos desde el punto de vista de la evaluación ambiental porque²³⁶:

- Evita[n] que en la evaluación de impactos ambientales se pase por alto el análisis de ecosistemas frágiles.;
- porque no permiten que las entidades regulatorias evalúen de manera integral la propuesta del desarrollador desde una perspectiva ambiental, ni la totalidad de las tierras, ecosistemas y poblaciones que se verán afectadas.;
- Desalientan la participación ciudadana en las EIA para proyectos de mediana o gran escala, que cuando se fragmentan, no tienen que atravesar este proceso; e
- impiden que las autoridades determinen si la propiedad de desarrollo proyectada contiene áreas forestadas, que pueden verse afectadas negativamente, según lo determina la Ley Forestal.

272. En particular, la jurisprudencia penal costarricense ha reforzado el principio de no irreductibilidad de los bosques²³⁷. Es interesante observar el carácter inalienable del derecho a un ambiente sano y el fortalecimiento de un principio que faculta a los jueces a aplicar la restitución del destino del suelo, garantizando la protección de bosques. Esta decisión consolidó el principio de no irreductibilidad de los bosques en otras sentencias judiciales, e incluso promovió a nivel administrativo que las autoridades comenzaran a cuestionar la segregación de propiedades cuando se pretende evadir la definición de la Ley Forestal²³⁸.

273. La SETENA ha abordado expresamente la ilegalidad de los fraccionamientos y ha rechazado los proyectos de desarrolladores que pretendían fraccionar la EIA para diversos proyectos que formaban parte de un proyecto único. Por ejemplo, para resolver la impugnación de una revisión administrativa, en la que Río Coronado Land Company solicitó tres VA para tres sub-proyectos ubicados en tres lotes diferentes dentro de la misma área de un proyecto principal, la SETENA sostuvo lo siguiente:

“El criterio técnico determina que se trata de un solo proyecto operado en tres propiedades contiguas y con un mismo desarrollador y para obras semejantes, sea movimiento de tierras para dar acceso a un camino, de manera que no puede esta Secretaría permitir que en aras de otros intereses o factores, se violente Legislación Ambiental, permitiendo que se realice un “fraccionamiento” de la Evaluación Ambiental aplicando instrumentos de Evaluación Ambiental, de menos rigor o significancia ambiental, en perjuicio del ambiente [...]

²³⁶ Informe Siel Siel, Sección VII.

²³⁷ **R-365**, Tribunal de Casación Penal, Sentencia 2003-0396, 8 de mayo de 2003.

²³⁸ Informe Siel Siel, párr. 72.

Tomando en cuenta lo anterior, es de procedencia operar conforme lo a lo que estipula el artículo 94 de [la Ley de Biodiversidad], que estipula:

“La evaluación del impacto ambiental en materia de biodiversidad debe efectuarse en su totalidad, aun cuando el proyecto esté programado para realizarse en etapas”.

Determinante es el texto de este artículo en el sentido de fundamentar que este proyecto debe ser evaluado de manera integral para las tres propiedades y considerando todos los elementos que se van a impactar, sin poder considerarse límites, colindancias o barreras humanas, por lo que no lleva razón el recurrente al pretender que la Evaluación de Impacto Ambiental sea confeccionada individualmente por cada uno de los lotes en un Formulario D2, cuando lo que procede es confeccionar un Formulario D1 para todo el proyecto, en aras de tutelar el impacto ambiental, esto en aplicación del Principio Precautorio y el Principio Pro Natura, rectores del Derecho Ambiental”²³⁹.

274. De igual manera, en otro caso que involucraba la presentación de dos VA para el desarrollo de un condominio y la construcción de una concesión de aguas subterráneas dentro del mismo inmueble y a ser desarrollados por el mismo desarrollador, la SETENA decidió “*unificar la evaluación de los proyectos correspondientes a los expedientes... de forma que el análisis se realice integralmente*” invocando el Artículo 94 de la Ley de Biodiversidad²⁴⁰.

275. Después de comprender el marco legal y regulatorio de Costa Rica contra el fraccionamiento, es difícil de entender la afirmación del Sr. Mussio de que:

“[T]engo amplio conocimiento general adquirido por mi experiencia y práctica profesional para poder guiar la dirección de un proyecto en sus diferentes etapas de vida, a saber, la iniciación, la planificación, la ejecución, el control y el cierre, desde sus inicios hasta su culminación. Pero, ello no significa que no esté familiarizado con las diferentes regulaciones, normativas, leyes, guías ambientales y urbanísticas que deben cumplirse para la obtención de los permisos”²⁴¹.

276. Si el Sr. Mussio posee amplia experiencia con las regulaciones en materia ambiental, simplemente no podría haber (y no debería haber) aconsejado o permitido que las Demandantes fragmenten su desarrollo en violación de las regulaciones ambientales en Costa Rica.

²³⁹ **R-344**, Resolución de la SETENA relativa al fraccionamiento en el Proyecto de Río Coronado Land Company, 2015.

²⁴⁰ **R-345**, Resolución de la SETENA relativa al fraccionamiento en el Proyecto de Rubi Business Corporation, 19 de marzo de 2015.

²⁴¹ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 11.

c) Las Demandantes incurrieron en el fraccionamiento en pos de inducir al error a la SETENA

277. En su Memorial de Contestación, la Demandada ya ha explicado de qué manera el fraccionamiento deliberado de la EIA para el Proyecto Las Olas de las Demandantes indujo a la SETENA al error de otorgar la VA²⁴². Por lo tanto, la Demandada solamente abordará las defensas que las Demandantes han opuesto contra esta ilegalidad en sólo dos párrafos de su Escrito de Respuesta²⁴³.

278. En primer lugar, las Demandantes intentan ocultar el fraccionamiento ilegal para un "desarrollo en etapas". Tal como explicara el Informe Siel Siel, (i) el fraccionamiento, aun si se realiza en etapas es ilegal y (ii) las Demandantes no realizaron una evaluación "en etapas" de su proyecto:

"Según el artículo 94 de la Ley de Biodiversidad y las resoluciones de la SETENA, queda claro que el fraccionamiento siempre es ilegal desde la perspectiva del derecho costarricense, y que los proyectos ejecutados en etapas también deben evaluarse de manera integral.

A pesar de esto, las Demandantes no efectuaron una "evaluación por etapas" de su proyecto. La autorización VA para el sitio de la Concesión se otorgó en 2005, pero nunca se realizaron obras de desarrollo en el sitio. La autorización VA para el sitio de Condominio se otorgó en 2008, y las obras de desarrollo comenzarían en 2010. Tal como se explicó en el segundo informe de KECE, en marzo de 2009 comenzaron las obras en las servidumbres, sin que se hubiera obtenido la autorización VA. El desarrollo del denominado "sitio de los demás lotes" nunca tuvo un expediente en el SETENA. Queda claro que las Demandantes no pueden afirmar que tenían la intención de presentar la documentación del sitio de servidumbres ante la SETENA en una fecha posterior, porque ya habían comenzado las obras de desarrollo de esta zona sin haber obtenido una autorización VA de ese organismo. Lo que las Demandantes hicieron no fue otra cosa que aplicar una estrategia de fraccionamiento, lo que va en contra de la ley costarricense. No es coincidencia que el sitio exacto donde las Demandantes comenzaron las obras sin haber obtenido la autorización VA fuera la servidumbre nro. 9. Esta era precisamente el área donde los vecinos habían informado la existencia de una "laguna estacional" (un humedal palustre), y donde KECE determinó que había existido un humedal que fue llenado, algo para lo cual la SETENA no había otorgado ninguna autorización VA, ni para lo que existía ningún otro tipo de permiso"²⁴⁴. (énfasis agregado)

279. En segundo lugar, las Demandantes intentan asimilar el fraccionamiento con la subdivisión de lotes. Las Demandantes invocan la opinión del Sr. Ortiz para argumentar que el fraccionamiento "es *perfectamente admisible*". [Traducción libre]

²⁴² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 303-307.

²⁴³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 279-280.

²⁴⁴ Informe Siel Siel, párrs. 75-76.

280. En este sentido, las Demandantes han mezclado dos institutos jurídicos que son completamente distintas con el objeto de ocultar el desarrollo ilegal del Proyecto Las Olas. Las Demandantes confunden deliberadamente, por un lado, el fraccionamiento como subdivisión de lotes para desarrollar proyectos inmobiliarios; y por otro, el fraccionamiento como práctica ilegal en el desarrollo de proyectos residenciales utilizados para involucrar al regulador en la evaluación de un análisis ambiental fraccionado.
281. El Sr. Ortiz afirma que, conforme al Reglamento para el Control Nacional del Fraccionamiento y Urbanizaciones, *“la ley autoriza el fraccionamiento de predios con el uso de servidumbres”*²⁴⁵. En efecto, la Demandada nunca ha alegado que sea ilegal la subdivisión de tierras utilizando servidumbres. Lo que alega la Demandada es que el fraccionamiento de la evaluación de impacto ambiental de un proyecto es ilegal en virtud del derecho costarricense. El Sr. Ortiz intenta aplicar las normas de fraccionamiento de tierras – subdivisión de tierras en lotes – a una práctica ilegal en el desarrollo de proyectos inmobiliarios conocido como “fraccionamiento de la EIA”.
282. En pos de desviar el debate de la conducta ilegal de las Demandantes, el Sr. Ortiz argumenta que, en virtud del Reglamento para el Control Nacional del Fraccionamiento y Urbanizaciones, que sólo es vinculante para el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y las municipalidades, el fraccionamiento de lotes utilizando servidumbres es legal. El Sr. Ortiz omite explicar el ámbito de aplicación de estas reglas. El Artículo 1.9 del Reglamento para el Control Nacional del Fraccionamiento y Urbanizaciones define el fraccionamiento en los siguientes términos:
- “La división de cualquier predio con el fin de vender, traspasar, negociar, repartir, explotar o utilizar en forma separada, las parcelas resultantes”²⁴⁶.
283. La definición de fraccionamiento en este contexto trata el concepto técnico de subdivisión de tierras y no tiene nada que ver con la evaluación de impacto ambiental. Además, las normas específicas aplicables al fraccionamiento en virtud del Reglamento para el Control Nacional del Fraccionamiento y Urbanizaciones se aplican exclusivamente a las municipalidades:
- “El propósito de este Capítulo es definir las condiciones urbanísticas y técnicas indispensables para que las Municipalidades permitan fraccionamientos”²⁴⁷.
284. En tanto el desarrollo de un condominio o complejo residencial requerirá necesariamente el fraccionamiento del predio principal, el Reglamento para el Control Nacional del Fraccionamiento y Urbanizaciones contiene un capítulo aplicable a estos tipos de

²⁴⁵ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 108.

²⁴⁶ **R-409**, Reglamento para el Control Nacional del Fraccionamiento y Urbanizaciones, 1.9. “Fraccionamiento”.

²⁴⁷ *Ibíd.*, Capítulo II.

proyectos residenciales. Sin embargo, el ámbito de aplicación de las disposiciones en el Capítulo IV hacen referencia exclusiva a la subdivisión de lotes para crear un complejo de condominio y no guarda relación alguna con la evaluación de impacto ambiental:

“Este capítulo se refiere a normas para proyectos de urbanización o fraccionamiento que incluyen como parte del mismo la construcción de unidades residenciales [...]”²⁴⁸.

285. El Sr. Ortiz reconoce que el fraccionamiento al que hace referencia exige una presentación de información ante el Registro Nacional y la aprobación de la Municipalidad²⁴⁹. En este sentido, el fraccionamiento es una autorización administrativa para subdividir tierras y no implica una autorización para abocarse en obras para dividir físicamente un terreno en lotes, para la cual se requieren una VA y permisos de construcción.

286. El Sr. Ortiz procede a afirmar sin invocar autoridad legal alguna que:

“Los desarrolladores podrían solicitar y obtener varias valoraciones VVA para un mismo proyecto, una general y otras para desarrollos en etapas/fases posteriores del proyecto. En el caso de un proyecto de una sola etapa sólo habría una; en el caso de proyectos que se desarrollen en etapas/fases habría la posibilidad de obtener varias VVA, que se emitirán para cada desarrollo una vez que el propietario decida implementar cada fase específica del proyecto.”²⁵⁰.

“Si todos los fraccionamientos del proyecto requieren de una VVA debido a que el predio se va utilizar para el desarrollo de condominios o de complejos de vivienda, la SETENA analizaría cada caso y determinaría si el proyecto satisface los criterios ambientales.”²⁵¹.

287. Las afirmaciones del Sr. Ortiz contradicen totalmente las resoluciones expresas de la SETENA sobre la práctica ilegal del fraccionamiento descripta.

B. Las obras de las Demandantes en el sitio de Servidumbre y otros lotes requerían la obtención de una VA

288. Es indiscutible que las Demandantes no obtuvieron una VA para las obras ejecutadas en el sitio de Servidumbres y otros lotes. Las Demandantes han negado que esas obras fueran ilegales y califican esta ilegalidad como “engañosa”²⁵². Lo cierto es que las Demandantes pretendían que la parte fraccionada de su desarrollo denominada “sitio de Servidumbres y otros lotes” constituyera una urbanización y no simplemente una “subdivisión de lotes”. Además, al negar que existe realmente la obligación de obtener una VA, las Demandantes no presentan sustento jurídico alguno para esas alegaciones

²⁴⁸ Ibid., Capítulo IV.

²⁴⁹ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 112.

²⁵⁰ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 111.

²⁵¹ Ibid., párr. 111.

²⁵² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 275.

salvo una tergiversación de las regulaciones en materia ambiental de Costa Rica por parte del Sr. Ortiz.

289. Por lo tanto, las Demandantes no pudieron refutar la conclusión de ilegalidad, y no es suficiente simplemente calificar algo como “engañoso” para cumplir con un estándar de prueba capaz de sustituir la evidencia que se acumula en contra de las Demandantes.

1. Las Demandantes comenzaron a construir una urbanización en el sitio de Servidumbres y otros lotes sin contar con una VA

290. Las mal llamadas “servidumbres y lotes relacionados”²⁵³ (un nombre impuesto de manera unilateral por las Demandantes) realmente constituían y pretendían ser un desarrollo urbano que, tal como se explicara, debería haberse sometido al proceso de autorización de evaluación ambiental ante la SETENA independientemente de si formaba o no parte del “desarrollo de las Demandantes”, aunque en este caso se debió a que las Demandantes lo incluyeron como parte del plan maestro del sitio del Proyecto Las Olas²⁵⁴.

291. Cuando uno observa las definiciones legales de “fraccionamiento”, “urbanización” y “servidumbre”, queda claro que el sitio de Servidumbres y otros lotes pretendían ser una urbanización en lugar de simplemente algunas “carreteras o accesos internos”. La Ley de Planificación Urbana y el Reglamento de Construcciones del INVU definen el “fraccionamiento urbano” y la “urbanización” en los siguientes términos:

“**Fraccionamiento**, es la división de cualquier predio con el fin de vender, traspasar, negociar, repartir, explotar o utilizar en forma separada, las parcelas resultantes; incluye tanto particiones de adjudicación judicial o extrajudicial, localizaciones de derechos indivisos y meras segregaciones en cabeza del mismo dueño, como las situadas en urbanizaciones o construcciones nuevas que interesen al control de la formación y uso urbano de los bienes inmuebles”²⁵⁵.

“**Urbanización**, es el fraccionamiento y habilitación de un terreno para fines urbanos, mediante apertura de calles y provisión de servicios”²⁵⁶. (énfasis agregado)

292. Además, los mismos reglamentos definen “servidumbre” en los siguientes términos:

“**Servidumbre**: restricción al dominio de un predio, que se establece en beneficio público o de otra finca”²⁵⁷. (énfasis agregado)

293. Queda claro de las propias afirmaciones de las Demandantes²⁵⁸ que la intención de las mal llamadas servidumbres era construir una urbanización de 72 lotes, más 500 metros de

²⁵³ Memorial de las Demandantes, párr. 50(c).

²⁵⁴ C-54.

²⁵⁵ C-219, Artículo 1.

²⁵⁶ C-219, Artículo 1; C-206, Artículo I.3.

²⁵⁷ C-206, Artículo I.3.

²⁵⁸ Memorial de las Demandantes, párr. 50(c); R-42, Plan de Mitigación Ambiental, 22 de julio de 2010.

calles y más de 36.000 metros cuadrados de terreno impactado²⁵⁹. En consecuencia, debería haberse presentado este desarrollo a la SETENA.

294. Las Demandantes alegan que era “*perfectamente legítimo para los Demandantes obtener las servidumbres*” sin obtener una VA. Las Demandantes pretendían urbanizar esta zona, la cual, según el sitio maestro era parte del Proyecto Las Olas. Un contrato de construcción celebrado por las Demandantes y una compañía constructora el día 15 de enero de 2011 demuestra que las Demandantes no se abocaban a la construcción de “simples calzadas” sino que esto constituía la primera etapa en su desarrollo programado²⁶⁰. El contrato disponía la “construcción de un (sic) dos calles en dos predios diferentes” cuya “área constructiva es de setecientos cuarenta y cuatro metros cuadrados... como parte del desarrollo del Proyecto Las Olas”²⁶¹.
295. En cualquier caso, toda obra emprendida para poner en condiciones los accesos – independientemente de si se encontraban registradas como servidumbres en el Registro Público –deben haberse incluido en los estudios presentados a la SETENA y deberían haber sido evaluadas desde una perspectiva ambiental. No lo fueron, y, en consecuencia, violaron la legislación costarricense.

2. Las obras de las Demandantes en el sitio de Servidumbres y otros lotes no se encontraban exentas de obtener una VA de la SETENA

296. Las Demandantes invocan la declaración testimonial del Sr. Mussio y el informe del Sr. Ortiz para alegar que no existe el requisito de obtener una VA para “la creación de servidumbres y la subdivisión de lotes”²⁶². El Sr. Ortiz hace referencia al Artículo 2 del Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y afirma que

“[El Artículo 2] establece la necesidad de obtener una valoración VVA en cuanto a los fraccionamientos en los que se vaya a desarrollar condominios o complejos de parcelas de vivienda. Los desarrolladores necesitarán una VVA a efectos de poder hacer uso del fraccionamiento; es decir, es obligatorio haber obtenido una VVA con anterioridad a la construcción pero no para simplemente fraccionar la servidumbre y crear las parcelas de servidumbre”²⁶³.

297. Aunque al hablar de fraccionamiento, el Sr. Ortiz confunde dos cuestiones jurídicas: la necesidad de una VA para las subdivisiones con fines urbanos según se establece en el

²⁵⁹ Informe Siel Siel, párr. 85. El sitio de Servidumbres y otros lotes comprende un total de 3,6 hectáreas, calculadas mediante la multiplicación de 72 lotes de 500 metros cuadrados de superficie cada uno.

²⁶⁰ **R-398**, Contrato de construcción de obra para el sitio de Servidumbres y otros lotes, 15 de enero de 2011.

²⁶¹ Íd.

²⁶² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 276.

²⁶³ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 109.

Artículo 2, y la necesidad de una VA con anterioridad al comienzo de *toda* actividad, proyecto u obra. En efecto, el Artículo 2 no sustenta la conclusión del Sr. Ortiz. El Artículo 2 establece:

“Artículo 2. Trámite de EIA para actividades, obras o proyectos. Por su naturaleza y finalidad, el trámite de la **Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) debe haberse completado y aprobado de previo al inicio de actividades del proyecto, obra o actividad.** Esto es particularmente relevante cuando se trate de la aprobación de anteproyectos, proyectos y segregaciones con fines urbanísticos o industriales, trámites pertinentes al uso del suelo, permisos constructivos y aprovechamientos de recursos naturales”²⁶⁴. (énfasis agregado)

298. Es ciertamente impactante cómo de la lectura de este artículo el Sr. Ortiz puede arribar a la conclusión de que la creación de lotes de servidumbres no requiere una VA. Esto es más preocupante cuando es precisamente el Artículo 2 el que establece la norma general de la EIA en Costa Rica de que “todo proyecto, obra o actividad” requiere la preparación de una EIA. El Artículo 3 del Reglamento define que se entenderá por “actividad, obra o proyecto”:

“3. Actividades, obras o proyectos: Se deberán considerar como tal, las actividades, obras o proyectos que pretendan **desarrollarse** con posterioridad a la entrada en vigencia de este reglamento:

[...]

- impliquen un cambio de uso del suelo.
- conforme a la lista incluida en el presente reglamento (Anexo N.º 2)”²⁶⁵. (énfasis agregado)

299. Tal como explicara el Segundo Informe KECE, la construcción de carreteras implica un cambio en el uso del terreno. Además, el desarrollo previsto por las Demandantes para el sitio de Servidumbres y otros lotes se encuentra dentro de la lista de actividades del Anexo N.º 2 del Reglamento en tanto implica la construcción de edificios²⁶⁶.

300. Además, las Demandantes evitan hacer referencia a regulaciones específicas de la SETENA que tratan exclusivamente los proyectos o actividades de “muy bajo impacto” que **no** exige someterse a un proceso de EIA ante la SETENA²⁶⁷. Tal como se explicara en detalle en el Informe Siel Siel, ninguna de las excepciones fue aplicable a las obras que las Demandantes realizaron en el sitio de Servidumbres y otros lotes²⁶⁸.

²⁶⁴ C-208.

²⁶⁵ *Ibíd.*

²⁶⁶ Informe Siel Siel, párrs. 83-84.

²⁶⁷ **R-363**, Resolución de la SETENA 583-2008-SETENA, 13 de marzo de 2008; **R-364**, Resolución de la SETENA 2653-2008-SETENA, 22 de septiembre de 2008.

²⁶⁸ Informe Siel Siel, Sección VIII.

301. Por último, las Demandantes señalan el hecho de que la Municipalidad otorgó los permisos de construcción sin exigirles obtener una VA²⁶⁹. Las Demandantes no ofrecen sustento alguno para esta afirmación. La tenencia de un permiso de construcción no exime a uno de la obligación de obtener una VA y eso no lo establece ningún reglamento o ley.

C. Las actividades ilegales de las Demandantes dañaron los ecosistemas del Sitio del Proyecto

1. A comienzos del mes de marzo de 2009, las Demandantes realizaron obras sin permisos

302. En su Memorial, las Demandantes reconocen que los permisos para la construcción de las servidumbres fueron emitidos el día 16 de julio de 2010 y para el sitio del Condominio el día 7 de septiembre de 2010²⁷⁰. Luego de que la Demandada señalara las actividades ilegales de las Demandantes, que tuvieron lugar principalmente en la sección Servidumbres y otros lotes desde inicios del mes de marzo de 2009, las Demandantes han tratado de modificar el expediente y alegan que los primeros permisos para la construcción concedidos al proyecto en el año 2007 eran a los fines de la construcción de "dos servidumbres de la sección Servidumbres"²⁷¹. Esto es falso. En primer lugar, las propias Demandantes reconocen en el párrafo 87 de su Memorial que dichos permisos fueron obtenidos para el sitio de la Concesión. En segundo lugar, el Anexo Documental de las Demandantes C-40, llamado "Permisos de Construcción para la Concesión" (*Construction permits for the Concession*), refleja que tales permisos fueron concedidos únicamente para el sitio de la Concesión y no para la sección de Servidumbres y otros lotes.

303. Por consiguiente, las Demandantes no estaban habilitadas para realizar obras en la sección de Servidumbres y otros lotes ni en el sitio del Condominio previo al día 16 de julio de 2010. A pesar de ello, las denuncias de los vecinos del año 2009, numerosos informes del DeGA de los años 2009 y 2010, más las declaraciones testimoniales de la Sra. Vargas en este procedimiento de arbitraje, confirman que las Demandantes comenzaron a afectar el ecosistema del Sitio del Proyecto desde el año 2009, sin contar con los permisos de construcción.

304. Resulta sorprendente que las Demandantes aleguen la Demandada no ha probado que se llevaban a cabo obras en el Sitio del Proyecto en el año 2009:

"Resumiendo, el Demandado no aporta pruebas para sustentar su afirmación de que 'en 2009 y principios de 2010, los vecinos de

²⁶⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 278.

²⁷⁰ Memorial de las Demandantes, párr. 278.

²⁷¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 226(e).

*Esterillos Oeste presentaron numerosas quejas a la Municipalidad, reclamando que los Demandantes habían iniciado obras en el emplazamiento del proyecto que estaban conllevando efectos negativos para los humedales dentro de la finca'. El Demandado ha aportado una sola de esas denuncias, un documento un tanto histérico firmado por un puñado de supuestos vecinos, carentes de toda autoridad para determinar qué constituye un humedal, y que no aportan pruebas de sus acusaciones"*²⁷².

305. Lo cierto es que las actividades ilícitas de las Demandantes realizadas desde el mes de marzo de 2009 fueron documentadas en el Informe DeGA de abril de 2009 redactado por la Sra. Vargas²⁷³. Es por este motivo que las Demandantes han pretendido menoscabar la precisión de sus hallazgos e incluso cuestionaron su autenticidad. Los Sres. Aven, Damjanac y Arce han tratado de menoscabar la relevancia del Informe DeGA de abril de 2009 al argumentar que²⁷⁴:

- El informe se basaba en "*demandas infundadas presentadas por individuos*", quienes carecían de competencia científica o técnica;
- La información de la Sra. Vargas estaba limitada a un control visual desde el límite de la propiedad; y
- El informe está fechado un domingo.

306. Todas estas acusaciones no resultan convincentes. En primer lugar, tal como explicara la Sra. Vargas, los vecinos tienen el derecho de denunciar a las autoridades públicas cualquier conducta que consideren que podría causar daño ambiental:

"Los vecinos tienen todo el derecho de denunciar actos que consideren ser contrarios a la legislación ambiental y que podrían causar un daño al ambiente. El DeGA se encarga de atender esas denuncias y encaminarlas hacia las instituciones competentes para comprobar si éstas tienen mérito o no. Esta es justamente la razón por la que el DeGA solicitó informes a las entidades competentes como el MINAE y el TAA para pronunciarse sobre las denuncias de existencia de humedal y bosques en el sitio del proyecto.

Además, **en Costa Rica, todos los individuos tienen derecho a interponer denuncias y las instituciones públicas tienen la obligación de atenderlas. En el caso del DeGA, cualquier denuncia que implique una posible afectación al medio ambiente, debe ser atendida, independientemente de quién sea el denunciante y de si éste cuenta con conocimientos científicos o técnicos o no. Lo contrario implicaría una violación al derecho que tienen todas las personas de Costa Rica a vivir en un ambiente sano, establecido**

²⁷² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 197.

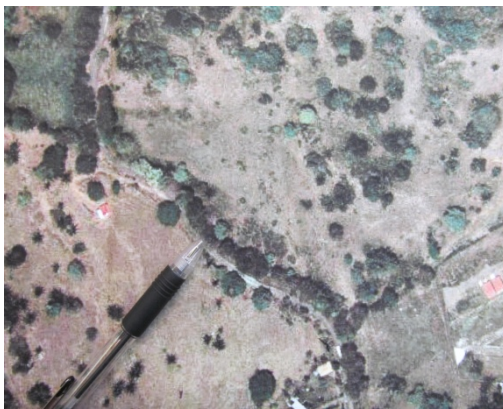
²⁷³ R-26, Informe de Inspección (DeGA-049-2009), 26 de abril de 2009.

²⁷⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 270.

en el artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica”²⁷⁵.
(énfasis agregado)

307. En segundo lugar, la Sra. Vargas no debía encontrarse dentro del Sitio del Proyecto para observar los daños, debido a que podía verse desde afuera de los límites del predio que se llevaban a cabo obras o que la vegetación, que luego fuera identificada como una zona forestal por parte de SINAC y KECE, era talada y quemada.
308. En tercer lugar, el hecho de que el informe tenga fecha de domingo no afecta su validez, los funcionarios públicos están habilitados a trabajar los días no hábiles y sus actos no serán considerados inválidos de ninguna manera. Esto no demuestra nada, y las Demandantes no han realizado una demanda afirmativa al respecto. Es un problema inexistente.
309. No obstante, si bien la evidencia de primera mano de la Sra. Vargas y los hechos, tal como ocurrieran en su momento y documentados en el Informe DeGA de abril de 2009, constituyen "prueba suficiente" de la actividad ilícita de las Demandantes; asimismo, el Segundo Informe KECE también brinda fotografías aéreas de los años 2005 y 2009 que demuestran la forma en la que las actividades desarrolladas en dicho momento afectaron al bosque y al Humedal N.º 1:

2005



2009



²⁷⁵ Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párrs. 16-17.

310. Por lo tanto, la realidad es que las Demandantes llevaron a cabo obras ilícitas en el año 2009 para comenzar de manera inadvertida el drenaje de un humedal y la destrucción de un bosque. Lo que no esperaban las Demandantes era que los vecinos, preocupados por el daño ambiental, desencadenaran la exigibilidad de las leyes ambientales aplicables.
311. Las Demandantes también se basan en los informes bimestrales de DEPPAT según los cuales "no se realizaron obras antes de la emisión de los correspondientes permisos de construcción"²⁷⁶. Lo que más preocupa sobre dicha afirmación es que, luego de observar los impactos sufridos por el Sitio del Proyecto en el año 2009, tal como ilustran las fotografías *supra*, ¿cómo es posible que el Sr. Bermúdez no los informara en sus informes "bimestrales"?
312. El día 21 de mayo de 2010, la Sra. Vargas visitó el Sitio del Proyecto por segunda vez y, una vez más, comprobó que se estaban llevando a cabo obras. Las Demandantes han intentado menoscabar la veracidad de este informe, de la misma manera en que lo hicieron respecto del Informe DeGA de abril de 2009: la carencia por parte de los vecinos de competencia técnica o científica, y las observaciones "sesgadas" de la Sra. Vargas, *inter alia*.
313. Luego del llamado de atención respecto de las obras, las Demandantes continuaron sus actividades sin ningún permiso; la propia Municipalidad les cursó una notificación sobre su conducta ilícita el día 14 de junio de 2010 y solicitó a las Demandantes que obtengan los permisos de construcción necesarios con anticipación a la realización de cualquier otra obra²⁷⁷. El Sr. Damjanac niega haber sido notificado de tal comunicación²⁷⁸; sin embargo, el registro de la Municipalidad evidencia lo contrario²⁷⁹.
314. Por último, las Demandantes una vez más pretenden dar prioridad a las comunicaciones de los abogados por encima de las pruebas documentales, al alegar que notificaron a la SETENA del inicio de las obras el día 1 de junio de 2010 y no el día 14 de junio de 2010 debido a que la carta de las Demandantes remitida a la SETENA está fechada el 1 de junio de 2010. La Demandada no ha cuestionado el hecho de que la carta es de fecha 1 de junio de 2010; no obstante, el sello oficial de la SETENA establece claramente que la carta fue presentada por las Demandantes el día 14 de junio de 2010:

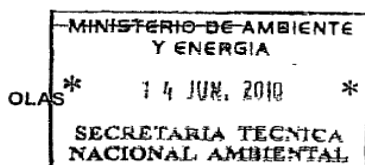
²⁷⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 299.

²⁷⁷ R-35, Nota del Departamento de Desarrollo Urbano y Social de la Municipalidad remitida a David Aven (OIM N.º 114-2010), 14 de junio de 2010.

²⁷⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 300.

²⁷⁹ R-368, Notificación vía fax de la Nota N.º OIM 114-2010, 14 de junio de 2010.

San José, 01 de junio, 2010



280

315. En cualquier caso, dicha notificación del inicio de las obras es irrelevante debido a que las Demandantes ya habían comenzado sus obras ilícitas en el mes de marzo de 2009, sin ningún permiso de construcción, para la tala de árboles o para la afectación de un humedal.

2. Las Demandantes drenaron y rellenaron humedales

a) Las Demandantes distorsionan las condiciones físicas del Ecosistema Las Olas

316. Las Demandantes alegan que la Demandada no ha probado "que los humedales o bosques existían en Las Olas durante un período relevante" y que "[l]os informes contradictorios del SINAC, del INTA y del Programa Nacional de Humedales (en adelante, "PNH") son los únicos elementos de prueba aceptables en los que puede confiar el Demandado"²⁸¹. Tal como será explicado, el PNH, la entidad competente dentro del SINAC para identificar humedales en Costa Rica, determinó en el mes de marzo de 2011 la existencia de un humedal palustre en el Sitio del Proyecto. El PNH confió en los muestreos de suelo llevados a cabo in situ por el INTA para determinar la existencia de suelos hidromórficos en el humedal. El SINAC también realizó una evaluación técnica en el mes de octubre de 2011 en el Sitio del Proyecto y determinó la existencia de un bosque en el Sitio del Proyecto.

317. Las Demandantes alegan que "*el emplazamiento de Las Olas consiste en un terreno de pastoreo*"²⁸². Las condiciones reales del Ecosistema Las Olas se abordan en detalle en los párrafos 23-26 del Primer Informe KECE. El Segundo Informe KECE reafirma la existencia de siete humedales en el Sitio del Proyecto, con la identificación de 108 especies de plantas diferentes, 73 especies de vida silvestre, entre las cuales se hallan 57 especies de aves, 4 especies de mamíferos, y 12 especies de reptiles y anfibios²⁸³. Las fotografías adjuntas al Segundo Informe KECE hablan por sí mismas:

²⁸⁰ R-31, Notificación tardía del inicio de las obras remitida a la SETENA, 14 de junio de 2010.

²⁸¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 269.

²⁸² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 111.

²⁸³ Segundo Informe KECE, Apéndice A,E.



318. La práctica de describir dicha tierra, que en efecto contaba con ecosistemas, como un "terreno de pastoreo" se encontraba manifiesta en las presentaciones del Sr. Mussio ante la SETENA.
319. Por ejemplo, en el Proyecto Costa Montaña, para cuyo desarrollador su empresa redactó la VA, el Sr. Mussio describió la tierra como "*un potrero dedicado a pastos para ganado*"²⁸⁴, cuando en realidad contenía un bosque. Tal como se explicará a continuación²⁸⁵, no sólo el TAA clausuró el Proyecto Costa Montaña, sino que también se levantaron cargos penales contra el desarrollador (que era extranjero, al igual que las Demandantes), y el propio Sr. Mussio debió enfrentar un proceso administrativo ante el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos por engañar a la SETENA sobre las condiciones reales de los suelos.
320. La simplificación por parte de las Demandantes del Ecosistema Las Olas no encuentra fundamento en los hechos, y ello es aún más evidente debido a que los propios peritos de las Demandantes han reconocido la existencia de tres humedales, que son ecosistemas protegidos por el derecho costarricense, dentro del Sitio del Proyecto.
- b) Determinación correcta de los humedales en virtud del Derecho de Costa Rica
321. Si bien las Demandantes reconocen que existen numerosas leyes y normas que definen a los "humedales" en virtud del Derecho de Costa Rica, se basan en una interpretación altamente restrictiva de un "humedal" en virtud del Decreto del MINAE N.º 35803, que es una norma emitida por el MINAET el día 16 de abril de 2010²⁸⁶. Tal como explicara el Dr. Jurado, el hecho de que los humedales se encuentran regulados en virtud de la Convención de RAMSAR y diversas normativas es una señal clara de que el sistema jurídico de Costa Rica concede una protección especial para tales ecosistemas²⁸⁷.
322. Las Demandantes alegan que "el Decreto Ejecutivo N.º 35803-MINAE especifica los criterios técnicos que deben seguirse para 'identificar y delimitar un terreno específico como humedal'"²⁸⁸. Las Demandantes se basan en el dictamen pericial del Sr. Ortiz, quien, conforme a una interpretación altamente restrictiva del principio de legalidad, concluye que el SINAC "no tiene potestades discrecionales en relación a la determinación de humedales, dado que todos los elementos correspondientes están reglamentados [en el Decreto MINAE N.º 35803]"²⁸⁹. Esta interpretación no es compatible con el marco legal

²⁸⁴ **R-375**, VA para el Proyecto Costa Montaña, 14 de junio de 2006.

²⁸⁵ Véase la sección VI.B.

²⁸⁶ C-218.

²⁸⁷ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 232.

²⁸⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 119.

²⁸⁹ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 102.

ambiental vigente en Costa Rica y contradice directamente la tutela supra-constitucional que Costa Rica le concede a los humedales.

323. En primer lugar, la protección de los humedales en virtud del derecho costarricense ha sido internacionalizada, debido a la ratificación por parte de Costa Rica de diversos tratados internacionales que establecen la protección de los humedales como un "recurso natural de gran valor económico, cultural, científico y recreativo"²⁹⁰; tales como la Convención de RAMSAR, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, *inter alia*. Todos los tratados que versan sobre los derechos ambientales, que forman parte de la tercera categoría de Derechos Humanos, gozan de una tutela supra-constitucional en virtud del derecho costarricense. En consecuencia, la protección jurídica de los humedales se encuentra garantizada por el derecho internacional como parte del derecho de Costa Rica.

324. En segundo lugar, la interpretación de las normas ambientales de Costa Rica requiere una interpretación orientada cuyo "objetivo primordial [sea la] tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico"²⁹¹. El Dr. Jurado explica que el operador que interpreta y aplica una norma deberá:

"[B]uscar aquella interpretación que permita aplicar la norma **para 'proteger más y contaminar menos', 'aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación'** sin perder de vista la necesidad de un "uso racional de los recursos naturales" que satisfaga las necesidades de las actuales y futuras generaciones. [...]

"[A las normas] corresponde interpretarlas e integrarlas de acuerdo con el principio *in dubio pro natura* y los otros principios ambientales mencionados supra, [...] que mejor satisfaga[n] los fines propios del derecho ambiental, sea la protección de la vida, salud y equilibrio ecológico, basta para su aplicación que exista un potencial riesgo de daño ambiental"²⁹². (énfasis agregado)

325. Por lo tanto, cualquier interpretación de la legislación en materia ambiental debe considerar e integrar el principio precautorio o *indubio pro natura*, el cual "implica que todas las actuaciones de la administración pública y los particulares en temas sensibles al ambiente, sean realizadas con el celo adecuado para evitar riesgos y daños graves e irreversibles"²⁹³.

326. La jurisprudencia de Costa Rica en materia constitucional también ha desarrollado el principio de no regresión que prohíbe al estado la adopción de medidas, o la enmienda de

²⁹⁰ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 157.

²⁹¹ Íd., 164.

²⁹² Íd., 164, 173.

²⁹³ Íd., 167.

normas, que afectaría los derechos ambientales previamente satisfechos, sin una justificación razonable y proporcionada.

327. Tanto el principio de no regresión como el principio de objetivación de la tutela ambiental implican que el operador debe *"interpretar y aplicar la normativa ambiental al amparo de las reglas unívocas de la ciencia y técnica"*²⁹⁴.

328. En tercer lugar, el principio de legalidad respecto del derecho ambiental debe ser aplicado en consideración de los principios internacionales del derecho ambiental, que son parte integral del derecho costarricense y se encuentran desarrollados por la jurisprudencia local. Entre tales principios se encuentra el principio de objetivación de la tutela ambiental y *"este principio consiste en la obligación de acreditar mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos, individuales o disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias"*²⁹⁵.

329. En tal contexto, el Dr. Jurado concluye que una interpretación restrictiva de los criterios establecidos en el Decreto MINAE N.º 35803 sería contraria al derecho ambiental de Costa Rica, sus principios y la jurisprudencia:

"Es entonces a la luz de estos principios y con base en las reglas de la ciencia y de la técnica que debe realizarse el análisis normativo de este tipo de ecosistemas. La interpretación y aplicación siempre dependerá de una serie de factores técnicos que deben ser valorados en cada caso concreto, para realizar una identificación objetiva de los criterios que brinda la normativa y, en este caso, el Decreto 35805-MINAET. Por tratarse de ecosistemas lo normal es que cada humedal posea características muy particulares por lo que **serán los criterios técnicos científicos los que contribuyan con su identificación.**

No es correcto ni resulta conveniente para el bien jurídico tutelado (humedales en este caso) realizar una interpretación restrictiva de los criterios establecidos en el Decreto 35805-MINAET. Hacerlo sería ir en contra de la amplia protección que tanto la legislación nacional, como internacional y nuestros tribunales han brindado a la tutela de los bienes ambientales y de forma concreta a los humedales²⁹⁶. (énfasis agregado)

330. Por consiguiente, no corresponde al operador jurídico decidir sobre lo que se corresponde con el ámbito científico y técnico. Si uno de los criterios establecidos en la norma no está

²⁹⁴ Íd., 170. El principio general de objetivación de la tutela ambiental, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica consiste en la obligación de acreditar, mediante estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental. Es decir, todas aquellas decisiones administrativas que puedan tener incidencia en el ambiente requieren de sustento científico. La aplicación adecuada del principio de objetivación limita la discrecionalidad de los órganos administrativos en relación con la toma de medidas que afectarán al medio ambiente. (Véase R - 439, Mario Peña Chacón, "Los principios de objetivación de la tutela ambiental e irreductibilidad" (2013) 108 Revisión Judicial de Costa Rica).

²⁹⁵ Íd., párr. 179.

²⁹⁶ Íd., párrs. 188-189.

presente en el ecosistema, de ninguna manera puede el perito concluir que no existe un ecosistema cuando claramente conforme a la experiencia científica y técnica que aplica, existe un ecosistema. Es por ello que el Dr. Jurado explica que el operador jurídico debe remitirse a los criterios científicos y técnicos en aras de determinar la existencia de humedales en virtud del derecho costarricense:

"Para efectos de interpretación y aplicación del Decreto 35805-MINAET, será el criterio técnico y científico junto con los principios ambientales el que determine la forma en la que se deben tomar en cuenta las características que señala dicho decreto para identificar un humedal. El derecho ambiental por su naturaleza es finalista, siempre busca proteger el bien ambiental, especialmente cuando es susceptible de ser afectado. Ese es el objetivo que debe tenerse presente al momento de [la] aplicación [del Decreto N.º 35803-MINAET]"²⁹⁷.

c) La Metodología para la Clasificación de las Tierras no es la herramienta adecuada para identificar humedales

331. Las Demandantes se basan en las afirmaciones del Dr. Baillie para argumentar que la Metodología Oficial para la Clasificación de la Tierra en el País (la "**Metodología para la Clasificación de la Tierra**") es la herramienta adecuada para la determinación de suelos hídricos²⁹⁸. Las Demandantes encuentran su fundamento en la afirmación del Dr. Baillie de que la Metodología para la Clasificación de la Tierra "*es la manera más práctica de identificar suelos hídricos en Costa Rica*"²⁹⁹. Dicha referencia a la opinión del Dr. Baillie es cuestionable debido a que (i) no es un experimentado científico en los suelos locales, (ii) no se basó en las afirmaciones de científicos expertos en suelos locales para expresar su opinión y (iii) el INTA y el Sr. Cubero jamás ratificaron dicha opinión.

332. Las Demandantes ignoran que, tanto en virtud del derecho costarricense como de la práctica estándar de identificación de suelos hídricos, la Metodología para la Clasificación de la Tierra no es considerada una herramienta que provea criterios científicos o técnicos para identificar suelos hídricos.

333. En primer lugar, los considerandos y el Artículo 1º de la Metodología para la Clasificación de la Tierra establece expresamente su ámbito de aplicación:

"Que es necesario que el país cuente con una metodología oficial **para promover un ordenamiento territorial adecuado a las expectativas del desarrollo nacional.**

[...]

Artículo 1º- **Con el objeto de realizar la evaluación, clasificación y planificación de tierras**, se establece oficialmente la aplicación de la "METODOLOGIA PARA LA DETERMINACION DE LA CAPACIDAD

²⁹⁷ Íd., párr. 190.

²⁹⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 287(d).

²⁹⁹ Íd., párr. 128.

DE USO DE LAS TIERRAS DE COSTA RICA”, la cual está contenida a continuación [...]

La necesidad de generar divisas, aunada a un incremento en la demanda de alimentos para mantener la población del próximo siglo y a una disminución en la disponibilidad de tierras agrícolas, obliga al empleo de sistemas agropecuarios y forestales que logren un máximo beneficio sin causar deterioro en los recursos naturales.

El proceso de planificación tendiente al desarrollo de sistemas sostenibles, requiere de **un adecuado inventario de los recursos suelo y clima, que en forma integral pueden combinarse para establecer un sistema de capacidad de uso de la tierra. Este sistema, deberá clasificar las tierras en grupos que reflejen el uso más intensivo y sostenible al que se puede someter un área de terreno**³⁰⁰. (énfasis agregado)

334. El alegato de las Demandantes de que esta es la herramienta adecuada para identificar los suelos hídricos en Costa Rica carece de fundamento en virtud del derecho costarricense. El Sr. Cubero explicó en su declaración testimonial durante el juicio que los objetivos de la Metodología son relativos a la agricultura, la ganadería y la silvicultura, de ningún modo se encuentra dirigida a la "identificación de suelos hídricos":

"[...] Cabe destacar que dicha metodología es utilizada a los fines de la agricultura, la ganadería y la silvicultura, y no a los fines de la infraestructura civil"³⁰¹. [Traducción libre]

335. En segundo lugar, la interpretación del Dr. Jurado de las disposiciones y los principios relevantes también hace referencia a la utilización de la metodología más adecuada desde el punto de vista científico y de evaluación técnica:

"En el mismo sentido, será decisión técnica y científica, si se utiliza como referente la [Metodología de Clasificación de Suelos], u otra metodología de clasificación de suelos que sea reconocida técnica y científicamente. Lo relevante para estos efectos es que la interpretación encuentre su fundamento claro en criterios de la ciencia y de la técnica (principio de objetivación de la tutela ambiental)"³⁰².

336. El Sr. Erwin, experto en la identificación de humedales, explica las razones por las cuales dicho instrumento no constituye una metodología apropiada para la identificación de las características de suelo de los humedales:

"[La clasificación de uso de la tierra] ni fue creada, ni pretendía ser una evaluación de indicadores de suelos hídricos y parece que los suelos de Clase VII y VIII sólo están asociados con áreas con las restricciones más agudas de inundación (resultando en suelos gleyzados) **y no captura otros indicadores de suelos hídricos típicos de muchas**

³⁰⁰ **R-401**, Determinación de la Capacidad de Uso de la Tierra en Costa Rica (Decreto N.º 20501-MAG-MIRENEM), 5 de mayo de 1991.

³⁰¹ C-272.

³⁰² Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 191.

áreas de humedales estacionales / intermitentes que se identifican como humedales bajo la ley costarricense.³⁰³. (énfasis agregado)

337. En cuarto lugar, los Dres. Perret y B.K. Singh, científicos de Costa Rica especializados en suelo, a diferencia del Dr. Baillie, también confirman que la Metodología de Clasificación de Suelos no es la herramienta utilizada para la identificación de suelos hídricos:

"[E]l método de Capacidad de Uso de las Tierras tiene por objeto la clasificación de la tierra en grupos que reflejen el uso agrícola y silvícola más intenso y sostenible, por lo que no tenía por objeto determinar la clasificación de tipos de humedales o de suelos hídricos. Aunque no se ha identificado ningún método concreto de indicador de suelos hídricos en el marco de la ley Orgánica [Ambiental] o el Decreto 35803, el método generalmente aceptable es el de Indicadores de Campo de Suelos Hídricos en los Estados Unidos"³⁰⁴. (énfasis agregado)

338. En este contexto, las Demandantes sostienen que la Demandada no ha identificado qué metodología debe emplearse para la determinación de los suelos hídricos³⁰⁵. El Segundo Informe KECE explica que los Indicadores de Campo de Suelos Hídricos en los Estados Unidos (la Metodología del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos o la "Metodología del USDA") es un instrumento estándar utilizado en el campo para llevar a cabo dichas determinaciones:

"[U]n método generalmente aceptado en la región son los Indicadores de Campo de Suelos Hídricos en los Estados Unidos que se menciona en la Bibliografía de Baillie y bajo este método los suelos hidromórficos son suelos hídricos según los criterios de Costa Rica"³⁰⁶.

339. Asimismo, los Dres. Perret y B.K. Singh, los científicos expertos en suelo con sede en Costa Rica, concuerdan en que la Metodología del USDA es la herramienta aceptada que debe aplicarse para la identificación de los suelos hídricos:

"El método generalmente aceptado para evaluar las condiciones hídricas es el de Indicadores de Campo de Suelos Hídricos en los Estados Unidos"³⁰⁷.

340. Además, la realidad es que tanto el Sr. Cubero del INTA y el Dr. Baillie emplearon la Metodología del USDA para llevar a cabo sus estudios de suelo en el Sitio del Proyecto. Si el Sr. Cubero también utilizó la Metodología para la Clasificación de la Tierra fue debido a que no existe otro instrumento en Costa Rica para realizar un análisis de suelo, pero ello, sin embargo, no puede implicar automáticamente que la Metodología para la Clasificación de la Tierra no estaba diseñada para identificar suelos hídricos, ni era aplicable a tal fin. Por eso, el Sr. Cubero admitió en su declaración testimonial durante el

³⁰³ Segundo Informe KECE, párr. 99.

³⁰⁴ Informe de Green Roots, pág. 51.

³⁰⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 287(d).

³⁰⁶ Segundo Informe KECE, párr. 105.

³⁰⁷ Informe de Green Roots, pág. 7.

juicio en materia penal que utilizó la Metodología del USDA como instrumento científico para llevar a cabo su estudio de suelos en el Sitio del Proyecto:

“[La Metodología para la Clasificación de la Tierra] es utilitaria y los criterios del **Departamento de Agricultura de Estados Unidos, o USDA, por sus siglas en inglés, son de índole científica**”³⁰⁸. [Traducción libre]

“[E]sta es la forma en que se realiza la clasificación, y se identifican mediante el uso de la Metodología de Determinación de la Capacidad de Uso de la Tierra, que es un instrumento jurídico, y **el uso de la metodología de los USDA, que son de índole científica**”³⁰⁹. (énfasis agregado) [Traducción libre]

341. En cualquier caso, *ex abundante* cautela, pero sólo basado en la indicación de los abogados, el Dr. Perret también llevó a cabo su análisis del suelo en virtud de la Metodología para la Clasificación de la Tierra y concluyó que los suelos de la capa superior, que han sido altamente afectados por las tareas de relleno y drenaje de los Demandantes, calificaban, en efecto, bajo la Clase V en virtud de la Metodología para la Clasificación de la Tierra. Sin embargo, cuando el Dr. Perret realizó su análisis a mayor profundidad, más allá del material de relleno (a diferencia del Sr. Cubero y del Dr. Baillie), descubrió que los suelos eran de Clase VII, lo cual clasifica como suelo hídrico de conformidad con la Metodología para la Clasificación de la Tierra³¹⁰. Este es un hallazgo de extrema relevancia y altamente perjudicial respecto del argumento de las Demandantes. Tales resultados se explicarán *infra*.

d) El Segundo Informe KECE reafirma la existencia de humedales en el Ecosistema Las Olas

342. A fines del mes de agosto de 2016, KECE llevó a cabo una segunda visita cuyo objetivo principal fue “*identificar y localizar en el mapa los límites de todos los humedales*” [Traducción libre] presentes en el Sitio del Proyecto³¹¹. El Segundo Informe KECE reafirma la existencia de 7 humedales dentro del Sitio del Proyecto y otro humedal ubicado “*justo fuera de los límites de la esquina noroeste de la propiedad*” (Humedal N.º 4)³¹². [Traducción libre]

343. Luego de la segunda visita, los resultados alcanzados por KECE pueden resumirse de la siguiente manera:

- Existen diversos humedales en el Ecosistema Las Olas, que no habían sido previamente informados por las Demandantes; y

³⁰⁸ C-272.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ Informe de Green Roots, pág. 51.

³¹¹ Segundo Informe KECE, Introducción.

³¹² Segundo Informe KECE, párr. 10.

- El Humedal N.º 1 fue rellenado y drenado por las Demandantes a lo largo de un período que comenzó en el mes de marzo de 2009 y continuó a lo largo del año 2011.

344. La Demandada abordará a continuación cada una de las alegaciones de las Demandantes contrarias a los hallazgos de KECE presentes en el Primer Informe KECE.

iv. *Humedal N.º 1*

345. Las Demandantes objetan la existencia de cualquier indicador de humedales en tal área. Para alcanzar esa conclusión, las Demandantes hacen caso omiso del hecho de que desde el mes de marzo de 2009, las Demandantes realizaron tareas de rellenado en el Humedal N.º 1 y que esas tareas perturbaron las condiciones naturales del ecosistema. No podría esperarse que el ecosistema permanezca inalterado luego de dichos impactos. El Primer y Segundo Informe de KECE observan los impactos causados por las Demandantes en el Humedal N.º 1:

"Las Demandantes realizaron varias actividades desde el 2009, incluyendo el drenaje y relleno de humedales mediante la construcción de caminos, excavación de zanjas, colocación de alcantarillas y remoción del estrato vegetativo del bosque, las cuales afectaron directamente el Ecosistema Las Olas"³¹³.

"Una revisión de las fotografías aéreas del proyecto, los informes de las agencias y los registros de construcción de las Demandantes identifica claramente **que el movimiento de tierras dentro de esta área continuó durante al menos tres años comenzando en marzo de 2009 y continuando hasta 2011**. En la imagen aérea de 2005, esta zona se puede ver claramente con una vegetación herbácea densa similar al Humedal # 2 y la topografía del área según lo demostrado en los 2007 sitios del sitio de So + Mussio Madrigal demuestra que el área era una depresión de más de un metro de fondo. **En marzo de 2009, la fotografía aérea muestra que las actividades de construcción que habían comenzado durante la temporada seca 2008-2009, incluyendo el raspado y la clasificación de la zona y la construcción de la base de carretera para las dos vías de acceso este-oeste**. El informe del municipio local de abril de 2009 a junio de 2010 **documenta las actividades de construcción en el sitio, incluyendo la limpieza / clasificación de terrenos, la construcción de carreteras, el establecimiento de una plataforma doméstica, la excavación de las zanjas de drenaje y la instalación de servicios públicos eléctricos (DeGA-091-2009). Registros de construcción de las Demandantes a partir de 2011 documentar la instalación del sistema de drenaje profundo, el mantenimiento de las zanjas y la continuación de las terrazas de las colinas adyacentes**"³¹⁴.
(énfasis agregado)

346. Por lo tanto, es evidente que el reclamo de las Demandantes de que este humedal presenta todas las características de un humedal normal, no impactado, está fuera de

³¹³ Primer Informe KECE, párr. 190.

³¹⁴ Segundo Informe KECE, párr. 91.

lugar. Sin embargo, en su segunda visita al sitio, KECE aún pudo encontrar indicadores de las condiciones de un humedal.

347. En primer lugar, KECE utilizó la presencia de vegetación hidrófita, mayoritariamente pajón mexicano, tal como alegaron las Demandantes, para estimar los límites del Humedal N.º 1. Las Demandantes se basan en la crítica realizada por los Dres. Calvo y Langstroth sobre el hallazgo por parte de KECE de vegetación hídrica al argumentar que KECE basa su evaluación sobre el predominio del pajón mexicano, lo cual no indica necesariamente que dicha área es un humedal³¹⁵. Si bien esta afirmación podría ser cierta, este no es el único elemento que KECE encontró para determinar la existencia del Humedal N.º 1. KECE halló que incluso si el Humedal N.º 1 no pudiese describirse como un "humedal completamente funcional" debido a los impactos que lo han alterado por completo, el Humedal N.º 1 aún conserva algunas características de un humedal, tales como la hidrología, la vegetación de humedal y suelos hídricos.

348. KECE también observa cómo la actividad de relleno realizada por las Demandantes ha afectado inevitablemente la presencia de vegetación en el Humedal N.º 1 a pesar de que KECE detectó varias especies de los humedales en esta área:

“[E]l 87% de la cobertura del suelo del 90% en el Humedal 1 consta de especies de plantas que están asociadas con sistemas de humedales o hidrófilas. Según la nomenclatura del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, las hidrófilas incluyen todas las especies de plantas con el siguiente indicador: Humedales Facultativos, Facultativos o Obligatoria Humedales (USDA 2014). Además, el 14% de la estimación de cobertura de suelo de Humedal 1 consiste en especies de plantas que se encuentran sólo en humedales. La presencia misma de estas especies indica que un humedal existió una vez (y partes de él potencialmente todavía existen), antes de ser drenado y llenado alrededor de 2009 (Figura 10). [Vease la foto del foso excavado por el Dr. Baillie, experto en suelos de las Demandantes, en junio de 2016 (Apéndice D). Este pozo de suelo estaba lleno de vegetación obligatoria de humedales en agua estancada en el momento de la evaluación del sitio de KECE, indicando un humedal]. Finalmente, el subcanopia del Humedal 1 se estimó en un 30% de cobertura, representado por una sola especie, *Mimosa pigra*, que es una especie de humedal. Antes de ser llenado y drenado, el Humedal 1 cumplió con la definición costarricense de un humedal.”³¹⁶. (énfasis agregado)

349. En segundo lugar, en relación con las condiciones hídricas, los Dres. Calvo y Langstroth alegaron que “no presenta indicio alguno de encharcamiento ni de saturación” porque “el área no es lo bastante cóncava como para posibilitar la anegación”³¹⁷. Esta conclusión es errónea, tal como se explica en el Segundo Informe KECE. KECE observó la presencia de aguas subterráneas que exhiben la hidrología de un humedal:

³¹⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 146.

³¹⁶ Segundo Informe KECE, párr. 18.

³¹⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 147.

"En base a nuestras observaciones, el agua subterránea está cerca de la superficie del suelo existente en el Humedal 1, lo que sugiere que el Humedal 1 todavía exhibe la hidrología de los humedales hoy en día, aunque se haya llenado y los suelos hídricos estén formándose dentro del propio material de rellenos"³¹⁸.

350. En tercer lugar, en relación con los suelos hídricos, el Dr. Baillie concluye que no hay suelos hídricos en el Humedal N.º 1³¹⁹. Según el Dr. Baillie, los suelos de Bajo B1 (Humedal N.º 1) califican como suelos "*con drenaje imperfecto y no hídricos*"³²⁰. KECE explica que no todos los muestreos de suelo llevados a cabo por el Dr. Baillie reflejan un resultado "no-hídrico". De hecho, 4 de las muestras de suelo tomadas por el Dr. Baillie sí reflejaron la presencia de suelos gleyzados; sin embargo, el Dr. Baillie los clasificó como "*marginalmente hídricos*", lo cual es incorrecto en virtud del derecho de Costa Rica:

"[U]n total de 4 (36%) de las muestras de suelo de Baillie en Bajo 1 habían sido de los suelos a menos de un metro de la superficie actual, incluidos 3 (50%) de los mini-pozos. Estas áreas se muestran como "marginalmente hídrico" en la Figura 6 del informe de Baillie.

[...]

La identificación de los suelos "marginalmente húmedos" por Baillie debe ser identificada como hídrica bajo el principio de precaución de la ley costarricense y el tamaño de los afectaciones de los humedales sería irrelevante ya que cualquier afectación constituiría una violación."³²¹. (énfasis agregado)

351. Para arribar a esta conclusión, KECE explica los errores fundamentales cometidos por el Dr. Baillie al determinar que³²²:

- el Dr. Baillie asumió una profundidad errónea para el relleno del proyecto (que se explicará en detalle a continuación); y
- el Dr. Baillie minimizó la cantidad de efectos de desarrollo sufridos por el área del Humedal N.º 1.

352. Asimismo, la Demandada también solicitó a los Dres. Johan Perret y B.K. Singh que realicen muestreos de suelo en el Humedal N.º 1 para confirmar los hallazgos de KECE; sus conclusiones se encuentran en el Informe de Green Roots. Al aplicar la Metodología del USDA, los Dres. Perret y Singh confirmaron la existencia de suelos hídricos en los casos de horizontes de suelo analizados.

353. KECE también determinó la existencia de un relleno de 1,75 m en la franja sur del Humedal N.º 1 y de 1,58 m en la franja norte. En aras de comprender la magnitud de las

³¹⁸ Segundo Informe KECE, párr. 12.

³¹⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 148.

³²⁰ Informe de Baillie, párr. 8.

³²¹ Segundo Informe KECE, párrs. 85, 86

³²² Segundo Informe KECE, párrs. 87-89.

actividades de relleno realizadas por las Demandantes, los Dres. Perret y Singh llevaron a cabo la excavación de una piscina en el extremo norte del Humedal N.º 1. Los Dres. Perret y Singh encontraron una capa de relleno de más de 1 m de grosor y señalaron que:

“El material se ha movido horizontalmente sobre un pedón a partir de un área fuente que se localiza fuera del pedón como resultado directo de la actividad humana, siendo usual con la ayuda de maquinaria o herramientas manuales

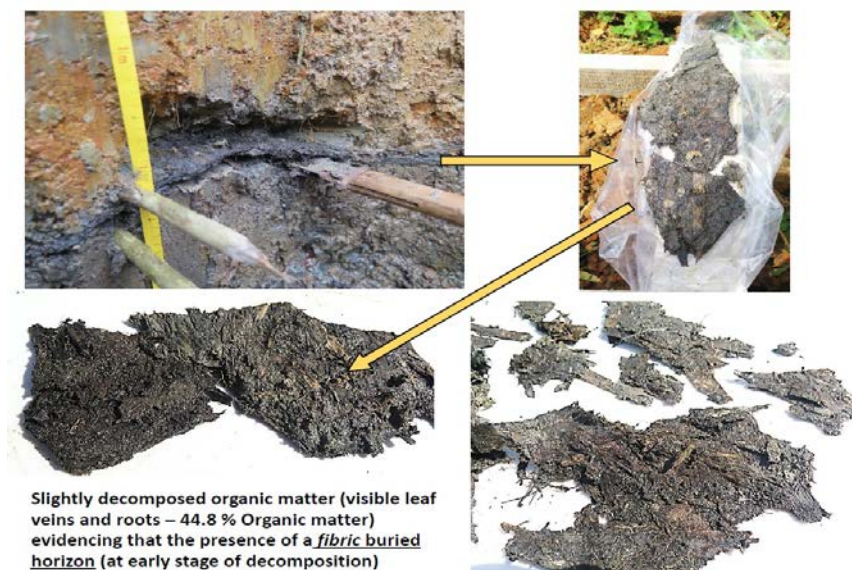
El perfil presenta indicaciones de una saturación superficial prolongada por el agua (condiciones ácuicas), lo cual a su vez afecta al estado de oxidación de elementos importantes (Fe y Mn) manifestándose por la presencia de Fe y Mn en manchas, líneas de poros, concreciones y nódulos.

Gley se encuentra a lo largo del perfil, lo que confirma la condición hídrica del perfil. [...]

La condición genética (natural) del suelo enterrado se clasifica como suelo hídrico

»³²³, (énfasis agregado)

354. A 109 cm de profundidad, los Dres. Perret y B.K. Singh identificaron un horizonte con materia orgánica, la cual incluía *"venas de hojas y raíces visibles"* en las primeras etapas de la descomposición³²⁴:



355. El descubrimiento de materia orgánica luego de la capa de relleno demuestra que existía vida previo al relleno realizado por las Demandantes. Tal como explicara KECE, esta capa orgánica enterrada representa la primera superficie de suelo del Humedal N.º 1 antes

³²³ Informe de Green Roots, pág. 20.

³²⁴ Íd., pág. 12.

de ser rellenada con el suelo franco arcillo-arenoso recogido de la ladera adyacente al Humedal N.º 1³²⁵.

356. Por último, KECE, luego de analizar los hallazgos del Informe de Green Roots concluye que:

"Sobre la base de los resultados científicos de su informe [de Green Roots], los suelos hídricos claramente existían en el Humedal 1 antes de que los suelos fueran alterados por actividad humana. Las condiciones hídricas incluso se producen en el perfil del suelo tal como existe hoy (incluyendo el material de relleno)"³²⁶.

357. En síntesis, la Demandada ha demostrado de forma definitiva que existen humedales en el sitio del Proyecto Las Olas. En medio de las cuestiones periféricas que las Demandantes han planteado en el presente arbitraje, surge una conclusión fundamental: el Proyecto Las Olas afecta suelos que tienen derecho a ser protegidos. Solicitamos respetuosamente que el Tribunal nunca pierda de vista este hecho, debido a que las Demandantes realizan su mayor esfuerzo para eludir esta realidad.

v. *Humedales N.º 2, 3 y 5*

358. Las Demandantes y sus peritos admiten la existencia de los Humedales N.º 2, 3 y 5. Tal como admitieran las Demandantes, los Humedales N.º 2 y 3 están situados prácticamente en su totalidad en la sección Servidumbres y otras parcelas y el Humedal N.º 5, en el sitio del Condominio³²⁷. Por una parte, los Dres. Calvo los denominan "*potenciales humedales*" y "*depressiones*"; por otra parte, el Dr. Baillie se refiere a ellos como "*valles*"³²⁸. Sin importar el nombre que le otorguen, son humedales y cumplen con los criterios científicos para ser considerados como tales.

359. El propio Dr. Baillie admite que los "valles" **contienen suelos hídricos**:

"Tres de los seis valles tienen suelos gleyzados bajo aguas estancadas y califican para las clases VII o VIII en el sistema de evaluación de tierras de Costa Rica, y como hídricos según los criterios del MINAET"³²⁹. (énfasis agregado)

360. KECE también se refiere al importante reconocimiento por parte de los peritos de las Demandantes en su segundo informe pericial:

"Es esencial destacar que el Dr. Baillie identificó suelos hídricos dentro de tres valles ubicados a lo largo de la frontera noroeste de la propiedad Las Olas y que estos mismos tres humedales fueron identificados como con vegetación húmeda e hidrología de humedales por los Expertos de las Demandantes, Calvo &

³²⁵ Segundo Informe KECE, párr. 14.

³²⁶ Segundo Informe KECE, párr. 15.

³²⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 152.

³²⁸ Íd., párrs. 153-154.

³²⁹ Informe de Baillie, párr. 6.

Langstroth, en su informe de experto de 2016 (ERM, 2016). Los humedales son identificados y cartografiados en el informe de Baillie como Bajos B2, B4 y B6, que corresponden a los 2, 3 y 5 de los humedales # 2 de KECE.

[...]

No sólo se ha acordado, ahora, que estas tres zonas son humedales, sino que, en base a los datos sobre el suelo y el medio ambiente proporcionados por los expertos de las Demandantes, todas son áreas que, además de estar dominadas por vegetación de humedales, han estado saturadas / anegadas durante los largos períodos de tiempo requeridos para desarrollar suelos gleyed cerca de la superficie del suelo. Además, los tres humedales están ubicados en el condominio de Las Olas y se extienden hasta las carreteras perimetrales, donde los flujos estacionales salen del sitio por las alcantarillas que se encuentran debajo de las carreteras³³⁰. (énfasis agregado)

361. Por ende, los peritos de las Demandantes no cuestionan las condiciones físicas de estos tres humedales. Sin embargo, en pos de distraer la atención del Tribunal de tal reconocimiento relevante, las Demandantes alegan que (i) son "*exagerad[o]s*" los límites de los humedales identificados por KECE y (ii) que los humedales no fueron afectados por las actividades desarrolladas en el Sitio del Proyecto³³¹.

362. En cuanto a la primera alegación, el Segundo Informe KECE explica que:

"Como se identificó en nuestro primer informe, el mapa de áreas potencialmente húmedas era un mapa preliminar dibujado en mapas topográficos del sitio basado en observaciones de campo de condiciones de humedales (vegetación hídrica, evidencia de hidrología estacional y suelos hídricos). El propósito de la cartografía preliminar fue identificar áreas en el sitio de Las Olas con condiciones ambientales que indiquen los recursos de humedales y requieran una evaluación adicional. En agosto-septiembre de 2016, realizamos una segunda visita y una actualización de los mapas de los humedales en el sitio, como se identificó en la sección I de este informe. Estos mapas revisados se generaron caminando por el perímetro de cada área de humedal y registrando el límite con una unidad GPS de mano".

363. En relación con la segunda alegación, y tal como se explicara *supra*³³², el Segundo Informe KECE confirma que las supuestas "zonas de precaución" o "áreas sensibles" identificadas en el plano maestro del sitio Las Olas confeccionado por Mussio Madrigal Arquitectos, no respetaban, de modo alguno, tales ecosistemas.

vi. *Humedal N.º 4*

364. No resulta sorprendente que el Humedal N.º 4 se encuentra fuera de los límites del Ecosistema Las Olas. No obstante, KECE lo identifica debido a su proximidad con el Sitio

³³⁰ Segundo Informe KECE, párrs. 77-79.

³³¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 152-154.

³³² Véase la sección V.A.3.b)

del Proyecto y por sus similitudes con otros humedales. Tal como se explicara en el Segundo Informe KECE, el Humedal N.º 4, "estaba tan cerca del lugar y era tan parecido a los humedales del lugar que se incluyó en la evaluación"³³³.

vii. Humedales N.º 6, 7 y 8

365. Las Demandantes se basan en el Informe de Calvo Langstroth para alegar que "dichas áreas no son humedales".³³⁴ El Informe de los Dres. Calvo y Langstroth explica básicamente que estas áreas no presentan condiciones hídricas o especies de humedales.

366. En primer lugar, en relación con la presencia de condiciones hídricas, el Segundo Informe KECE explica que estos humedales presentan "son características de drenaje en el sitio que tienen flujos periódicos que drenan las aguas superficiales y subterráneas de las colinas circundantes en corrientes intermitentes que fluyen hacia el norte y hacia el este fuera del sitio".. Por lo tanto, en su carácter de "corrientes temporales" califican perfectamente como humedales atento a la definición establecida por el derecho de Costa Rica³³⁵. Luego de analizar la evaluación presente en el Informe de los Dres. Calvo y Langstroth respecto de dichos humedales específicos, KECE concluye lo siguiente:

"Estamos en desacuerdo en que estas áreas carecen de la hidrología necesaria para desarrollar vegetación hidromórfica y desarrollar suelos hídricos. Según lo identificado por ERM en su discusión sobre las leyes de humedales de Costa Rica, la identificación y clasificación de humedales sigue la definición establecida por RAMSAR. Mientras que las definiciones posteriores proporcionadas por ERM en este informe son abreviadas, la definición completa incluye: las corrientes temporales"³³⁶.

367. En segundo lugar, respecto de la falta de especies de humedales señalada por los Dres. Calvo y Langstroth, KECE describe la predominancia de vegetación hídrica para los casos de los Humedales N.º 6 y 8:

"La cobertura del dosel en el **Humedal 6** se estima en el 76%, y el 49% de esta cobertura consiste de especies de humedales. La cobertura del suelo se estima en el 83%, y la gran mayoría de éste, el 66%, consiste en especies de humedales. La cobertura de subcanopías en el Humedal 6 se estima en un 26%, con la mayoría del cual, el 15%, representada por especies de humedales. Partes del Humedal 6 incluso tenían plantas estrictamente acuáticas (conforme al indicador 'Obligatoria Humedales') que sólo se encuentran en hábitats de humedales

[...]

³³³ Segundo Informe KECE, párr. 32.

³³⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 142.

³³⁵ Segundo Informe KECE, párrs. 130, 138, 139.

³³⁶ Segundo Informe KECE, párr. 131.

La cobertura del dosel en el **Humedal 8** se estima en 48%, con la mayor parte de esta cobertura, el 33%, representada por especies de humedales. La cobertura del suelo se estima en un 92%, y la gran mayoría, el 80%, está representada por especies de humedales. La cobertura de subcanopias en el Humedal 8 se estima en un 29%, representada en su totalidad por especies de humedales.³³⁷. (énfasis agregado)

368. En cuanto a la vegetación hídrica del Humedal N.º 8, las Demandantes convenientemente omiten mencionar que este humedal está siendo afectado actualmente por las actividades en curso del intruso, lo cual lógicamente tiene un efecto adverso sobre la presencia de la vegetación hídrica. A pesar de ello, KECE también halló la predominancia de especies de humedal en esta área:

"La cobertura del dosel en el Humedal 8 se estima en 48%, con la mayor parte de esta cobertura, el 33%, representada por especies de humedales. La cobertura del suelo se estima en un 92%, y la gran mayoría, el 80%, está representada por especies de humedales. La cobertura de subcanopias en el Humedal 8 se estima en un 29%, representada en su totalidad por especies de humedales"³³⁸.

369. En tercer lugar, las Demandantes también se basan en el informe del Dr. Baillie para afirmar que el suelo de dichas áreas brinda sustento para un hallazgo de humedales. El Dr. Baillie informa que *"[u]nos pocos retazos muy pequeños pueden ser marginalmente hídricos, pero no alcanzan el tamaño suficiente como para albergar humedales"*³³⁹. Para alcanzar esta conclusión, el Dr. Baillie se basa en la Metodología para la Clasificación de la Tierra, la cual requiere que los suelos hídricos se *"asoci[en] a largos períodos de inundación"*³⁴⁰. Tal como explicara KECE, esto no es una condición para los indicadores estándar de suelos hídricos y tal interpretación *"no capturarían otros indicadores del suelo hídrico típicos de muchas áreas de humedales estacionales / intermitentes que son definidas como humedales por la ley costarricense."*³⁴¹.

- e) Las críticas de las Demandantes del Primer Informe KECE carecen de fundamento y sustento

370. Si bien las Demandantes plantean una serie de críticas respecto del Primer Informe KECE, los propios peritos de las Demandantes han reconocido la existencia de al menos 3 de los 8 los humedales identificados por KECE en su primer informe pericial. Esto es plenamente perjudicial para el argumento de las Demandantes por dos motivos: (i) la existencia de los humedales demuestra de manera concluyente que existía un fundamento para las preocupaciones ambientales legítimas por las cuales las autoridades de Costa

³³⁷ Segundo Informe KECE, párrs. 23, 25

³³⁸ Segundo Informe KECE, párr. 25.

³³⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 144. Obsérvese que las Demandantes citan un párrafo inexistente del Informe del Dr. Baillie.

³⁴⁰ Segundo Informe KECE, párr. 68.

³⁴¹ *Ibid.*

Rica finalmente actuaron de manera apropiada y lícita; y (ii) la existencia de los humedales habría (y debería haber) alertado a las Demandantes de la necesidad de llevar a cabo una investigación, la cual eludieron plenamente, y prefirieron llevar a cabo el desarrollo a expensas del medio ambiente.

371. La Demandada abordará a continuación cada una de las críticas de las Demandantes planteadas respecto del Primer Informe KECE.

viii. *La supuesta omisión por parte de KECE de considerar los suelos hídricos como un criterio para la identificación de los humedales*

372. Si bien se basan en una interpretación estricta del Decreto N.º 35803-MINAE, las Demandantes critican al Primer Informe KECE por no contener "*datos significativos acerca de los suelos*"³⁴². Tal como explica KECE, durante la primera evaluación del sitio, KECE realizó un reconocimiento del sitio de la finca en aras de analizar sus condiciones generales, localizó los humedales del sitio e investigó los flujos de agua y sus conexiones a lugares fuera del sitio.

373. Luego de dicha investigación preliminar, KECE visitó el sitio por segunda vez en pos de realizar una evaluación más profunda, para la cual llevó a cabo algunos análisis de perforaciones de suelo, y determinó y ubicó en el mapa los límites de todos los humedales identificados en el Primer Informe KECE³⁴³.

ix. *La supuesta desacreditación del Informe del INTA*

374. Por otra parte, las Demandantes acusan al Sr. Erwin de desacreditar las conclusiones del INTA³⁴⁴. En el Primer Informe KECE, KECE analizó la evaluación del INTA correspondiente al mes de abril de 2011 presente en el Informe INTA. KECE explicó que (i) INTA describió la presencia de suelos hidromórficos en el Sitio del Proyecto (hallazgos que fueron tenidos en cuenta por el SINAC al emitir el Informe PNH sobre Humedales); (ii) la conclusión del INTA de que no existen suelos hídricos en el Humedal N.º 1 se basó en una metodología que no es adecuada para el análisis de la existencia de humedales; y (iii) la conclusión del INTA de que el rellenado del humedal se debió al uso del suelo y no a las actividades de desarrollo de las Demandantes llevadas a cabo en el sitio fue alcanzada sin analizar la información topográfica y los informes redactados por las agencias de Costa

³⁴² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 123.

³⁴³ Primer Informe KECE, Introducción.

³⁴⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 124.

Rica que documentaron los impactos causados por las Demandantes desde el mes de marzo de 2009³⁴⁵.

375. De hecho, KECE señaló su discrepancia con el uso por parte del INTA de la Metodología para la Clasificación de la Tierra para concluir que el Humedal N.º 1 no presentaba suelos hídricos y respecto de la conclusión del INTA relativa a las causas del relleno del humedal. No obstante, estas dos conclusiones no tienen ninguna relevancia respecto de las pretensiones de las Demandantes. En primer lugar, la conclusión del INTA de que los suelos del Humedal N.º 1 no eran hídricos porque no eran de Clase VII o VIII en virtud de la Metodología para la Clasificación de la Tierra no fue de gran relevancia debido a que el Informe PNH sobre Humedales ya había considerado la determinación por parte del INTA de los suelos hidromórficos durante la visita del sitio realizada el día 16 de abril de 2011. En segundo lugar, tal como se explica *infra*³⁴⁶, la determinación del INTA respecto de las causas potenciales del relleno no estaba dentro del alcance de su informe ni de su competencia. Tal como alegaron las Demandantes, estuvieron siempre asesoradas por profesionales locales; las Demandantes no podrían haber aceptado estos hallazgos como definitivos.

376. Además, las Demandantes alegan que KECE "omite reconocer que el INTA es... la autoridad competente del país encargada de definir e identificar suelos hídricos"³⁴⁷. Las Demandantes se refieren al párrafo 72 del Informe de Baillie para fundamentar tal afirmación. El Dr. Baillie no es experto en el derecho costarricense y no cita ni se refiere a una norma legal en sustento de dicha declaración.

377. En su Memorial, las Demandantes argumentan constantemente que el INTA era el organismo encargado de identificar los humedales en Costa Rica:

"El INTA es un instituto nacional de investigación agrícola con **experiencia específica en clasificaciones de humedales**"³⁴⁸.

"[E]l INTA, el órgano al cual, según instrucciones específicas del SINAC, debe consultarse para determinar la existencia de humedales en el sitio del proyecto, ha informado que no existen humedales"³⁴⁹.

"[E]l fiscal penal parece haber tenido sus propios motivos al optar por perseguir denuncias contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac a pesar de las pruebas claras emanadas del **principal órgano de la Demandada a cargo de determinar la existencia de humedales, el INTA**, de que no hay humedales en el sitio del proyecto"³⁵⁰. (énfasis agregado)

³⁴⁵ Primer Informe KECE, párrs. 113-117.

³⁴⁶ Véase la sección V.C.2.e)ii.

³⁴⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 125.

³⁴⁸ Memorial de las Demandantes, párr. 176.

³⁴⁹ Íd., párr. 216.

³⁵⁰ Íd., párr. 218.

378. El intento de las Demandantes de otorgar al INTA el rol central en las determinaciones autorizadas de los humedales es descuidada o errónea.
379. Luego de que la Demandada explicara la competencia jurídica del INTA en virtud de su propia normativa ³⁵¹, las Demandantes finalmente reconocieron que el SINAC es responsable de "*clasificar humedales y delimitar los humedales*"³⁵². Asimismo, el Dr. Baillie, el propio perito de las Demandantes, admite expresamente que el INTA no tiene la competencia para determinar la existencia de los humedales en virtud del derecho costarricense³⁵³.
380. Ahora, las Demandantes han modificado repentinamente su argumento para alegar que "*el INTA es la principal institución en materia de suelos del gobierno de la República de Costa Rica, la autoridad competente del país encargada de definir e identificar suelos hídricos*"³⁵⁴. No existe ninguna disposición legal en virtud del derecho costarricense que le otorgue a INTA tal competencia. Tal como se explicara en el Memorial de Contestación, las normas del INTA establecen claramente que sus facultades están limitadas "*al mejoramiento y la sostenibilidad del sector agropecuario*"³⁵⁵.
381. Si bien es cierto que Costa Rica no cuenta con un organismo específico dedicado a la identificación de suelos hídricos para la determinación de humedales, el PNH, dentro del SINAC, puede solicitar al INTA que realice estudios de suelos para la determinación de la existencia de suelos hídricos. No obstante, ninguna disposición faculta al INTA a definir e identificar los suelos hídricos de Costa Rica. En síntesis, la caracterización que las Demandantes realizan del INTA es incorrecta en tanto cuestión de derecho costarricense.

x. *La identificación de KECE de especies de humedal dentro del Sitio del Proyecto*

382. Las Demandantes insinúan que la identificación por parte de KECE de las especies de humedal en el Primer Informe KECE se encuentra sesgada debido a la supuesta "*falta de referencias y de citas*"³⁵⁶. Ello es incorrecto, tal como se aclara en detalle en el Segundo Informe KECE. La lista de especies y la clasificación de aquellas presentes en los humedales fue llevada a cabo por un botánico de la Universidad de Costa Rica, junto con la identificación de las especies vegetales existentes en los humedales en base a la documentación bibliográfica de su presencia en el hábitat.

³⁵¹ Memorial de Contestación, párrs. 395-396.

³⁵² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 215.

³⁵³ Informe de Baillie, párr. 72.

³⁵⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 125.

³⁵⁵ R-202, Ley del Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria, 22 de noviembre de 2001, Artículo 2.

³⁵⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 132.

383. El Segundo Informe KECE también detalla que:³⁵⁷

- Debido a que aún no existe un sistema de clasificación de vegetación a nivel regional aplicable a Costa Rica sobre el cual KECE podría basarse, KECE tuvo que realizar una clasificación preparada por referencias locales;
- El sistema de clasificación de los Dres. Calvo y Langstroth es cuestionable debido a que asume que "las especies del mismo ostentarían la misma condición, lo cual no es válido" [Traducción libre] y, a diferencia de los listados de KECE, no fue revisado por un científico local para comprobar su exactitud; y
- Las alegaciones de los Dres. Calvo y Langstroth de que los géneros *Costus*, *Heliconia* y *Calathea* no son plantas de humedal son falsas en base a la revisión comparada con la literatura llevada a cabo por el botánico local de KECE, quien identificó que se presentan tanto en áreas de humedales como de altura.

384. Las Demandantes también alegan que el hecho de que KECE señala que el *Paspalum fasciculatum* constituye un indicador de humedal debería socavarse en virtud de la afirmación del Dr. Baillie de que también se "encuentra en pastizales de suelos no hídricos imperfectamente drenados"³⁵⁸. La Demandada ya ha explicado que la presencia de *Paspalum fasciculatum* en el área no fue el único factor que KECE tuvo en cuenta a la hora de determinar las características de humedal del sitio.

385. Por último, las Demandantes se refieren a la crítica del Sr. Arce sobre "los errores en la metodología de clasificación de KECE, así como en la categorización de especies de árboles como exclusivas de los humedales"³⁵⁹. El Segundo Informe KECE explica la irrelevancia de las críticas del Sr. Arce debido a su evaluación generalizada:

"Los únicos comentarios que hace aquí son una crítica técnica sobre el nombre científico y el **estatus de humedal de una de las 97 especies de plantas mencionadas en el [Primer Informe KECE]**. [...] el botánico utilizó un manual de referencia más antiguo que consideramos interesante pero **insignificante para la tarea que nos ocupa**."³⁶⁰. (énfasis agregado)

xi. *El impacto de "las carreteras públicas y de los conductos de drenaje" sobre el Ecosistema Las Olas*

386. Este es tan solo una de las técnicas de las Demandantes para desviar la atención del Tribunal en relación con sus actividades ilícitas. En primer lugar, las carreteras públicas

³⁵⁷ Segundo Informe KECE, párr. 137.

³⁵⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 134.

³⁵⁹ *Ibíd.*

³⁶⁰ Segundo Informe KECE, párr. 180.

dentro de las proximidades del proyecto Las Olas ya se encontraban allí décadas antes de que las Demandantes adquirieran el predio Las Olas y, por lo tanto, no podrían haber alterado las condiciones de la propiedad existentes al momento en el que las Demandantes decidieron iniciar su proyecto de desarrollo.

387. En segundo lugar, el principal impacto sobre los humedales identificado en Las Olas es el relleno y drenaje de una significativa depresión ubicada en la esquina suroeste del predio I (Humedal N.º 1). Dentro del período comprendido desde el inicio del año 2009 y el año 2011, dicho humedal fue relleno con aproximadamente un metro de tierra de la colina adyacente, y drenado en pos de crear un área en la cual se pudiera desarrollar una comunidad residencial. El impacto incluyó la instalación de carreteras y servicios públicos. Resulta increíble que las Demandantes ahora argumenten que la transformación de esta área de profunda depresión, tal como demuestran sus mapas topográficos previos a la construcción, en un área que actualmente el Dr. Calvo describe como una leve pendiente con un sistema de gestión de aguas que traslada el agua "ordenadamente" fuera del sitio, sea el resultado de las tareas de mantenimiento de las carreteras adyacentes.
388. Por último, cabe destacar que el DeGA, desde el año 2010, comenzó tareas de mejora en los drenajes de la carretera adyacente; sin embargo, también es cierto que, para ese momento, las Demandantes ya habían engañado a la SETENA reiteradamente al insistir en que no existían áreas de relevancia ambiental en el predio Las Olas y que, al inicio de las tareas de mejora de la Municipalidad, las Demandantes ya habían relleno y drenado significativamente el Humedal N.º 1.

xii. *La interacción del Ecosistema Las Olas con el Ecosistema del Río Aserradero*

389. Las Demandantes mezclan diferentes cuestiones al explicar "dicha crítica" al Segundo Informe KECE. En primer lugar, las Demandantes se refieren al argumento de la Demandada de que parte de la información ocultada por las Demandantes a la SETENA fue la identificación adecuada del impacto del Proyecto Las Olas sobre el sistema de conexión con el Río Aserradero.³⁶¹ Las Demandantes alegan que este argumento carece de especificidad³⁶². No le corresponde a la Demandada hacer lo que las Demandantes debieron haber hecho en el año 2007 cuando asumieron la realización de una EIA respecto del Sitio del Condominio. A pesar de ello, tanto el Informe Siel Siel y el Segundo Informe KECE confirman la relevancia de dicha identificación durante el proceso de autorización ambiental llevado a cabo ante la SETENA.

³⁶¹ Memorial de Contestación, párr. 289.

³⁶² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 165.

390. El Informe Siel Siel explica también que esta información debería haber formado parte de un relevamiento biológico adecuado realizado por un biólogo:

"[El capítulo] **tampoco indicó la proximidad del arroyo Aserradero y el humedal Aserradero, ni la relación entre ellos. Tampoco mencionaba las consecuencias que tendría el vertido de aguas de desecho (aun si eran tratadas) en ese ecosistema acuático protegido, ni las alteraciones al régimen hídrico de la propiedad derivadas de los trabajos de terraplenado, los cambios en las cubiertas del suelo (aumento de las áreas no porosas) y el incremento de la erosión, entre otros efectos**"³⁶³. (énfasis agregado)

391. KECE también confirma que tales conexiones no fueron divulgadas en la solicitud de VA de las Demandantes para el sitio del Condominio y que deberían haber sido identificadas y evaluadas por profesionales especializados:

"Encontramos que la Quebrada Aserradero ocurre en tres lugares separados en la porción oriental del sitio de Las Olas, como lo demuestran las zonas 6, 7 y 8 del humedal de KECE. Creemos firmemente que la identificación y protección de estas vías de drenaje es requerida por Costa Rica y que esto requiere, como mínimo, **que las designaciones y protecciones aplicadas por So + Mussio a la Quebrada Aserrado en su plan maestro se apliquen a estas tres vías de drenaje orientales identificadas, así como a los otros humedales occidentales que no fueron identificados en el EV**"³⁶⁴. (énfasis agregado)

392. En segundo lugar, las Demandantes alegan que KECE omite describir "*con exactitud o precisión*" la interacción del sitio Las Olas con el Río Aserradero³⁶⁵. Las Demandantes también alegan que:

"Por cierto, la presencia del Aserradero al este del emplazamiento influye en los patrones de drenaje de la escorrentía de las precipitaciones desde el emplazamiento de Las Ola, ya que el agua fluirá desde el este del emplazamiento y saldrá hacia la vía pública para desembocar en el sistema del Aserradero. **Estas características de drenaje, que están influidas por la topografía del emplazamiento y por la existencia del Aserradero hacia el este, aseguran que no sea posible la formación de humedales en la parte este del emplazamiento**"³⁶⁶. (énfasis agregado)

393. Esto es incorrecto. KECE explica que los Humedales N.º 6, 7 y 8 son "*valles con arroyos intermitentes que forman afluentes del río Aserradero*"³⁶⁷. Por tal condición, se encuentran protegidos como humedales en virtud de la definición de humedales de Costa Rica. KECE explica por qué las conclusiones de las Demandantes son erróneas:

"Estamos en desacuerdo con ERM y Baillie de que estas corrientes no están lo suficientemente húmedas para apoyar el desarrollo de vegetación hidrofílica y suelos hidromórficos..

³⁶³ Informe Siel Siel, párr. 1.

³⁶⁴ Segundo Informe KECE, párr. 146

³⁶⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 167.

³⁶⁶ *Ibíd.*

³⁶⁷ Segundo Informe KECE, párr. 139.

Estos valles han definido claramente thalwags (canales de arroyo), tienen flujos estacionales incluyendo períodos de agua estancada como documentado por KECE así como personal de SINAC, tienen un predominio de la vegetación hidrófila (Apéndice A), y la presencia de suelos hidromórficos, según lo identificado por KECE y reportado por el Dr. Baillie.³⁶⁸

394. Por último, las Demandantes convenientemente omiten mencionar que los Dres. Calvo y Langstroth, sus propios peritos, reconocen que Mussio Madrigal Arquitectos muestra incorrectamente que la Quebrada Aserradero atraviesa la zona este del Sitio del Proyecto³⁶⁹. El Sr. Erwin concuerda con que el Sr. Mussio realizó una identificación incorrecta de la Quebrada Aserradero y establece a los fines de la precisión que su ubicación correcta se encuentra al noreste del Sitio del Proyecto³⁷⁰.

f) Crítica planteada respecto del Informe ERM

395. El Informe ERM identifica la existencia de tres áreas de depresión próximas a la esquina noreste de la finca que tienen condiciones hídricas, lo cual confirma la existencia de los tres humedales del sitio las Olas. El hecho de que esto sea reconocido por los Dres. Calvo y Langstroth demuestra que las Demandantes brindaron información incorrecta a la SETENA en el año 2007.

396. Entre numerosos otros errores, el Informe ERM:

- No consideró la condición previa al proyecto del Humedal N.º 1; por ende, sólo se refirió a la condición actual y no evaluó si existía actualmente un humedal o si estaba siendo afectado;
- Establece erróneamente que las áreas sensibles fueron consideradas y están protegidas por el plan del sitio;
- Reconoce que no realizaron ninguna evaluación relacionada con la documentación de las condiciones forestales del sitio ni evaluaciones de revisión llevadas a cabo por terceros. Asimismo, reconoce que su opinión no especificó el criterio aplicable a la definición de un bosque de conformidad con el derecho de Costa Rica. Tampoco aborda la cuestión de la tala de árboles documentada que tuvo lugar en el sitio, la legalidad de tal acto, ni el efecto probable que dicha tala tendrá sobre el sistema forestal.

³⁶⁸ Segundo Informe KECE, párrs. 140-141.

³⁶⁹ Informe ERM, párr. 16.

³⁷⁰ Segundo Informe KECE, párr. 144.

g) Crítica al Informe de Baillie

i. *La incorrecta invocación de la Metodología para la Clasificación de la Tierra por parte de Baillie*

397. La Demandada ya ha abordado los motivos por los cuales, en virtud del derecho costarricense y desde la perspectiva de la ciencia aplicable a los humedales, la Metodología para la Clasificación de la Tierra no es un instrumento diseñado para la determinación de los suelos hídricos.

ii. *La conclusión de Baillie de que el Humedal N.º 1 cuenta con suelos no hídricos*

398. El Dr. Baillie encontró suelos no hídricos en el Humedal N.º 1. El Dr. Baillie confirmó los hallazgos del Informe INTA de que la clasificación del suelo corresponde a la Clase V y que, por lo tanto, no pueden considerarse suelos hídricos. Al arribar a dicha conclusión, el Dr. Baillie cometió dos errores esenciales: (i) se basó en la Metodología para la Clasificación de la Tierra en aras de identificar los suelos hídricos y (ii) asumió profundidades de rellenado erróneas, realizó muestreos a una profundidad superficial y no diferenció los horizontes de rellenado y los horizontes naturales del suelo (previos al impacto).

399. En primer lugar, tal como se explicara *supra*³⁷¹, la Metodología para la Clasificación de la Tierra no es un instrumento para la determinación de suelos hídricos. Esto ha sido confirmado por KECE, los Dres. Perret y B. K. Singh y el Sr. Cubero, en su declaración testimonial durante el juicio penal. A pesar de ello, los Dres. Perret y B. K. Singh también llevaron a cabo un relevamiento del suelo en virtud de la Metodología para la Clasificación de la Tierra y han concluido que, por debajo de la capa de rellenado o la capa que las Demandantes colocaron encima del Humedal N.º 1 desde el año 2009 (el informe de Green Roots se refiere a ellos como "suelos de la capa superior"), los suelos pueden clasificarse dentro de la Clase VII, la cual se encuentra dentro de la categoría de "suelos hídricos" de la Metodología para la Clasificación de la Tierra:

"Los factores limitantes de esta unidad de manejo del suelo de Clase V son los siguientes: profundidad efectiva del suelo, bajo nivel de drenaje y riesgo de inundación. **Dicha clasificación toma en consideración el manto; si no se toma en consideración el manto a los efectos de la clasificación, el uso de capacidad de la tierra pasa a la Clase VII, debido a la profundidad efectiva del suelo inferior a los 30 cm**"³⁷². (énfasis agregado)

³⁷¹ Véase la sección V.C.2.c)

³⁷² Informe de Green Roots, pág. 52.

400. En segundo lugar, el Segundo Informe KECE explica que el Dr. Baillie "disminuye considerablemente la cantidad de efectos sobre el desarrollo en esta área y subestima considerablemente la cantidad de relleno."³⁷³. El Dr. Baillie asumió una profundidad de rellenado de tan solo 40-50 centímetros³⁷⁴. No obstante, KECE concluyó que "*el relleno del proyecto dentro de esta área necesitaría promediar al menos un metro para crear una base nivelada / drenada para apoyar el desarrollo del sitio.*"³⁷⁵. KECE alcanzó esta conclusión luego de analizar³⁷⁶:

- "La fotografía aérea de marzo de 2009 muestra claramente que las actividades de construcción comenzaron en esta zona durante la temporada seca 2008-2009, incluyendo el raspado y la clasificación de la zona y la construcción de la base de carretera para las dos vías de acceso este-oeste
- Los informes de las agencias de Costa Rica que documentan que desde el mes de abril de 2009 hasta el mes de junio de 2010 se llevaron a cabo actividades de construcción incluidas "terraplenar, la construcción de carreteras, la excavación de zanjas de drenaje y la instalación de servicios públicos de electricidad".
- Los registros de construcción de las Demandantes que documentan que "el movimiento de tierras dentro de esta área continuó durante al menos tres años comenzando en marzo de 2009 y continuando hasta 2011
- La segunda visita de KECE al sitio, en la cual los documentos de campo de pozos perforados revelaron que existían rellenos de suelo que excedían los 100 centímetros.
- Los resultados de la visita al sitio por parte de Green Roots, que confirmaron que el relleno reciente excedía una profundidad de un metro.

h) El SINAC, la autoridad competente para identificar los humedales de Costa Rica, determinó la existencia del Humedal N.º 1 en el año 2011

401. Las Demandantes alegan que las conclusiones de KECE son "*explicaciones retrospectivas*"³⁷⁷. Como parte de las instrucciones con las que KECE debió cumplir durante la redacción del Primer Informe KECE se encontraba la "*evaluación *independiente de la existencia y condición de los humedales y bosques en la propiedad*

³⁷³ Segundo Informe KECE, párr. 89.

³⁷⁴ Informe de Baillie, párr. 56.

³⁷⁵ Segundo Informe KECE, párr. 92.

³⁷⁶ Segundo Informe KECE, párrs. 91-92.

³⁷⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 114.

de las Demandantes"³⁷⁸. Nunca se le solicitó a KECE que determinara si existía un humedal en el Sitio del Proyecto en el año 2011; ello ya había sido determinado por la autoridad competente para la identificación de humedales en Costa Rica, el PNH, como organismo especializado en humedales, que depende del SINAC.

402. Las Demandantes se basan en el Primer y Segundo Informe de Barboza para argüir que el SINAC "no aportó pruebas de la existencia de suelos hídricos ni hidrología"³⁷⁹. Esto es falso. Tal como se destacara en los párrafos 113 a 115 del Primer Informe KECE y en el Informe PNH sobre Humedales, el SINAC no realizó un estudio de los suelos a los fines de redactar su informe. Las Demandantes omiten mencionar que el Sr. Cubero del INTA acompañó al Sr. Gamboa, coordinador del PNH, durante la visita al sitio que originó el Informe PNH sobre Humedales. Tal como identificara el Sr. Cubero "la presencia de suelos insuficientemente drenados con propiedades hidromórficas" [Traducción libre]. en el Informe del INTA³⁸⁰, el Informe PNH aceptó tales hallazgos y concluyó que existían suelos hídricos en el Humedal N.º 1. Por consiguiente, no es cierto, tal como lo señalan las Demandantes, que el SINAC no aportó "pruebas de la existencia de suelos hídricos". El Informe PNH sobre Humedales menciona claramente que se basó en los hallazgos del INTA que surgen del muestreo de suelos realizado en su visita conjunta el día 16 de marzo de 2011:

"Como parte del muestreo de suelo por parte de funcionarios del [INTA], se detectó la presencia de rellenos* en diferentes sectores del Humedal Palustrino, y la presencia de suelos [h]idromórficos característicos de estos ecosistemas"³⁸¹. (énfasis agregado)

403. Asimismo, la alegación de las Demandantes de que el SINAC "omitió presentar cualquier argumento o prueba que refutase las conclusiones del INTA"³⁸² es absurda. El Sr. Gamboa y el Sr. Cubero llevaron a cabo una visita conjunta el día 16 de marzo de 2011. El Sr. Cubero realizó los muestreos de suelo y "detectó [...] la presencia de suelos [h]idromórficos " (tal como se establece en el Informe PNH sobre Humedales). El día 18 de marzo de 2011, luego de dicha visita al sitio y luego de que el SINAC hubiera realizado una evaluación completa de las condiciones del Humedal N.º 1, incluida la identificación de suelos hídricos, el Sr. Gamboa emitió el Informe PNH sobre Humedales que determinó la existencia del Humedal N.º 1 dentro del Sitio del Proyecto. El Informe INTA fue emitido casi dos meses luego de ello, el día 11 de mayo de 2011, e informó los hallazgos de una segunda visita al sitio realizada por el Sr. Cubero en el mes de abril de 2011. ¿Cómo podría el SINAC refutar los hallazgos *ex post* del INTA?

³⁷⁸ Primer Informe KECE, párr. 6.

³⁷⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 127.

³⁸⁰ C-124.

³⁸¹ R-76, Informe sobre Humedales PNH (ACOPAC GASP-093-11), 18 de marzo de 2011.

³⁸² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 127.

404. Además, las Demandantes alegan que KECE "no explica [...] la omisión del SINAC de aplicar su propia ley para identificar un humedal en 2011"³⁸³. En el Primer Informe KECE, KECE explicó como el PNH había identificado los criterios adecuados para determinar la existencia del Humedal N.º 1 en el Sitio del Proyecto.
405. El Informe PNH analizó la condición hídrica, la vegetación hídrica y los suelos hídricos para concluir que existía un humedal palustrino en el Sitio del Proyecto:
- "[E]n el lugar de inspección en el sector oeste en el área de construcción de casa demostrativa, se detectó la presencia de un humedal Palustrino no mareal, **con un nivel freático superficial, con la dominancia de gramíneas, palmas y algunos arbustos.**
- [...]
- Como parte del muestreo de suelo por parte de funcionarios del [INTA], se detectó la presencia rellenos en diferentes sectores del Humedal Palustrino, y **la presencia de suelos [h]idromórficos característicos de estos ecosistemas**"³⁸⁴. (énfasis agregado)
406. KECE también explicó que el Informe INTA identifica "evidencia anaeróbica" y que "describe el área de muestra como un área característica de humedal incluyendo ubicación, entradas de agua superficial, de drenaje pobre, procesos anaeróbicos en los suelos y que tienen severas limitaciones para la agricultura y uso de desarrollo debido a las limitaciones climáticas y de drenaje"³⁸⁵. Según KECE, tales resultados brindaron una base para la determinación por parte del SINAC de la existencia de un humedal en virtud del Informe PNH sobre Humedales.
407. A pesar de los hallazgos que incluyen la existencia de un humedal, durante su segunda visita al sitio en el mes de abril de 2011, el INTA también realizó un relevamiento de suelos mediante la aplicación de la Metodología del USDA y la Metodología para la Clasificación de la Tierra. El INTA concluyó que el suelo del Humedal N.º 1 no era hídrico debido a que el suelo parecía estar clasificado como Clase V, y no como Clase VII o VIII en virtud de la Metodología para la Clasificación de la Tierra. La Demandada ya ha explicado que, científicamente, la Metodología para la Clasificación de la Tierra no es una herramienta diseñada para la identificación de suelos hídricos; por consiguiente, la conclusión del INTA no podría considerarse definitiva respecto de la existencia de humedales. Además, el SINAC ya había determinado la existencia de los humedales luego de identificar suelos hídricos durante la visita conjunta realizada por el SINAC y el INTA el día 18 de marzo de 2011.

³⁸³ Íd., párr. 120.

³⁸⁴ R-76, Informe sobre Humedales PNH (ACOPAC GASP-093-11), 18 de marzo de 2011.

³⁸⁵ Primer Informe KECE, párrs. 117-118.

i) Las Demandantes, no Costa Rica, rellenaron y drenaron el Humedal N.º 1

408. En un intento de evadir su responsabilidad por los impactos sufridos por el Humedal N.º 1, las Demandantes critican las conclusiones de KECE sobre el impacto del Humedal N.º 1 porque no tienen en cuenta el "*impacto de las vías públicas del emplazamiento del proyecto*, tales como la instalación de alcantarillas por parte de las autoridades públicas y los ductos de drenaje mantenidos por la municipalidad"³⁸⁶.

409. Los Informes de tanto el SINAC como del INTA sobre los humedales documentaron **el rellenado por parte de las Demandantes del Humedal N.º 1**.

410. El Informe PNH sobre Humedales describe que los empleados de las Demandantes llevaban a cabo actividades de construcción dentro del sitio en ocasión de la visita:

El humedal Palustrino ... **está siendo afectado directamente por la construcción de un canal de drenaje y alcantarillado, el cual se conecta con un alcantarillado fuera del sitio de inspección** en zona pública y el cual drena en los límites del humedal Estero Aserradero a unos 450 metros aproximadamente del sitio de inspección. **En el momento de inspección se encontraba maquinaria realizando labores de movimiento de tierra y colocación de alcantarilladas sobre el canal de drenaje en el humedal. [...] El humedal descrito fue segmentado por la construcción de vías de acceso y rellenos lo cual afectó su dinámica natural** "³⁸⁷. (énfasis agregado)

411. El propio Sr. Cubero testificó respecto de la existencia de **actividades de drenaje** en el sitio cuando lo visitó en el mes de marzo de 2011:

"Se realizaban obras de drenaje; llevaban a cabo actividades de drenaje durante la visita anterior"³⁸⁸. [Traducción libre]

412. Las Demandantes se basan en las conclusiones del Dr. Baillie de que el "*relleno era anterior a las obras de desarrollo del Proyecto*" y en el posible impacto de las carreteras públicas³⁸⁹. Tal como explicara KECE, el Dr. Baillie no excluye que los suelos de humedal existían en dicha área con anticipación a las actividades de construcción de las Demandantes³⁹⁰. El propio Dr. Baillie reconoce que determinadas actividades fueron realizadas dentro de "Bajo B1" / Humedal N.º 1:

"Los trabajos de movimiento de tierra en el valle incluyen por la municipalidad; excavación de un drenaje; construcción de una casa; y un ligero levantamiento del suelo del valle con relleno superficial de colinas adyacentes".

³⁸⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 150.

³⁸⁷ R-76, Informe sobre Humedales PNH (ACOPAC GASP-093-11), 18 de marzo de 2011.

³⁸⁸ C-272.

³⁸⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 149-150.

³⁹⁰ Segundo Informe KECE, párr. 85.

413. Las Demandantes y sus peritos se basan adicionalmente en la conclusión del INTA de que el rellenado del humedal tuvo lugar durante un período de tiempo debido al uso del suelo³⁹¹. Tal como se explica en el Primer Informe KECE, el INTA arribó a tal conclusión sin analizar la información topográfica y los informes de las agencias de Costa Rica que documentaron los impactos causados por las Demandantes desde el mes de marzo de 2009³⁹².

3. Las supuestas "tareas de mantenimiento" de las Demandantes afectaron un bosque

414. En el año 2007, cuando las Demandantes solicitaron la VA para el Sitio del Condominio, las Demandantes debían informar a la SETENA de las condiciones físicas del Sitio del Proyecto, *inter alia*, de la existencia de un bosque. Las Demandantes nunca contrataron a un ingeniero forestal para determinar si existía un bosque que necesitaba ser protegido del desarrollo pretendido. Al ocultar esta valiosa información de la SETENA, las Demandantes obtuvieron la VA para el sitio del Condominio el día 2 de junio de 2008³⁹³.

415. Ya desde el mes de marzo de 2009, y sin contar con ningún permiso para la tala de árboles, las Demandantes iniciaron la deforestación (y el rellenado de un humedal) tal como se observa en las fotografías aéreas del período 2005-2009 provistas por KECE³⁹⁴.

416. En el mes de diciembre de 2010, los funcionarios del SINAC inspeccionaron el Sitio del Proyecto en numerosas ocasiones. Los funcionarios informaron, además del rellenado de un humedal, impactos sufridos por lo que parecía ser un bosque. Como resultado de tales visitas, el SINAC entabló una demanda penal contra las Demandantes por el daño ambiental causado a los humedales y bisques³⁹⁵. En base a tal denuncia, el Sr. Martínez le solicitó al SINAC que realice un relevamiento técnico para determinar si existía un bosque en el Sitio del Proyecto. En un informe de fecha 7 de julio de 2010, el SINAC informó que se registró una deforestación selectiva dentro de un área de 7,5 hectáreas del área forestal³⁹⁶.

417. Las Demandantes realizaron actividades ilegales de tala hasta el mes de octubre de 2011, cuando un vecino de la comunidad llamó a las oficinas del SINAC ubicadas en Parrita para denunciar la deforestación que se llevaba a cabo en el Sitio del Proyecto. Los funcionarios del SINAC visitaron el sitio de inmediato y redactaron un informe en el que se concluyó

³⁹¹ C-124.

³⁹² Primer Informe KECE, párr. 117.

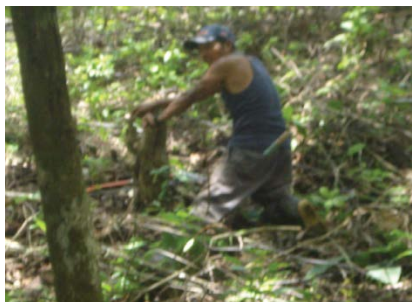
³⁹³ C-52.

³⁹⁴ Segundo Informe KECE, Apéndice F.

³⁹⁵ R-66, Denuncia penal radicada por el SINAC (ACOPAC-CP-015-11-DEN), 28 de enero de 2011.

³⁹⁶ C-134.

que el área de bosque afectada era de 2,6 hectáreas³⁹⁷. Las Demandantes reiteran en su Escrito de Respuesta que cualquiera de las obras relacionadas a la deforestación estaba relacionada con "*tareas de mantenimiento de rutina para mantener manejables los terrenos*"³⁹⁸. No obstante, el Informe del SINAC de octubre de 2011 demostró claramente la tala, quema y ocultamiento ilegal de los árboles:



418. No resulta sorprendente, entonces, que la actividad ilícita de las Demandantes finalizara en la presentación de cargos penales contra el Sr. Damjanac por la explotación ilegal de un bosque. Las Demandantes tuvieron la oportunidad de objetar a los hallazgos del SINAC durante el proceso penal. No se ha pronunciado una sentencia definitiva sobre esta cuestión.
419. En última instancia, todos los procedimientos de exigencia de cumplimiento con las normas ambientales, incluida la interrupción de las obras, podrían haberse evitado desde un inicio si las Demandantes:
- hubieran realizado un relevamiento técnico para identificar el bosque presente en el sitio;
 - hubieran identificado la existencia de un bosque en su solicitud de VA en el año 2007;
 - hubieran propuesto medidas para la protección de tales áreas respecto del proyecto de desarrollo propuesto; y
 - hubieran obtenido los permisos adecuados del SINAC para talar árboles, en la medida en que fuera legalmente posible.

³⁹⁷ R-264, Informe del SINAC del mes de octubre de 2011 (ACOPAC-CP-129-2011-DEN), 3 de octubre de 2011.

³⁹⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 180.

420. En particular, el Informe Siel Siel explica que si las Demandantes hubieran cumplido con sus deberes de buena fe como desarrolladoras del proyecto en virtud del derecho costarricense y si hubiesen actuado de conformidad con el principio precautorio, el impacto sufrido por el bosque se habría evitado:

"Todo la deliberación sobre la existencia de un bosque, y especialmente sobre los daños ocasionados a ese ecosistema, podría haberse evitado si se hubieran categorizado correctamente las diferentes interacciones entre la vegetación del lugar y mediante un diseño que respetara los ecosistemas del sitio, especialmente aquellos con valor ecológico, tales como bosques y humedales"³⁹⁹.

421. De hecho, las Demandantes debían brindar pruebas para comprobar la inexistencia de un bosque en el Sitio del Proyecto. Uno de los efectos de la aplicación del principio precautorio es la inversión de la carga de la prueba⁴⁰⁰. La inversión de la carga de la prueba se encuentra expresamente reconocida en el Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad:

"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 daño ambiental"⁴⁰¹.

422. En consecuencia, no es la responsabilidad del SINAC ni de la SETENA acreditar la inexistencia de un bosque en primer lugar; por el contrario, es una obligación de los desarrolladores, en virtud del derecho costarricense, otorgar pruebas en tal sentido, en el supuesto de que soliciten la aprobación de la evaluación de impacto ambiental ante la SETENA.

423. Las Demandantes invocan las declaraciones testimoniales de Arce para menoscabar la credibilidad de (i) los informes del DeGA que documentaron la deforestación de las Demandantes en el Sitio del Proyecto desde el mes de marzo de 2009 y (ii) de los informes del SINAC que identificaron un bosque en el Sitio del Proyecto y otras actividades de deforestación en el año 2011. Las opiniones personales del Sr. Arce no pueden, de ninguna manera, ser la base para el cuestionamiento de los hallazgos de los informes oficiales de Costa Rica.

a) *Las "críticas" del Sr. Arce de los informes de la Sra. Vargas que documentan los impactos causados por las Demandantes a un bosque desde el año 2009*

424. Las críticas del Sr. Arce contra los informes de la Sra. Vargas tienen una doble faceta: (i) se basaron en las observaciones de los vecinos, quienes no cuentan con una competencia

³⁹⁹ Informe Siel Siel, párr. 64.

⁴⁰⁰ Véase la sección III.C.3.b)

⁴⁰¹ C-207, Artículo 109.

científica o técnica y (ii) también en las observaciones de la Sra. Vargas "que no es una experta en aspectos forestales".

425. En cuanto al primer aspecto, en virtud del principio precautorio, la Sra. Vargas tenía la obligación legal de cumplir con un procedimiento interno e involucrar a las autoridades competentes, independientemente de quien fuera el denunciante o de sus calificaciones técnicas. Tal como explicara la propia Sra. Vargas:

"Los vecinos tienen todo el derecho de denunciar actos que consideren ser contrarios a la legislación ambiental y que podrían causar un daño al ambiente. El DeGA se encarga de atender esas denuncias y encaminarlas hacia las instituciones competentes para comprobar si éstas tienen mérito o no. Esta es justamente la razón por la que el DeGA solicitó informes a las entidades competentes como el MINAE y el TAA para pronunciarse sobre las denuncias de existencia de humedal y bosques en el sitio del proyecto.

"Además, en Costa Rica, todos los individuos tienen derecho a interponer denuncias y las instituciones públicas tienen la obligación de atenderlas. En el caso del DeGA, cualquier denuncia que implique una posible afectación al medio ambiente, debe ser atendida, independientemente de quién sea el denunciante y de si éste cuenta con conocimientos científicos o técnicos o no. Lo contrario implicaría una violación al derecho que tienen todas las personas de Costa Rica a vivir en un ambiente sano, establecido en el artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica"⁴⁰².
(énfasis agregado)

426. En cuanto al segundo punto, en relación con "la falta de experiencia en asuntos forestales técnicos" de la Sra. Vargas, queda claro a partir de la declaración testimonial de la Sra. Vargas que ella nunca categorizó ninguna área como humedal o bosque. Su carencia de experiencia técnica o científica es exactamente el motivo por el cual se contactó con el SINAC y el TAA para que iniciaran las investigaciones correspondientes respecto de la existencia de los humedales y el bosque en el Sitio del Proyecto y los impactos que pudieran haber sufrido:

"Mi informe no constituye ni pretendí que constituyera una categorización técnica de la zona, simplemente se reportó lo que estaba sucediendo en el sitio del proyecto y se solicitó el pronunciamiento del MINAE como entidad encargada de realizar las determinaciones técnicas de las que tanto habla el señor Arce. Además, repito que los vecinos no tienen por qué exponer elementos técnicos o científicos para que el DeGA investigue hechos que a simple vista son posiblemente violatorios de la legislación ambiental. La investigación en la que se recaban los criterios técnicos y científicos sobre violaciones a las leyes ambientales se hace de forma posterior por la institución competente, la que en este caso era el SINAC-MINAE"⁴⁰³.

⁴⁰² Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párrs. 16-17.

⁴⁰³ Íd., párr. 88.

427. En última instancia, la autoridad competente para determinar la existencia de bosques en Costa Rica, el SINAC, confirmó no sólo las observaciones de la Sra. Vargas, sino también las "denuncias no-técnicas" de los vecinos. KECE también ha confirmado que los hechos documentados en los informes redactados por la Sra. Vargas eran precisos:

"Consideramos que los informes proporcionados por la Sra. Vargas son sumamente valiosos para identificar el calendario y los tipos de actividades de construcción que se producen en el ecosistema de Las Olas, que hemos confirmado de manera independiente mediante una revisión de la fotografía aérea de 2009, 2010 y 2011"⁴⁰⁴.

428. La crítica sesgada del Sr. Arce sobre el Informe del DeGA de abril de 2009 resulta evidente por la siguiente afirmación:

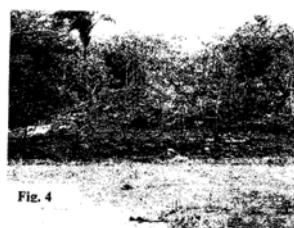
"En este contexto, del reporte de la señora Vargas, en particular de la figura 4 que es acompañada con la leyenda "Bosque en el fondo" no es técnicamente correcto indicar que se trata de un bosque, por cuanto no hay una sola evidencia para determinar que se cumplen los requisitos legales para ello y del análisis de la figura 4 no se observa bosque alguno, ni hay rastros de una quema"⁴⁰⁵.

429. Tal como explicara la Sra. Vargas, pareciera que el Sr. Arce sólo observó las fotografías de color blanco y negro presentadas por las Demandantes y no las fotografías de color presentadas por la Demandada en pos de arribar a tal ridícula conclusión:

Imágenes presentadas por las Demandantes:



Figuras 3. Zona de relleno, Esterillos Oeste, 2009.



Figuras 4. Obsérvese la quema de bosque al fondo, Esterillos Oeste, 2009.

⁴⁰⁴ Segundo Informe KECE, párr. 163.

⁴⁰⁵ Segunda Declaración Testimonial de Minor Arce, párr. 18.

Imágenes presentadas por la Demandada:



Figuras 3. Zona de relleno, Esterillos Oeste, 2009.



Figuras 4. Obsérvese la quema de bosque al fondo, Esterillos Oeste, 2009

"Claramente, cualquier persona, sin los conocimientos técnicos o científicos que tanto insiste que hay que aplicar el señor Arce, podría notar que la cobertura del suelo que se observa de color negro corresponde a la quema; y las áreas en gris, corresponden a la ceniza, producto de la quema. Si al señor Arce le interesara encontrar la verdad real de los hechos, se permitiría la posibilidad de reconocer que hay evidencia de quema y de bosque, y buscaría sus causas, en lugar de justificar a ultranza una defensa sin sustento, dando la espalda al principio precautorio y a los propios principios de la profesión que tanto defiende"⁴⁰⁶.

430. El Sr. Arce también alega que no observó ninguno de los actos de deforestación ni de quema documentados por los informes del DeGA. El Segundo Informe KECE explica el motivo por el cual el Sr. Arce "no observó las mismas condiciones" del Sitio del Proyecto en su visita *post-hoc* del mes de septiembre de 2010:

"El hecho de que los árboles fueron despejados dentro de las servidumbres occidentales como parte de la construcción de Las Olas es claro al comparar las fotos aéreas entre 2005 y 2009. El hecho de que el señor Arce no vio las mismas condiciones en septiembre de 2010, 2009 se basa claramente en el período de más de un año entre estas inspecciones, tiempo en el cual la mayor parte del área había sido despejada, calificada y drenada antes de la primera visita del Sr. Arce"⁴⁰⁷.

b) Conclusiones sobre la forestación de Minor Arce

431. Las Demandantes alegan que confiaban en el asesoramiento "razonable" del Sr. Minor Arce al llevar a cabo la tala de los árboles. En su Memorial, las Demandantes se refirieron a las "*varias visitas al lugar*" que el Sr. Arce realizó antes de concluir en un informe del mes de septiembre de 2010 que el Proyecto Las Olas Project no contenía un bosque⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párr. 91.

⁴⁰⁷ Segundo Informe KECE, párr. 165.

⁴⁰⁸ Memorial de las Demandantes, párr. 184

Sin embargo, el Sr. Arce, en su primera declaración testimonial, sólo se refiere a **una visita** realizada con anticipación a su informe de septiembre de 2010⁴⁰⁹.

432. Las Demandantes también invocan la opinión del Sr. Arce para desacreditar la conclusión del SINAC de que existía un bosque en el sitio en el mes de julio de 2011⁴¹⁰. El Segundo Informe KECE explica que las declaraciones del Sr. Arce que cuestionan la validez de las mediciones "aparte de ser únicamente llamativos, son irrelevantes"⁴¹¹.. KECE explica:

"Basándose en el tipo y momento de la inspección, la observación de cualquier corte activo de árboles, independientemente del tamaño, sería una prueba válida de actividad ilegal en el sitio. El dueño de la tierra no tenía permisos para el desbroce de árboles, el área había sido previamente determinada como un bosque por SINAC, y las obras en el sitio de Las Olas habían sido paralizadas de acuerdo con las medidas cautelares"⁴¹².

433. En conclusión, las Demandantes se equivocan al argumentar que lo determinado por el SINAC (la entidad especializada y competente para identificar los bosques en Costa Rica) en su informe de fecha 7 de julio de 2011 era erróneo.

c) Crítica de las Demandantes de las conclusiones de índole forestal de KECE

434. La alegación principal que realizan las Demandantes contra las conclusiones forestales de KECE del Primer Informe KECE se basa en una caracterización errónea del presente en el párrafo 182 de su informe. Las Demandantes sostienen que KECE "reconoce que 'en 2007-2008 ... la finca fue identificada como terreno agrícola abandonado, con árboles dispersos'" y que KECE reconoció que "en 2008, no era boscoso"⁴¹³. Esto es falso. KECE nunca reconoció que esa era la condición de la finca en el año 2007 o en el año 2008. El Sr. Erwin explica lo que ese párrafo pretendió significar:

"[N]unca afirmamos que la tierra no era boscosa en el momento de la aplicación de Viabilidad Ambiental (EV). La declaración que usaron para hacer esta afirmación fue nuestra identificación de declaraciones por las Demandantes de su evaluación de la propiedad que identificó la tierra como tierras agrícolas abandonadas. La solicitud para el EV no tenía suficiente información para apoyar la conclusión de que no había bosques"⁴¹⁴.

435. Asimismo, las Demandantes alegan que los resultados de KECE de que la afirmación de que según la solicitud de VA de las Demandante no existían bosques son "completamente falsos" dado que "la tendencia natural del emplazamiento es revertir a un área boscosa si se lo deja intacto"⁴¹⁵.

⁴⁰⁹ Primera Declaración Testimonial de Minor Arce, párrs. 13-15.
⁴¹⁰ Segunda Declaración Testimonial de Minor Arce, párrs. 39-42.
⁴¹¹ Segundo Informe KECE, párr. 177.
⁴¹² *Ibid.*
⁴¹³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 155, 161
⁴¹⁴ Segundo Informe KECE, párr. 36(a).
⁴¹⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 157.

436. Además, las Demandantes critican la conclusión de KECE de que el Sitio del Proyecto "puede considerarse boscoso" sin haber realizado la evaluación cualitativa de la densidad arbórea ni del "DAP" como* "exagerada"⁴¹⁶. En el Segundo Informe KECE, el Sr. Erwin aclara que KECE no recabó datos para verificar la condición del bosque del sitio Las Olas en el año 2016 debido a que sería inválido utilizarlos para cuestionar o brindar fundamento a los datos recolectados por los funcionarios del SINAC en el año 2011, que era uno de los objetivos para su evaluación en primer lugar⁴¹⁷.
437. Por último, las Demandantes se basan en la interpretación fotográfica del Sr. Arce, la cual supuestamente demuestra una "ausencia de siquiera un bosque secundario en el momento relevante".⁴¹⁸ [Traducción libre]. KECE ha analizado dicha evaluación y halló que⁴¹⁹:
- Para su conclusión de que desde el año 2002 al año 2009 la finca era un pastizal con árboles aislados y árboles agrupados, el Sr. Arce no brinda una idea de la progresión y de la magnitud de esos grupos de árboles y no analiza la reducción de la cantidad de árboles ni los trabajos de deforestación ilegalmente emprendidos por las Demandantes a partir del mes de marzo de 2009.
 - Para su conclusión de la presencia de la regeneración natural en el año 2012, el Sr. Arce (i) no proporciona ninguna prueba del tamaño de estos bloques más densos de regeneración natural o si alguno se aproxima a 2 hectáreas; (ii) no considera la determinación del SINAC en el Informe del SINAC de 2011 de que se identificó un área de 7,5 hectáreas como un bosque en la parte oriental del sitio; (iii) no considera los efectos de las obras de construcción de carreteras internas.
 - Para su conclusión de que a partir del año 2013 y del año 2016, el crecimiento de la vegetación no fue lo suficientemente consolidado para ser considerado un bosque, no tiene en cuenta la presencia de usurpadores y la evidente reducción en la densidad de árboles desde el año 2013 al 2016 y no se evalúa la superficie de las áreas de vegetación densa, si son de dos hectáreas o más.
438. KECE también realizó un análisis similar basado en las fotografías aéreas de diferentes fechas y llegó a conclusiones diferentes sobre la probabilidad de áreas forestales en el sitio Las Olas.

⁴¹⁶ Íd., párr. 160.

⁴¹⁷ Escrito de Respuesta de las Demandantes, párr.160.

⁴¹⁸ Ibíd.

⁴¹⁹ Segundo Informe KECE, párrs. 182-184.

4. Las Demandantes siguieron realizando obras a pesar de las múltiples medidas cautelares emitidas por las agencias costarricenses.

a) Las Demandantes reconocen no haber cumplido con la Medida Cautelar del SINAC

439. En su Memorial, las Demandantes reconocieron que no cumplieron con la medida cautelar del SINAC debido a que se les "informó" a través de sus asesores jurídicos que no tenía "ningún efecto legal"⁴²⁰. Tal como se explicará *infra*⁴²¹, las Demandantes no recibieron ningún asesoramiento jurídico.

440. En aras de desviar la atención del Tribunal respecto de este hecho, las Demandantes argumentan que las medidas cautelares no cumplieron con "los procedimientos aplicables y violaban la ley de Costa Rica"⁴²². En primer lugar, el Dr. Jurado ha confirmado que la medida cautelar del SINAC era completamente legal y estaba emitida conforme al derecho:

"En los casos en que exista el riesgo de un daño grave e irreversible al ambiente, SINAC tiene la obligación de actuar de forma preventiva, y de presentar la denuncia ante la Fiscalía Ambiental o el Tribunal Ambiental Administrativo, según los alcances de la actividad y del daño. La competencia del SINAC de interponer medidas cautelares se fundamenta en el derecho ambiental y el principio rector y transversal de precaución. Por lo tanto, **se debe aclarar que el plazo de 15 días entre la interposición de medidas cautelares y de un proceso principal que menciona el señor Ortiz no se aplica al caso de SINAC, ya que su actuación se flexibiliza al amparo de la finalidad e interés público que resguarda el derecho ambiental**"⁴²³. (énfasis agregado)

441. En segundo lugar, los argumentos de las Demandantes carecen de relevancia por el simple hecho de que llevaron a cabo obras en pleno conocimiento de que desestimaban completamente los efectos obligatorios de la Medida Cautelar del SINAC.

442. Las Demandantes también pretenden ocultar su conducta ilícita al basarse en las siguientes afirmaciones del Sr. Bermúdez:

"Tal como lo muestran mis informes bimestrales entre abril y noviembre de 2011, no hubo trabajos de construcción en el sitio en esos momentos, solo trabajos menores de mantenimiento en los caminos y en las rutas de acceso ya construidos, a fin de prevenir efectos ambientales adversos, como el plantado de vegetación y obras de control de sedimentación"⁴²⁴.

443. Esto es completamente falso y puede ser desacreditado por los registros de construcción de las Demandantes, así como también por los informes bimestrales del Sr. Bermúdez. La

⁴²⁰ Memorial de las Demandantes, párr. 139.

⁴²¹ Véase la Sección VIII.A.3.

⁴²² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 292.

⁴²³ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 106.

⁴²⁴ Segunda Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, párr. 19.

Minuta # 2 del Registro de Construcción informa que para el día 4 de abril de 2011, las siguientes obras se llevaban a cabo en el Sitio del Proyecto⁴²⁵:

- Continúan los trabajos de movimientos de tierra en calle N.º 1;
- Se trabaja en taludes de lotes en calle N.º 1; y
- Se trabaja en obras de canalización pluvial de servidumbre N.º 7.

444. La Minuta # 3 del Registro de Construcción informa que para el día 12 de abril de 2011 las obras continuaron en la Calle N.º 1 y en la Servidumbre N.º 7, además de la instalación de una tapa de válvulas en calle adoquinada⁴²⁶:

OBRAS EN SERVIDUMBRE N.º 7.



DETALLE DE TAPA DE VALVULAS EN CALLE DE ADOQUINES.



445. Este tipo de obras no pueden calificarse como "trabajos de mantenimiento" tal como afirmara el Sr. Bermúdez.

446. La Minuta # 4 del Registro de Construcción informa que para el día 18 de abril de 2011, las obras continuaban en las servidumbres potables de la Calle N.º 7 y de la Servidumbre N.º 7⁴²⁷:



447. La Minuta # 6 del Registro de Construcción de fecha 2 de mayo de 2011 informa que durante dicha semana comenzarían las tareas de zanjado en la parte superior de las laderas e informa trabajos de movimiento de tierra en la Calle N.º 5:⁴²⁸

⁴²⁵ **R-509**, Minuta de Inspección # 2, 4 de abril de 2011.

⁴²⁶ **R-510**, Minuta de Inspección # 3, 12 de abril de 2011.

⁴²⁷ **R-511**, Minuta de Inspección # 4, 18 de abril de 2011.



448. De la misma manera, el informe bimestral de DEPPAT para el período comprendido entre los meses de abril-mayo 2011 documentó tareas de movimiento de tierra a partir de la visita realizada el día 13 de mayo de 2011 ⁴²⁹

7. Las actividades de movimientos de tierra en el proyecto consisten la realización de corte y relleno del terreno, es decir el material excavado para realizar los cortes del camino, se utiliza en el mismo sitio o en otros sectores de la propiedad como material para la conformación de rellenos y taludes. De esta forma, no se requiere el traslado ni movilización de material de corte hacia sectores externos.

b) Las Demandantes no cumplieron con la Medida Cautelar de la SETENA

449. Contrariamente a lo documentado por los informes de las agencias de Costa Rica, las Demandantes se basan en la declaración testimonial interesada del Sr. Damjanac para negar que luego de ser notificadas de la Medida Cautelar emitida por la SETENA *"inmediatamente cesaron toda construcción en el emplazamiento del proyecto"*⁴³⁰.

450. Lo cierto es que, una vez más, los informes de las agencias de Costa Rica documentaron que las actividades ilegales continuaron a pesar de la Medida Cautelar emitida por la SETENA contra las Demandantes:

451. En primer lugar, el día 11 de mayo de 2011, los funcionarios de la Municipalidad se acercaron al Sitio del Proyecto en aras de notificar a las Demandantes de la emisión de la Medida Cautelar de la SETENA. El informe claramente describe que a las 9:30 a.m., el Sr. Damjanac se negó a recibir la notificación y que entonces, a las 11:50 a.m., la Fuerza Pública llegó al sitio para ejecutar el acto de cursar la notificación⁴³¹:

⁴²⁸ R-512, Minuta de Inspección # 6, 2 de mayo de 2011.

⁴²⁹ C-120.

⁴³⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 291.

⁴³¹ C-125.

El proyecto fue notificado en primera instancia al señor Jovan Damjanac quien se presentó ante los notificadores como Jovan, esta es la persona que atiende en la oficina del proyecto ubicada en Esterillos Oeste y es la misma persona que ha atendido siempre las visitas de los representantes de la municipalidad, también es la misma persona que se ha presentado ante la Municipalidad a realizar trámites de permisos de construcción. Esta persona fue el único representante del proyecto presente en el momento de la notificación y SE NEGÓ RECIBIR LA NOTIFICACIÓN.

Los notificadores Municipales Gerardo Godínez Chinchilla y Alexander Elizondo, solicitaron la presencia policial y en presencia de los oficiales de la Fuerza Pública Mauricio Quesada Mora y Mario Vargas Álvarez le entregaron al señor Jovan Damjanac quien se identificó solamente como Jovan la notificación Municipal.

El proceso de notificación arrancó a las 9:30 del día 11 de Mayo de 2011 cuando los notificadores se presentaron en la oficina del PROYECTO CONDOMINIO HORIZONTAL LAS OLAS y culminó a las 11:50 am del mismo cuando en presencia policial se hizo entrega al señor Damjanac de la resolución de SETENA y la disposición Municipal.

452. Sr. Damjanac ha denegado tales hechos al llamarlos una "acusación absurda" y al establecer que él "[j]amás [se ha] negado a firmar por ningún documento ni a firmar [su] acuse de recibo de los informes" que realmente recibió⁴³². Tal como lo establece la Sra. Vargas en su declaración testimonial, el Sr. Damjanac no sólo acusa a los funcionarios de la Municipalidad de haber mentado, sino también a la Policía de Parrita⁴³³.
453. Los hechos demuestran que el Sr. Damjanac no sólo se negó a recibir la Medida Cautelar de la SETENA el día 11 de mayo de 2011, sino que también en otras oportunidades discutió con funcionarios públicos porque se negaba a firmar el acuse de recibo de los informes de las agencias de Costa Rica. A modo de ejemplo:
- El día 8 de julio de 2011, la Municipalidad notificó a las Demandantes de los problemas causados por la construcción de las Demandantes de su sistema de drenaje (el cual efectivamente drenaba el Humedal N.º 1) y una nota manuscrita por los funcionarios sobre la notificación describe que el Sr. Jovan Damjanac indicó que "podía dejarle el documento no así firmar el recibido"⁴³⁴;
 - El día 10 de agosto de 2011, los funcionarios de la Municipalidad se presentaron en las oficinas de Las Olas para presentar algunos documentos y el Sr. Damjanac les dijo que, conforme a las indicaciones del Sr. Sebastián Roldán Vargas, él no podía firmar ningún acuse de recibo⁴³⁵; y

⁴³² Segunda Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, párrs. 22 y 23.

⁴³³ Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párrs. 117-120.

⁴³⁴ R-110, La Municipalidad notifica a las Demandantes de quejas de vecinos y solicita documentación (OIM N.º 244-2011), 8 de julio de 2011.

⁴³⁵ **R-396**, Negación del Sr. Damjanac a firmar el acuse de recibo relativo al informe de la Municipalidad, 11 de agosto de 2011.

- El día 12 de diciembre de 2011, tal como detallara un informe del SINAC, el Sr. Damjanac se negó a recibir la notificación y sólo luego de numerosas discusiones sostenidas con él los funcionarios del SINAC lograron notificar el documento a las Demandantes⁴³⁶.
454. Claramente, las alegaciones del Sr. Damjanac carecen de credibilidad respecto a que "[j]amás [se ha] negado a firmar por ningún documento".
455. En segundo lugar, el día 12 de mayo de 2011, un día luego de haber sido notificadas de la Medida Cautelar de la SETENA, la Municipalidad informó que las Demandantes aún realizaban obras en el Sitio del Proyecto⁴³⁷. En el párrafo 346 del Memorial de Contestación, la Demandada insertó una imagen de la retroexcavadora tal como fuera documentada en el informe de la Municipalidad. Las Demandantes sostienen que dichas imágenes no muestran ninguna evidencia de obras en curso debido a que "[las máquinas] ya no estaban activas en ese momento":
- "Que los Demandantes continuaron trabajando en el emplazamiento del proyecto después de haber recibido la Notificación de paralización de la Municipalidad, en mayo de 2011. **La única prueba aportada son fotos de la maquinaria en el emplazamiento, y que el Sr. Damjanac explica (en su Segundo testimonio) que ya no estaban activas en ese momento**"⁴³⁸. (énfasis agregado)
456. Una vez más, las Demandantes se basan en el (actualmente desacreditado) testimonio del Sr. Damjanac, lo cual se contradice con los subsiguientes y contemporáneos informes escritos que también documentaron el incumplimiento de las Demandantes con la Medida Cautelar de la SETENA:
- El día 18 de mayo de 2011, siete días luego de la notificación, los funcionarios de la SETENA informaron nuevamente que se seguían llevando a cabo obras⁴³⁹; y
 - El día 9 de junio de 2011, aproximadamente un mes luego de la notificación, la Municipalidad informó que se llevaban a cabo obras en el sitio de las Servidumbres y otros lotes⁴⁴⁰.
457. En tercer lugar, si los informes de las agencias de Costa Rica no constituyeran "prueba suficiente" de la desestimación por parte de las Demandantes de las Medidas Cautelares emitidas por la SETENA y el SINAC, resulta esclarecedor que el propio asesor de las

⁴³⁶ **R-395**, Negación del Sr. Damjanac a firmar el acuse de recibo del informe del SINAC, 13 de diciembre de 2011.

⁴³⁷ R-270, Informe de Inspección de las obras del sitio del Proyecto, 12 de mayo de 2011.

⁴³⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 103(d).

⁴³⁹ R-97, Acta de Inspección de la SETENA, 18 de mayo de 2011.

⁴⁴⁰ R-103, Informe de Inspección del Departamento de Inspectores para el Gestor de Desarrollo Urbano y Social, 10 de junio de 2011.

Demandantes, el Sr. Bermúdez, también indicara en su informe bimestral para el período comprendido entre los meses de abril-mayo 2011 la presencia de maquinarias pesadas en el Sitio del Proyecto: ⁴⁴¹

10. El equipo que se utiliza actualmente en el sitio está constituido por maquinaria pesada, como tractores tipo retroexcavadora y herramientas manuales típicas de un proceso constructivo. No se observaron en el sitio evidencias de fallas mecánicas o fugas de aceite provenientes de estos equipos, los cuales cabe señalar se mantienen en el sitio únicamente cuando están realizando alguna obras, es decir no se cuenta en el sitio con un área para estacionamiento o mucho menos reparaciones de este tipo de equipo, ya que eso se realiza en sectores externos al proyecto.

458. Los intentos desesperados de las Demandantes de negar sus actividades ilícitas al objetar a los informes de las agencias de Costa Rica carecen de fundamentos y, por el contrario, ponen en duda la credibilidad y la veracidad de las declaraciones testimoniales de las Demandantes.

D. Actividades ilegales de las Demandantes durante la operación de la Concesión

459. La adquisición y operación por parte de las Demandantes de la Concesión violó el derecho de Costa Rica y, en consecuencia, las Demandantes están impedidas de procurar obtener protección en virtud del DR-CAFTA.

460. No obstante, en el supuesto de que el Tribunal considerara que las Demandantes gozan de derechos respecto de la Concesión, las actividades ilícitas de las Demandantes llevadas a cabo durante la Concesión les impiden entablar cualquier demanda respecto de la Concesión o del sitio de la Concesión.

461. Las Demandantes sólo dedican tres párrafos de su Escrito de Respuesta al abordaje de las actividades ilícitas que cometieron durante la operación de la Concesión. ⁴⁴² Asimismo, las Demandantes no han presentado ninguna prueba de cumplimiento, salvo por un informe que demuestra que algunos pagos fueron realizados a la Municipalidad en el año 2013.

462. En las próximas secciones, la Demandada abordará cada una de las actividades ilícitas que las Demandantes cometieron durante la operación de la Concesión.

⁴⁴¹ C-120.

⁴⁴² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 296-298.

1. Las violaciones constantes de las Demandantes de la norma del 51% de titularidad

463. No sólo la adquisición de las Demandantes de la Concesión violó la norma del 51% de titularidad, sino que durante dicha titularidad, las Demandantes han violado las disposiciones de los artículos 31, 47 y 53 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre (ZMT) debido a que durante numerosos períodos de tiempo, el Sr. Aven, un extranjero, fue titular de la totalidad de las acciones de La Canícula.
464. En primer lugar, el Fideicomiso no fue creado por Esquivel & Asociados S.A. tal como afirmara el Sr. Aven en su Segunda Declaración Testimonial⁴⁴³, el Fideicomiso fue creado por el Sr. Aven, a su exclusivo nombre, en su capacidad de fideicomitente, para transferir la totalidad de las acciones para las que era titular en La Canícula a un fideicomiso que sería administrado por el Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A., en su carácter de fideicomisario⁴⁴⁴.
465. Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A. nunca fue titular de las acciones de La Canícula. En su mero carácter de fideicomisario, el Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A. sólo actuó como administrados del fideicomiso, pero no ejerció ningún derecho de propiedad sobre el objeto del fideicomiso: las acciones de La Canícula. Conforme a los artículos del Código de Comercio, un fideicomisario posee deberes fiduciarios frente al fideicomitente y a los beneficiarios, pero no goza de derechos de propiedad sobre el bien en garantía⁴⁴⁵.
466. Además, el Sr. Aven afirma que "*[él era] uno de los beneficiarios del fideicomiso en virtud del acuerdo*"⁴⁴⁶. Una lectura simple de la Cláusula N.º 1 del Acuerdo de Fideicomiso revela que los beneficiarios reales del fideicomiso eran el Sr. Carlos Monge y Pacific Condo Park S.A., los vendedores originales de los Inmuebles en virtud del Contrato de Opción. En su carácter de beneficiarios del fideicomiso, el Sr. Monge y Pacific Condo Park S.A. gozaban del derecho de recibir un pago por la venta de los inmuebles.
467. En segundo lugar, durante el período comprendido desde la extinción del Acuerdo de Fideicomiso, el día 30 de abril de 2003 y la celebración del supuesto acuerdo con la Sra. Murillo, el día 8 de marzo de 2005, el Sr. Aven era titular de la totalidad de las acciones de La Canícula, lo cual violaba la Ley ZMT. Las Demandantes han convenientemente omitido explicar quién era el propietario de La Canícula durante este período. Las Demandantes expresan vagamente que las "*Demandantes aseguraron que, en todo momento, un ciudadano costarricense fue el titular del 51% de las acciones en La Canícula*"⁴⁴⁷. En

⁴⁴³ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 37.

⁴⁴⁴ C-237, Primer Considerando y Cláusula 1.

⁴⁴⁵ **R-393**, Disposiciones sobre fideicomisos del Código de Comercio, Artículo 644, 27 de julio de 1964.

⁴⁴⁶ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 37.

⁴⁴⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 337.

sustento de dicho alegato, las Demandantes presentan un "acuerdo", de fecha 8 de marzo de 2005, el cual supuestamente comprueba que desde dicha fecha, la Sra. Murillo ha sido titular del 51% de la Concesión (el "**Acuerdo de 2005**")⁴⁴⁸.

468. La autenticidad de este "acuerdo" es cuestionable por los siguientes motivos. En primer lugar, en su primer escrito, las Demandantes presentaron como prueba de la titularidad de la Concesión otro "acuerdo" celebrado entre el Sr. Aven y la Sra. Murillo de fecha 10 de mayo de 2010 en virtud del cual las partes acordaron convertir a la Sra. Murillo en la titular del 51% de las acciones de La Canícula (el "**Acuerdo de 2010**")⁴⁴⁹.
469. En segundo lugar, el Acuerdo de 2010 no hace ninguna referencia al Acuerdo de 2005 y tampoco explica la razón por la cual dicho acuerdo fue celebrado en el año 2010, si las partes ya habían acordado con la Sra. Murillo que ella actuaría en carácter de accionista titular del 51% de La Canícula ya en 2005. No tiene sentido que las Demandantes tuvieran que celebrar un segundo acuerdo en el año 2010 si desde el día 8 de marzo de 2005 se entendía que la Sra. Murillo iba a ser titular del porcentaje acordado respecto de la Concesión. Asimismo, no se brindó ninguna explicación sobre los motivos por los que las Demandantes revelan el Acuerdo de 2005 en su Escrito de Respuesta y no en su presentación de fecha 27 de noviembre de 2015.
470. En tercer lugar, las Demandantes no sólo se negaron a revelar el Acuerdo de 2005 junto con el Memorial de las Demandantes el día 27 de noviembre de 2015, sino también durante la etapa de presentación de prueba que tuvo lugar desde el mes de abril de 2016 hasta el mes de julio de 2016. Es sólo debido a que el Tribunal ordenó a las Demandantes presentar "*pruebas respecto de la fecha de la transferencia de las acciones de La Canícula a la Sra. Paula Murillo*"⁴⁵⁰ [Traducción libre] que las Demandantes repentinamente presentaron el Acuerdo de 2005 y lo revelaron a la Demandada.
471. Por último, el Acuerdo de 2005 ni siquiera refleja la fecha real en la que la Sra. Murillo firmó el documento y aceptó sus términos y condiciones.
472. Todas estas inconsistencias presentes en la explicación de las Demandantes sobre su titularidad de la Concesión demuestran que las Demandantes en realidad pretendían esconder su violación de las normas aplicables a la Concesión en virtud de la Ley ZMT. En síntesis, el Sr. Aven era titular del 100% de las acciones de La Canícula (i) al adquirirlas del Sr. Monge (tal como lo admiten las Demandantes); y (ii) luego de la extinción del Acuerdo de Fideicomiso y en la fecha en que fueron transferidas a las

⁴⁴⁸ C-242.

⁴⁴⁹ C-65.

⁴⁵⁰ Decisión del Tribunal respecto de la Solicitud N.º 2 de la Demandada.

restantes Demandantes y a la Sra. Murillo. Dicha tenencia es violatoria del derecho de Costa Rica.

2. El incumplimiento por parte de las Demandantes con el canon de la Concesión

473. Si bien las Demandantes presentaron pruebas de algunos de los pagos realizados a la Municipalidad en el año 2013⁴⁵¹, las Demandantes omiten convenientemente revelar los pagos pendientes que adeudan a la Municipalidad desde el año 2009. Un informe de la Municipalidad de fecha 31 de agosto de 2016 refleja que, a la fecha, las Demandantes adeudan a la Municipalidad una suma de 133.202.335 colones, lo que equivale a una suma de USD 241.228⁴⁵².

474. En primer lugar, el Sr. Aven descaradamente niega haber recibido una queja por parte de la Municipalidad en relación con el incumplimiento de las Demandantes respecto de las reglas de la Concesión:

"De manera similar, la Demandada también me acusa a mí y a otros inversionistas de no cumplir con las reglas que rigen la Concesión. Esta es la primera vez que Costa Rica o sus autoridades gubernamentales levantan acusaciones tan difamatorias e infundadas sobre el cumplimiento con los términos de la Concesión. Sospecho que esto no es más que otra cortina de humo de la que la Demandada se está valiendo para distraer la atención de su conducta indebida e incumplimientos del tratado. [...]

Antes de leer el Memorial de contestación de Costa Rica, nunca se me avisó de que Las Olas estuviera de alguna manera incumpliendo los términos de la Concesión"⁴⁵³. (énfasis agregado)

475. Los hechos revelan una historia diferente. Las Demandantes fueron notificadas por el Departamento Zona Marítimo Terrestre de la Municipalidad (el "**Departamento ZMT**") de sus incumplimientos de pago constantes en al menos 11 ocasiones durante los últimos 12 años:

- El día 2 de febrero de 2004, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes de un monto adeudado de 839.100 colones y advirtió a las Demandantes que "el no pago de canon por concesión es causal para iniciar los trámites tenientes [sic] a la cancelación de la misma"⁴⁵⁴;

⁴⁵¹ C-269.

⁴⁵² **R-303**, Pagos adeudados por La Canícula a la Municipalidad, 12 de septiembre 2016.

⁴⁵³ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párrs. 33-34.

⁴⁵⁴ **R-280**, Primera notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 2 de febrero de 2004.

- El día 26 de mayo de 2009, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes de un monto adeudado por el pago del canon de la Concesión de 16.459.680 colones⁴⁵⁵;
- El día 12 de enero de 2010, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes de un monto adeudado por el pago del canon de la Concesión de 32.919.360 colones⁴⁵⁶;
- El día 18 de junio de 2010, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes de un monto adeudado por el pago del canon de la Concesión de 32.919.360 colones⁴⁵⁷;
- El día 18 de noviembre de 2010, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes de un monto adeudado por el pago del canon de la Concesión de 31.241.080 colones⁴⁵⁸;
- El día 10 de abril de 2012, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes de un monto adeudado por el pago del canon de la Concesión de 209.775 colones⁴⁵⁹;
- El día 30 de mayo de 2012, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes de un monto adeudado por el pago del canon de la Concesión de 59.878.890 colones⁴⁶⁰;
- El 30 de julio de 2012, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes de un monto adeudado por el pago del canon de la Concesión de 63.784.035 colones⁴⁶¹;
- El día 28 de abril de 2014, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes de un monto adeudado por el pago del canon de la Concesión correspondiente a los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, equivalente a un total de 88.060.510 colones⁴⁶²;

⁴⁵⁵ **R-283**, Segunda notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 26 de mayo de 2009.

⁴⁵⁶ **R-285**, Tercera notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 12 de enero de 2010.

⁴⁵⁷ **R-290**, Cuarta notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 18 de junio de 2010.

⁴⁵⁸ **R-302**, Quinta notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 18 de noviembre de 2010.

⁴⁵⁹ **R-306**, Sexta notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 10 de abril de 2012.

⁴⁶⁰ **R-307**, Séptima notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 30 de mayo de 2012.

⁴⁶¹ **R-308**, Octava notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 30 de julio de 2012.

⁴⁶² **R-316**, Novena notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 28 de abril de 2014.

- El día 22 de octubre de 2014, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes, al correo electrónico del Sr. Ventura, de la deuda de las Demandantes contraída con la Municipalidad, que a tal fecha era de 97.691.315 colones⁴⁶³; y
 - El día 17 de agosto de 2015, el Departamento ZMT notificó al Sr. Ventura de los pagos adeudados por las Demandantes que, a la fecha, estaban pendientes hace **80 meses**, y solicitó a las Demandantes que efectuaran el pago inmediatamente⁴⁶⁴.
476. En segundo lugar, las Demandantes admiten que sólo abonaron los cánones aplicables para el sitio de la Concesión desde el año 2002 hasta 2008⁴⁶⁵. Las Demandantes admiten haber cesado los pagos luego del año 2008 debido a un aumento en el canon, el cual fue objetado ante los tribunales locales. Las Demandantes alegan haber abonado los cánones correspondientes a los años 2009, 2010 y 2011 con posterioridad a la finalización de los procedimientos judiciales. Las Demandantes alegan que el último año en el cual pagaron cánones fue 2011 debido a que ese fue el año en el cual el proyecto fue supuestamente expropiado por la Demandada⁴⁶⁶.
477. A continuación, la Demandada decodificará la explicación de las Demandantes.
478. El día 4 de septiembre de 2002, algunos meses luego de que la Concesión fuera otorgada a La Canícula, el Departamento ZMT comunicó a las Demandantes el canon que debían abonar correspondiente al año 2002⁴⁶⁷. Las Demandantes sí abonaron los cánones aplicables a los años 2002 y 2003. No obstante, el día 2 de febrero de 2004, el Departamento ZMT notificó a las Demandantes de un monto adeudado de 839.100 colones⁴⁶⁸.
479. El día 13 de mayo de 2008, el Departamento ZMT informó a las Demandantes del avalúo del sitio de la Concesión llevado a cabo por la Dirección General de la Tributación Directa de la Municipalidad a una suma total de 411.492.510 colones (el "**Dictamen de Avalúo**"). Por consiguiente, el canon anual correspondiente a la Concesión serían entonces de 16.459.700 colones⁴⁶⁹. Un año después, el día 21 de julio de 2009, y al no recibir el pago

⁴⁶³ **R-317**, Décima notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 22 de octubre de 2014.

⁴⁶⁴ **R-389**, Undécima notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 17 de agosto de 2015.

⁴⁶⁵ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párrs. 39-40.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, párrs. 39-40.

⁴⁶⁷ **R-279**, Nota del Departamento para la Zona Marítimo Terrestre sobre el monto del canon, 4 de septiembre de 2002.

⁴⁶⁸ **R-280**, Primera notificación de incumplimiento del pago de canon de la Concesión, 2 de febrero de 2004.

⁴⁶⁹ **R-281**, Nota del Departamento para la Zona Marítimo Terrestre que informa a La Canícula sobre el aumento del avalúo del sitio de la Concesión, 13 de mayo de 2008.

de los cánones anuales, el Departamento ZMT reenvió la notificación de fecha 13 de mayo de 2008 a las Demandantes⁴⁷⁰.

480. El día 31 de mayo de 2010, dentro de un contexto en el cual las Demandantes adeudaban los cánones anuales correspondientes a 2008 y 2009, las Demandantes objetaron el aumento del avalúo del inmueble y solicitaron que el Tribunal en lo Contencioso Administrativo les concediera una medida cautelar contra el Dictamen de Avalúo⁴⁷¹. El día 26 de julio de 2010, el Tribunal les concedió a las Demandantes la suspensión del Dictamen de Avalúo pero les ordenó a las Demandantes que abonen el canon anual en relación con la tasa aplicable previa al Dictamen de Avalúo⁴⁷².
481. El día 21 de septiembre de 2010, el Tribunal desestimó la objeción de las Demandantes debido a que el Dictamen del Avalúo constituía un acto administrativo preliminar que no podía ser objetado⁴⁷³. Así, el día 27 de octubre de 2010, el Tribunal levantó la suspensión en contra de la obligación legal de las Demandantes de abonar cargos conforme al nuevo arancel⁴⁷⁴. Por consiguiente, a partir del mes de octubre de 2010, las Demandantes estaban legalmente obligadas a satisfacer el pago total de los cargos anuales para los años 2008, 2009 y 2010.
482. Las Demandantes apelaron la decisión del Tribunal⁴⁷⁵. El día 30 de septiembre de 2010, la Sala de Casación Penal rechazó la apelación de las Demandantes en contra de la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo fundado en que el medio legal apropiado para apelar la decisión era formalizar *una apelación* ante la Corte Suprema de Justicia en lugar de ante la Sala de Casación Penal⁴⁷⁶.
483. El día 6 de octubre de 2010, las Demandantes presentaron *una apelación* ante la Corte Suprema de Justicia en contra de la desestimación pronunciada por el Tribunal Contencioso Administrativo en virtud de su objeción al Dictamen del Avalúo⁴⁷⁷. El día 21 de septiembre de 2011, la Corte hizo lugar a la petición de las Demandantes para considerar la apelación⁴⁷⁸. El día 22 de marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia desestimó la petición de las Demandantes al confirmar que el Dictamen del Avalúo

⁴⁷⁰ **R-284**, Nota del Departamento para la Zona Marítimo Terrestre que informa a La Canícula sobre el monto del canon, 21 de julio de 2009.

⁴⁷¹ **R-286**, Demanda contra el aumento del avalúo presentada ante el Tribunal en lo Contencioso Administrativo, 8 de abril de 2010.

⁴⁷² **R-287**, Medida Cautelar emitida por el Tribunal en lo Contencioso Administrativo, 26 de julio de 2010.

⁴⁷³ **R-288**, el Tribunal en lo Contencioso Administrativo rechaza el reclamo por inadmisibles, 21 de septiembre de 2010.

⁴⁷⁴ **R-289**, Levantamiento de la Medida Cautelar por parte del Tribunal en lo Contencioso Administrativo, 27 de octubre de 2010.

⁴⁷⁵ **R-291**, el Tribunal Contencioso Administrativo desestima la apelación presentada por La Canícula, 30 de septiembre de 2010.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*

⁴⁷⁷ **R-300**, petición de la Apelación, 6 de octubre de 2010.

⁴⁷⁸ **R-301**, admisión de la Corte Suprema de Justicia de la petición de casación, 21 de septiembre de 2011.

constituía efectivamente un acto administrativo preliminar que no podía ser objetado pero que debía ser objetado de forma conjunta con el acto final: la orden por parte de la Municipalidad que dispone la obligación de las Demandantes de abonar el cargo anual. La Corte ordenó, asimismo, que las Demandantes debían abonar las costas legales relativas al procedimiento⁴⁷⁹.

484. El día 23 de mayo de 2012, el Departamento para la Zona Marítimo Terrestre solicitó que las Demandantes abonaran los importes adeudados a la Municipalidad a la luz de la decisión de la Corte Suprema respecto de la desestimación de la objeción de las Demandantes de forma permanente. Las Demandantes no efectuaron pago alguno en el transcurso del año 2012⁴⁸⁰.
485. El día 7 de agosto de 2012, la Sra. Murillo envió una carta a la Municipalidad en representación de La Canícula en la que se admitía la actual falta de pago de las obligaciones relativas a los cargos de la Concesión y en la que se reconocía que la sanción correspondiente debida a dicha falta de pago era la cancelación de la Concesión. Asimismo y de forma curiosa, la Sra. Murillo señaló que La Canícula "no tiene objeción alguna en que el Lic. Sebastián David Vargas Roldán proceda a llevar a cabo las gestiones tendientes a solicitar una nueva solicitud de concesión sobre la misma parcela actualmente propiedad de mi representada"⁴⁸¹.
486. Por lo tanto, el día 19 de octubre de 2012, el Departamento para la Zona Marítimo Terrestre le solicitó al Departamento de Ingresos Públicos un informe actualizado de los importes adeudados por las Demandantes con el propósito de que el Departamento pudiera recomendar al Consejo Municipal la cancelación de la Concesión⁴⁸².
487. El Sr. Aven alega que las Demandantes suspendieron el pago del cargo anual de la Concesión en el año 2011 debido a que en dicho año el proyecto fue supuestamente expropiado por parte de la Demandada. No obstante, el expediente de la Concesión que obra en poder de la Municipalidad revela que las Demandantes se encontraban en el proceso de obtención de los permisos de construcción correspondientes al sitio de la Concesión en el mes de mayo de 2011:

- El día 23 de mayo de 2011, el Departamento de Desarrollo Urbano y Social le consultó al Departamento para la Zona Marítimo Terrestre cuál era el uso de la tierra permitido para el sitio de la Concesión ya que las Demandantes habían

⁴⁷⁹ C-255.

⁴⁸⁰ C-268.

⁴⁸¹ **R-309**, Carta enviada por La Canícula en la que se reconoce la falta de pago del cargo de la Concesión, 1 de agosto de 2012.

⁴⁸² **R-305**, el Departamento para la Zona Marítimo Terrestre exige información al Departamento de Ingresos Públicos, 19 de octubre de 2012.

solicitado una "Resolución Municipal de Ubicación" para la construcción de cabañas, almacenamiento y alojamiento en el sitio de la Concesión⁴⁸³; y

- El día 25 de mayo de 2011, el Departamento para la Zona Marítimo Terrestre le respondió al Departamento de Desarrollo Urbano y Social explicando que el uso de la tierra permitido en el sitio de la Concesión autorizaba el desarrollo de Hotel - Cabañas e hizo hincapié en que⁴⁸⁴:

"A manera de conclusión, le informo que el desarrollo de la parcela debe de hacerse dentro del plan de ejecución presentado a esta Municipalidad sin apartarse de lo pactado, **y no ante las necesidades actuales del interesado [las Demandantes]**". (énfasis agregado)

488. En caso de que para el año 2011 el Proyecto ya se hubiere expropiado según lo señalado por el Sr. Aven, el hecho de que las Demandantes estuvieren adoptando ante la Municipalidad las primeras medidas para la obtención de los permisos de construcción para el sitio de la Concesión carecería de todo sentido.
489. El expediente revela que las Demandantes tenían planes muy diferentes respecto del hecho de mantener la Concesión sin abonar los cargos pendientes que La Canícula adeudaba. Las Demandantes planeaban obtener de forma intencional la cancelación de la Concesión para que luego fuera otorgada a su representante legal el Sr. Sebastián Vargas Roldán y poder operarla por intermedio de su persona sin abonar cargo pendiente alguno a la Municipalidad.
490. El día 22 de octubre de 2013, el Sr. Fernando Morales, en virtud de las instrucciones de las Demandantes y del Sr. Sebastián Vargas Roldán, presentó un reclamo en contra de La Canícula ante el Instituto Costarricense de Turismo en la que se solicitaba la cancelación de la Concesión fundada en la falta de pago de los cargos anuales por parte de La Canícula durante los últimos cuatro años⁴⁸⁵. Ese mismo día, el Sr. Sebastián Roldán Vargas solicitaba a la Municipalidad que le otorgara la Concesión a su persona⁴⁸⁶.
491. Una semana más tarde, el día 30 de octubre de 2013, el Sr. Morales, en un apuro inusual, solicitó información al Consejo Municipal respecto del proceso de cancelación de la

⁴⁸³ **R-298**, Carta enviada por el Departamento de Desarrollo Urbano y Social al Departamento para la Zona Marítimo Terrestre en la que consulta acerca del uso de la tierra del sitio de la Concesión (OIM 141-2011), 23 de mayo de 2011.

⁴⁸⁴ **R-299**, Respuesta enviada por el Departamento para la Zona Marítimo Terrestre al Departamento de Desarrollo Urbano y Social respecto de la intención de construcción de las Demandantes (DZMT-101-2011), 25 de mayo de 2011.

⁴⁸⁵ **R-310**, Reclamo del Sr. Morales en el que se solicita la cancelación de la Concesión, 15 de octubre de 2013.

⁴⁸⁶ **R-382**, Solicitud del Sr. Sebastian Vargas Roldan para que se le otorgue la Concesión, 10 de octubre de 2013.

Concesión⁴⁸⁷. Una semana más tarde, el día 6 de noviembre de 2013, el Sr. Morales redactó una nueva carta dirigida a la Municipalidad en la que se intimaba a la entidad la realización de una inspección del sitio de la Concesión y solicitaba información respecto de si algún tercero había presentado una solicitud de otorgamiento de la Concesión actualmente en poder de La Canícula⁴⁸⁸. Al día siguiente, el día 7 de noviembre de 2013, el Sr. Morales envió otra carta a la Municipalidad en la que se insistía una vez más en que dicha entidad cancelara la Concesión⁴⁸⁹.

492. Instamos al Tribunal a que compare las cartas presentadas por el Sr. Morales con todas las demás cartas enviadas por las Demandantes o por el Sr. Sebastián Vargas Roldán en representación de las Demandantes, las cuales son parte integrante del expediente del presente arbitraje, a fin de verificar que el formato, el estilo, la letra y la presentación son las mismas⁴⁹⁰. En cualquier caso, las cartas de fecha 6 y 7 de noviembre de 2013 supuestamente enviadas por el Sr. Morales a la Municipalidad contienen la información del envío postal de su peticionante real, el Sr. Sebastián Vargas, representante legal de las Demandantes⁴⁹¹:

1250 - RESTO DEL PAÍS \$1,680*****		CORREOS DE COSTA RICA		EMS courier		PAQUETERÍA NACIONAL		NE006556732CR	
Oficina de origen - Office of origin		1250		Fecha Depósito - Mailed		05/11/13			
Teléfono - Telephone		75881670		Fax					
REMITENTE				DESTINATARIO					
Nombre y Domicilio - Dirección - Address				Nombre y Domicilio - Dirección - Address					
Sebastián Vargas Roldán				Municipalidad de Parrita					
Vía RR & Escorzu 400				Departamento de zona					
a.c.r.k.				Marítima terrestre.					
PROVINCIA		CANTÓN		PROVINCIA		CANTÓN			
Escazú		Escazú		Puntarenas		Parrita			
DISTRITO		DISTRITO		DISTRITO		DISTRITO			
Escazú		Escazú		Puntarenas		Parrita			
CÓDIGO POSTAL		CÓDIGO POSTAL		CÓDIGO POSTAL		CÓDIGO POSTAL			
10201		10201		10201		10201			
Descripción del contenido - Description of contents				Fecha - Date					

493. Debido a que el plan fraudulento de las Demandantes respecto de mantener la Concesión de forma gratuita tenía lugar durante los últimos meses del año 2013, las Demandantes, asimismo, consideraban y se preparaban para la iniciación del presente arbitraje en contra de la Demandada. De hecho, las Demandantes presentaron su Notificación de Intención para presentar el reclamo al procedimiento de arbitraje el día 17 de septiembre de 2013.

⁴⁸⁷ R-311, Carta del Sr. Morales remitida al Concejo Municipal en la que se solicita información relativa a la cancelación de la Concesión, 30 de octubre de 2013.

⁴⁸⁸ R-312, Solicitud de inspección e información por parte del Sr. Morales a la Municipalidad, 4 de noviembre de 2013.

⁴⁸⁹ R-313, Insistencia del Sr. Morales relativa a la cancelación de la Concesión, 7 de noviembre de 2013.

⁴⁹⁰ Véase, por ejemplo, C-103, C-111.

⁴⁹¹ R-312, Solicitud de inspección e información por parte del Sr. Morales a la Municipalidad, 4 de noviembre de 2013, 3; R-313, Insistencia del Sr. Morales relativa a la cancelación de la Concesión, 4 de Noviembre de 2013, 2.

Por lo tanto, las Demandantes debieron modificar su estrategia sospechosa de desarrollar el sitio de la Concesión por intermedio del Sr. Vargas Roldán.

494. Así, el día 30 de agosto de 2013, con 17 días de antelación a la presentación de las Demandantes, éstas últimas abonaron de forma inmediata los cargos pendientes correspondientes al año 2008⁴⁹². Al haber transcurrido un mes de dicha presentación, el día 24 de octubre de 2013, las Demandantes abonaron, asimismo, los cargos pendientes correspondientes al año 2009⁴⁹³.
495. El día 20 de noviembre de 2013, el Consejo Municipal rechazó el reclamo del Sr. Morales fundado en que durante los últimos meses las Demandantes habían abonado varios millones de colonos en concepto de cargos de la Concesión⁴⁹⁴. Del mismo modo, el día 26 de noviembre de 2013, el Consejo Municipal decidió rechazar la solicitud del Sr. Vargas de fecha 22 de octubre de 2013 fundado en la imposibilidad legal devenida del hecho de que la Concesión actualmente tenía a La Canícula como titular⁴⁹⁵.

3. Las Demandantes no comenzaron los trabajos en el término de un año

496. Las Demandantes ni siquiera hicieron el esfuerzo de negar su incumplimiento respecto de dicha disposición. De hecho, las Demandantes admiten haber incumplido la Cláusula Novena del Contrato de Concesión, denominando efectivamente dicha situación como un *"incumplimiento de las cláusulas del contrato de concesión"*⁴⁹⁶.
497. El día 1 de septiembre de 2008, las Demandantes enviaron una carta al Alcalde de Parrita en la que reconocen su incumplimiento y el hecho de que dicha falta podría constituir una causal de cancelación de la Concesión⁴⁹⁷.
498. Las Demandantes alegan que debido a que la Municipalidad otorgó dos permisos de construcción correspondientes a los años 2007 y 2008 para el sitio de la Concesión al tiempo que tenía conocimiento del incumplimiento, la Demandada no puede basarse en ese hecho para negarle a las Demandantes las protecciones establecidas en virtud del DR-CAFTA⁴⁹⁸.

⁴⁹² C-268.

⁴⁹³ *Ibíd.*

⁴⁹⁴ **R-315**, Resolución del Concejo Municipal que confirma la Concesión, 20 de noviembre de 2013.

⁴⁹⁵ **R-324**, El Concejo Municipal rechaza la solicitud del Sr. Sebastián Vargas para que se le otorgue la Concesión, 26 de noviembre de 2013.

⁴⁹⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 297.

⁴⁹⁷ **R-282**, Carta de David Aven remitida al Alcalde de Parrita en la que reconoce no haber iniciado los trabajos de construcción en el sitio de la Concesión, 1 de septiembre de 2008.

⁴⁹⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 297.

4. Otras ilegalidades de las Demandantes durante su operación de la Concesión

499. De igual forma a lo acontecido con todas las etapas del desarrollo del Proyecto Las Olas, los vecinos de Esterillos Oeste también indicaron su preocupación respecto de la operación de la Concesión por parte de las Demandantes. El día 7 de febrero de 2011, varios vecinos presentaron un reclamo ante la municipalidad en el que indicaban sus preocupaciones⁴⁹⁹:

- Se suponía que las Demandantes debían comenzar los trabajos de construcción en el sitio luego del primer año del otorgamiento de la Concesión, nueve años han transcurrido y ninguna obra ha comenzado;
- Los desarrolladores no han realizado ningún cambio en la comunidad como le habían prometido a los vecinos de Esterillos Oeste;
- Las Demandantes llevaban a cabo movimientos de tierra en el sitio; y
- Las Demandantes operaban una oficina sin permiso alguno en el sitio.

500. El día 22 de febrero de 2011, el Consejo Municipal inició una investigación interna en la que se informaba a los departamentos Municipales pertinentes acerca de las quejas de los vecinos y solicitaba información respecto de la operación de la Concesión por parte de las Demandantes⁵⁰⁰.

501. El día 23 de febrero de 2011, funcionarios del Departamento de Ingeniería Municipal se presentaron en el sitio de la Concesión y cerraron la construcción en dicho sitio ya que las Demandantes habían utilizado las construcciones abandonadas para depositar materiales sin haber obtenido los permisos correspondientes por parte de la Municipalidad⁵⁰¹.

502. El día 7 de marzo de 2011, el Departamento para la Zona Marítimo Terrestre notificó al Consejo Municipal respecto de la inspección al sitio de la Concesión en la cual los inspectores municipales identificaron lo siguiente⁵⁰²:

- Una gran cantidad de caballos pastando en la propiedad;

⁴⁹⁹ **R-292**, Reclamo de los vecinos respecto de las ilegalidades en el sitio de la Concesión, 7 de febrero de 2011.

⁵⁰⁰ **R-293**, Resolución del Concejo Municipal mediante la cual se aprueba el inicio de investigaciones en contra de La Canícula, 22 de febrero de 2011.

⁵⁰¹ **R-296**, Carta en la que se notifica el cierre de los trabajos de construcción en el sitio de la Concesión, 9 de mayo de 2011.

⁵⁰² **R-294**, Carta enviada por el Departamento para la Zona Marítimo Terrestre al Concejo Municipal mediante la cual se confirman las ilegalidades de La Canícula, 7 de marzo de 2011.

- Construcciones iniciadas pero abandonadas con anterioridad a los últimos doce meses; y
 - Una oficina que había sido instalada en esa área.
503. El informe explicaba, asimismo, que a partir del registro de la Concesión el día 23 de marzo de 2002 y para el día 23 de marzo de 2003 las Demandantes deberían haber iniciado los trabajos de construcción y que "ciertamente nueve años después [las Demandantes] no han iniciado nada parecido al anteproyecto [del hotel] presentado al Concejo Municipal de esa época"⁵⁰³.
504. El día 21 de marzo de 2011, el Departamento de Hacienda le confirmó al Consejo Municipal que La Canícula carecía de todo permiso (patente comercial) para realizar actividades comerciales en el sitio de la Concesión⁵⁰⁴.
505. El día 10 de mayo de 2011, el Departamento para la Zona Marítimo Terrestre le informó al Departamento de Desarrollo Urbano y Social que las Demandantes continuaban con la realización de tareas ilegales a pesar del cierre de los trabajos de construcción llevado a cabo en el mes de febrero de 2011⁵⁰⁵. El Departamento para la Zona Marítimo Terrestre solicitó también que el Departamento de Desarrollo Urbano y Social envíe sus inspectores al sitio de la Concesión para que cesaran las actividades ilegales en curso de las Demandantes. El Departamento para la Zona Marítimo Terrestre indicó, asimismo, que la Municipalidad podría iniciar procedimientos en materia penal ante la Procuraduría fundado en construcciones ilegales en la zona marítimo terrestre en detrimento del Estado.
506. Por último, el Informe Siel Siel señala otra ilegalidad perpetrada por las Demandantes en el transcurso de la operación de la Concesión. Las Demandantes llevaron a cabo trabajos de construcción destinados a servidumbres en el sitio de la Concesión sin la obtención de la VA a dichos efectos:
- "[L]as Demandantes no solo infringieron la ley al llevar a cabo trabajos en el sitio de las servidumbres, sino también al ejecutar las obras en las servidumbres del sitio de la Concesión. El Sr. Mussio admite que Mussio Madrigal obtuvo permisos de construcción para dos servidumbres adyacentes al sitio de la Concesión [...]
- La autorización VA para el sitio de la Concesión se limitaba a la construcción de un hotel, no de servidumbres o cabañas. La SETENA exige que cualquier obra desarrollada en la Zona Marítima Terrestre

⁵⁰³ Ibid.

⁵⁰⁴ **R-295**, Carta enviada por el Departamento de Hacienda al Concejo Municipal, 21 de marzo de 2011.

⁵⁰⁵ **R-297**, Carta enviada por el Departamento para la Zona Marítimo Terrestre al Departamento de Desarrollo Urbano y Social (DZMT-092-2011), 10 de mayo de 2011.

tenga una autorización VA, otra obligación con la que las Demandantes omitieron cumplir⁵⁰⁶.

507. En conclusión, tal como ocurriera con el sitio del Condominio y las Servidumbres y otros lotes del sitio, las Demandantes realizaron tareas ilegales con prescindencia de los permisos necesarios y sin considerar las advertencias de las autoridades.

E. Las Demandantes obtuvieron sus permisos de construcción de forma ilegal

508. En su Memorial de Contestación, la Demandada ya ha señalado las irregularidades relativas a la obtención de los permisos de construcción por parte de las Demandantes. Las Demandantes admiten que desconocían "si esta alegación es verdadera" ya que ellas no se encargaron *per se* de los detalles del proceso de solicitud⁵⁰⁷.

509. La Demandada solo señalaría que la ilegalidad en la obtención de los permisos no hace referencia a la denegación por parte de la Municipalidad en el mes de junio de 2010 de la solicitud de las Demandantes relativa al permiso de construcción para el sitio del Condominio, pero hace referencia a notificaciones *ex post* que la Municipalidad enviara a las Demandantes en las que se le solicitan los documentos faltantes⁵⁰⁸.

510. Sin embargo, las Demandantes sostienen que este incumplimiento "no tan importante" carece de relevancia respecto de la legalidad o de la condición calificativa conforme al DR-CAFTA⁵⁰⁹. El efecto acumulativo de las diversas ilegalidades constituye el elemento esencial del presente arbitraje.

F. La Demandada no tiene impedimento alguno para alegar ilegalidades por parte de las Demandantes como obstáculo a las protecciones contempladas en el DR-CAFTA

511. Las Demandantes alegan que nunca han tenido conocimiento acerca de reclamos en materia de ilegalidad por parte de la Demandada con anterioridad al presente arbitraje. Sin embargo, las Demandantes nunca antes han sostenido de forma adecuada un argumento que sugiera que la Demandada está impedida de alegar la conducta indebida de las Demandantes como obstáculo a las protecciones contempladas en el Tratado como cuestión de derecho internacional. En cambio, las Demandantes encuadran sus reclamaciones por medio de la supuesta violación de las expectativas legítimas de conformidad con la legislación de Costa Rica.

⁵⁰⁶ Informe Siel Siel, párrs. 96-97.

⁵⁰⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 272.

⁵⁰⁸ **R-57**, Informe de la Municipalidad sobre documentos pendientes (ADU N.º 013-10), 13 de septiembre de 2010.

⁵⁰⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 272.

512. Conforme al derecho internacional, un estado sólo puede estar impedido de alegar aquella ilegalidad relativa a una inversión que resulte en la negación de la protección cuando haya **deliberadamente** ratificado la conducta que luego procuró objetar.
513. El hecho de que el estado receptor tenga conocimiento de la ilegalidad de la inversión constituye un requisito indispensable para que prospere el argumento de la doctrina de los actos propios (*estoppel*). El requisito del conocimiento fue enfatizado por diversos tribunales al considerar la cuestión del *estoppel* de un estado de alegar la ilegalidad de una inversión.
514. Tal como sostuvo el tribunal en *Fraport c. Filipinas*:
 "Los principios de equidad deberían requerir que el tribunal resuelva que un gobierno no puede alegar violaciones a su propia legislación en calidad de recurso jurisdiccional toda vez que haya **deliberadamente** ignorado dichas violaciones y ratificado aquella inversión que incumplía su legislación"⁵¹⁰.
 (énfasis agregado) [Traducción libre]
515. El estándar del tribunal en *Fraport* fue citado de forma favorable en *Railroad Development c. Guatemala*, siguiendo el mismo enfoque:
 "Incluso si las acciones de FEGUA respecto del Contrato 41/143 y su autorización a FVG de utilizar el equipamiento ferroviario excedieran lo permitido (no "conforme a la legislación local"), "los principios de equidad" deberían impedir que el gobierno alegue "violaciones a su propia legislación en calidad de recurso jurisdiccional toda vez que [en este caso en referencia a FEGUA] haya **deliberadamente** ignorado dichas violaciones y [efectivamente] ratificado aquella inversión que violaba su legislación"⁵¹¹. [Traducción libre]
516. Los Tribunales que resolvieron en favor del impedimento diferenciaron sus casos respecto de *Fraport* (en el cual el argumento del impedimento había fracasado) precisamente al indicar que el estado receptor conocía la ilegalidad de la inversión al momento de su materialización. Así, el tribunal indicó lo siguiente en *Inmaris c. Ucrania*:
 "[E]ste no es un caso [...] en el cual los hechos que tornaron ilegal a la inversión conforme a la legislación del estado receptor permanecían ocultos por parte del estado. [...] Independientemente de lo que la Demandada argumente respecto de su falta de conocimiento en virtud de los contratos intra-Inmaris, **no puede sostener que sus representantes**

⁵¹⁰ **RLA-118**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas [I]*, Caso CIADI N.º ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007, párr. 346; **RLA-119**, *Anderson c. Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010, párr. 55.

⁵¹¹ **RLA-120**, *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI N.º ARB/07/23, Segunda Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 18 de mayo de 2010, párr. 146 (que cita a *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas [I]*, Caso CIADI N.º ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007, párr. 346).

desconocían los otros contratos que disponían el plan de pagos"⁵¹². (énfasis agregado) [Traducción libre]

517. En consecuencia, el conocimiento del estado receptor respecto de la conducta ilegal del inversionista constituye un elemento *sine qua non* del argumento de *estoppel*.

518. Por el contrario, cuando el inversionista oculta la ilegalidad de la inversión al Estado, éste no puede alegar *estoppel* como fundamento para percibir protección no obstante la conducta ilegal. Tal como destacara el tribunal en *Fraport*:

"[U]n acuerdo encubierto, el cual por su naturaleza es desconocido por los funcionarios de gobierno que probablemente hayan dado su aprobación al proyecto, no puede constituir fundamento alguno de *estoppel*: **la característica encubierta del acuerdo impediría cualquier validez legal que toda expresión de autorización o ratificación tendría de cualquier otro modo (suponiendo que las ratificaciones informales y posiblemente *contra legem* podrían tener validez de conformidad con la legislación pertinente)**. No hay elemento alguno en el expediente que indique que la República de Filipinas tenía conocimiento, debería haber tenido conocimiento o podría haber tenido conocimiento de que los acuerdos encubiertos incumplían la legislación de Filipinas cuando *Fraport* realizaba su primera inversión en el año 1999"⁵¹³. (énfasis agregado) [Traducción libre].

519. Así, debido a que la información otorgada en las solicitudes de permiso tenía la intención de ocultar la existencia de ecosistemas protegidos conforme a la legislación de Costa Rica, la Demandada no está impedida de alegar todos los delitos de las Demandantes como obstáculo para cumplir con las protecciones contempladas en el DR-CAFTA.

520. Si bien las Demandantes recurren a la protección internacional contemplada en el DR-CAFTA, ellas utilizan la legislación nacional para argumentar las supuestas violaciones a sus expectativas legítimas *conforme a* la legislación de Costa Rica. Las Demandantes sostienen que la SETENA y la Municipalidad deberían haber adoptado un procedimiento de *lesividad* para anular los permisos. De acuerdo con las Demandantes, el hecho de que las entidades no hayan procedido en tal sentido constituye una violación a la legislación de Costa Rica, la cual (ellas sostienen) no puede ser alegada en el marco del presente procedimiento.

521. Esto constituye una contorsión deshonesta del estándar pertinente. El propósito de llevar a cabo cualquier procedimiento de *lesividad* sería prevenir la continuidad de todo acto que cause un daño ambiental. En consecuencia, el objeto sería proteger el medio ambiente. Las medidas cautelares emitidas por el SINAC, el TAA y el juzgado penal de Quepos han

⁵¹² **RLA-121**, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/08/8, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de marzo de 2010, párr. 140.

⁵¹³ **RLA-118**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas [I]*, Caso CIADI N.º ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007, párr. 347.

cumplido ampliamente con dicho objetivo. Por lo tanto, el medio ambiente está actualmente protegido *de facto* por dichas medidas cautelares. Así, el énfasis de las Demandantes respecto de los procedimientos de *lesividad* es totalmente redundante.

522. En síntesis, las ilegalidades descritas *supra* constituyen un obstáculo fundamental respecto del procedimiento del caso de las Demandantes sobre el fondo.

G. La conducta ilegal de las Demandantes les impide plantear una reclamación al amparo del Tratado

523. La Demandada explicó en su Memorial de Contestación que, conforme al derecho internacional, las Demandantes están impedidas de gozar de las protecciones sustantivas del DR-CAFTA debido a que han llevado a cabo su inversión de forma ilegal incumpliendo la legislación de Costa Rica⁵¹⁴. Tal como se indicara *supra*, las Demandantes engañaron de manera deliberada a las autoridades costarricenses al reducir intencionalmente la magnitud del impacto de su proyecto en el Ecosistema Las Olas. Dicha conducta indebida excluye la disponibilidad de recursos internacionales para las Demandantes. En consecuencia, su reclamo debería ser desestimado por causales de inadmisibilidad⁵¹⁵.

524. Las Demandantes interpretan de forma errónea esta postura al alegar que la Demandada esgrime la doctrina de la ilegalidad para objetar la jurisdicción del Tribunal⁵¹⁶. En este sentido, las Demandantes se amparan en el Artículo 10.1 del Tratado para argumentar que su inversión está contemplada en el DR-CAFTA⁵¹⁷. Asimismo, hacen referencia a las decisiones sobre las cuales la Demandada funda su posición, pero no consideran su relevancia y aplicación al caso que nos ocupa⁵¹⁸. Ninguna de las Demandantes alega cuestiones de fondo.

525. Las Demandantes alegan que la Demandada "*...ha intentado transformar una infructuosa defensa de los méritos en una crédula objeción de la competencia del Tribunal*"⁵¹⁹. Sin embargo, la Demandada nunca señaló en su Memorial de Contestación que objetaba la jurisdicción del Tribunal fundada en la ilegalidad de la inversión. En su lugar, solicitó al Tribunal considerar el reclamo de las Demandantes como *inadmisible*, fundada en la gravedad de la conducta indebida de aquellas para llevar a cabo la inversión⁵²⁰.

⁵¹⁴ Memorial de Contestación, párrs. 426-432.

⁵¹⁵ Memorial de Contestación, párrs. 430-432.

⁵¹⁶ Memorial de Contestación, párr. 39.

⁵¹⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 40-41.

⁵¹⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 42-46.

⁵¹⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 39.

⁵²⁰ Memorial de Contestación, párrs. 430-432.

526. Las Demandantes engañaron al Tribunal respecto de la naturaleza de la postura de la Demandada con el propósito de respaldar su argumento en las "inversiones cubiertas con arreglo al DR-CAFTA". En este sentido, ellas recurren a las disposiciones del Tratado las cuales estipulan excepciones a aquello que constituye "inversiones cubiertas" con el propósito de demostrar que la inversión de las Demandantes se lleva a cabo conforme al DR-CAFTA⁵²¹.
527. Dichas alegaciones podrían haber sido efectivas en el marco de una objeción jurisdiccional en la cual la discusión se centra en la determinación de la satisfacción por parte de la demandante de los requisitos jurisdiccionales necesarios a fin de establecer la existencia del poder decisorio. En primer lugar, en caso de que exista conducta ilegal en la *adquisición* de una inversión, no podrían haber existido derechos sobre la propiedad adquiridos conforme a la legislación del Estado receptor. En este caso, no habría inversión a los efectos del tratado de inversión y cualquier tribunal carecería de jurisdicción *ratione materiae*⁵²².
528. No obstante, la postura de la Demandada comprende una cuestión completamente diferente: si este Tribunal debería entender en el reclamo fundado en conducta indebida grave por parte de las Demandantes en el transcurso del desarrollo de la inversión debería recibir la protección (potencial) del DR-CAFTA. Los tribunales en virtud de tratados de inversión, en el ejercicio de su jurisdicción, tienen la facultad de desestimar reclamos fundados en su inadmisibilidad en aquellos casos en los que se observa conducta indebida grave por parte del inversionista en la concreción de la inversión. Al respecto, el Profesor Newcombe sostiene lo siguiente:

"El hecho de utilizar el enfoque de la admisibilidad pareciera ser particularmente apropiado para casos graves en los cuales la conducta indebida en cuestión debería ser denunciada de forma explícita. El tribunal en el ejercicio de su jurisdicción envía un mensaje muy fuerte cuando sostiene que: a pesar de gozar de competencia, no estamos dispuestos a permitir que el reclamo prospere"⁵²³. (énfasis agregado) [Traducción libre]

529. El tribunal en *Plama c. Bulgaria*⁵²⁴ ratificó este enfoque al desestimar las reclamaciones de la demandante sobre la base de que la inversión ilícita no gozaría de la protección de las obligaciones sustantivas del Tratado sobre la Carta de la Energía. Las Demandantes intentaron objetar la aplicabilidad de *Plama c. Bulgaria* al argumentar que dicho caso se limita a situaciones en las cuales el establecimiento fue procurado mediante fraude⁵²⁵. Por

⁵²¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 40.

⁵²² RLA-16, pág. 198, nota al pie 49.

⁵²³ RLA-16, pág. 199.

⁵²⁴ RLA-12.

⁵²⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 44.

el contrario, la ilegalidad del presente caso pareciera haber tenido lugar en el establecimiento de la inversión, y el tribunal era proclive a decidir la inadmisibilidad del reclamo fundado en la ilegalidad, independientemente de que esta última haya surgido con anterioridad o posterioridad a la etapa de establecimiento de la inversión.

"El Tribunal considera que otorgar las protecciones contempladas en el TCE a la **inversión de las Demandantes sería contradecir el principio de *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*** indicado *supra*. Asimismo, sería contrario a la noción esencial de política pública internacional - el hecho de que un contrato obtenido por medios ilícitos (declaración falsa y fraudulenta) no debería ser exigido por parte del tribunal"⁵²⁶. (énfasis agregado) [Traducción libre]

530. En el presente caso, las Demandantes le solicitan al Tribunal que le conceda a sus inversiones las protecciones contempladas en el DR-CAFTA. Sin embargo, debido a que la concreción de la inversión está viciada por la conducta ilegal de las Demandantes, el hecho de conceder las protecciones conforme al DR-CAFTA significaría asistir a los inversionistas que no procedieron de forma transparente.
531. La inadmisibilidad de reclamos fundados en aquellas inversiones que fueran concretadas de forma ilegal está contemplada específicamente en el DR-CAFTA. Uno de los objetivos del DR-CAFTA, así como en todo acuerdo de promoción de cualquier libre mercado que fomenta la transparencia en las transacciones y operaciones comerciales, es fortalecer el principio de legalidad entre los Estados Miembro. En consecuencia, el Tratado debería ser interpretado de forma congruente con el propósito de fomentar el respecto al principio de legalidad. Así, las protecciones sustantivas contempladas en el DR-CAFTA no pueden ser aplicables a las inversiones que hayan sido llevadas a cabo de forma contraria a derecho.
532. Incluso si el Tribunal considera que el Tratado no contempla de forma implícita esta cuestión, el tribunal en *Plama c. Bulgaria* era proclive a impedir la protección del tratado al considerar una ilegalidad en ausencia de una disposición expresa que determine que la inversión debe dar cumplimiento a la legislación del Estado receptor. Tal como en el caso del Tratado sobre la Carta de la Energía, el DR-CAFTA no contiene la referida cláusula.
533. Se consideró la misma línea de razonamiento en un *obiter dicta* en *Fraport c. Filipinas*:

"... incluso en ausencia del tipo de requisito explícito de legalidad... sería aún apropiado considerar la legalidad de la inversión. Tal como reconocieran otros tribunales, existe un principio internacional cada vez más arraigado por medio del cual los recursos legales internacionales dejan de estar disponibles en el caso de inversiones ilegales..."⁵²⁷. [Traducción libre]

⁵²⁶ RLA-12, párr. 143.

⁵²⁷ RLA-14, párr. 332.

534. En nota al pie el tribunal citó un párrafo de *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones S.A. c. Argentina*, en la que confirmaba que la condición de no haber cometido una violación grave al orden jurídico constituye una condición tácita del tratado de inversión, debido a que en cualquier caso resultaría incomprensible que el Estado ofreciera el beneficio de la protección por medio de un arbitraje en materia de inversión si el inversionista, con el propósito de obtener dicha protección, ha procedido de forma contraria a derecho⁵²⁸.
535. En *Inceysa Vallisoletana c. El Salvador*, si bien el caso fue resuelto en el marco de la cláusula expresa "conforme a la legislación" del TBI, el Tribunal sostuvo que "[n]o hay sistema legal fundado en principios racionales que permita que una parte que cometiera una serie de actos evidentemente ilegales pueda beneficiarse a raíz de ellos"⁵²⁹. [Traducción libre]
536. El reconocimiento por parte de los tribunales constituidos en casos de inversión respecto del principio de impedir la protección a aquellos inversionistas cuyos reclamos se fundan en inversiones ilegales no puede ser ignorado por la intención de las Demandantes de alegar que los antecedentes de hecho en cada caso son diferentes. Mucho menos, por el argumento carente de mérito de que la Demandada intentaría fundarse en la "...*jurisprudencia para fundamentar algunos de sus más extravagantes alegaciones doctrinales...*"⁵³⁰. La jurisprudencia no hace más que probar el consenso entre los tribunales respecto de la existencia del principio en el ámbito del derecho internacional de inversión.
537. En conclusión, el Tribunal no debería entender en la reclamación de las Demandantes dado que su inversión está plagada de ilegalidades. De lo contrario, ello significaría recompensar a las Demandantes que han incumplido sus obligaciones con las protecciones contempladas en el DR-CAFTA.

⁵²⁸ Íd., nota al pie 49.

⁵²⁹ RLA-11, párrs. 244, 249.

⁵³⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 47.

VI. LOS ANTECEDENTES DE HECHO REALES

A. ¿Quiénes son los "inversionistas" detrás del Proyecto Las Olas?

538. Con posterioridad a que la Demandada descubriera todas las ilegalidades que las Demandantes llevaran a cabo al "invertir" en Costa Rica, estas últimas han intentado modificar semejante imagen arraigada alegando lo siguiente:

"[S]e trata de la historia de **un pequeño grupo de inversores individuales que se enamoraron tanto de la región de Esterillos Oeste y de su pueblo que estuvieron dispuestos a comprometer su propio capital para invertir en su futuro desarrollo**. Dado que los atrajo a la región su belleza natural, sus planes de desarrollo obviamente se vieron dirigidos con el fin de garantizar que se la preservara. No se trató de una cuestión de puro altruismo ambiental tampoco. Los inversores estaban bien al tanto de que si desarrollaban su inversión en congruencia con las máximas normas de sustentabilidad ambiental, el producto terminado atraería a la clientela a la que apuntaban: norteamericanos con conciencia ambiental y de clase media a alta"⁵³¹. (énfasis agregado)

"Los Demandantes están muy lejos de ser los necios irresponsables descritos en el Escrito de defensa: **adoptaron todas las medidas para asegurarse de disponer todo lo necesario para el proyecto y, minuciosos y prudentes como son, contrataron a los mejores expertos para desarrollar el proyecto**"⁵³². (énfasis agregado)

539. El expediente documental evidencia una situación muy diferente, e independientemente de que tan poética sea el relato de las Demandantes, los hechos objetivos revelan una realidad que debería conducir al Tribunal a rechazar la totalidad de sus alegaciones infundadas.

540. La realidad es que las Demandantes carecían de experiencia para desarrollar y vender inmuebles fuera de los Estados Unidos y tampoco tenían experiencia en el desarrollo de complejos turísticos; ambas situaciones constituyen deficiencias significativas en su gestión del predio desde el inicio mismo del período de inversión⁵³³.

541. No sólo aquello, sino que también el Dr. Hart detectó indicios de fraude en la inversión al considerar lo siguiente⁵³⁴:

- las afirmaciones del Sr. Aven respecto de que su intención era hacer del Proyecto Las Olas una "inversión familiar";

⁵³¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 354.

⁵³² Íd., para. 7.

⁵³³ Segundo Informe Hart, párrs. 61-64.

⁵³⁴ Ibíd.

- la falta de documentación financiera y de respaldo proporcionada en el presente arbitraje;
 - el producido de las ventas no está documentado;
 - el ocultamiento intencional para con el Tribunal por parte de las Demandantes de las ventas que llevaron a cabo a partir de la presentación del Memorial de las Demandantes; y
 - la constitución por parte de las Demandantes de múltiples entidades en Costa Rica por medio de las cuales canalizar la inversión alegada.
542. Estas señales de alerta plantean interrogantes significativos respecto de que la transacción o la actividad comercial en cuestión fue llevada a cabo en el marco de circunstancias cuestionables⁵³⁵. Adicionalmente, los antecedentes de las Demandantes también demuestran *per se* la competencia y la integridad de sus negocios. A modo de ejemplo, el Sr. Jeffrey Shiolen, quien, el día 20 de mayo de 2015, seis meses antes de haber firmado su primera declaración testimonial, solicitó someterse a la protección de la reorganización de sus deudas prevista en la legislación en materia de quiebras⁵³⁶. Esto no es congruente con la conducta de un inversionista "*minucioso y prudente*".
543. En virtud del sitio web Las Olas, el Sr. Janney era miembro de la dirección y responsable del "*desarrollo del terreno, construcción de alojamientos [y] comercialización*"⁵³⁷. En su primera declaración testimonial, el Sr. Janney describe su éxito como "desarrollador inmobiliario"[Traducción libre] y explicó, asimismo, la forma en la cual su experiencia como pastor beneficiaría los aspectos comerciales de su posición⁵³⁸.
544. La realidad es que el Sr. Janney ha estado involucrado en diversas inversiones infructuosas las cuales han resultado en su declaración de quiebra. Sólo nueve días con posterioridad a la presentación de su primera declaración testimonial, el Sr. Janney solicitó la quiebra personal mediante la presentación de un documento de 56 páginas de fecha 3 de diciembre de 2015 en el cual admitía que su pasivo ascendía aproximadamente a USD 17 millones mientras que su activo representaba tan sólo USD 1 millón, aproximadamente⁵³⁹. En su Segunda Declaración Testimonial, nueve meses con

⁵³⁵ Segundo Informe Hart, párr. 61.

⁵³⁶ **R-385**, Solicitud Voluntaria de Jeffrey Shiolen, 20 de mayo de 2015.

⁵³⁷ **R-383**, Las olas beach community, "About Us: Las Olas Beach Community" (*Las Olas Beach Community*, 2009-2010) <<http://www.lasolascr.com/index.php?page=about-las-olas-community>> accedido el día 19 de octubre de 2016.

⁵³⁸ Primera Declaración Testimonial de David Janney, párrs. 25-27.

⁵³⁹ **R-384**, Solicitud Inicial de Quiebra de David Janney, 3 de diciembre de 2015, 9.

posterioridad a la solicitud de quiebra, el Sr. Janney omitió mencionar cualquier aspecto de dicho evento reciente⁵⁴⁰.

545. Según lo expresa el Dr. Hart a continuación:

"Sería extremadamente inusual tener \$16 millones en deuda neta y simplemente decidir, en nueve días, que no se pueden cancelar las deudas. Similarmente, la preparación de una presentación de quiebra de 56 páginas tampoco sucede de la noche a la mañana. Por lo tanto, el Sr. Janney sabía de sus numerosos proyectos de construcción fallidos en el momento en el que firmó su primera declaración testimonial. Como examinador de fraude, considero que su manifestación de éxito en el sector inmobiliario y su omisión de revelar su evidente incumplimiento es problemático y se lo señalo al Tribunal para su consideración"⁵⁴¹.

546. Asimismo, en su segunda declaración testimonial, el Sr. Janney enumera los proyectos de los cuales ha sido integrante en calidad de desarrollador. Dichos proyectos son los siguientes: Lake Hart, Villa City 1, Villa City 2, Villa City 3, y Lake Jackson Ridge⁵⁴². En su presentación de quiebra, el Sr. Janney solicitó eximir de la quiebra USD 6,1 millones correspondientes al proyecto Lake Jackson Ridge, USD 5,5 millones correspondientes a los proyectos Villa City 1, 2 y 3, y USD 200.000 correspondientes al proyecto Lake Hart.

547. De modo interesante, cuando se le solicitó al Sr. Janney enumerar las entidades en las cuales se había desempeñado como "*ejecutivo, director o gerente de una corporación*" en el plazo de los cuatro años anteriores a la solicitud de la quiebra, omitió indicar su posición en el Proyecto Las Olas⁵⁴³. De hecho, la presentación de quiebra del Sr. Janney no menciona de forma alguna al Proyecto Las Olas ni como activo ni como pasivo. No obstante, en el presente arbitraje las Demandantes argumentan que el Sr. Janney invirtió USD 250.000 en el proyecto⁵⁴⁴.

548. Pero el Sr. Janney no sólo tiene una dudosa perspicacia comercial en el mercado inmobiliario, sino que también pareciera que ha abusado de su posición como pastor utilizando dicha posición para coordinar algunas inversiones cuestionables. El periódico *East Orlando Post* informa lo siguiente:

"El Líder de la Iglesia Bautista de Orlando Obtiene un Gran Día de Pagos, Se Hallan Más Actividades Fraudulentas

[...]

De acuerdo con los documentos obtenidos por el periódico *East Orlando Post* respecto de la declaración de David Janney', se

⁵⁴⁰ R-384, Solicitud Inicial de Quiebra de David Janney, 3 de diciembre de 2015, 22-24.

⁵⁴¹ Segundo Informe Hart, párr. 67.

⁵⁴² Segunda Declaración Testimonial de David Janney, párr. 10.

⁵⁴³ R-384, Solicitud Inicial de Quiebra de David Janney, 12 de diciembre de 2015, 22-24.

⁵⁴⁴ Primera Declaración Testimonial de David Aven, párr. 32.⁵⁴⁵ R-388, "Orlando Baptist Leader Getting Big Payday, More Fraudulent Activity Found", East Orlando Post, 31 de marzo de 2016.

evidencia que el Sr. Janney ha técnicamente "renunciado" a la Iglesia Bautista de Orlando, pero aún percibe USD 110.000,00 por año.

[...]

Las declaraciones financieras personales del Sr. Janney presentadas al *First City Bank* en Georgia indicaban que su riqueza neta ascendía a USD 50 millones en un período y USD 36 millones en otro. ¿Cómo se explica que un Pastor de una iglesia de clase media en la región de Florida Central obtenga semejante cantidad de dinero?

[...]

Algunos sugieren que el Sr. Janney ha desviado fondos de la iglesia a sus cuentas personales y a los miembros de su familia durante años. Incluso fue demandado por el hombre de negocios Craig Mateer, uno de los donantes principales de la Iglesia Bautista de Orlando, por malversación de fondos.

Aún peor para los feligreses del Sr. Janney... es el hecho de que llevó a cabo varias de estas supuestas maniobras financieras a través de World Hope, la empresa SUPUESTAMENTE caritativa de la iglesia⁵⁴⁵. [Traducción libre]

549. El artículo informa, asimismo, que el Sr. Janney recibió una gran cantidad de efectivo proveniente supuestamente de un préstamo para desarrollos relativo a Pinecrest⁵⁴⁶. En su declaración testimonial, el Sr. Janney alega que no es más bienvenido en la comunidad de Pinecrest porque convenció a sus miembros de adquirir parcelas en Las Olas⁵⁴⁷; sin embargo, pareciera que la "paralización" del Proyecto Las Olas no está vinculado en absoluto con su exclusión de la comunidad de Pinecrest.

550. En su primera declaración testimonial, el Sr. Janney mencionó su posición como pastor en la iglesia de Orlando y como organizador de la entidad de caridad World Hope, y la forma en que dichas posiciones hicieron que las personas confiaran en él e invirtieran junto a él⁵⁴⁸. Lo que el Sr. Janney omitió mencionar fue que estaba bajo sospecha de haber utilizado los fondos destinados a la caridad para uso personal. En otro informe, el periódico *East Orlando Post* señala lo siguiente:

"El *East Orlando Post* tuvo acceso a la información que indica que el Sr. Janney utilizó los fondos de la iglesia para abonar diversos gastos de la celebración del matrimonio de sus dos hijas. También pudimos saber que el Sr. Janney transfería habitualmente los fondos de la iglesia desde "Worship Fund" a las cuentas bancarias asociadas con él y con miembros de su familia"⁵⁴⁹. [Traducción libre]

⁵⁴⁵ **R-388**, "Orlando Baptist Leader Getting Big Payday, More Fraudulent Activity Found", *East Orlando Post*, 31 de marzo de 2016.

⁵⁴⁶ **R-388**, "Orlando Baptist Leader Getting Big Payday, More Fraudulent Activity Found", *East Orlando Post*, 31 de marzo de 2016.

⁵⁴⁷ Primera Declaración Testimonial de David Janney, párrs. 26, 44.

⁵⁴⁸ *Íd.*, párrs. 8-9, 25-26, 43-44.

⁵⁴⁹ **R-387**, "Orlando businessman sues pastor, wants \$117K in donations back," *Orlando Sentinel*, 3 de noviembre de 2013.

551. Otro medio de prensa informa que el Sr. Mateer, una de las personas que realizan donaciones a World Hope, ha entablado una acción judicial en contra de la organización y del Sr. Janney por medio de la que pretende la devolución de más de USD 117.000 que donara a la organización hace ya varios años. El periódico *Orlando Sentinel* informa lo siguiente:

"el Sr. Mateer alega que **World Hope, una entidad sin fines de lucro a cargo del pastor de la Iglesia Bautista de Orlando, desvió parte del dinero donado para la creación de dos granjas avícolas en Kenia a la cuenta bancaria personal del Sr. Janney.**

[...]

La acción legal alega que el dinero destinado a las granjas abonaron las facturas telefónicas, las tarjetas de crédito, el seguro de vida y las obligaciones fiscales (*Internal Revenue Service*) del Sr. Janney"⁵⁵⁰. (énfasis agregado) [Traducción libre]

552. Por último, el Sr. Janney no indicó en su segunda declaración testimonial que ya no era miembro de la iglesia. Fue despedido unos pocos días después de haber presentado su primera declaración testimonial por mantener una relación extramatrimonial con un miembro de la iglesia:

"[E]l periódico *East Orlando Post* fue el primero en informar acerca de una declaración oficial formulada por un ex feligrés que había sido obligado a mantener relaciones sexuales con el Sr. Janney. La mujer, Arlene Miranda, fue la destinataria de los mensajes de texto reiterados y frecuentemente lascivos del Sr. Janney antes de ser llamada a la oficina del pastor y obligada a mantener relaciones sexuales"⁵⁵¹. [Traducción libre]

"El "felizmente casado" Sr. Janney enfrenta en la actualidad el juicio iniciado por Arlene Miranda, la víctima de sus insinuaciones sexuales"⁵⁵². [Traducción libre]

553. Cualquier descripción de las Demandantes como "inversionistas minuciosos y prudentes" resulta inverosímil.

B. La historia detrás de los asesores de las Demandantes

554. Las Demandantes se enorgullecen del "*sólido asesoramiento de expertos locales*" que recibieron de los profesionales y expertos que contrataran para asesorarlos en el proceso de autorización ambiental del Proyecto Las Olas⁵⁵³. Sin embargo, el expediente demuestra que dichos profesionales **no** estaban calificados en absoluto para garantizar que el

⁵⁵⁰ Ibíd.

⁵⁵¹ **R-386**, "Before Resigning, Orlando Baptist Pastor Blamed Satan For Lewd Behavior," *East Orlando Post*, 14 de febrero de 2016.

⁵⁵² **R-388**, "Orlando Baptist Leader Getting Big Payday, More Fraudulent Activity Found", *East Orlando Post*, 31 de marzo de 2016.

⁵⁵³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 95(a).

desarrollo de Las Olas daba cumplimiento a los "más altos niveles de calidad y sostenibilidad" conforme a la legislación ambiental de Costa Rica⁵⁵⁴.

555. Las Demandantes le encomendaron a **DEPPAT** la confección de la solicitud de VA para el Primer Sitio de la Concesión y para desempeñarse como Regente Ambiental para el Primer Sitio del Condominio, el sitio de la Concesión y el sitio del Condominio. Las Demandantes contrataron a **Mussio Madrigal Arquitectos** para confeccionar la solicitud de VA para el sitio del Condominio en el período 2007-2008. El Sr. Madrigal contrató a **Geoambiente S.A.** para llevar a cabo algunos de los relevamientos presentados a la SETENA para el sitio del Condominio, entre ellos, el Formulario D-1 que fuera confeccionado por el **Sr. Eduardo Hernández** y que las Demandantes utilizaron para ocultar el Informe Protti.
556. El Sr. Mussio, uno de los socios de Mussio Madrigal Arquitectos, señaló en su declaración testimonial que él y su compañía tenían un "problema" con el Proyecto Costa Montaña. Sin embargo, no explica el problema e indica que el contexto de dicho problema residió en una "*campaña de investigación y verificación de permisos hacia los proyectos inmobiliarios*" iniciado por el TAA en el año 2008⁵⁵⁵.
557. Aquello que las Demandantes omiten de forma conveniente pero significativa es que en el año 2009 el TAA paralizó el Proyecto Costa Montaña cuando se descubrió que el desarrollador había afectado áreas protegidas, tales como un bosque⁵⁵⁶. De forma semejante a lo ocurrido con la presentación de la VA ante la SETENA para el sitio del Condominio, en este caso el Sr. Mussio le indicó a la SETENA que el área a desarrollar abarcaba "*un potrero dedicado a pastos para ganado*" cuando en realidad contenía bosques secundarios e importantes cuerpos de agua⁵⁵⁷.
558. En conclusión, los asesores de las Demandantes se involucraron en las mismas prácticas ilegales respecto del Proyecto Costa Montaña como lo hicieron para el Proyecto Las Olas:
- Comienzo de los trabajos sin permiso alguno: bajo la dirección de **Mussio Madrigal Arquitectos**, el desarrollador dio comienzo a los trabajos en el sitio del proyecto sin haber solicitado una VA ante la SETENA. De forma similar a las Servidumbres de Las Olas y en otros lotes del sitio, dichos trabajos se vinculaban con la "ampliación de caminos existentes". La SETENA y el TAA emitieron una

⁵⁵⁴ Íd., para. 6.

⁵⁵⁵ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 10.

⁵⁵⁶ **R-354**, "TAA shuts down 360 condominiums," 19 de marzo de 2008.

⁵⁵⁷ Ibíd.

medida cautelar en contra de los trabajos realizados, y la SETENA ordenó al desarrollador la presentación de un plan de restauración de la tierra⁵⁵⁸.

- Engaño a la SETENA respecto de la naturaleza del proyecto propuesto: el desarrollador, a través de **Mussio Madrigal Arquitectos y Geoambiente S.A.**, solicitó una VA a la SETENA para un proyecto que comprendía "una parcelación agrícola de 160 parcelas"⁵⁵⁹. En realidad, el proyecto estaba destinado a ser un desarrollo inmobiliario urbano⁵⁶⁰. Esto es precisamente lo que las Demandantes hicieron con las Servidumbres y otros lotes del sitio al presentarlos como una "mera división de parcelas" cuando en realidad la intención era llevar a cabo un desarrollo inmobiliario de 72 lotes. El TAA condena la referida conducta del desarrollador al sostener que:

"[L]a división en parcelas se lleva a cabo cuando se tiene una propiedad de grande dimensiones y se la quiere fragmentar y, también, cuando las parcelas resultantes no tienen un acceso directo a la vía pública, se deben crear dichas calles internas para permitir una salida a las parcelas. En el caso del Proyecto Costa Montaña, **los desarrolladores per se reconocieron que los objetivos del proyecto no guardaban relación con la actividad agrícola o ganadera, sino que el propósito era urbanizar, con objetivo inmobiliario, para construir de viviendas.**

[...]

[E]l caso presente no es ajustado a la realidad, por lo que se está engañando al país al declarar bajo juramento el fin de un proyecto y desarrollar otro, por lo que la SETENA debe considerar el contexto global del mismo y proceder a la valoración integral del proyecto"⁵⁶¹. (énfasis agregado)

- Ocultamiento de información a la SETENA: en la solicitud de VA, Mussio Madrigal ocultó a la SETENA la existencia de un bosque en el sitio del proyecto. De hecho, el Sr. Mauricio Bermúdez, biólogo de **DEPPAT**, presentó una certificación de una sola página en la que confirmaba que la superficie de la vegetación del sitio del proyecto contenía "*terrenos en barbecho*" y "*tacotales*"⁵⁶²; sin mencionar la existencia de un bosque - ecosistema protegido conforme a la legislación de Costa Rica. No obstante ello, el TAA confirmó que se habían perpetrado daños en el bosque:

⁵⁵⁸ R-375, VA para el Proyecto Costa Montaña, 14 de junio de 2006.

⁵⁵⁹ R-417, Solicitud de VA para el Proyecto Costa Montaña, 16 de marzo de 2006.

⁵⁶⁰ R-419, El TAA sanciona la resolución para el Proyecto Costa Montaña, 1 de diciembre de 2009.

⁵⁶¹ R-419, Designación de Geoambiente S.A. como Regente Ambiental para el Proyecto Costa Montaña, 22 de junio de 2006, pág. 21, 23.

⁵⁶² R-414, Certificación de DEPPAT respecto de la inexistencia de un bosque en el Proyecto Costa Montana, marzo de 2006; R-415, Involucramiento del Sr. Mauricio Bermúdez Mendez con DEPPAT, julio de 2005.

"[Se] encuentra responsable [al desarrollador] de causar afectación ambiental... por la construcción de taludes, caminos y terrazas, impactos al recurso suelo y al recurso bosque"⁵⁶³.

- División de la EIA: El desarrollador tenía de intención de "abrir caminos internos" para fragmentar los lotes en la primera etapa del desarrollo; el TAA sostuvo que ello implicaba una división de la EIA debido a que el desarrollo completo del proyecto no había sido presentado ante la SETENA en la solicitud de VA confeccionada por **Mussio Madrigal Arquitectos**⁵⁶⁴. De igual forma que las Demandantes en el presente arbitraje, el desarrollador se fundó en el Reglamento para el Control Nacional del Fraccionamiento y Urbanizaciones de INVU para argumentar que no había nada ilegal con la "mera apertura de caminos internos". En desacuerdo con ello, el TAA señaló lo siguiente:

"Al respecto se observa claramente que el precepto específica, sin lugar a dudas, que ese parcelamiento se permite sólo con fines agrarios, pecuarios y forestales, nada más" Incluso en el plano se especifica tal finalidad, a diferencia de los proyectos urbanizadores que reflejan otra finalidad en el plano.

Este criterio establecido en el Artículo 94 de la ley de Biodiversidad (a saber: 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) se puede extrapolar del ámbito de la evaluación del impacto ambiental (EIA) y aplicarlo a todo el Derecho ambiental. Con lo cual tenemos lo siguiente: los criterios que emitan las instituciones con competencias ambientales deberán atender a lo que cada proyecto implique en su totalidad, independientemente de la forma (etapas) en la cual se presente el proyecto, o la forma fraccionada en la cual se pretenda llevar a cabo.

Es decir, cuando al amparo de la norma cita del INVU se presente un proyecto de parcelamiento que tenga como finalidad real producir un resultado que es prohibido por el derecho, como lo es realizar un parcelamiento agrícola con finalidad urbanizadora, **entonces ese proyecto se considerará presentado en fraude de ley, su aprobación será nula, y no impedirá que se aplique la norma que se intentó eludir, es decir, el rechazo del Ordenamiento Jurídico a la realización de parcelamientos agrícolas con finalidad urbanizadora**⁵⁶⁵. (énfasis agregado)

- Falta de información a la SETENA respecto de daños ambientales: **Geoambiente S.A.** se desempeñó como Regente Ambiental del proyecto y nunca informó a la SETENA los daños ambientales causados a los ecosistemas del sitio del proyecto (bosques y causas acuíferos)⁵⁶⁶.

⁵⁶³ R-419, pág. 32.

⁵⁶⁴ R-419, El TAA sanciona la resolución del Proyecto Costa Montaña, 1 de diciembre de 2009.

⁵⁶⁵ R-419, pág. 22.

⁵⁶⁶ R-416; R-118, Carta enviada por la Municipalidad a Jovan Damjanac (OIM 456-2011), 2 de diciembre de 2011.

559. Adicionalmente, el Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos de Costa Rica ("CFIA") también inició procedimientos disciplinarios en contra de los Sres. Mauricio Mussio y Edgardo Madrigal por haber dado comienzo a los trabajos en el sitio del proyecto sin la obtención de la VA por parte de la SETENA⁵⁶⁷. En estos procedimientos, el Sr. Mussio insistió en que el proyecto abarcaba 168 parcelas agrícolas y *no* un desarrollo urbanístico⁵⁶⁸. Sin embargo, el Directorio del CFIA decidió de forma unánime sancionar al Sr. Mussio y a su compañía por haber iniciado trabajos ilegales con anterioridad a la obtención de la VA por parte de la SETENA⁵⁶⁹.
560. Pareciera que, al seguir el "sólido asesoramiento" de sus asesores, las Demandantes se vieron involucradas en la misma situación que los desarrolladores de Costa Montaña, ya que se pronunciaron medidas cautelares en contra del desarrollo, el desarrollador fue sancionado de forma económica e incluso fue acusado penalmente; el desarrollador era extranjero al igual que las Demandantes⁵⁷⁰.
561. La paralización del Proyecto Costa Montaña constituye un buen ejemplo de la autoridad de las entidades para ordenar el cese inmediato de los trabajos a fin de proteger el medio ambiente, incluso cuando el desarrollador haya obtenido el permiso ambiental y municipal. En consecuencia, resulta asombrosa la forma en la cual las Demandantes pueden simular que la exigibilidad de la legislación ambiental fue direccionada en contra suya por su condición de inversores estadounidenses:
- "No tengo dudas de que las dependencias gubernamentales de Costa Rica que han tomado medidas contra mí y contra el proyecto Las Olas lo han hecho debido a mi condición de inversionista extranjero y a que me negué a pagar sobornos a las autoridades locales." ⁵⁷¹
- "El Proyecto Málaga, según lo que conozco, no ha recibido ninguno de los tratos arbitrarios de las autoridades municipales, en relación con la suspensión del desarrollo o el enjuiciamiento a sus desarrolladores" ⁵⁷².
562. Estas insinuaciones son infundadas. Muchos proyectos de la costa del Océano Pacífico fueron investigados por las autoridades ambientales y resultaron paralizados por daños al medio ambiente. A modo de ejemplo, el TAA inició una investigación en contra del "Proyecto Cabo Caletas" ubicado en la localidad de Parrita. De forma similar al caso Las Olas: ⁵⁷³

⁵⁶⁷ **R-410**, Iniciación de procedimientos administrativos en contra del Sr. Mussio Madrigal por parte de CFIA, 20 de mayo de 2008.

⁵⁶⁸ **R-411**, Carta enviada por Mussio Madrigal en la que se insiste en que el Proyecto Costa Montaña es una parcela agrícola, 7 de julio de 2008.

⁵⁶⁹ **R-412**, CFIA sanciona a Mussio Madrigal por haber iniciado trabajos sin la VA, 22 de febrero de 2016.

⁵⁷⁰ **R-423**, DGT-488-2014, Dirección General de Tributación, 27 de mayo de 2014.

⁵⁷¹ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 12.

⁵⁷² Segunda Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, párr. 66.

⁵⁷³ **R-355**, "TAA investigates Cabo Caletas Project", 18 de febrero de 2012.

- El proyecto incluía un hotel, 800 unidades en condominio, varias casas de lujo, un campo de golf y dos lagunas artificiales;
- El desarrollador del proyecto era un inversor estadounidense; y
- El desarrollador fue acusado de drenar un humedal palustrino y afectar el bosque.

563. De igual modo, el proyecto "Hills of Esterillos" que proponía el desarrollo de 100 unidades en condominio en la localidad de Parrita fue paralizado por el TAA en el año 2008 por no haber obtenido los permisos ambiental y de construcción apropiados⁵⁷⁴.

564. En síntesis, los asesores de las Demandantes cometieron los mismos ilícitos, y aún - irónicamente - dichas fallas reiteradas son fatídicas para las Demandantes en términos de sus expectativas y de lo que podrían razonablemente esperar de las autoridades de Costa Rica.

C. Hechos

565. La descripción de los hechos proporcionada por las Demandantes es totalmente engañosa. Las Demandantes planearon su desarrollo fragmentado en diversas partes y etapas. El día 23 de noviembre de 2004, la SETENA otorgó la VA a las Demandantes para desarrollar "Villas La Canícula" en el sitio del Condominio⁵⁷⁵. Las Demandantes nunca comenzaron el desarrollo de este proyecto.

566. El día 17 de marzo de 2006, la SETENA otorgó la VA a las Demandantes para desarrollar "Hotel Colinas del Mar" en el sitio de la Concesión⁵⁷⁶. Las Demandantes obtuvieron dos permisos de construcción para servidumbres pero en realidad nunca comenzaron el desarrollo de dicho hotel⁵⁷⁷.

567. Transcurrido un año, el día 8 de noviembre de 2007, las Demandantes presentaron su solicitud de VA ante la SETENA. Dicha solicitud contenía lo siguiente:

- Ocultamiento de la existencia de humedales y bosques en el Sitio del Proyecto;
- Omisión de las medidas propuestas para proteger las especies que habitaban en los referidos ecosistemas;
- Afirmación de que el Proyecto "no tendría impacto" alguno en la flora o la fauna; y

⁵⁷⁴ R-356, "TAA shuts down Hills of Esterillos Project", 19 de marzo de 2008.

⁵⁷⁵ R-9, VA emitido por la SETENA para Villas La Canícula, 23 de noviembre de 2004.

⁵⁷⁶ C-36.

⁵⁷⁷ C-40.

- Exclusión intencional del Informe Protti.
568. El día 2 de junio de 2008, la SETENA otorgó la VA para el Condominio por un período de dos años⁵⁷⁸. Las Demandantes proclamaron el otorgamiento de la VA como un evento trascendental. Sin embargo, como resulta evidente, es un fruto del árbol envenenado. La VA disponía, *inter alia*, lo siguiente:
- En el supuesto de que fuera necesario talar algún árbol, debía solicitarse un permiso ante el MINAE;
 - Las Demandantes tenían que notificar el inicio de la construcción en el inmueble con un mes de anticipación respecto del comienzo de las obras;
 - Las Demandantes deberían cumplir la Declaración Jurada relativa a Compromisos Ambientales presentada en su solicitud de VA.
569. Las Demandantes incumplieron dichas obligaciones: talaron árboles con el consecuente impacto en el bosque, y todo ello sin ningún permiso de cualquier índole. Las Demandantes notificaron a la SETENA el inicio de los trabajos 14 días después de su supuesto comienzo. Las Demandantes incumplieron su obligación de proporcionar información veraz y de satisfacer los términos y condiciones establecidos en las regulaciones resultantes del proceso de Evaluación de Impacto Ambiental.
570. En el mes de marzo de 2009, los vecinos de Parrita presentaron comprensiblemente un reclamo ante la Municipalidad en el que se alegaba que los humedales habían sido rellenados y, por ende, se inundaron calles, casas y el estadio local de fútbol⁵⁷⁹. En consecuencia, la Sra. Vargas, en representación del DeGA, emitió el Informe DeGA en el mes de abril de 2009 en el cual informaba que se habían talado árboles, se los había quemado en el suelo, y que se habían construido dos caminos⁵⁸⁰.
571. Los días 20 de enero y 21 de mayo de 2010, la Sra. Vargas visitó nuevamente el Sitio del Proyecto e informó que la tala y quema de árboles había continuado⁵⁸¹. La Sra. Vargas solicitó información a la Municipalidad a fin de determinar si las Demandantes habían obtenido los permisos necesarios para llevar a cabo dichas tareas y, asimismo, transmitió la información relevante a las autoridades competentes (el SINAC y el TAA) para que adoptaran las medidas respectivas.

⁵⁷⁸ C-52.

⁵⁷⁹ R-23, Reclamos de los vecinos de Parrita a la Municipalidad, 2009; R-37, Reclamos de los miembros de Esterillos Oeste, 5 de julio, de 2010.

⁵⁸⁰ C-55.

⁵⁸¹ C-67.

572. Luego de diversos reclamos respecto del relleno de humedales y tala de árboles, el SINAC visitó el Sitio del Proyecto y confeccionó el Informe SINAC del mes de julio de 2010 que indicaba que el sitio no estaba ubicado en el área de humedales⁵⁸². El informe mencionaba asimismo que la vegetación había sido quemada y que la quema ocurría mientras se llevaba a cabo la inspección.
573. Prácticamente en el mismo momento, en el mes de agosto de 2010, el Sr. Bucelato presentó una denuncia por daño ambiental en el Proyecto Las Olas ante la Defensoría, entidad que solicitó información al SINAC, la Municipalidad y la SETENA⁵⁸³. Como resultado de la información que le solicitara la Defensoría, un funcionario de la SETENA visitó el sitio el día 18 de agosto de 2010 y concluyó que no había "cuerpos de agua" (lagos) en el sitio⁵⁸⁴. Una vez más, las Demandantes se aprovechan de esto como un respaldo a su concepción del mundo, cuando resulta evidente que la SETENA fue engañada ya que el drenaje y los trabajos de relleno estaban en ejecución en el sitio desde el mes de marzo de 2009. [La investigación realizada por la SETENA en ese momento carecía de todo fundamento para señalar que se le había denegado información esencial que, de hecho, habría indicado la existencia de humedales].
574. Sin perjuicio de dichos resultados, el SINAC, la autoridad competente para determinar la existencia de humedales y bosques en Costa Rica, continuó con sus investigaciones y en el mes de diciembre de 2010 le encargó al Sr. Luis Picado la inspección del Sitio del Proyecto.
575. En el Informe del SINAC de enero de 2011, el Sr. Picado informó la tala ilegal de aproximadamente 400 árboles y el drenaje de un humedal⁵⁸⁵. En consecuencia, el SINAC presentó la Medida Cautelar impuesta por el SINAC (que ordenaba el cese de los trabajos en el Sitio del Proyecto) y presentó una denuncia penal en contra de las Demandantes por deforestación y relleno potencial de un humedal⁵⁸⁶. En síntesis, el juego había concluido para las Demandantes, y habiendo construido su "casa" con cimientos de arena, no debería haberles sorprendido que comenzaba a sucumbir y caer.
576. Asimismo, el TAA inició una investigación en contra del Proyecto Las Olas y emitió una medida cautelar. Las Demandantes se negaron a comparecer ante el TAA para defender su conducta indebida. Aún está pendiente la decisión de dichos procedimientos en materia de daño ambiental cometido en contra de los ecosistemas en el Sitio del Proyecto.

⁵⁸² C-72.

⁵⁸³ Memorial de Contestación, párrs. 221-230.

⁵⁸⁴ C-78.

⁵⁸⁵ R-262, Informe del SINAC del mes de enero de 2011 (ACOPAC-CP-003-11), 3 de enero de 2011.

⁵⁸⁶ R-66, Denuncia Penal radicada por el SINAC (ACOPAC-CP-015-11-DEN), 28 de enero de 2011.

577. Se iniciaron procedimientos en materia penal en contra de los desarrolladores. El día 21 de octubre de 2011, el Sr. Martínez presentó acusaciones penales en contra de los Sres. Aven y Damjanac por el relleno de humedales y la tala ilegal de árboles⁵⁸⁷. En el medio de los procedimientos, el Sr. Aven decidió huir del país con el consecuente libramiento de una orden de captura internacional contra su persona, lo que resultó en la emisión del alerta de Notificación Roja por parte de INTERPOL. Hasta el momento, el Sr. Aven se ha dado a la fuga y ha evitado la justicia de Costa Rica.

D. Las Demandantes tenían conocimiento desde el inicio de las investigaciones llevadas a cabo por las entidades de Costa Rica

578. Las Demandantes se explayan en el Memorial y en el Escrito de Respuesta de los Demandantes para demostrar que nunca habían sido informadas acerca de las "investigaciones secretas" llevadas a cabo por la Defensoría, el SINAC y la Municipalidad:

Las "numerosas investigaciones en curso... sobre las cuales los Demandantes tan poco sabían en su momento"⁵⁸⁸.

"A los Demandantes no se les informó de las investigaciones cuando se produjeron, a pesar de que sus derechos eran susceptibles de quedar afectados por el resultado de las mismas [...]"⁵⁸⁹.

"A fin de despejar cualquier duda acerca de lo que sucedió entre los meses de mayo y diciembre de 2010, aparte de los desagradables pedidos del Sr. Bogantes a finales de agosto, los Inversores no recibieron notificación alguna de estos otros funcionarios de gobierno con las supuestas inquietudes acerca del desarrollo del Proyecto Las Olas. [...] No fue sino hasta avanzado el año 2011, sin embargo, que los Inversores finalmente tomaron conocimiento de que se encontraba en curso una relación totalmente diferente"⁵⁹⁰. (énfasis agregado)

579. Estas alegaciones son falsas. En el mes de septiembre de 2010, 6 meses con anterioridad a la notificación de la Demandantes respecto de la Medida Cautelar impuesta por el SINAC, las Demandantes tenían conocimiento de las investigaciones que se llevaban a cabo en contra de su proyecto.

580. El Sr. Aven relata la forma en la cual presentó una acción judicial por difamación en contra del Sr. Bucelato el día 20 de noviembre de 2010. A saber:

"En un momento me vi obligado a iniciar acciones legales en su contra por difamación e injurias. Como también expliqué en mi Primera declaración testimonial, el Sr. Bucelato presentó numerosas demandas infundadas, las cuales en última instancia constituyeron el fundamento

⁵⁸⁷ C-142.

⁵⁸⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 95(k).

⁵⁸⁹ Íd., párr. 95(l).

⁵⁹⁰ Memorial de las Demandantes, párr. 353.

de las acusaciones ambientales presentadas en mi contra. También intentó acusarnos de desecar los pantanos antes de que existiera una ley al respecto"⁵⁹¹.

581. Aquello que ni el Sr. Aven ni las Demandantes divulgaron radica en que, el día 29 de septiembre de 2010, las Demandantes presentaron una acción judicial previa por difamación en contra del Sr. Bucelato en representación de Las Olas Luxury Resort S.A., otra de las empresas locales de las Demandantes (Expediente N.º 10-201648-0457-PE) (la "**Primera Denuncia por Difamación**"). La Segunda Denuncia de las Demandantes en contra del Sr. Bucelato fue presentada un mes más tarde el día 20 de noviembre de 2010 (Expediente N.º 10-000008-588-PE) (la "**Segunda Denuncia por Difamación**").
582. En la denuncia penal correspondiente a la Primera acción por difamación, las Demandantes revelaron que tenían total conocimiento de las investigaciones que la Defensoría, el SINAC y la Municipalidad llevaban a cabo en contra del Proyecto Las Olas. En la denuncia, las Demandantes argumentaron lo siguiente:
- "[El Sr. Bucelato] a [sic] llegado a presentar quejas de supuestas construcciones ilegales, de falsas talas de árboles, de destrucción de humedales, de corta de especies forestales protegidas, de daño ambiental irreparable **ante instituciones como MINAE, SETENA y Municipalidad de Parrita**. Copia de esas solicitudes se está solicitando sean requeridas ante estas instituciones por el señor Fiscal a cargo de esta investigación". (énfasis agregado)
583. En primer lugar, y respecto del SINAC, las Demandantes alegan que la primera vez que habían tomado conocimiento de las investigaciones del SINAC fue el día 14 de febrero de 2011, cuando recibieron la Medida Cautelar impuesta por el SINAC⁵⁹². Las Demandantes sostienen que "*estaban muy conmocionados por este acontecimiento. Habían escuchado rumores en diciembre de 2010 o enero de 2011... de que alguien estaba afirmando que había humedales en el sitio del proyecto, pero no tenían idea de por qué o cuál era la fuente de esos rumores*"⁵⁹³.
584. Esto es falso. Las Demandantes tenían total conocimiento de la investigación llevada a cabo por los funcionarios del SINAC el día 8 de julio de 2010. Las Demandantes admiten que el Sr. Bogantes les había informado acerca de los reclamos relativos a los humedales y a la tala de árboles⁵⁹⁴. En segundo lugar, el reconocimiento propio de las Demandantes en la denuncia penal de fecha 29 de septiembre de 2010 demuestra que tenían total conocimiento de las investigaciones llevadas a cabo por el SINAC.

⁵⁹¹ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 61.

⁵⁹² Memorial de las Demandantes, párr. 133.

⁵⁹³ Íd., párr. 134.

⁵⁹⁴ Primera Declaración Testimonial de David Aven, párr. 130.

585. Por ende, no es verdad que el único momento en que las Demandantes habían tomado conocimiento de las investigaciones del SINAC fue el 14 de febrero de 2011. Las Demandantes tenían conocimiento de las investigaciones desde el día 8 de julio de 2010 cuando el Sr. Bogantes les informó el propósito de la inspección en el sitio. El hecho de que las Demandantes demoraran más de 8 meses en presentarse ante el SINAC y solicitar el informe de la inspección confeccionado con posterioridad a la visita del día 8 de julio de 2010 sólo demuestra su falta de interés en cumplir con la normativa costarricense⁵⁹⁵.
586. En segundo lugar, y respecto de la Defensoría, las Demandantes alegan que la primera vez que habían tomado conocimiento de los procedimientos llevados a cabo por la Defensoría fue en el mes de marzo de 2011⁵⁹⁶. Sin embargo, la denuncia penal demuestra que las Demandantes tenían real conocimiento de los procedimientos que se llevaban a cabo en la Defensoría ya que solicitaron que el tribunal ordenara a la Defensoría la exhibición del reclamo presentado por el Sr. Bucelato el día 20 de julio de 2010⁵⁹⁷.
587. En tercer lugar, y respecto de DeGA, las Demandantes alegan que nunca fueron notificadas de las "investigaciones" llevadas a cabo por la Sra. Vargas hasta el mes de marzo de 2011⁵⁹⁸. La verdad es que las Demandantes tenían conocimiento de las investigaciones que la Municipalidad llevaba a cabo ya que (i) la Sra. Vargas le informó al representante legal de las Demandantes, el Sr. Sebastián Roldán Vargas el día 7 de septiembre de 2010, los problemas que enfrentaba el Proyecto Las Olas⁵⁹⁹; y (ii) en su denuncia penal de fecha 29 de septiembre de 2010, las Demandantes no sólo mencionaron las investigaciones llevadas a cabo por el "departamento ambiental" de la Municipalidad⁶⁰⁰, sino que también solicitaron "*el testimonio de la señorita Mónica Vargas encargada del área de Gestión Ambiental de la Municipalidad de Parrita*"⁶⁰¹. Si las Demandantes no tuvieron conocimiento alguno de las intervenciones de la Sra. Vargas hasta el año 2011, ¿cómo es que el día 29 de septiembre de 2010, sólo 22 días después del encuentro que mantuvieron el Sr. Sebastián Vargas Roldán y la Sra. Vargas en la Municipalidad, las Demandantes decidieron ofrecerle declarar como testigo en su Primera acción por difamación?

⁵⁹⁵ El Sr. Aven obtuvo una copia del Informe SINAC del año 2010 en el mes de marzo de 2011. Véase R-260, Notificación a las Demandantes del Informe SINAC del mes de julio de 2010 (ACOPAC-OSRAP-171-11), 18 de marzo de 2011.

⁵⁹⁶ Memorial de las Demandantes, párrs. 363-364.

⁵⁹⁷ **R-372**, Primera Denuncia por Difamación, 8 de octubre de 2010, 12. (*Prueba documental*)

⁵⁹⁸ Memorial de las Demandantes, párrs. 363-364.

⁵⁹⁹ Primera Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párr. 25.

⁶⁰⁰ **R-372**, Primera Denuncia por Difamación, 8 de octubre de 2010, 12. (*Prueba documental*)

⁶⁰¹ *Ibid.*

588. Por último, las Demandantes también tenían conocimiento de los procedimientos del TAA. En la denuncia penal solicitaron, asimismo, que el tribunal ordenara la exhibición de una copia del reclamo presentado ante el TAA. Las Demandantes niegan que "alguna vez" fueran notificadas acerca de la Medida Cautelar del TAA de fecha 3 de abril de 2011 y, en consecuencia, nunca habían tenido conocimiento de la existencia de la iniciación de dichos procedimientos⁶⁰². Sin embargo, el expediente demuestra que tenían pleno conocimiento de la iniciación de los procedimientos del TAA y que podrían haberse presentado ante la entidad en cualquier momento para solicitar información del caso. En su lugar, las Demandantes decidieron ignorar cualquier indicio que tenían respecto de las investigaciones del TAA.
589. A la luz de lo que antecede, cualquier reclamo en virtud de "falta de notificación" respecto de las investigaciones llevadas a cabo por el SINAC, la Defensoría, DeGA y el TAA deberían ser desestimadas.

E. Las ilegalidades de las Demandantes provocaron una preocupación realmente justificada en la comunidad de Esterillos Oeste

590. Las Demandantes han procurado presentar este caso como el de un "vecino demasiado ferviente" que pretendía una venganza personal en contra de las Demandantes y conspiraba con las entidades de Costa Rica para "paralizar" su proyecto. Las relaciones de las Demandantes con sus vecinos no revisten importancia alguna para la Demandada y son igualmente irrelevantes para los hechos controvertidos sobre los cuales el Tribunal debe decidir. Ciertamente, si la proposición de las Demandantes radica en que una disputa con vecinos debería ser el eje central de un reclamo en materia de derecho internacional público, la pertinencia de estos procedimientos es realmente dudosa.
591. El presente caso radica efectivamente en la determinación de la forma en la cual la estructura de exigibilidad ambiental de Costa Rica reaccionó a los trabajos perjudiciales de las Demandantes en el Ecosistema Las Olas. El hecho de que los vecinos de Esterillos Oeste fueran quienes provocaron las medidas de exigibilidad aplicadas por las autoridades costarricenses no resulta relevante a los efectos de los ilícitos de las Demandantes y la consecuente responsabilidad respecto de Costa Rica.
592. En cualquier caso, el Sr. Bucelato no era el único vecino consternado por las ilegalidades del Proyecto Las Olas. Tal como explicara la Sra. Vargas, Rosemary Chamberlain era otra vecina de Esterillos Oeste que en diversas oportunidades reclamó acerca de los daños ambientales cometidos por las Demandantes:

⁶⁰² Memorial de las Demandantes, párrs. 153-155.

"Asimismo, recuerdo que la señora Rosemary Chamberlain, vecina de Esterillos Oeste, me llamaba por teléfono permanentemente para denunciar la tala y quema de árboles en el sitio del proyecto. La señora Chamberlain también aparece como signataria de las denuncias que se presentaron en contra del Proyecto en el año 2010"⁶⁰³.

593. Rosemary Chamberlain también aparece como una de los varios vecinos que suscribió las denuncias presentadas en contra del Proyecto, tales como:

- La denuncia presentada a la Municipalidad por daños a los humedales de fecha 5 de julio de 2010⁶⁰⁴;
- El reclamo presentado ante el SINAC en virtud de la existencia del Documento Falsificado en los registros de la SETENA correspondientes al Proyecto de fecha 18 de noviembre de 2010⁶⁰⁵; y
- El reclamo presentado ante la Municipalidad en virtud de las ilegalidades en la operación del sitio de la Concesión por parte de las Demandantes de fecha 7 de febrero de 2011⁶⁰⁶.

594. Adicionalmente, las Demandantes nunca pudieron probar "venganza personal" o "complot" alguno en el que estuviera involucrado el Sr. Bucelato en contra de ellas o de su proyecto. De hecho, el expediente demuestra que se falló en favor del Sr. Bucelato en todas las acciones legales interpuestas por las Demandantes en su contra. Es decir, los tribunales de Costa Rica nunca pronunciaron un fallo en contra del Sr. Bucelato.

595. Todas las acciones que las Demandantes iniciaron en contra del Sr. Bucelato importaron alegaciones similares a aquellas que las Demandantes formulan en su Escrito de Respuesta.

596. En primer lugar, la Primera acción por difamación presentada por las Demandantes en contra del Sr. Bucelato fue desestimada debido a que ambas partes no se presentaron a la audiencia sobre el fondo⁶⁰⁷.

597. En segundo lugar, la Segunda acción por difamación presentada por el Sr. Aven en contra del Sr. Bucelato también fue desestimada. Sin embargo, en esta oportunidad la desestimación fue sólo atribuible al Sr. Aven ya que no se presentó a la audiencia prevista

⁶⁰³ Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párr. 28.

⁶⁰⁴ R-37, Denuncias radicadas por vecinos de Esterillos Oeste, 5 de julio de 2010.

⁶⁰⁵ R-59, Denuncia de vecinos respecto del Documento Falsificado, 18 de noviembre de 2010.

⁶⁰⁶ **R-292**, Reclamo de los vecinos respecto de las ilegalidades en el sitio de la Concesión, 7 de febrero de 2011.

⁶⁰⁷ **R-275**, Conclusión de los procedimientos correspondientes a la Primera acción por difamación, 13 de enero de 2012.

para el día 7 de marzo de 2011 y, por lo tanto, la denuncia en contra del Sr. Bucelato fue desestimada⁶⁰⁸.

598. En tercer lugar, el Sr. Damjanac también presentó una denuncia penal en contra del Sr. Bucelato el día 27 de junio de 2011⁶⁰⁹. Al referirse a dicha denuncia, el Sr. Damjanac señala lo siguiente:

"El Sr. Bucelato nos acusó de que el proyecto era ilegal, dijo que *"haría cerrar"* el proyecto y pronunció amenazas físicas personales contra mí y los otros. Por ejemplo, el Sr. Bucelato me dijo: *"Cuide sus espaldas"* y *"Conozco a algunos que se ocuparán de usted"*. Presentamos numerosas quejas ante la policía respecto de las amenazas violentas del Sr. Bucelato y finalmente David inició una demanda por difamación contra el Sr. Bucelato por su campaña contra Las Olas. **Nada surgió jamás de esas quejas**"⁶¹⁰. (énfasis agregado)

599. De hecho, la denuncia penal fue desestimada y el tribunal concluyó el expediente del caso al desestimar los cargos en contra del Sr. Bucelato⁶¹¹.
600. Las Demandantes afirman de forma reiterada que cualquier inacción respecto de aquellas que las Demandantes hacen parecer en su contra constituye la prueba de una gran conspiración por parte de la estructura del estado de Costa Rica. No hay evidencia alguna de esta aseveración. Así, si se le requiere al Tribunal que observe cuestiones inexistentes y que ignore las conclusiones a las que arribaron los tribunales de Costa Rica que desestimaron los reclamos personales de las Demandantes, la Demandada alega respetuosamente que son las Demandantes quienes requieren lo imposible.

F. El Documento Falsificado fue presentado a la SETENA para beneficiar al Proyecto Las Olas

601. Cuando las Demandantes alegan que el Documento Falsificado no tiene *"mucha importancia para la controversia con el Demandado"*⁶¹², ellas omiten considerar que dicho documento fue presentado a la SETENA con el único propósito de beneficiar al Proyecto Las Olas y ocultar los impactos adversos que tendría en los ecosistemas del Sitio del Proyecto al aseverar equivocadamente que "El proyecto no constituía amenaza evidente

⁶⁰⁸ R-325, El Tribunal deja constancia de la ausencia del Sr. Aven a la audiencia programada, 7 de marzo de 2011.

⁶⁰⁹ C-108.

⁶¹⁰ Segunda Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, párr. 11.

⁶¹¹ R-370, Estado de la denuncia penal del Sr. Damjanac en contra del Sr. Bucelato (EXP. 11-500379-0443-FC-7), 29 de septiembre de 2016. La Demandada no pudo presentar una copia completa del referido expediente penal. Debido a que el caso fue desestimado y archivado hace ya más de 5 años, el expediente físico de este caso fue destruido. La Demandada presenta una certificación de la Procuraduría que indica lo siguiente: *Estado: ARCHIVADO* y *RESOLUCION: ABSOLUT CON JUICIO (resolución absolutoria)*.

⁶¹² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 302.

en el corredor biológico"⁶¹³. Por lo tanto, si el Documento Falsificado confirmaba que el Proyecto Las Olas *sería* perjudicial para la biodiversidad del área - que efectivamente lo fue - probablemente las Demandantes no podrían haber engañado a la SETENA y las entidades subsiguientes para continuar con el Proyecto Las Olas.

602. En su Escrito de Respuesta, las Demandantes hacen referencia al Documento Falsificado en un intento inútil de revivir su "teoría conspirativa" ya desestimada al alegar que el Sr. Bogantes *"fue el primero en 'descubrir' el documento supuestamente falsificado y en registrar su existencia"*⁶¹⁴. Asimismo, las Demandantes acusan al Sr. Bucelato de introducir el Documento Falsificado en la SETENA fundadas en una dudosa nota manuscrita que supuestamente encontraron las Demandantes en el transcurso de los últimos meses. Las Demandantes no han tenido la particular intención de presentar detalles de dicha nota ni la forma en la cual el manuscrito milagrosamente formara parte del expediente a esta altura de los acontecimientos.

603. En conclusión, el Documento Falsificado sólo benefició a las Demandantes, no a las entidades de Costa Rica. En todo momento las Demandantes se beneficiaron de las decisiones exculpatorias fundadas en el contenido del Documento Falsificado. Las Demandantes defendieron su validez hasta las últimas consecuencias, e incluso en el presente arbitraje ellas insisten en referirse a dicho documento como el "Documento Supuestamente Falsificado".

604. La Demandada procederá ahora a analizar cada uno de los argumentos de las Demandantes respecto de la existencia y el uso del Documento Falsificado.

1. El Sr. Bucelato no sabía acerca del Documento Falsificado hasta que las Demandantes se lo presentaron

605. Las Demandantes aseveran que siempre se le enquistaron ciertos interrogantes en torno al Documento Falsificado, por ejemplo: ¿cómo fue que los vecinos se enteraron de la existencia del Documento Falsificado? ¿cómo presentaron una demanda por su existencia en el año 2010? y ¿cómo exigieron que se investigara su procedencia en el año 2011⁶¹⁵?

606. Las Demandantes siempre supieron estas respuestas porque permitieron al Sr. Bucelato acceder al Documento Falsificado en el año 2010. El Sr. Bucelato recién tomó conocimiento acerca de la existencia del Documento Falsificado a través del juicio por difamación que iniciaron las Demandantes en su contra el día 6 de octubre de 2010. Tal como se demostrará, todas las demandas de los vecinos relacionadas con el Documento

⁶¹³ C-47.

⁶¹⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 30.

⁶¹⁵ Íd., párr. 303.

Falsificado, motivo de investigaciones dentro de las agencias, fueron posteriores al día 6 de octubre de 2010.

607. En la demanda penal correspondiente a la Primera acción por difamación, las Demandantes acusaron al Sr. Bucelato de los siguientes hechos⁶¹⁶:

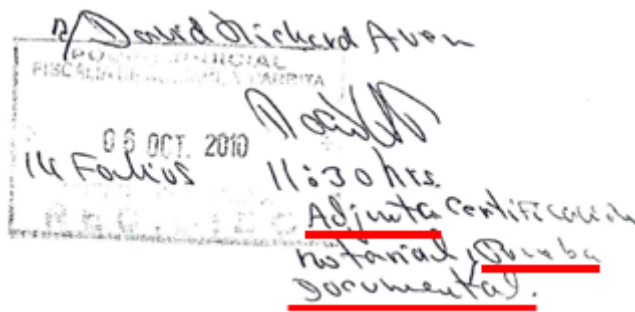
- El día 5 de agosto de 2010, el Sr. Bucelato se acercó al Gerente de Ventas del proyecto y les dijo a algunos clientes que estaban con él que el proyecto era ilegal.
- El día 4 de septiembre de 2010, el Sr. Bucelato fue a la oficina de Las Olas y acusó a los representantes del proyecto de delincuentes.
- El día 17 de septiembre de 2010, el Sr. Bucelato fue a la oficina de Las Olas y dijo que el proyecto era ilegal, no contaba con los permisos requeridos y estaba causando daños al medio ambiente;
- El día 18 de octubre de 2010, por la mañana, el Sr. Bucelato fue a la oficina de Las Olas y dijo que el proyecto era ilegal y que las Demandantes habían pagado sobornos para obtener los permisos.
- El día 18 de octubre de 2010, por la tarde, el Sr. Bucelato volvió a la oficina de Las Olas y dijo que los desarrolladores estaban atentando contra los humedales y talando especies protegidas.

608. Ninguna de las acusaciones contra el Sr. Bucelato, por aquel entonces, aluden a la existencia del Documento Falsificado. El motivo es porque, en aquel entonces, el Sr. Bucelato aún no había visto el Documento Falsificado. La primera vez que el Sr. Bucelato accedió al Documento Falsificado fue cuando se le notificó la demanda de las Demandantes. Con su demanda de fecha 6 de octubre de 2010, las Demandantes afirmaron que acompañaban como prueba una copia del expediente de la SETENA sobre el sector del Condominio (Expediente N.º 1362-2007-SETENA)⁶¹⁷, que incluía el Documento Falsificado. De hecho, el sello que aparece en la carátula de la demanda certifica que se adjuntó prueba documental⁶¹⁸:

⁶¹⁶ **R-372**, Primera Denuncia por Difamación, 6 de octubre de 2010.

⁶¹⁷ Íd., 12. (Prueba documental)

⁶¹⁸ **R-372**, Primera Denuncia por Difamación, 6 de octubre de 2010, pág.14. Este timbre demuestra que todas las pruebas documentales que acompañaron el juicio se presentaron ante el tribunal.



609. El día 12 de noviembre de 2010, una vez notificado, el Sr. Bucelato presentó su declaración de defensa contra la Primera acción por difamación. Tras haber tenido acceso al expediente de la SETENA que produjeron las Demandantes y, por ende, al Documento Falsificado, el Sr. Bucelato mencionó, por primera vez, en su declaración de defensa, la existencia del Documento Falsificado⁶¹⁹.
610. Durante la primera audiencia conciliatoria correspondiente a la Primera acción por difamación, celebrada el día 14 de diciembre de 2010, las partes decidieron tomarse un tiempo para negociar y analizar "todos los documentos" que habían presentado las partes y ahora obraban en el expediente público⁶²⁰. Desde luego, para ese entonces, las Demandantes sabían que el Sr. Bucelato había visto el Documento Falsificado y que esto desataría una nueva ola de demandas en su contra. De hecho, las demandas ahora no solo apuntarían al daño causado a los ecosistemas en el Sitio del Proyecto sino al uso del Documento Falsificado para obtenerla VA para el sitio del Condominio.
611. Recién después de que las Demandantes otorgaran al Sr. Bucelato acceso al Documento Falsificado, este planteó su ilegalidad ante los siguientes organismos:
- El día 23 de noviembre de 2010, los miembros de la comunidad Parrita radicaron una denuncia ante el SINAC, objetando la dependencia de la SETENA sobre un documento falsificado que se encontró dentro del expediente de la SETENA para la VA del Condominio⁶²¹.
 - El día 23 de noviembre de 2010, se entregó a la Defensoría una copia de la demanda presentada ante el SINAC, mediante la cual se solicitaba su participación en las investigaciones contra las Demandantes⁶²².

⁶¹⁹ R-373, Querrela del Sr. Bucelato en la Primera Denuncia por Difamación, 12 de noviembre de 2010.

⁶²⁰ R-374, Acta de primera audiencia conciliatoria, 14 de diciembre de 2010.

⁶²¹ R-59, Denuncia de vecinos respecto del Documento Falsificado, 18 de noviembre de 2010.

⁶²² Primera Declaración Testimonial de Hazel Díaz Meléndez, párr. 40.

612. Estas demandas, de hecho, desataron las investigaciones de agencias tales como el SINAC, la SETENA y la Defensoría sobre la existencia y falsificación del Documento Falsificado. Todas ellas tuvieron lugar recién después de que las Demandantes produjeran una copia del expediente de la SETENA en la Primera acción por difamación.
613. La Primera acción por difamación concluyó el día 13 de enero de 2012 por decisión del tribunal, después de que ninguna de las partes compareciera a la audiencia programada para los días 11 y 12 de enero⁶²³.
614. La Segunda acción por difamación, que inició el Sr. Aven contra el Sr. Bucelato, fue la única que mencionaron las Demandantes en este arbitraje. En su declaración de defensa correspondiente a la Segunda acción por difamación, el Sr. Bucelato le solicitó al tribunal que ordenara a la SETENA producir una copia completa del expediente de la SETENA sobre el sitio del Condominio e incorporarla como prueba *en su defensa*⁶²⁴. Tras enterarse de la existencia del Documento Falsificado a través de la Primera acción por difamación, el Sr. Bucelato quiso que el tribunal leyera el expediente de la SETENA correspondiente sobre el sitio del Condominio que contenía el Documento Falsificado. Si el Sr. Bucelato presentó el Documento Falsificado a la SETENA en el año 2008, ¿por qué solicitaría que la SETENA presente pruebas de su propia culpabilidad? La idea de las Demandantes de culpar al Sr. Bucelato por el Documento Falsificado carece de toda lógica.
615. El Sr. Damjanac relata una supuesta visita del Sr. Bucelato, quien presuntamente le mostró el Documento Falsificado:
- "Como expliqué en los párrafos 145 y 146 de mi primera declaración testimonial, recuerdo una ocasión a finales del año 2010 o principios del 2011, en la que el Sr. Bucelato vino a nuestra oficina en Las Olas y dejó un documento que creo recordar que dijo era falsificado, pero no estoy seguro si se trataba del documento presuntamente falsificado, simplemente porque no lo recuerdo"⁶²⁵.
616. Esta visita tuvo lugar recién después de que el Sr. Bucelato y su abogado accedieron al Documento Falsificado a través de la Primera acción por difamación. En aquel entonces, ninguno de los juicios por difamación de las Demandantes contra el Sr. Bucelato hizo referencia al Documento Falsificado que señala el Sr. Bucelato contra el Proyecto de las Demandantes.
617. Ahora, las Demandantes pretenden que el Tribunal crea que fue el Sr. Bogantes el primero en *"descubrir [el documento falsificado...] y en registrar su existencia"*⁶²⁶. Para fundar su

⁶²³ R-275, Cierre de la Primera Denuncia por Difamación, 13 de enero de 2012.

⁶²⁴ **R-314**, Querrela de Steve Bucelato contra Denuncia por Difamación del Sr. Aven, 20 de diciembre de 2010.

⁶²⁵ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 84.

⁶²⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 302.

alegato, las Demandantes aluden a una carta que envió el Sr. Bogantes a la Sra. Díaz con fecha 27 de agosto de 2010, en respuesta a la solicitud de información de la Defensoría⁶²⁷. Todo lo que hizo el Sr. Bogantes fue enumerar los documentos pertinentes del expediente. De ningún modo, lo descubrió ni hizo referencia a su falsificación. Además, la Demandada ya presentó pruebas de que el Documento Falsificado fue objeto de inquietudes en los departamentos del SINAC desde el año 2008, por lo cual esta alegación de las Demandantes para intentar vincular al Sr. Bogantes al "complot" es absurda⁶²⁸.

2. El Sr. Martínez investigó la autoría y uso del Documento Falsificado

618. El Sr. Mussio acusa al Sr. Martínez de efectuar "declaraciones infundadas" contra su socio Edgardo Madrigal con respecto a la producción del Documento Falsificado:

"He leído la Primera Declaración Testimonial de Luis Martínez y veo que afirma en el párrafo 36 que el documento supuestamente falsificado fue introducido en los archivos de SETENA por mi socio, el señor Madrigal. Esto no tiene ningún sentido, por lo que la afirmación del señor Martínez es infundada. [...]

Es importante señalar que el señor Martínez realiza su alegación sin explicar el fundamento de su presunción, por lo que esta resulta totalmente infundada, y uno podría decir que hasta temeraria. [...]

[N]o hay ni un solo indicio en la Declaración Testimonial del señor Martínez que pudiera servir de fundamento para una sospecha de que el señor Madrigal o yo remitiéramos a SETENA este documento"⁶²⁹. (énfasis agregado)

619. Tal como describiera el Sr. Martínez en su Segunda Declaración Testimonial, realizó una investigación minuciosa del delito de falsificación y uso inapropiado de documentos públicos⁶³⁰. La base del Sr. Martínez para apuntar al Sr. Edgardo Madrigal como potencial autor del Documento Falsificado no fue "infundada". De hecho, la investigación interna que llevó a cabo la SETENA ya había apuntado al Sr. Madrigal como la persona que presentó el Documento Falsificado⁶³¹:

Por otro lado, este documento fue solicitado por el Departamento de (Gestión) Institucional mediante oficio S.G.P-D.G.I-098-2008 del día 13 de febrero del 2008, y presentado por el señor Edgardo Madrigal Mora arquitecto de la sociedad Inversiones Costco C&T S.A. el día 03 de abril del 2008, por lo que argumenta el señor David Aven, representante legal de Inversiones Costco S.A, no es cierto.

⁶²⁷ C-80.

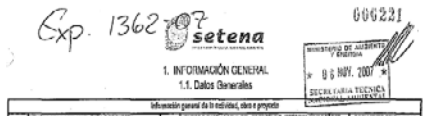

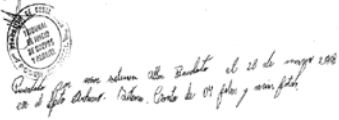
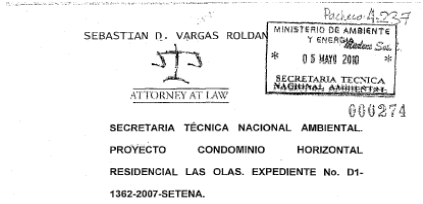
⁶²⁸ R-21, Nota a Ronald Vargas (ACOPAC-D-1063-08), 7 de octubre de 2008.

⁶²⁹ Declaración testimonial de Mauricio Mussio, párr. 37.

⁶³⁰ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 14

⁶³¹ R-77, Informe de la SETENA sobre el Documento Falsificado, 30 de marzo de 2011.

620. Aún no queda claro exactamente en qué fecha se entregó el Documento Falsificado a la SETENA. Las Demandantes mencionan una supuesta nota en el anverso del Documento Falsificado, según la cual el Sr. Bucelato entregó el documento el día 28 de mayo de 2008⁶³². Esta nota carece de autenticidad porque no cumple con la práctica jurídica de la SETENA de acusar recibo de documentos presentados por parte de cualquier usuario.
621. Un simple análisis de los archivos de la SETENA relacionados con el sitio del Condominio demuestra que el método ordinario de acuse de recibo de documentos presentados ante la SETENA consiste en: (i) la colocación de un sello oficial del organismo con la fecha de presentación, (ii) en la portada de la primera página del documento que se presenta, y (iii) una firma de la persona que recibió el documento en el organismo. De hecho, las siguientes presentaciones antes y después de la supuesta entrega del Documento Falsificado a la SETENA contaron con el supuesto acuse de recibo en la portada de los documentos presentados:

<p>Presentación del Formulario D-1 de las Demandantes, 6 de noviembre de 2007⁶³³</p>		
<p>Segunda presentación de las Demandantes ante la SETENA con la información y documentación solicitadas, 3 de abril de 2008⁶³⁴</p>		
<p>Solicitud de las Demandantes de prórroga para comenzar las obras de construcción en el sitio del Condominio, 5 de mayo de 2010⁶³⁵</p>		

622. El Sr. Martínez también está de acuerdo en que la nota manuscrita que las Demandantes acaban de dar a conocer no cumple los requisitos para su debida recepción por parte de la SETENA:

632 Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 313-315.
 633 C-222.
 634 Íd., 242.
 635 Íd., 274.

"Además, de la revisión del expediente de SETENA, todos los documentos que se reciben en SETENA se les estampa un sello en la primera página del oficio o documento presentado. Sorpresivamente, la supuesta nota de la que hablan las Demandantes se realizó con una leyenda a mano alzada, sin ningún sello oficial ni firma que indicara su recepción y en la cara opuesta a la última página del documento"⁶³⁶.

623. Es por eso que no queda claro si la supuesta nota no puede, por sí sola, tal como insinúan las Demandantes, constituir prueba concluyente de los orígenes del Documento Falsificado. Además, el Sr. Martínez, en su segunda declaración testimonial, relata la investigación que llevó a cabo con respecto a este delito:

"Realmente no puedo entender cómo las Demandantes pueden afirmar que no investigué la falsificación del documento falso de SINAC. Como se lo expliqué al juez penal, el Ministerio Público: a) solicitó el secuestro del expediente de SETENA asignado al Proyecto Las Olas para revisarlo; b) entrevistó personalmente a los supuestos autores del documento falso en las oficinas del SINAC; c) entrevistó personalmente a la recepcionista de SETENA encargada de recibir cualquier documento que se presente en la institución"⁶³⁷.

"Repito que yo mismo entrevisté a la recepcionista de SETENA y la señora no supo decir quién lo presentó, por lo que no fue posible acusar al que [...] confeccionó [el documento falsificado] ni al que lo usó. Además el uso ilegal que se investigó estaba relacionado con [el uso del documento falsificado] para favorecer al proyecto, ante lo cual hay que preguntarse, ¿qué interés podría tener el señor Bucelato en favorecer al Proyecto Las Olas si siempre ha sido su detractor? Si se acepta que el señor Bucelato lo presentó ante SETENA, la única explicación racional que se puede advertir es que lo presentó para develar su falsedad, ya que para esos mismos efectos lo aportó ante la Fiscalía y me pidió que investigara sobre el mismo. O, ¿será que hay que considerar delictiva también la presentación [del] documento [falsificado] ante esta Fiscalía?"⁶³⁸

624. Las circunstancias en que las Demandantes "encontraron" esta nota manuscrita dudosa plantea serias dudas con respecto a su autenticidad. Más aún porque las propias Demandantes admiten que funcionarios de SETENA, no la fiscalía, ya la habían visto.

3. Las Demandantes se contradicen con respecto a la importancia del Documento Falsificado para el Proyecto Las Olas

625. La Demandada reitera que, sin perjuicio de cómo se originó este documento, el Documento Falsificado y su contenido presentado a la SETENA beneficiaron sólo a las Demandantes. Ese es el motivo por el cual las Demandantes, a lo largo de las investigaciones en torno al Proyecto Las Olas, siempre trataron de beneficiarse con sus declaraciones a favor del Proyecto.

⁶³⁶ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 62.

⁶³⁷ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 22.

⁶³⁸ Íd., párr. 61.

626. No sólo el Documento Falsificado se presentó a la SETENA después de que esta planteara la omisión de las Demandantes de considerar la existencia de un bosque protegido y requiriese a las Demandantes una certificación en tal sentido, sino que luego, en la cadena de investigaciones, las autoridades lo siguieron invocando para absolver a las Demandantes de su delito⁶³⁹. Las Demandantes alegan que la Demandada no "fundamentó" su alegación⁶⁴⁰. Basta con leer los documentos agregados al expediente para ver cómo las autoridades se basaron en el Documento Falsificado a favor de las Demandantes y su proyecto:

- El informe preparado por el Sr. Pachecho Polanco de SETENA el día 18 de agosto de 2010, en el cual se concluyó que no había "cuerpos de agua" (lagos) en el sitio.
- La Resolución de la SETENA de fecha 1 de septiembre de 2010, mediante la cual se rechazó la demanda interpuesta en la Defensoría.
- El Informe del SINAC de julio de 2010, 16 de julio de 2010, en el cual se concluyó que, tras una inspección visual, no había humedales en el sitio del Proyecto.

627. Las Demandantes también alegan que, dado que la SETENA no consideró el Documento Falsificado para emitir la VA para el sitio del Condominio, las Demandantes "nunca consideraron que [dicho documento] tuviera mucha importancia"⁶⁴¹, por lo que las Demandantes no favorecieron su contenido. Esto es falso. Si el Documento Falsificado no indicara lo que indica, probablemente la SETENA no habría otorgado la VA y las Demandantes no se habrán beneficiado con ninguno de los informes de los organismos que mencionaron.

628. El Sr. Aven ahora intenta desvincularse de la existencia del Documento Falsificado y le resta importancia:

"En sus presentaciones, la Demandada da una gran importancia al documento que presuntamente fue falsificado"⁶⁴².

"El documento presuntamente falsificado, al momento en que se emitió (27 de marzo de 2008), no era un documento importante. No era un documento que la SETENA exigiera, ni era necesario para obtener ningún permiso, y no trataba sobre ningún aspecto que los otros informes presentados no hubieran tratado"⁶⁴³.

⁶³⁹ C-222.

⁶⁴⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 306.

⁶⁴¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 303.

⁶⁴² Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 80.

⁶⁴³ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 81.

629. Estas afirmaciones resultan bastante inesperadas en vista de las reiteradas ocasiones en que el Sr. Aven se basó en el Documento Falsificado para alegar que su contenido refutaba el delito de las Demandantes:

- en el mes de agosto de 2010, el Sr. Aven llevó el documento a la Municipalidad para justificar la legalidad de las obras en curso en el Sitio del Proyecto⁶⁴⁴;
- el día 6 de mayo de 2011, durante la investigación realizada por el Sr. Martínez, el Sr. Aven defendió la validez del Documento Falsificado⁶⁴⁵;
- en su declaración de defensa en el proceso penal, el Sr. Aven presentó el Documento Falsificado como parte de sus pruebas eximentes⁶⁴⁶; y
- durante su testimonio en el juicio penal, el Sr. Aven defendió su validez⁶⁴⁷.

630. Las Demandantes intentan cubrir las contradicciones del Sr. Aven alegando que el Sr. Aven sólo defendió la validez del Documento Falsificado para “ilustrar las contradicciones de las tácticas de acusación del Sr. Martínez”:

"en un momento el Sr. Martínez le dice al Sr. Aven que no lo acusará por el documento falsificado porque sabía que no tenía nada que ver con él y al siguiente instante el Sr. Martínez lo acusa de falsificación"⁶⁴⁸.

631. Esto es falso. El Sr. Martínez nunca presentó cargos contra el Sr. Aven por falsificación. El Sr. Martínez refuta esta falsa acusación del Sr. Aven y de las Demandantes en su segunda declaración testimonial:

"Quiero recalcar que por la elaboración y uso del documento falso de SINAC (oficio SINAC "67289RNVS-2009") jamás acusé a alguien. El señor Aven insiste en que yo 'presenté cargos penales en [su contra] por falsificar ese documento'. Quiero aclarar que el Ministerio Público nunca presentó cargos penales en contra del señor Aven por el delito de falsificación y uso de documento falso"⁶⁴⁹.

"En ese mismo día [21 de octubre de 2011] también presenté la acusación penal en contra de los señores Aven y Damjanac por los delitos de infracción a la Ley de Conservación de Vida Silvestre en la modalidad de drenaje y relleno de humedales e infracción a la Ley Forestal en la modalidad de invasión de áreas de conservación y aprovechamiento ilegal de productos forestales. Fue con la

⁶⁴⁴ R-49, Informe de la Municipalidad a la Defensoría de los Habitantes (DeGA N.º 200-2010), 18 de agosto de 2010.

⁶⁴⁵ R-90, Declaración jurada del Sr. David Aven, 6 de mayo de 2011.

⁶⁴⁶ R-154, Querrela sin fecha de David Aven en Expediente N.º 11-00009-611-PE.

⁶⁴⁷ C-272.

⁶⁴⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 309.

⁶⁴⁹ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 16.

presentación del sobreseimiento definitivo y de la acusación penal que la etapa de investigación concluyó en este caso⁶⁵⁰.

632. Por último, las Demandantes alegan que la Demandada no presentó ninguna prueba en sustento de su postura de que el documento se falsificó. Por lo visto, las Demandantes no miraron el Anexo R-63 de la Demandada, en el cual el Sr. Ronald Vargas, el supuesto autor del Documento Falsificado, confirmó que la firma del Documento Falsificado no era suya. También, en el párrafo 32 de su primera declaración testimonial, el Sr. Martínez contó cómo entrevistó a los funcionarios del SINAC cuyas firmas aparecían en el Documento Falsificado y ambos confirmaron al Sr. Martínez no haberlo firmado.

G. Los organismos costarricenses aplicaron sus propias leyes y marco normativo

633. Con la idea de desviar la atención del Tribunal de las ilegalidades que cometieron las Demandantes, estas ahora acusan a la Demandada de "incumplimiento absoluto de su propio derecho y del marco normativo correspondiente"⁶⁵¹.
634. Para efectuar la mayoría de sus alegaciones, las Demandantes se fundaron en el informe pericial del Sr. Luis Ortiz. Si bien el Sr. Ortiz se presenta como perito en derecho administrativo, carece de conocimientos en el área del derecho ambiental. La falta de conocimientos del Sr. Ortiz en el área de derecho ambiental puede apreciarse en su propio informe pericial, en el cual comete graves errores con respecto a la estructura de la protección ambiental en el derecho costarricense⁶⁵².

⁶⁵⁰ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 19.

⁶⁵¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 227.

⁶⁵² El Sr. Ortiz comete varios errores con respecto a la competencia de los organismos regulatorios en materia ambiental. El SINAC no es responsable de monitorear la concesión de permisos de uso en áreas terrestre-marítimas, sino que, para todos los casos, el SINAC sólo interviene cuando los permisos corresponden a áreas protegidas. La autorización para descargar aguas residuales no corresponde al MINAE o a la SENARA, sino al Ministerio de Salud. Además, el Decreto Ejecutivo N.º 31.545 sobre la regulación de la aprobación y el manejo de sistemas de tratamiento de aguas residuales que cita el Sr. Ortiz se derogó. Hay incongruencia en la terminología que emplea el Sr. Ortiz. Los ecosistemas se confunden con las categorías de gestión. El Sr. Ortiz intenta colocar el bosque como categoría de gestión al compararlo con los humedales. El ecosistema de los humedales tiene ambas categorías, tal como establece la ley. El bosque, como tal, es un ecosistema que se protege por separado, mientras que su extensión es más significativa, ya que lo incorpora en una de las categorías de gestión, cuando su explotación sólo se permite en propiedades privadas, si se lo lleva a cabo con planes de gestión de bosques, pero siempre teniendo en cuenta la prohibición del cambio en la explotación de la tierra. Por otro lado, los humedales son siempre un ecosistema protegido, sin perjuicio de su ubicación, tamaño o condición. Los ecosistemas de humedales se encuentran protegidos por el solo hecho de ser tales y son en sí mismos una categoría de gestión. El informe del Sr. Ortiz no es preciso ya que hace referencia a áreas de vida silvestre protegidas, áreas ambientales delicadas y ciertos aspectos de la evaluación del impacto ambiental. Las medidas de protección configuran limitaciones sociales y ambientales que se imponen sobre la propiedad privada, están sujetas a sanciones penales y se encuentran enunciadas en la ley de manera exclusiva y exhaustiva. Las restricciones de las áreas protegidas no se aplican a las áreas protegidas de vida silvestre ya que, debido a que son bienes del Estado, no sólo se aplican limitaciones para áreas protegidas, sino muchas otras también. La conservación de las áreas protegidas es un mandato que rige para todo el territorio nacional, sin perjuicio de la existencia de áreas silvestres protegidas bajo las categorías que se establecieron.

635. Estos son solo algunos ejemplos de las imprecisiones identificadas en el Informe Pericial del Sr. Luis Ortiz. En su declaración testimonial, el Dr. Jurado alude a errores más graves y sustanciales que demuestran la clara falta de conocimientos del Sr. Ortiz en cuestiones de derecho ambiental⁶⁵³. Lo que es más importante aún, el Dr. Jurado explica por qué, al analizar las cuestiones legales de este caso que claramente no son cuestiones de "derecho administrativo sustancial", tal como las presentaron las Demandantes, se debe considerar el marco normativo específico aplicable al derecho ambiental y sus principios:

"El señor Luis Ortiz cuenta con una sólida y larga trayectoria académica y profesional en materia de derecho administrativo. Sin embargo, y a los efectos del presente arbitraje, no debe perderse de vista que estamos ante procedimientos de derecho administrativo específicamente ligados a materia ambiental. Tal y como lo mencioné *supra*, al analizar el derecho administrativo ambiental, se requiere de la observancia de principios especiales, reglas sustanciales y formalidades particulares, siempre teniendo en cuenta el bien que se busca tutelar, el ambiente, y el fin a lograr, su protección y tutela como bien común y derecho humano fundamental"⁶⁵⁴.

636. Teniendo en cuenta esto, la Demandada procederá ahora a analizar cada una de las alegaciones de la Demandante contra la conducta de las agencias costarricenses.

1. SETENA nunca confirmó la VA para la sección del Condominio "tres veces"

637. Las Demandantes alegan, en reiteradas ocasiones, como eje central de su caso, que la SETENA confirmó y verificó tres veces la VA de las Demandantes en relación con la sección del Condominio⁶⁵⁵. Las Demandantes no brindan ninguna otra explicación con respecto a esta afirmación y se limitan a enunciar las ocasiones en que esperan representar esas tres ocasiones. Por ende, en aras de evitar toda duda, la SETENA hizo lo siguiente:

- El día 24 de noviembre de 2004, la SETENA emitió una VA para la sección del Condominio para un proyecto llamado "Villas La Canícula"⁶⁵⁶. El proyecto nunca se desarrolló y el día 13 de septiembre de 2011, la SETENA cerró el expediente del proyecto⁶⁵⁷.
- El día 2 de junio de 2008, la SETENA emitió una VA para la sección del Condominio, en que ninguno de los ecosistemas del Sitio del Proyecto fue

⁶⁵³ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 228.

⁶⁵⁴ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 228.

⁶⁵⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 233.

⁶⁵⁶ R-9. VA de la SETENA para Villas La Canícula, 23 de noviembre de 2004.

⁶⁵⁷ R-112, La SETENA cierra el expediente de Villas La Canícula, 13 de septiembre de 2011.

declarado por las Demandantes⁶⁵⁸. Las Demandantes sostienen que se trata de la primera vez que la SETENA "confirmó la VA".

- El día 7 de agosto de 2010, la SETENA recibió una denuncia de la Defensoría con respecto a la existencia de un humedal en el Sitio del Proyecto⁶⁵⁹.
- El día 18 de agosto de 2010, la SETENA envió al Sr. Pacheco Polanco a realizar una visita del sitio, en la cual se vio confundido por el cambio de terreno que realizaron las Demandantes en el mes de marzo de 2009⁶⁶⁰.
- El día 1 de septiembre de 2010, la SETENA desestimó la denuncia de la Defensoría en función de las observaciones del Sr. Pacheco Polanco⁶⁶¹. Las Demandantes alegan que esta desestimación fue una "segunda confirmación de la VA".
- El día 3 de diciembre de 2010, la SETENA recibió una denuncia del SINAC con respecto a la existencia del Documento Falsificado en el expediente de la SETENA para el sitio del Condominio⁶⁶².
- El día 17 de enero de 2011, después de que la SETENA investigara internamente los orígenes del Documento Falsificado, les solicitó a las Demandantes proporcionar la copia original⁶⁶³.
- El día 15 de noviembre de 2011, la SETENA desestimó la denuncia del SINAC por falta de pruebas para culpar a las Demandantes por la confección del Documento Falsificado⁶⁶⁴. Las Demandantes alegan que esta es la tercera vez que la SETENA "confirmó la VA".

638. Ninguna de estas acciones puede interpretarse como "confirmación de la VA".

- La emisión de la VA para el sitio del Condominio del Proyecto Las Olas no puede constituir ninguna confirmación de desarrollo del proyecto Villas La Canícula.
- La desestimación de la denuncia de la Defensoría no puede considerarse confirmación de nada. La SETENA fue engañada por las obras que realizaron las

⁶⁵⁸ C-52.

⁶⁵⁹ R-45, Nota de la Defensoría de los Habitantes a la SETENA (08949-2010-DHR), 7 de agosto de 2010.

⁶⁶⁰ C-78.

⁶⁶¹ C-83.

⁶⁶² C-93.

⁶⁶³ R-65, Solicitud de la SETENA de presentar el Documento Falsificado (SG-ASA-041-2011), 17 de enero de 2011.

⁶⁶⁴ C-144.

Demandantes en el terreno desde el mes de marzo de 2009, mediante las cuales cambiaron por completo el terreno del sitio.

- La desestimación de la denuncia del SINAC con respecto al Documento Falsificado no puede considerarse una reconfirmación del daño ambiental causado al sitio. Esta decisión no tuvo nada que ver con la existencia de ecosistemas en el Sitio del Proyecto o los impactos generados en ellos.

639. Las Demandantes dieron una gran importancia al informe de la SETENA de fecha 1 de septiembre de 2010, en el cual el Sr. Pacheco Polanco desestimó la denuncia presentada ante la Defensoría acerca de la existencia de humedales en el Sitio del Proyecto⁶⁶⁵. Las Demandantes alegan lo siguiente en respuesta al párrafo 224 del Memorial de Contestación⁶⁶⁶:

No se debe dar tanta importancia a la remisión de la SETENA al Documento Falsificado, ya que la SETENA se fundó en varios otros documentos "incluso el formulario D1 y las inspecciones físicas del emplazamiento".

640. El hecho de que la SETENA se basara en el Formulario D1 demuestra que sacó conclusiones erróneas porque las Demandantes ocultaron, a sabiendas, la existencia de humedales y bosques en el sitio. En cuanto a las "inspecciones físicas del emplazamiento", el Sr. Pacheco Polanco solo realizó una breve visita del sitio en la que no logró identificar ningún "cuerpo de agua" (lago). Tal como se mencionara *supra*, las obras ya realizadas por las Demandantes desde el mes de marzo de 2009 afectaron severamente el criterio de Pacheco Polanco.

La decisión se tomó con pleno conocimiento de las alegaciones sobre el relleno de los humedales.

641. Si bien esto es cierto, las Demandantes distorsionan el contexto en el que se adoptó la decisión. En primer lugar, ni el Sr. Pacheco Polanco ni cualquier otro funcionario de la SETENA tiene autoridad para determinar la existencia de humedales en Costa Rica. Es por eso que no era idóneo para darse cuenta e identificar de qué manera el relleno y el drenaje, que habían tenido lugar desde el mes de marzo de 2009, cambiaron las condiciones del suelo y el aspecto del terreno.

La Demandada no ofreció pruebas del drenaje de humedales por parte de las Demandantes en el Sitio del Proyecto

642. Esta alegación es simplemente absurda. Los Informes Primero y Segundo de KECE demostraron cómo las obras de las Demandantes afectaron el Humedal N.º 1.

La Demandada se basa en el hecho de que la SETENA no es competente para tomar ninguna decisión con respecto a los humedales.

⁶⁶⁵ C-83.

⁶⁶⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 285(a).

643. Esta es una correcta interpretación de la ley. La SETENA no es el organismo competente para determinar la existencia de humedales, por lo cual las Demandantes no pueden basarse en su informe que se vio claramente afectado por las obras que realizaron las Demandantes en el sitio desde el mes de marzo de 2009.

644. Asimismo, las Demandantes pretenden basarse en la Resolución de la SETENA del mes de noviembre de 2011 para justificar los impactos que causaron en los humedales y bosques del Ecosistema Las Olas:

"Los hechos básicos e inamovibles de este caso son dos: la SETENA era responsable de emitir una designación de Viabilidad Ambiental a favor de los Demandantes, y la Municipalidad, de otorgar permisos de construcción. A pesar de todos los alegatos no probados, extraños y falsos lanzados contra el desarrollo del proyecto Las Olas de los Demandantes —tanto por un posible competidor celoso como por burócratas demasiado apasionados, incompetentes o no calificados con la única intención de meterse—, finalmente, la SETENA sostuvo su conclusión al reconfirmar la Viabilidad Ambiental para la Sección del Condominio en noviembre de 2011.

Solo esta conclusión anula la defensa del Demandado debido a que demuestra que el propio Demandado —actuando mediante la SETENA— ha determinado lo siguiente: no hubo una destrucción de bosques legalmente protegidos; el proyecto Las Olas no afectaría humedales, y no había evidencia alguna de que la conclusión original acerca de la Viabilidad Ambiental había sido obtenida mediante mecanismos fraudulentos o mediante la omisión de pruebas de perjuicios. Si cualquiera de estos alegatos, de los cuales depende por completo la defensa del Demandado, fuera verdad, la SETENA no hubiera reconfirmado la Viabilidad Ambiental en noviembre de 2011"⁶⁶⁷.

645. Esto resulta sencillamente inaceptable. El hecho de que la SETENA desestimara la denuncia del SINAC con respecto a la confección y uso por parte de las Demandantes del Documento Falsificado, de algún modo, se relaciona con la responsabilidad que tuvieron las Demandantes al afectar los ecosistemas del Sitio del Proyecto o puede evitarla. Y es por eso que se iniciaron acciones penales contra el Sr. Aven a pesar de la existencia de la VA para el sitio del Condominio.

2. Las medidas cautelares eran lícitas y seguían el procedimiento legal

646. Las Demandantes se basan en el Sr. Ortiz para alegar que todas las medidas cautelares emitidas contra las Demandantes son nulas. En primer lugar, las Demandantes alegan que la SETENA actuó de manera "irracional y en violación de la ley" por no iniciar un procedimiento administrativo o judicial para reconsiderar la Medida cautelar de la SETENA⁶⁶⁸. En segundo lugar, las Demandantes alegan que, una vez que el SINAC emite

⁶⁶⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 251-252.

⁶⁶⁸ Id., párr. 209.

una orden de suspensión cautelar, "[el SINAC] está obligado a iniciar un procedimiento administrativo para examinar todas las pruebas en un plazo de 15 días" desde su emisión⁶⁶⁹. De igual modo, las Demandantes alegan que la Demandada "[no cumplió] sus propias leyes" al no levantar la medida cautelar del TAA o iniciar un procedimiento administrativo para examinarla dentro de los 15 días de su fecha de emisión⁶⁷⁰.

647. En primer lugar, para justificar el plazo de 15 días, el Sr. Ortiz se funda en los Artículos 14.2, 146 y 148 de la Ley General de la Administración Pública. Ninguna de estas disposiciones trata la emisión de medidas cautelares por parte de las agencias costarricenses⁶⁷¹. En segundo lugar, ninguna de la jurisprudencia que cita el Sr. Ortiz para imponer artificialmente el plazo de 15 días hace referencia a cuestiones ambientales⁶⁷².

648. En tercer lugar, el Dr. Jurado explica sustancialmente en su segunda declaración testimonial que⁶⁷³:

- al analizar medidas cautelares, es necesario contextualizar su aplicabilidad y concepto en función del área del derecho en que se las desee aplicar;
- en este caso, las medidas cautelares dictadas contra el Proyecto Las Olas deben analizarse teniendo en cuenta los principios del derecho ambiental a cargo de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; y
- al constituir el medio ambiente un bien común, catalogado como de interés público, la flexibilidad en el otorgamiento de medidas cautelares es fundamental para cumplir con el principio precautorio que "permea e impacta al derecho ambiental de manera transversal."

649. En este contexto, el Dr. Jurado luego concluye:

"En consecuencia, tampoco lleva razón el señor Ortiz en afirmar que existe un plazo perentorio de quince días, contados a partir de la interposición de la medida cautelar, para iniciar el proceso principal. **El plazo al que se refiere el señor Ortiz está prescrito en el numeral 26 del Código Procesal Contencioso Administrativo, y aplica únicamente para los procesos en vía judicial, no administrativa sobre el tema ambiental. Ni la ley ni la jurisprudencia sustentan el traslado de este plazo al procedimiento administrativo**"⁶⁷⁴. (énfasis agregado)

⁶⁶⁹ Íd., párr. 219.

⁶⁷⁰ Íd., párrs. 221-222.

⁶⁷¹ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 76.

⁶⁷² Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 77.

⁶⁷³ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párrs. 78, 83.

⁶⁷⁴ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 93.

650. Por lo tanto, la Medida Cautelar de la SETENA, la Medida Cautelar del SINAC y la Medida Cautelar del TAA se dictaron de manera lícita. El Dr. Jurado analiza cada una de ellas en su segunda declaración testimonial y confirma que, con arreglo a la legislación en materia ambiental de Costa Rica, las autoridades aplicaron dichas medidas legalmente.

651. Por último, las Demandantes alegan que el TAA debería haber revisado su medida cautelar porque "las medidas del [TAA] no pueden ser indefinidas"⁶⁷⁵. Las Demandantes no mencionan las propias disposiciones del TAA según las cuales sólo se puede modificar una medida cautelar cuando cambian las circunstancias que dieron lugar a ella. El Dr. Jurado explica la aplicación de esta norma al caso de las Demandantes:

"Adicionalmente, se debe indicar que la permanencia de una medida cautelar no atenta contra el derecho del administrado. El administrado siempre puede solicitar al TAA modificar la medida cautelar en caso de considerar que ha existido un cambio en el estado original de las cosas. Esto obedece a que el derecho ambiental permite pasar de un régimen de tutela asegurativa a un proceso donde se permita la tutela inmediata y anticipada para evitar que se produzca o se siga produciendo un daño. Por lo tanto, si se logra constatar que el riesgo de daño ha cesado, ya no existiría necesidad de prolongar la medida cautelar.

[...]

Por último, las medidas cautelares se toman de manera precautoria para asegurar el resultado de la sentencia final en caso de ser favorable al demandante, y, como característica específica del derecho ambiental, para prevenir un daño irreversible al ambiente. Por lo tanto, en ausencia de sentencia final y sin evidencia alguna de modificaciones en el actuar del administrado que evite el supuesto daño ambiental, es factible, y también necesario, continuar con las medidas cautelares dictadas, de lo contrario, se estaría incumpliendo con legislación nacional al permitir la continuación del riesgo de daño ambiental"⁶⁷⁶.

652. La interpretación rígida e inapropiada del Sr. Ortiz no se corresponde con cómo el aparato del Estado que se encarga de velar por el cumplimiento de la normativa ambiental se ve obligado a actuar en virtud del derecho costarricense, incluso frente a la potencial existencia de daños al medio ambiente.

3. La Municipalidad cumplió, en todo momento, con las medidas cautelares que dictaron los organismos correspondientes contra el Proyecto Las Olas

653. La Municipalidad recibió órdenes de diversos organismos para detener el otorgamiento de permisos de construcción a las Demandantes y supervisar la cesación de las obras en el Sitio del Proyecto:

⁶⁷⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 221.

⁶⁷⁶ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párrs. 113, 115.

- el día 3 de enero de 2011, el SINAC ordenó la cesación de las obras en el Proyecto Las Olas⁶⁷⁷;
- el día 4 de febrero de 2011, se dictó la medida cautelar del SINAC de cesación de obras⁶⁷⁸;
- el día 26 de abril de 2011, la SETENA ordenó la cesación de obras y solicitó a la Municipalidad que se proceda a la ejecución de su medida cautelar (Medida cautelar de la SETENA)⁶⁷⁹;
- el día 26 de enero de 2012, el juzgado penal de Quepos ordenó a la Municipalidad detener el otorgamiento de permisos de construcción a las Demandantes⁶⁸⁰; y
- el día 17 de julio de 2012, el TAA ordenó la cesación de obras (Medida Cautelar del TAA)⁶⁸¹.

654. El día 26 de septiembre de 2013, el juzgado penal de Quepos decretó que su medida cautelar permanecerá en vigencia hasta que la cuestión se resuelva mediante sentencia definitiva de un tribunal de justicia⁶⁸².

655. El Sr. Ortiz declara que la Municipalidad debería, al menos, haber revisado las medidas cautelares cuando la SETENA levantó la Medida Cautelar de la SETENA el día 15 de noviembre de 2011⁶⁸³. Sin embargo, la Municipalidad sí consideró el levantamiento por parte de la SETENA de su medida cautelar el día 15 de noviembre de 2011. El día 1 de diciembre de 2011, las Demandantes solicitaron levantar la orden de cesación de obras en virtud de la resolución de la SETENA⁶⁸⁴.

656. El día 6 de noviembre de 2012, el Consejo Municipal conoció la petición de las Demandantes y acordó levantar la cesación de obras atento a que se había levantado la Medida Cautelar de la SETENA⁶⁸⁵. Si la Municipalidad tenía algún tipo de "ira personal" contra las Demandantes, probablemente no habría levantado la Medida Cautelar.

⁶⁷⁷ R-262, Informe del SINAC del mes de enero de 2011 (ACOPAC-CP-003-11), 3 de enero de 2011.

⁶⁷⁸ C-112.

⁶⁷⁹ R-85, Recepción de la Resolución N.º 839-2011 de la SETENA por parte de la Municipalidad, 26 de abril de 2011.

⁶⁸⁰ R-134, Orden emitida por el Juzgado Penal, 22 de noviembre de 2012.

⁶⁸¹ C-121.

⁶⁸² R-134, Orden emitida por el Juzgado Penal, 22 de noviembre de 2012.

⁶⁸³ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 118.

⁶⁸⁴ R-129, Aprobación del Concejo Municipal del levantamiento de la Medida Cautelar (SM_2012-802), 6 de noviembre de 2012.

⁶⁸⁵ R-129, Aprobación del Concejo Municipal del levantamiento de la Medida Cautelar (SM_2012-802), 6 de noviembre de 2012.

657. No obstante, la Municipalidad aún debía cumplir con las medidas cautelares del TAA y el juzgado penal de Quepos. De hecho, los días 1 de octubre de 2013 y 12 de junio de 2013, la Comisión Interdisciplinaria del Proyecto Las Olas recomendó al Consejo Municipal observar las constantes prórrogas de la Medida Cautelar Judicial y abstenerse de otorgar permisos a las Demandantes hasta resolverse la situación del Proyecto⁶⁸⁶.

4. Las Demandantes no pueden basarse en los actos preliminares de la SETENA y del SINAC

658. Las Demandantes no cuestionan el hecho de que los informes de las agencias locales, como actos preparatorios, no tengan ningún efecto jurídico en el usuario, a menos que formen parte de un acto administrativo definitivo⁶⁸⁷. Lo que sí alegan las Demandantes es que dicha distinción "de ninguna forma invalida la aplicabilidad de la Doctrina de los Actos Propios ni la del principio de confianza legítima conforme al derecho costarricense"⁶⁸⁸.

659. Tal como se explicará *infra*, estas alegaciones no afectan la responsabilidad de Costa Rica en virtud del derecho internacional⁶⁸⁹.

H. La Demandada cumplió con el procedimiento legal para que los intrusos desalojaran el Sitio del Proyecto

660. Las Demandantes culpan a la Demandada por la situación actual en el Sitio del Proyecto⁶⁹⁰. Los ocupantes ilegales invadieron el Sitio del Proyecto alrededor del día 4 de octubre de 2015. El día 15 de octubre de 2015, el Sr. Manuel Ventura envió una carta firmada por la Sra. Murillo, en representación de Trio International Inc. S.A., mediante la cual se autorizaba a la Municipalidad a adoptar las medidas necesarias para interrumpir todas las obras de construcción llevadas a cabo por los ocupantes ilegales en el Sitio del Proyecto⁶⁹¹.

661. El día 16 de octubre de 2015, la Municipalidad solicitó (i) presentar, junto con la carta de autorización, un poder otorgado en favor de la Sra. Murillo para actuar en representación de Trio International Inc. S.A. y (ii) obtener la certificación notarial de la carta⁶⁹². Asimismo,

⁶⁸⁶ **R-390**, Primera recomendación de cumplimiento de la Medida Cautelar judicial por parte de la Comisión Interdisciplinaria, 12 de junio de 2013; **R-391**, Segunda recomendación de cumplimiento de la orden cautelar judicial por parte de la Comisión Interdisciplinaria, 1 de octubre de 2013.

⁶⁸⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 260.

⁶⁸⁸ *Ibíd.*

⁶⁸⁹ Véase la Sección III.

⁶⁹⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 186.

⁶⁹¹ **R-335**, Solicitud de cierre de construcciones de la Sra. Murillo a la Municipalidad, 15 de octubre de 2015.

⁶⁹² **R-336**, Solicitud de autorización del Sr. Ventura, 16 de octubre de 2015.

la Municipalidad le explicó al Sr. Ventura que la Municipalidad sólo podía emprender acciones legales contra las construcciones ilegales en el Sitio del Proyecto⁶⁹³.

662. Ese mismo día, la Municipalidad inspeccionó los alrededores del predio, dado que las Demandantes aún no habían presentado la debida autorización para ingresar en propiedad privada, y denunció tareas de limpieza, actividades de demarcación de lotes y la construcción de chozas⁶⁹⁴.

663. El día 20 de octubre de 2015, la Municipalidad comunicó a la fuerza pública de Parrita, al Ministerio de Salud y al MINAET [sic] las quejas de los vecinos de Esterillos Oeste en relación con la presencia de invasores en el Sitio del Proyecto⁶⁹⁵. La Municipalidad solicitó que las agencias adoptaran todas las medidas pertinentes dentro de su margen de acción⁶⁹⁶.

664. El día 21 de octubre de 2015, el Sr. Ventura presentó el poder que se le había solicitado ante la Municipalidad⁶⁹⁷. Ese mismo día, la Municipalidad le comunicó a la Sra. Murillo que⁶⁹⁸:

- la autorización enviada a la Municipalidad el día 15 de octubre de 2016 no se encontraba certificada por escribano público, tal como se habría solicitado al Sr. Ventura el día 16 de octubre de 2015;
- la Municipalidad necesitaba una autorización escrita de las Demandantes para ingresar a la propiedad e interrumpir toda construcción ilegal realizada en el sitio;
- la Municipalidad no podía adoptar medidas para desalojar a los invasores de la propiedad; y
- la Municipalidad carece de autoridad legal para desalojar a los invasores y recomienda iniciar acciones legales a través de las autoridades correspondientes.

665. El día 21 de octubre de 2015, el Alcalde de Parrita le envió una carta al Departamento de Desarrollo Social y Urbano, mediante la cual le solicitaba coordinar la notificación y cierre de todas las construcciones ilegales en el Sitio del Proyecto⁶⁹⁹.

⁶⁹³ Ibíd.

⁶⁹⁴ **R-337**, Informe de inspección de la Municipalidad (DIDU-027-2015), 16 de octubre de 2015.

⁶⁹⁵ **R-343**, la Municipalidad informa a las instituciones sobre las preocupaciones de los vecinos con respecto a la presencia de intrusos en el Sitio del Proyecto, 20 de octubre de 2015.

⁶⁹⁶ Ibíd.

⁶⁹⁷ **R-339**, Poder presentado a la Municipalidad por el Sr. Ventura, 21 de octubre de 2015.

⁶⁹⁸ **R-340**, Respuesta de la Municipalidad a la Sra. Murillo (OIM 0333-2015), 21 de octubre de 2015.

⁶⁹⁹ **R-341**, Carta del Alcalde de Parrita (OAM-666-2016), 21 de octubre de 2015.

666. El día 23 de octubre de 2015, la Municipalidad visitó el Sitio del Proyecto con la fuerza pública para poner fin a las construcciones ilegales existentes⁷⁰⁰.
667. El día 26 de octubre de 2015, la Municipalidad celebró una reunión con representantes del Consejo Municipal, la fuerza pública, vecinos de Esterillos Oeste y un representante de las Demandantes, el Sr. Damjanac⁷⁰¹. La conclusión de la reunión fue que las Demandantes debían presentar una queja formal ante el Ministerio de Seguridad Pública.
668. El día 27 de octubre de 2015, el Ministerio de Salud respondió la solicitud de información de la Municipalidad de fecha 21 de octubre de 2015, con respecto al manejo inapropiado de desechos sólidos y aguas residuales a raíz de las invasiones en el Sitio del Proyecto. El Ministerio comunicó los resultados de la reunión del día 26 de octubre, y, de nuevo, recomendó que las Demandantes iniciaran las correspondientes acciones legales para desalojar a los invasores de la propiedad⁷⁰².
669. El día 13 de noviembre de 2015, las Demandantes presentaron la tan esperada queja formal ante el Ministerio de Seguridad Pública⁷⁰³. El día 7 de noviembre de 2015, el Ministerio de Seguridad hizo lugar a la petición de las Demandantes y les otorgó un plazo de 10 días para especificar la cantidad de personas que debían desalojarse⁷⁰⁴.
670. El día 16 de noviembre de 2015, el Consejo Municipal preguntó al Ministerio de Seguridad Pública si las Demandantes habían presentado una queja formal ante el organismo para dar inicio al proceso de desalojo⁷⁰⁵. El Consejo Municipal le explicó al Director del Departamento de Desalojo del Ministerio las medidas que había tomado y que, no obstante ello, las Demandantes no informaron haber realizado acción alguna ante el Ministerio de Seguridad Pública⁷⁰⁶.
671. El día 18 de noviembre de 2015, representantes de la Municipalidad, el Ministerio de Salud y la fuerza pública visitaron el Sitio del Proyecto para evaluar la situación de los ocupantes ilegales. Sin embargo, la inspección debió suspenderse por razones de seguridad⁷⁰⁷.

⁷⁰⁰ R-155, Carta remitida por el Departamento de Inspectores al Departamento de Desarrollo Urbano sobre la visita al sitio (DIDU-028-2015), 23 de octubre de 2015.

⁷⁰¹ R-156, Informe de la Municipalidad sobre reunión de coordinación de la Comisión interinstitucional (DeGA-0273-2015), 28 de octubre de 2015.

⁷⁰² R-342, Carta remitida por el Ministerio de Salud a la Municipalidad, 27 de octubre de 2015.

⁷⁰³ C-175; C-180.

⁷⁰⁴ R-328, Solicitud de información de la Demandantes, 7 noviembre de 2015.

⁷⁰⁵ R-327, Solicitud de información de la Municipalidad al Ministerio de Seguridad Pública, 16 de noviembre de 2015.

⁷⁰⁶ R-327, Solicitud de información de la Municipalidad al Ministerio de Seguridad Pública, 16 de noviembre de 2015.

⁷⁰⁷ R-338, Informe de inspección de la Municipalidad (DIDU-030-2015), 18 de noviembre de 2015.

672. El día 19 de abril de 2016, el Ministerio de Seguridad Pública respondió a la Municipalidad que las Demandantes habían iniciado un proceso de desalojo en representación de Mis Mejores Años Vividos S.A. y Trio Internacional Inc. S.A.⁷⁰⁸.
673. El día 20 de abril de 2016, el Ministerio de Seguridad Pública solicitó a la Policía de Parrita llevar a cabo una investigación en el Proyecto Las Olas para determinar (i) la fecha aproximada de las invasiones y (ii) la cantidad de personas que vivían en el Sitio del Proyecto⁷⁰⁹.
674. El día 4 de mayo de 2016, la Policía de Parrita informó al Ministerio de Seguridad Pública que⁷¹⁰:
- el día 26 de octubre de 2015, la Policía de Parrita comunicó la situación de los invasores en el Sitio del Proyecto;
 - para esa fecha, había 362 chozas y 6 de ellas tenían un total de 19 habitantes;
 - el resto de las chozas se encontraban ocupadas y no cumplían las condiciones básicas para considerarse viviendas; y
 - el 95% de los ocupantes ilegales no eran lugareños.
675. El día 19 de julio de 2016, la Policía de Parrita informó al Ministerio de Seguridad Pública sobre una inspección realizada ese mismo día, en la cual la policía observó que⁷¹¹:
- había 5 chozas habitadas;
 - el resto de las chozas no eran más que construcciones de plástico abandonadas; y
 - en esas 5 chozas, vivía un total de 10 adultos y 9 niños.
676. En otro informe de fecha 19 de julio de 2016, la Policía informó al Ministerio que, pese a los esfuerzos realizados, la policía no logró ubicar a los ocupantes ilegales para notificarles acerca del proceso de desalojo⁷¹².

⁷⁰⁸ **R-329**, Respuesta del Ministerio de Seguridad Pública a la Municipalidad, 19 de abril de 2016.

⁷⁰⁹ **R-331**, Solicitud de información a la Policía de Parrita, 20 de abril de 2016.

⁷¹⁰ **R-330**, Respuesta de la Policía de Parrita al Ministerio de Seguridad Pública, 4 de mayo de 2016.

⁷¹¹ **R-332**, Informe de la Policía de Parrita al Ministerio de Seguridad Pública, 19 de julio de 2016.

⁷¹² **R-334**, Informe de la Policía de Parrita al Ministerio de Seguridad Pública con respecto a la notificación de ocupantes ilegales, 19 de julio de 2016.

677. El día 22 de julio de 2016, diez de los invasores apelaron la Resolución 510-16, ya que estaban en contra del proceso de desalojo por considerarse tenedores de buena fe del terreno, que se encontraba abandonado desde el mes de marzo de 2015⁷¹³.
678. El día 8 de agosto de 2016, el Ministro de Seguridad Pública rechazó la apelación que presentaron los intrusos, ratificó la Resolución 510-10 y concedió un plazo de tres días a los invasores para abandonar voluntariamente la propiedad⁷¹⁴.
679. Al día 27 de octubre de 2016, se removieron del sitio a los ocupantes ilegales. De esta manera, las Demandantes recuperaron sus derechos de posesión sobre la propiedad⁷¹⁵.

1. Las agencias costarricenses siempre explicaron a las Demandantes su autoridad legal y margen de acción

680. Tal como indicara la Sra. Vargas en su Segunda Declaración Testimonial:

"Tal y como se les explicó a las Demandantes en la reunión del 26 de octubre de 2015, el desalojo físico de los **precaristas no es una acción que corresponda a la Municipalidad, ni a las instituciones del cantón Parrita, sino que es una competencia exclusiva de la Fuerza Pública, que lleva a cabo esta actuación a pedido del Ministerio de Seguridad Pública**"⁷¹⁶. (énfasis agregado)

681. De hecho, se informó a las Demandantes qué medidas debían tomar y las Demandantes siempre supieron que el Ministerio de Seguridad Pública era el organismo exclusivo competente para desalojar a los intrusos:

- el día 16 de octubre de 2015, la Municipalidad le explicó al Sr. Ventura que la Municipalidad solo podía entablar acciones legales contra las construcciones ilícitas en el Sitio del Proyecto⁷¹⁷;
- el día 21 de octubre de 2015, la Municipalidad le comunicó a la Sra. Murillo que la Municipalidad no podía tomar medidas para desalojar a los precaristas de la propiedad y carece de autoridad legal para hacerlo, y recomendó iniciar acciones legales ante las autoridades correspondientes; y
- el día 26 de octubre de 2015, la Sra. Jiménez de la Municipalidad explicó que la entidad competente para dar curso al proceso de desalojo era el Ministerio de

⁷¹³ **R-333**, Apelación de la Resolución 510-16 por parte de los intrusos, 22 de julio de 2016.

⁷¹⁴ **R-346**, el Ministerio de Seguridad Pública rechaza la apelación presentada por los intrusos, 8 de agosto de 2016.

⁷¹⁵ **R-518**, Informe de desalojo del Proyecto Las Olas, 27 de octubre de 2016.

⁷¹⁶ Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párr. 107.

⁷¹⁷ *Ibíd.*

Seguridad Pública⁷¹⁸. El Alcalde de Parrita y el comandante de la Fuerza Pública instaron al Sr. Damjanac a presentar una queja formal ante el Ministerio de Seguridad Pública para que los organismos pudieran asistir a las Demandantes⁷¹⁹.

682. En vista de lo anterior, resulta sorprendente que las Demandantes habrían optado por presentar una acción constitucional contra la Municipalidad, el Ministerio de Seguridad Pública y las Fuerzas Públicas de Parrita. El día 13 de noviembre de 2015, el Sr. Ventura, en representación de las Demandantes, presentó un recurso de Amparo en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual le solicitó ordenar a los tres organismos tomar medidas inmediatas contra los precaristas en el Sitio del Proyecto⁷²⁰

683. El día 18 de noviembre de 2015, la Sala Constitucional negó admisibilidad para atender la petición de las Demandantes y confirmó algo que las Demandantes ya sabían: el Ministerio de Seguridad Pública es el único órgano competente para ejecutar desalojos legales en Costa Rica. La corte sostuvo:

"[E]s un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta Sala, pues en ello no está involucrada una lesión directa a derecho fundamental alguno por parte de una autoridad; sino que lo que el petente reclama es la presunta negativa de los funcionarios del Ministerio [de Seguridad Pública] accionado de atenuar o eliminar la inseguridad ciudadana que provocan varias personas con su actuar delictivo en el lugar en que reside la persona amparada, lo cual no es materia de amparo, sino que constituye una queja o denuncia que, como tal, debe ser presentada ante la misma autoridad recurrida o, en su caso, ante el Ministerio Público por incumplimiento de deberes. Debe observarse que no es función de este Tribunal sustituir a la administración activa en sus competencias, ni decidir por medio de qué políticas, o medidas, o técnicas policiales deben las autoridades del orden público enfrentar el problema planteado, ni cómo ni cuándo hacerlo."⁷²¹]

684. El tribunal aclaró qué recurso tendrían las Demandantes si sentían que el Ministerio de Seguridad Pública no cumplía sus deberes. Sin embargo, las Demandantes no han adoptado ninguna medida adicional en este sentido.

2. El actual proceso de desalojo se ajustó a la legislación aplicable y el objetivo es desalojar a los ocupantes ilegales

685. El Sr. Aven acusa a la Demandada de "no hacer nada para frenar" la situación en Las Olas:

⁷¹⁸ Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párr. 104; **R-156**, Informe de la Municipalidad sobre reunión de coordinación de la Comisión interinstitucional (DeGA-0273-2015), 28 de octubre de 2015.

⁷¹⁹ Ibíd.

⁷²⁰ C-181.

⁷²¹ C-183.

"Mientras esta farsa continúa, el gobierno se muestra inactivo y no hace nada para detener esta situación ilegal, a pesar de que mis abogados y yo hemos escrito en reiteradas oportunidades para solicitar que se hagan cumplir las leyes de Costa Rica y se desaloje a los ocupantes ilegales de la propiedad de Las Olas"⁷²².

686. Lo cierto es que las autoridades costarricenses siguieron el procedimiento legal para desalojar a los invasores ilegales del sitio. En Costa Rica, el Ministerio de Seguridad Pública es el órgano responsable de ejecutar procesos de desalojo⁷²³.
687. Una vez presentada la queja formal en el Ministerio, el organismo analiza la solicitud y procede a ordenar el desalojo. Las reglamentaciones vigentes establecen la notificación de esta orden y el derecho a oponerse a ella de cualquiera de las partes afectadas por el desalojo⁷²⁴. La obligación de notificar a los invasores y permitirles impugnar el procedimiento de desalojo fue ratificada por la Sala Constitucional a fin de proteger sus derechos de debido proceso⁷²⁵.
688. Una vez que el Ministerio emite la orden de desalojo, la fuerza pública (la policía) es la que lleva a cabo el desalojo del lugar, siempre preservando el orden público y la integridad física de las personas afectadas⁷²⁶.
689. En este caso, las autoridades costarricenses actuaron de conformidad con los procedimientos porque, una vez que las Demandantes presentaron su queja formal en el Ministerio el día 13 de noviembre de 2015, el Ministerio procesó su solicitud y emitió una orden de desalojo. Lo que entorpeció el procedimiento fue la demora de las Demandantes en brindar información acerca de qué lotes les pertenecían.
690. La orden de desalojo se notificó a los ocupantes ilegales para otorgarles su derecho de defensa. Actualmente, la policía de Parrita se encuentra a cargo de llevar a cabo el desalojo efectivo en el Sitio del Proyecto.
691. Por último, las acciones de las Demandantes ante la Sala Constitucional y el Presidente de la República estaban fuera del ámbito de responsabilidad de dichas autoridades. El procedimiento administrativo de desalojo se encuentra claramente regulado a nivel legal y estatutario. Toda acción legal ejercida ante un órgano distinto a las autoridades establecidas no es vinculante, ya que la entidad no es competente para considerar el asunto. Es decir, las solicitudes de desalojo presentadas ante cualquier institución que no

⁷²² Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 12.

⁷²³ **R-376**, Normas sobre procedimientos administrativos de desalojo presentados ante el Ministerio de Seguridad Pública, 14 de junio de 2012, Artículos 2 y 6.

⁷²⁴ *Íd.*, Artículo 3.

⁷²⁵ **R-377**, Sala Constitucional, Decisión N.º 4166 - 96, 14 de agosto de 1996.

⁷²⁶ **R-376**, Normas sobre procedimientos administrativos de desalojo presentados ante el Ministerio de Seguridad Pública, 14 de junio de 2012, Artículo 12.

sea el Ministerio de Seguridad Pública no se ponen en ejecución y no producen consecuencias legales.

692. En este caso, las Demandantes alegan que presentaron su queja ante la Presidencia de la República y la Sala Constitucional, por lo que es claro que, de acuerdo con la normativa vigente, sólo el Ministerio de Seguridad tiene autoridad sobre los procedimientos de desalojo en Costa Rica.

693. Aunque las Demandantes consideren que se omitió una formalidad en el procedimiento en curso que pudo haber afectado los derechos de las Demandantes, el modo correcto de ejercer un recurso es ante las agencias nacionales costarricenses y no ante este Tribunal.

3. Las Demandantes no demostraron ningún interés en desalojar a los ocupantes ilegales

694. Las Demandantes alegan que el año pasado presentaron "repetidas quejas" ante las autoridades locales, con inclusión del Ministerio de Seguridad Pública, la Municipalidad, la policía local de Parrita y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia⁷²⁷. Sin embargo, fue la propia conducta de las Demandantes la que demoró el procedimiento.

695. Por ejemplo, las Demandantes demoraron indebidamente en presentar una queja formal en el Ministerio de Seguridad Pública. La policía local de Parrita no pudo justificar el desalojo efectivo de los precaristas sin una orden expresa del Ministerio de Seguridad Pública, que sólo podía accionar si había una queja formal, cuya presentación tardía se atribuye únicamente a las Demandantes.

696. Asimismo, las Demandantes se tomaron mucho tiempo para identificar todas las propiedades que debían protegerse de los ocupantes ilegales. Por otra parte, la solicitud de las Demandantes a la Sala Constitucional fue innecesaria porque dicho órgano carece de competencia para entender en cualquier causa relacionada con el procedimiento de desalojo, y así lo explicó en la resolución mediante la cual rechazó su Recurso de Amparo.

697. Las Demandantes también alegan que el Sr. Ventura "entregó", no envió, cartas al Sr. Martínez, a la Sra. Vargas, al MINAE y al Presidente de Costa Rica⁷²⁸. Ninguna de estas autoridades tiene la responsabilidad legal de llevar a cabo procedimientos de desalojo en Costa Rica, por lo que dichas cartas no pudieron ejercer impacto alguno en los actuales procedimientos de desalojo. Además, tal como confirmaran el Sr. Martínez y la

⁷²⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 189.

⁷²⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 189.

Sra. Vargas, ellos nunca recibieron ninguna de las cartas supuestamente entregadas por el Sr. Ventura⁷²⁹.

698. De hecho, las Demandantes no presentaron ningún acuse de recibo de tales cartas de las autoridades a las que fueron "entregadas".
699. En el expediente público, queda claro cómo las autoridades tuvieron que perseguir a las Demandantes para que iniciaran las correspondientes acciones contra los ocupantes ilegales.
700. En primer lugar, la Sra. Vargas explica en su segunda declaración testimonial cómo el Alcalde de Parrita tuvo que comunicarse con el Sr. Ventura en varias ocasiones para exigir que las Demandantes presentaran la denuncia formal ante el Ministerio de Seguridad Pública⁷³⁰.
701. En segundo lugar, un carta que envió la Municipalidad al Ministerio de Seguridad Pública demuestra claramente que las instituciones tuvieron que solicitarse comunicaciones entre sí a falta de cualquier otro dato de las Demandantes que, en teoría, realizaron "sustanciales esfuerzos" para desalojar a los precaristas⁷³¹. En dicha solicitud de información, el Consejo Municipal explicó al Ministerio de Seguridad Pública que:
- “[I]a Municipalidad de Parrita ha tratado de colaborar en lo que se ha podido, ha enviado notas ante el Ministerio de Salud, MINAE, Fuerza Pública, además de realizar el procedimiento de inspección y colocación de sellos en las construcciones sin el respectivo permiso de construcción, se la [sic] comunicado de la situación a la señora Paula Murillo Alpizar, Apoderada Generalísima sin límite de suma de Trio Internacional Inc. S.A. de la situación, pero no se ha apersonado a la Municipalidad y se desconoce que gestiones han realizado ante el, Ministerio de Seguridad Pública [...]”⁷³².
702. En tercer lugar, la Sra. Vargas explica que es muy raro que el propio cuidador de los bienes de las Demandantes sea la persona que provee de agua y probablemente de luz a los precaristas que habitan en el Sitio del Proyecto⁷³³. Por supuesto, esto no puede considerarse un "esfuerzo sustancial" para proteger la propiedad de los precaristas.
703. Por último, la Sra. Vargas logró encontrar la nota manuscrita a la que hizo referencia en su Primera Declaración Testimonial, que las Demandantes presentaron ante la Policía de

⁷²⁹ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 77; Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párr. 122.

⁷³⁰ Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párr. 113.

⁷³¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 188

⁷³² **R-327**, Solicitud de información de la Municipalidad al Ministerio de Seguridad Pública, 16 de noviembre de 2015.

⁷³³ Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párr. 114.

Parrita en el mes de octubre de 2015. El Sr. Ventura niega descaradamente la existencia de esta nota o haber compartido con el Alcalde de Parrita:

"Lo que alega la Sra. Vargas es totalmente falso. [...] No se intercambi6 en absoluto nota alguna y jam6s le he hablado a nadie del desinter6s de los Demandantes respecto de la expuls6n de los ocupantes ilegales"⁷³⁴.

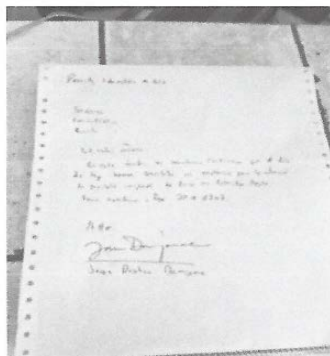
704. Sin embargo, las pruebas demuestran que el Sr. Ventura envi6 una fotograf6a de la nota al Alcalde de Parrita:

Enviado desde mi iPhone

Inicio del mensaje reenviado:

De: "Manuel E. Ventura" <mventura@faciolegal.com>
Para: "Freddy Garro" <freddygarro@hotmail.com>
Asunto: Documento Policia

[cid:BA3489DE-C7ED-42DF-89C3-607CAEAA79C1@epvqi-config.loc]



735

705. El Alcalde de Parrita produjo la imagen enviada por el Sr. Ventura, que muestra una nota manuscrita firmada por el Sr. Damjanac⁷³⁶, las cuales prueban la falta de inter6s de las Demandantes en iniciar la correspondiente acci6n legal para desalojar a los ocupantes ilegales del sitio.

I. Las Demandantes no ten6an "todos los permisos" para desarrollar el Proyecto Las Olas

706. Las Demandantes insisten que obtuvieron todos los permisos requeridos por la legislaci6n costarricense para desarrollar su proyecto.

707. No obstante, seg6n explicara el Sr. Mart6nez:

"Esto es completamente falso. Las Demandantes jam6s obtuvieron ni un solo permiso para cortar 6rboles a pesar de que cuando se les otorg6 la Viabilidad Ambiental se les advirti6 expresamente que en caso de cortar un 6rbol, deb6a tramitarse el permiso correspondiente ante la oficina del MINAE.

⁷³⁴ Segunda Declaraci6n Testimonial de Manuel Ventura, p6rr. 21.

⁷³⁵ R-367, Nota manuscrita del Sr. Damjanac a la Fuerza P6blica de Parrita, octubre de 2015.

⁷³⁶ Ib6id.

Asimismo, las Demandantes jamás obtuvieron permiso alguno para afectar humedales, tutelados bajo los artículos 41 y 45 de la Ley Orgánica del Ambiente”⁷³⁷.

708. Además, el Sr. Aven enuncia los permisos otorgados a las Demandantes:

“Únicamente luego de que las varias dependencias responsables de la emisión de permisos recibieron toda la información necesaria, el gobierno emitió a nuestro favor cinco (5) resoluciones VA de la SETENA para la sección del condominio y la Concesión, y un total de 9 permisos de construcción, a saber, 7 para las servidumbres, 1 para la infraestructura del condominio y 1 para la Concesión”⁷³⁸.

709. Todos estos permisos se encuentran viciados por las ilicitudes de las Demandantes. Las VA y el permiso de construcción otorgado para el sitio de la Concesión no contemplaron que las Demandantes no tenían ningún derecho sobre el titular de la Concesión, La Canícula, después de que las Demandantes violaron constantemente la norma del 51% de titularidad e incurrieron en un potencial dolo incierto, tal como se explicara *supra*⁷³⁹. En cuanto a las VA emitidas para el sitio del Condominio, la SETENA se vio engañada por el ocultamiento de información importante de las Demandantes sobre los ecosistemas del terreno. El permiso de construcción para el sitio del Condominio se obtuvo de manera fraudulenta porque las Demandantes no cumplieron todos los requisitos legales y la Municipalidad se los informó debidamente. Por último, los siete permisos de construcción para las servidumbres estuvieron viciados por el hecho de que las Demandantes pretendieron ejecutar un desarrollo urbano sin primero obtener la VA y, de hecho, comenzaron las obras sin una VA⁷⁴⁰.

Permiso	Ilegalidad
VA para el sitio de la Concesión	Las Demandantes adquirieron, de manera ilegal, las acciones en La Canícula
Permisos de construcción para las servidumbres en el sitio de la Concesión	La VA no cubría la construcción de servidumbres en el sitio de la Concesión. Toda construcción en el área de la ZMT requiere una VA.
VA para el sitio del Condominio	Las Demandantes engañaron a la SETENA y ocultaron la información sobre las verdaderas condiciones físicas del sitio.
Permisos de construcción para el sitio del Condominio	La obtención de este permiso por parte de las Demandantes estuvo rodeada de irregularidades en su emisión por la Municipalidad.
Permisos de construcción para las mal llamadas servidumbres	Las Demandantes no tenían una VA para comenzar a desarrollar las Servidumbres y otro sitio de lotes.

J. La total ignorancia del derecho costarricense por parte de las Demandantes

710. Las Demandantes tergiversaron, malinterpretaron y ampliaron las normas de Costa Rica a favor de sus intereses en el presente caso. La Demandada procederá a analizar los

⁷³⁷ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párrs. 11-12.

⁷³⁸ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 58.

⁷³⁹ Véase la Sección IV.C.

⁷⁴⁰ Informe Siel Siel, Sección VIII.

ejemplos más relevantes para demostrar al Tribunal que las Demandantes no sólo hicieron caso omiso de las leyes al establecer su supuesta inversión en Costa Rica sino que, en este arbitraje, demostraron una completa ignorancia de ellas. Esto es fatal en cuanto a la admisibilidad de las reclamaciones y las expectativas legítimas que claramente tenían las Demandantes: no puede alegarse el desconocimiento de la ley como defensa.

a) La absurda exigencia de las Demandantes con respecto a los antecedentes científicos y técnicos de los vecinos para iniciar demandas

711. El Sr. Aven dice:

“Ahora me abocaré a ciertas alegaciones de la Sra. Vargas, la encargada ambiental de la municipalidad de Parrita. Tal como expliqué en mi Primera declaración testimonial, y como confirma la Sra. Vargas en su propia declaración testimonial, la Sra. Vargas basó sus informes y alegaciones exclusivamente opiniones y observaciones de “vecinos” que obtuvo de oídas, o en observaciones de la propiedad desde los límites del sitio del proyecto, sin nunca haber ingresado al sitio en sí mismo”⁷⁴¹. (énfasis agregado)

“Resumiendo, el Demandado no aporta pruebas para sustentar su afirmación de que “en 2009 y principios de 2010, los vecinos de Esterillos Oeste presentaron numerosas quejas a la Municipalidad, reclamando que los Demandantes habían iniciado obras en el emplazamiento del proyecto que estaban conllevando efectos negativos para los humedales dentro de la finca”. **El Demandado ha aportado una sola de esas denuncias, un documento un tanto histérico firmado por un puñado de supuestos vecinos, carentes de toda autoridad para determinar qué constituye un humedal, y que no aportan pruebas de sus acusaciones**”⁷⁴². (énfasis agregado)

712. Las Demandantes también se basan en el Sr. Arce:

“En la denuncia no se acredita que los vecinos que denuncian sean expertos en aspectos forestales, ni de fauna ni mucho menos humedales”⁷⁴³.

713. Las afirmaciones de las Demandantes conllevan una completa ignorancia del derecho costarricense en materia de protección ambiental, en especial, del principio de participación ciudadana. El principio de que *todas* las personas tienen derecho a denunciar actos que violen el derecho a un entorno saludable y ecológico forma parte del ordenamiento jurídico de Costa Rica, y los tribunales locales lo aplicaron en varios casos.

714. Antes de la reforma de la Constitución Política de Costa Rica en el año 1994, los tribunales estaban listos para aplicar el principio de participación ciudadana. Este principio es tan amplio que incluso un menor puede tener legitimación procesal ante la Sala Constitucional:

⁷⁴¹ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 60.

⁷⁴² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 197.

⁷⁴³ Segunda Declaración Testimonial de Minor Arce, párr. 12(a).

“En el derecho ambiental, el presupuesto procesal de la legitimación tiende a extenderse y ampliarse en una dimensión tal, que lleva necesariamente al abandono del concepto tradicional, debiendo entender que en términos generales, toda persona puede ser parte y que su derecho no emana de títulos de propiedad, derechos o acciones concretas que pudiera ejercer según las reglas por del derecho convencional, sino que su actuación procesal responde a lo que los modernos tratadistas denominan el interés difuso, mediante el cual la legitimación original del interesado legítimo o aún del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resultan así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran.

Tratándose de la protección del ambiente, el interés típicamente difuso que legitima al sujeto para accionar, se transforma, en virtud de su incorporación al elenco de los derechos de la persona humana, convirtiéndose en un verdadero “derecho reaccional”, que, como su nombre lo indica, lo que hace es apoderar a su titular para “reaccionar” frente a la violación originada en actos u omisiones ilegítimos. Es por ello que la vulneración de ese derecho fundamental, constituye una ilegalidad constitucional [...]”⁷⁴⁴.

715. Un año después, el principio se reconoció expresamente en el Artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica, que establece:

“El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. **Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.** El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”⁷⁴⁵. (énfasis agregado)

716. Además, el Artículo 6 de la Ley Orgánica del Ambiente dispone:

“El Estado y las municipalidades, fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República, en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente”⁷⁴⁶.

717. Los tribunales de Costa Rica realizaron una aplicación elocuente del principio de participación del ciudadano. En efecto:

“...la participación ciudadana en los asuntos ambientales abarca dos puntos esenciales: 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 en estos asuntos. **Por ello, el Estado costarricense no sólo debe invitar a la participación ciudadana, sino que debe promoverla y respetarla cuando se produzca**”⁷⁴⁷. (énfasis agregado)

“Particular atención requieren los casos como el presente, donde la condena reside en la violación al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en los términos del numeral 50 de la Constitución Política [...] Nótese cómo a favor de toda persona, se

⁷⁴⁴ R-166, Sentencia 3705-93, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 30 de julio de 1993, párr. IV.

⁷⁴⁵ R-214, Constitución de Costa Rica, 1949, Artículo 50.

⁷⁴⁶ C-184.

⁷⁴⁷ Sentencia 3705-93, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2 de mayo de 2012, párr. V.

reconoce tanto el derecho a un ambiente sano, como la legitimación para denunciar su irrespeto y reclamar la reparación [...] Si tal es el sistema propugnado y plasmado en la Carta Magna, en base a esa estructura deberá sustentarse toda interpretación de los distintos procedimientos o procesos vigentes para tutelar el ambiente. De allí que, **limitar el ejercicio de ese derecho a sujetos con características específicas para lograr su protección administrativa o jurisdiccional, implica únicamente un esfuerzo por circunscribirlo a requisitos que en modo alguno compatibilizan con los postulados constitucionales actuales**, en donde como se vio, del numeral 50 *supra* indicado, surge como legitimada, “toda persona”, para instaurar la acción respectiva en resguardo del ambiente y demandar su reparación. Por su parte, el principio 10 de la Declaración de Río, haciendo alusión a la participación de todos los ciudadanos en cuestiones ambientales, señala que: “Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre otros el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”⁷⁴⁸. (énfasis agregado)

718. De hecho, el propio perito de las Demandantes, Luis Ortiz, reconoció expresamente el *ius standi* de los vecinos:

“Dado que todo lo que tenga relación con el medio ambiente se considera de interés difuso, toda persona tiene por lo anterior fundamento jurídico para presentar denuncias”⁷⁴⁹.

719. En vista de estas decisiones y disposiciones, las acusaciones de las Demandantes contra la Sra. Díaz y la Sra. Vargas de admitir quejas de vecinos “con exceso de celo” son infundadas:

“Lo que queda claro de la versión de los eventos de las Sras. Díaz y Vargas es que se permitió que las quejas de unos pocos vecinos con exceso de celo se descontrolasen y adquiriesen una importancia que no tenían, considerando la carencia de pruebas de cualquier infracción que poseían estos “vecinos”, su falta de cualificaciones en asuntos medioambientales y las numerosas oportunidades que las autoridades tuvieron para poner fin al asunto, incluyendo una entrevista con los Demandantes acerca de sus supuestas infracciones, que notablemente omitieron celebrar en los más de cuatro años que duró el procedimiento de investigación”⁷⁵⁰. (énfasis agregado)

720. Los vecinos desempeñaron un papel fundamental en la respuesta de Costa Rica al daño ambiental que causaron las Demandantes al Ecosistema de Las Olas. Su inmediatez al Sitio del Proyecto los convierte en importantes actores en este escenario: todos los días veían cómo las obras afectaban los humedales y bosques, y sufrían las consecuencias de las actividades de las Demandantes. Conocen muy bien la región y, por ende, son capaces más que nadie de detectar cualquier tipo de irregularidad.

⁷⁴⁸ RLA-132, Resolución 675, Sala Primera, Corte Suprema de Justicia, 21 de septiembre de 2007, párr. IX.

⁷⁴⁹ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 137.

⁷⁵⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 200.

721. El derecho costarricense reconoce esta situación al establecer que todas las personas tienen legitimación para denunciar y reclamar por violaciones de la ley ambiental. Por su parte, la Demandada reafirma que, contrariamente a las alegaciones de las Demandantes, los vecinos tienen “autoridad” para denunciar cualquier actividad que consideren potencialmente perjudicial para el medio ambiente, y las autoridades tienen la obligación de llevar a cabo los procedimientos correspondientes en este sentido.

b) Las interpretaciones personales y erróneas de la ley del Sr. Aven no son vinculantes para el Tribunal

722. Las Demandantes realizaron una interpretación egoísta de las normas aplicables a la SETENA al tergiversar el párrafo 11 de la Primera Declaración Testimonial del Dr. Jurado, que aludía a la disposición del Artículo 19 de la Ley Orgánica del Ambiente:

“Las resoluciones de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental deberán ser fundadas y razonadas. Serán obligatorias tanto para los particulares, como para los entes y organismos públicos”⁷⁵¹.

723. El párrafo completo del Dr. Jurado reza:

“Adicionalmente, la Ley Orgánica del Ambiente le atribuye a SETENA la responsabilidad de aprobar las evaluaciones de impacto ambiental, preparadas por los administrados, como requisito indispensable para iniciar cualquier actividad que pudiese alterar elementos del ambiente. Concretamente, el artículo 17 de esta ley establece que las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos, requerirán una evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental creada en esta ley. Su aprobación previa, de parte de este organismo, será requisito indispensable para iniciar las actividades, obras o proyectos. Las leyes y los reglamentos indicarán cuáles actividades, obras o proyectos requerirán la evaluación de impacto ambiental. Igualmente, se establece claramente que lo que resuelva SETENA respecto de estas evaluaciones de impacto ambiental, será de acatamiento obligatorio tanto para los particulares como para los organismos públicos. **De esta forma, SETENA se constituye en el órgano técnico designado legalmente para analizar y resolver las evaluaciones de impacto ambiental, así como dar el seguimiento al cumplimiento, de manera que cuando se considere que existe una violación a lo resuelto, podrá ordenar la paralización de las obras**”⁷⁵². (énfasis agregado)

724. El Sr. Aven toma la última oración de su párrafo de la declaración del Dr. Jurado y procede a crear una interpretación, que no tiene sustento en el derecho costarricense. El Sr. Aven manifiesta:

“De todas las miles de palabras que la Demandada ha escrito, las 84 palabras más importantes para mí fueron las que escribió el Dr. Jurado, uno de los testigos periciales de la Demandada, cuando expresó lo siguiente: '[...] la SETENA es el órgano de carácter técnico que la ley

⁷⁵¹ C-184.

⁷⁵² Primera Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 11.

autoriza para analizar y expedirse sobre las evaluaciones de impactos ambientales y para controlar el cumplimiento con las normas, de forma tal que, en caso de que se produzca una violación de sus resoluciones, podrá ordenar la suspensión de las obras’.

De manera similar, la ley establece claramente que las instituciones públicas y privadas deben cumplir con la resolución de la SETENA en lo relacionado con estas evaluaciones de impactos ambientales. Por consiguiente, la SETENA es el órgano de carácter técnico que la ley autoriza para analizar y expedirse sobre las evaluaciones de impactos ambientales y para controlar el cumplimiento con las normas, de forma tal que, en caso de que se produzca una violación de sus resoluciones, podrá ordenar la suspensión de las obras.

Tengo entendido que las resoluciones de la SETENA son órdenes gubernamentales con las que todos deben cumplir, y eso incluye a organismos públicos tales como la Fiscalía, el MINAE, el TAA, los municipios, la Defensoría y todas las demás. La pregunta es: ¿a qué se debe que todos los encargados de esos organismos públicos se nieguen a respetar la ley y cumplir con las resoluciones? Con su Memorial de contestación y las declaraciones testimoniales, la Demandada persigue el único objetivo de levantar tantas acusaciones infundadas como sea posible, sin pruebas, con la esperanza de que el Tribunal crea que sus acciones fueron de buena fe, que nosotros no fuimos objeto de un trato injusto y que la Demandada cumplió con los términos del tratado DR-CAFTA (Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América). El objetivo de mi declaración es explicar lo que realmente sucedió y demostrar claramente ante el Tribunal que la Demandada no actuó de buena fe, que nos trató de manera injusta y que no cumplió con las disposiciones del tratado DR-CAFTA”⁷⁵³.

“Ninguno de quienes me acusan (los Sres. Martínez, Piccado y Bogantes y las Sras. Vargas y Díaz) cumplió con órdenes gubernamentales legalmente emitidas (es decir, las cinco resoluciones distintas que emitió la SETENA), y ahora pretenden acusarme a mí de incumplimiento”⁷⁵⁴.

“La Demandada está totalmente consciente de eso, y no puede más que admitir que la SETENA emitió un permiso lícito el 2 de junio de 2008. En ese momento, y en palabras del propio testigo pericial del MINAE de la Demandada, el Dr. Jurado, una vez que la SETENA emite una resolución, la misma adquiere carácter de orden gubernamental con fuerza de ley que todos deben respetar; tal como expresa el Dr. Jurado: ‘la ley establece expresamente que tanto instituciones públicas como privadas deben cumplir con las resoluciones de la SETENA en lo relacionado con estas evaluaciones de impactos ambientales’. Sin embargo, el Sr. Martínez y los demás encargados de dependencias gubernamentales no cumplieron (o se negaron a cumplir) con estas órdenes gubernamentales”⁷⁵⁵.

“El gobierno emite permisos y luego no cumple con las resoluciones de la SETENA, las cuales tienen el estatus de órdenes gubernamentales. Levantaron cargos penales en mi contra por delitos ambientales cuando lo que hice fue obrar en conformidad con la autorización otorgada mediante dichos permisos. La SETENA emitió un permiso

⁷⁵³ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párrs. 7-8.

⁷⁵⁴ Íd., párr. 33.

⁷⁵⁵ Íd., párr. 45.

VA y la municipalidad emitió permisos legales de construcción, y la ley establecía claramente que todas las personas, entre ellas los funcionarios del gobierno, tenían la obligación cumplir con las órdenes de la SETENA. Una y otra vez dichos funcionarios gubernamentales ignoraron esas órdenes gubernamentales y se negaron a obedecer la ley y respetar sus propios permisos y leyes”⁷⁵⁶.

725. Las Demandantes se basan en la interpretación completamente confusa que realiza el Sr. Aven de la ley costarricense de que la Demandada “cuestiona las decisiones de su propia dependencia” y que “otros organismos de la Administración costarricense deben respetar y hacer cumplir”. Las Demandantes afirman:

“Entonces, en comparación con el Informe Protti, los estudios de Las Olas realizados y presentados por los promotores son más completos, y la SETENA verificó estos estudios, incluso mediante una visita al emplazamiento. Es irónico que ahora el Demandado cuestione las conclusiones de su propia dependencia, la SETENA, en su Escrito de Defensa.

El Demandado debe cuestionar su propia dependencia gubernamental debido a que, según explica el Sr. Ortiz en su Dictamen pericial, la Viabilidad Ambiental es un acto válido emitido por una dependencia competente en Costa Rica que otros organismos de la Administración costarricense deben respetar y hacer cumplir. El Sr. Julio Jurado, testigo del Demandado, reconoció y confirmó este hecho en su Declaración Testimonial, dijo que ‘la ley claramente indica que tanto las instituciones privadas como las públicas deben cumplir con la resolución de la SETENA en relación con estas evaluaciones de impacto ambiental’⁷⁵⁷.

726. Las Demandantes señalan que, para realizar esta interpretación, se basan en el Sr. Ortiz pero no hacen referencia a ningún párrafo de su declaración. Lo cierto es que las Demandantes sólo se basan en la interpretación errónea de la ley del Sr. Aven. En consecuencia, es esencial determinar cuál es la piedra angular del caso de las Demandantes—esta tergiversación del testimonio del Dr. Jurado y la participación de las dependencias en el Proyecto Las Olas. La Demandada funda su respuesta en las leyes objetivas, en vez de acudir a un relato distorsionado.

727. El Dr. Jurado, en su segunda declaración testimonial, dice cuál es la correcta interpretación del Artículo 19 y explica por qué la interpretación de las Demandantes carece de precisión y lógica:

“La viabilidad ambiental ciertamente obliga en lo que ella dispone a los particulares y a los entes y órganos públicos, pero no puede entenderse que ello impide que estos últimos ejerzan sus competencias en resguardo del ambiente, si constatan que los particulares están causando un daño ambiental. Interpretar que ello es así, implica derivar consecuencias perversas del carácter obligatorio que la norma otorga a la viabilidad ambiental.

⁷⁵⁶ Íd., párr. 57.

⁷⁵⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 247-248.

[L]a viabilidad ambiental no es otorgada como garantía de la realización de la obra o del proyecto, debido a que solamente es uno de los requisitos dentro del trámite de autorización. No se debe perder de vista que la viabilidad ambiental es un instituto del derecho ambiental, opera bajo el principio precautorio y obliga a la Administración a tomar acciones en esta línea.

Por lo tanto, la Administración puede llevar a cabo una labor de fiscalización para darle continuidad a las medidas de mitigación a las que se comprometió el desarrollador en el estudio de impacto ambiental, resguardando así el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que consagra el artículo 50 de la Constitución Política, y actuar en caso de cualquier riesgo de daño ambiental”⁷⁵⁸.

c) La interpretación errónea de las Demandantes de la competencia legal de la Municipalidad

728. Incluso si el Sr. Ventura dice ser abogado especializado en derecho administrativo, confunde los deberes legales de la Municipalidad al tratar de responsabilizarla por el desalojo de los invasores en el Sitio del Proyecto:

“Solo recientemente, el 16 de junio de 2016, recibí en nombre del Sr. Aven y de los otros inversionistas de Las Olas, una comunicación del Ministerio de Seguridad, solicitando aclaración acerca de cada uno de los lotes, antes de que decidieran como proceder en relación con los ocupantes ilegales, aunque su carta no es muy clara. En su comunicación, hacen notar la existencia de 362 casuchas. **Luego, hice una visita a la Municipalidad a fin de presionar a las autoridades para que dieran curso a la evicción en forma inmediata**”⁷⁵⁹.
(énfasis agregado)

729. Tal como señalara la Sra. Vargas:

“Me sorprende que el señor Ventura, al ser abogado ‘especializado en Derecho administrativo’, siga insistiendo en que la Municipalidad debía tomar acciones con respecto [al procedimiento de] evicción. Bien conoce el señor Ventura que la Municipalidad no cuenta con policías municipales sino que siempre tiene que recurrir al apoyo de la Fuerza Pública para gestiones que involucren cualquier tipo de uso de la fuerza pública”⁷⁶⁰.

730. Este es otro ejemplo de cómo las Demandantes desean culpar a las dependencias costarricenses por su propio acto ilícito.

d) La atribución indebida de responsabilidad por parte de las Demandantes al Sr. Martínez con respecto al desalojo de los invasores

731. Las Demandantes insinúan que el Sr. Martínez tenían el deber de tomar medidas contra los precaristas en el Sitio del Proyecto. El Sr. Ventura alega haberle “entregado” dos cartas. La jueza Chinchilla explica por qué esta alegación de las Demandantes demuestra su completa ignorancia de la legislación costarricense:

⁷⁵⁸ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párrs. 62-64.

⁷⁵⁹ Segunda Declaración Testimonial de Manuel Ventura, párr. 18.

⁷⁶⁰ Segunda Declaración Testimonial de Mónica Vargas, párr. 112.

“En lo concerniente a las afirmaciones del señor Aven alusivas a que el señor Martínez debió tomar acciones con respecto a la invasión de los precaristas en la propiedad del Proyecto Las Olas, **esto denota un desconocimiento de las leyes costarricenses** ya que el ingreso de particulares a una propiedad privada se califica, en Costa Rica, como usurpación (artículo 225 del Código Penal) y es un delito de acción pública a instancia privada que requiere la denuncia expresa y formal del interesado, poseedor o propietario (artículo 18 inciso c del Código Procesal Penal) ante el Ministerio Público, sin que conste que el señor Aven, u otro titular o poseedor de las fincas, efectuara dicho acto formal pues se alude a reclamos ante la Municipalidad, el Ministerio de Seguridad Pública o la Sala Constitucional, entidades que no tienen competencia al respecto. Así las cosas, sin la denuncia formal de tipo penal ante el ente correcto (Ministerio Público), el señor Martínez ni ningún otro fiscal podían investigar o actuar, de ninguna forma, respecto a la presunta entrada de precaristas en el inmueble”⁷⁶¹. (énfasis agregado)

K. El cuestionamiento inapropiado de las Demandantes de las decisiones de las dependencias costarricenses

732. El reglamento de arbitraje aplicable establece que las Demandantes tiene la obligación de cumplir con su carga de la prueba. En particular, el Artículo 27(1) del Reglamento de la CNUDMI de 2010 establece lo siguiente:

“Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas”.

733. La misma disposición aparece en el Artículo 24(1) del Reglamento de la CNUDMI de 1976. Con respecto al Artículo 24(1), en su comentario principal sobre el Reglamento de la CNUDMI de 1976, Caron y otros indican lo siguiente:

“[E]s evidente que esta disposición no es más que una reexpresión del ‘principio general de que cada parte tiene la carga de demostrar los hechos en los que fundó su reclamación o su defensa’, ya que de lo contrario corre el riesgo de afrontar una decisión adversa. Por lo tanto, el Artículo 24(1) apenas representa una modificación de los principios preexistentes. Tampoco la disposición, si bien se limita a la cuestión de la carga de la prueba en cuanto a los hechos establecidos, altera la norma estándar de que la demandante tiene la carga de demostrar la obligación legal en que se basa su reclamación”⁷⁶². [Traducción libre]

734. En palabras más simples, las Demandantes tienen la obligación de presentar un caso completo. No han logrado hacerlo.

735. El Reglamento de la CNUDMI no brinda una guía específica en cuanto al estándar de prueba aplicable a un determinado caso por un tribunal arbitral. Sin embargo, sí contemplan un marco jurídico relevante dentro del cual puede opere el Tribunal. Con

⁷⁶¹ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 36.

⁷⁶² RLA-133, D. Caron y otros, The UNCITRAL Arbitration Rules, A Commentary (Oxford University Press, 2006) pág. 568.

respecto a la determinación del valor de la prueba que presenta una de las partes, el Artículo 27(4) del Reglamento de la CNUDMI (2010) dispone lo siguiente:

“El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas”.

736. Esta disposición es idéntica al Artículo 26(5) del Reglamento de la CNUDMI de 1976. En su comentario sobre disposiciones equivalentes, Caron y *otros* indican:

“[La disposición en cuestión de la CNUDMI] no aborda el estándar de prueba [...]. Además, el Artículo 25(6) otorga amplia discreción al tribunal arbitral para determinar libremente, entre otras cosas, el ‘valor de las pruebas ofrecidas’ en determinados casos”⁷⁶³. [Traducción libre]

737. El Artículo 9(1) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, que el Tribunal puede considerar como lineamientos conforme a la sección 1.2 de las Normas Procesales, establece—en términos muy similares a los de la disposición relevante del Reglamento de la CNUDMI—que:

“El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas”.

738. La sede del arbitraje es Londres, Inglaterra. Por ende, es importante que el Tribunal considere el derecho inglés en materia de prueba. El derecho civil inglés exige que el estándar de prueba sea el equilibrio de probabilidades [*balance of probabilities*]. Sin embargo, tal como se explica con mayor detenimiento *infra*, cuando median graves alegaciones de mala conducta, se requiere pruebas más convincentes para cumplir con un análisis flexible (es decir, más exigente) del equilibrio de probabilidades.

739. Los tribunales tienden a dar mayor importancia a la prueba documental que a la prueba testimonial que contradice a la primera. De hecho, se ha resuelto que:

“[L]os tribunales arbitrales internacionales dan más valor a la prueba documental que a la prueba testimonial [...]

Si bien ahora son comunes las pruebas orales en los procesos internacionales, **los tribunales, por lo general, consideran que los documentos creados cuando ocurrieron los hechos que dieron lugar a la disputa tienen un mayor valor probatorio que las pruebas testimoniales. Los testigos son, a veces, intencionalmente deshonestos**, los testigos honestos suelen equivocarse en el relato de los hechos, e incluso los testigos honestos que recuerdan los hechos con precisión se ven desacreditados, a veces, por un conainterrogatorio hábil con el fin de ocultar la verdad”⁷⁶⁴. (énfasis agregado) [Traducción libre]

740. Después de que la Demandada ofreciera pruebas de la conducta ilícita de las Demandantes y de las ilegalidades cometidas durante las operaciones de su supuesta

⁷⁶³ Íd., pág. 569.

⁷⁶⁴ **RLA-70**, Robert Pietrowski, "Evidence in International Arbitration" (2006) 22(3) *Arbitration International* 373, 391-392.

inversión en Costa Rica, las Demandantes comenzaron a cuestionar indebidamente cada informe oficial o acto administrativo que documentaba su accionar ilícito.

741. Principalmente, las Demandantes se basan en las declaraciones testimoniales de los Sres. Aven, Damjanac y Arce para cuestionar la autenticidad y veracidad de los hechos documentados por las dependencias costarricenses en ese entonces, en las que informaron sobre cualquier tipo de transgresión, como la tala de árboles, impactos en humedales y el uso de la fuerza pública para notificar a los representantes de las Demandantes, entre otras.

742. Conforme a la ley de Costa Rica, los actos administrativos, que comprenden informes de inspección generados por entidades públicas, se consideran válidos a menos que se cuestionen debidamente ante dependencias administrativas o tribunales⁷⁶⁵. El Sr. Ortiz, el propio perito de las Demandantes, reconoce que todo acto se presume válido en tanto el organismo competente no lo declare nulo:

“En la medida en que un acto administrativo no haya sido declarado nulo y sin valor, ya sea por el organismo administrativo competente luego del correspondiente procedimiento administrativo ordinario y con la autorización del Ministerio Público, o si no por un juez, dicho acto se considera válido y se debe imponer su cumplimiento”⁷⁶⁶.

743. La Demandada hará referencia a algunas impugnaciones erróneas que realizaron las Demandantes con respecto a informes de organismos costarricenses y explicará por qué tales impugnaciones no pueden, por sí mismas, considerarse prueba sustancial para fundar sus excepciones contra su accionar ilícito y sus alegaciones contra la conducta de la Demandada. En lo sucesivo, el Tribunal podrá dar el valor que considere apropiado para equilibrar las declaraciones testimoniales (de individuos que malinterpretaron o distorsionaron intencionalmente el expediente) con el claro expediente documental. Además, si se cuestiona la autenticidad de tales documentos, no existe un enfoque forense respecto de tales impugnaciones y las Demandantes habrán incumplido con su carga o estándar de prueba.

a) Las impresiones del Sr. Arce sobre los informes del DeGA y del SINAC

744. El Sr. Arce cuestiona la veracidad de los hechos documentados en el Informe DeGA del mes de abril de 2009, por ejemplo, al preguntar si las fotografías incluidas en dicho informe realmente pertenecen al Sitio del Proyecto:

"Fig. 1, 2 y 5- No hay una referencia de dónde se tomaron estas bellas fotografías; pueden ser fotos tomadas en cualquier lugar de Costa Rica o del Mundo"⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 46.

⁷⁶⁶ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 114.

⁷⁶⁷ Segunda Declaración Testimonial de Minor Arce, párr. 12(d)(i).

745. El Sr. Arce también cuestiona el Informe SINAC del mes de octubre de 2011, en el que se reportó la tala de árboles por parte de las Demandantes en el Sitio del Proyecto:

"En el reporte también se indica que se efectuaron entrevistas a personas que supuestamente trabajaban en el lugar, pero no existe un respaldo auditivo para sostener la veracidad de lo indicado, ni tampoco datos suficientes para poder corroborar lo indicado en el reporte de los supuestos señores que fueron entrevistados"⁷⁶⁸.

746. El informe indica claramente qué dijeron los empleados de las Demandantes a los funcionarios del SINAC cuando se los encontró *in fraganti* atentando contra un bosque⁷⁶⁹. Sin embargo, las insinuaciones del Sr. Arce de que las imágenes no corresponden al Sitio del Proyecto o que las grabaciones de audio de las entrevistas no se adjuntaron al informe y, por ende, no es posible corroborar la información carecen de fundamento en relación con la veracidad y precisión de las conclusiones de cada uno de los informes. No basta con simplemente alegar una postura contraria y considerarla prueba suficiente de falta de veracidad. Para ser eficaz, la refutación tiene que constituir más que una simple articulación de la protesta.

b) La construcción del sistema de alcantarillado pluvial de Parrita por parte de las Demandantes

747. Después de que la Demandada presentara una notificación de la Municipalidad en la que se exigía a las Demandantes una explicación sobre las obras realizadas para construir el sistema de alcantarillado pluvial en Parrita y las quejas de los vecinos⁷⁷⁰, el Sr. Aven ahora niega tener algo que ver con dicha construcción o con los daños causados a los vecinos:

"Lo irónico es que la misma municipalidad (no los Demandantes) había estado construyendo los ductos para aguas pluviales, por lo que es imposible que aparecieran en nuestros planos. En la localidad los problemas de drenaje eran bien conocidos debido a las inundaciones ocurridas durante las épocas lluviosas. Sin embargo, también se producían inundaciones en Parrita cuando llovía mucho. **De 2010, la municipalidad (no Las Olas) construyó un sistema de drenaje para aguas pluviales adyacente a la vía pública. Si el sistema colapsaba era responsabilidad de la municipalidad arreglarlo, no de Las Olas.**

Trabajamos con el alcalde y la municipalidad en ese tema para mejorar el sistema de drenaje de la comunidad con el deseo de hacer nuestro aporte en el lugar donde nuestro proyecto se ubicaba y para cooperar con la comunidad. **Donamos los materiales y las tuberías necesarias para ayudar a mantener las inundaciones bajo control durante las épocas de lluvia abundante, y la municipalidad se encargó de llevar adelante los trabajos usando su propia maquinaria y trabajadores para instalar el sistema.** Donamos dinero para mejorar las líneas de agua y bombeo que abastecían las necesidades de agua de la comunidad. Queríamos ayudar a la

⁷⁶⁸ Íd., párr. 37.

⁷⁶⁹ R-264, Informe del SINAC de octubre de 2011 (ACOPAC GASP-143-11), 3 de octubre de 2011.

⁷⁷⁰ R-118, Carta remitida por la Municipalidad a Jovan Damjanac (OIM 456-2011), 2 de diciembre de 2011.

comunidad, ya que sería allí donde desarrollaríamos nuestro emprendimiento"⁷⁷¹. (énfasis agregado)

748. De nuevo, según el expediente, el día 2 de septiembre de 2010, las **Demandantes**, no la Municipalidad, contrató a Constructora Totem S.A. para la realización de obras para el sistema de alcantarillado pluvial de Esterillos Oeste⁷⁷²:

ANTECEDENTES

- EL CLIENTE requiere realizar trabajos de ingeniería civil para completar la instalación del servicio de alcantarillado pluvial en el Pueblo de Esterillos Oeste.
- LA CONSTRUCTORA, es una empresa dedicada a la construcción de obras civiles, con la experiencia respectiva, cuenta con el personal necesario, el equipo, maquinaria, herramientas, conocimiento y pericia para construir, completar a satisfacción las obras que este contrato pretende.
- Que ambas partes han revisado los planos constructivos para la realización del trabajo de instalación de tubería pluvial que pretende completar el alcantarillado pluvial en Esterillos Oeste.

749. El expediente muestra que las Demandantes comenzaron, por cuenta propia, a construir este "sistema de alcantarillado pluvial", que probablemente fue una cortina de humo para cubrir el drenaje y rellenado de humedales que estaban llevando a cabo en el Sitio del Proyecto.

c) La desestimación de la querrela penal del Sr. Aven contra el Sr. Bogantes

750. El Sr. Aven niega que la Procuraduría de la Ética lo haya contactado, a pesar de que el expediente penal indica que tales contactos tuvieron lugar:

"Hace poco me enteré de que la investigación de la denuncia que presenté contra Sr. Bogantes en 2011 había sido desestimada por falta de pruebas. También me enteré de que el fiscal penal de Quepos había incluido una anotación a mano el expediente que decía que había hablado conmigo y que yo le había dicho que no quería proseguir con la denuncia contra Sr. Bogantes. Eso es un absoluto invento. Nunca hablé con el fiscal de Quepos ni con nadie de su oficina, y nunca nadie se puso en contacto conmigo o con mis abogados"⁷⁷³.

751. El expediente penal prueba, por sí mismo, que se intentó contactar al Sr. Aven. Si se da crédito al Sr. Aven, fue el mayor interesado en proseguir con la investigación contra el Sr. Bogantes—y, aun así, no contestó los comunicados de la Procuraduría. Ahora, el Sr. Aven alega que nunca se lo contactó y cuestiona indebidamente lo que demuestran las pruebas documentales.

⁷⁷¹ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párrs. 70-71.

⁷⁷² **R-360**, Contrato de Construcción de Obra de Alcantarillado Pluvial de las Demandantes, 2 de septiembre de 2010.

⁷⁷³ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 102.

d) La participación "inexistente" de la OIJ en la investigación penal

752. El Sr. Aven acusa al Sr. Martínez de inventar la participación de una entidad especial de investigación penal en la investigación que se realizó en su contra:

"No hay fechas, ni datos específicos ni nombres de quién estaba en el lugar. ¿Cómo fueron capaces de determinar los hechos? Jovan no era el administrador. Era el director de ventas y marketing. ¿Qué pruebas tenían de que fui yo quien ordenó el desecamiento de un pantano que no existía? **Nadie compareció durante mi juicio penal y testificó en mi contra sobre ninguno de los aspectos mencionados, especialmente ningún funcionario de la OIJ que el Sr. Martínez menciona. Estas son solo más de las acusaciones falsas que el Sr. Martínez hace a lo largo de toda su declaración testimonial**"⁷⁷⁴.
(énfasis agregado)

753. No sólo el Sr. Martínez y el expediente demuestran que las acusaciones del Sr. Aven son falsas, sino que también el Escrito de Respuesta de los Demandantes en el párrafo 332 hace referencia a la participación del Sr. Jorge Isaac Barrantes Villa en el juicio penal, como testigo de la Fiscalía. El Sr. Martínez explica que:

"Nada más alejado de la realidad. No entiendo cómo las Demandantes y el señor Aven incurren en tantas páginas para repetir y opinar sobre el testimonio de cada uno de los testigos que les conviene, pero los que no, los ignoran. El Ministerio Público llamó al investigador del OIJ que levantó el informe de autoría al que me refiero en mi primera declaración testimonial.

El señor Jorge Issac Barrantes Villa fue llamado a testificar por parte del Ministerio Público el día 6 de diciembre de 2012 durante el primer debate. Su testimonio se encuentra documentado en el anexo C-272 presentado en este arbitraje por las mismas Demandantes junto a su Memorial de Réplica"⁷⁷⁵.

e) La notificación del nuevo debate

754. El Sr. Aven declara que nunca se le notificó el nuevo debate:

"La nueva vista de mi caso penal se fijó para enero de 2014. Nunca recibí ninguna notificación de la nueva fecha del juicio, y ya había fijado una cirugía para enero de 2014. Cuando me enteré de que el segundo juicio había sido fijado para enero de 2014, inmediatamente obtuve cartas de mi médico y del hospital y las envié a mi abogado, el Sr. Ventura, quien notificó al tribunal costarricense que no podría estar presente en el juicio por motivos médicos"⁷⁷⁶. (énfasis agregado)

755. Esto no es cierto. Tal como explicara el Sr. Martínez y surge del expediente⁷⁷⁷, el Sr. Aven y su abogado recibieron la debida notificación el día 16 de octubre de 2013:

"Segundo, el señor Aven niega que se le haya notificado del inicio del nuevo debate para enero de 2014.

⁷⁷⁴ Íd., párr. 135.

⁷⁷⁵ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párrs. 70, 72.

⁷⁷⁶ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 107.

⁷⁷⁷ R-350, Notificación de nuevo proceso a David Aven, 16 de octubre de 2013.

Ello es completamente falso. En el expediente penal consta la notificación que se realizó vía correo electrónico al señor Aven así como la notificación que se realizó a su abogado, el señor Morera el día 16 de octubre de 2013. Asimismo, si el señor Aven "nunca" fue notificado con el señalamiento por parte del juzgado, ¿cómo es que el señor Morera posteriormente informó por escrito al juez que el señor Aven no podría asistir al nuevo debate?"⁷⁷⁸

f) La notificación del TAA

756. De nuevo, el Sr. Aven niega haber sido notificado en la investigación del TAA:

"Finalmente, con respecto a la inclusión por parte de la Demandada del Anexo R-84, el cual presuntamente demuestra que recibimos una notificación de la medida restrictiva del TAA el mismo día en que se emitió (es decir, el 13 de abril de 2011), **nunca recibí esa notificación y, de hecho, no me enteré de la suspensión impuesta por el TAA hasta muchos meses después de la fecha de la notificación, debido a que la notificación no fue cursada de forma debida y según la ley**"⁷⁷⁹. (énfasis agregado)

757. Tal como explicara y demostrara la Demandada en su Memorial de Contestación, el expediente refleja que las Demandantes fueron notificadas acerca de la medida cautelar del TAA el día 13 de abril de 2011, el mismo día en que se dictó la medida⁷⁸⁰. Contrariamente a cualquier conocimiento que el Sr. Aven pudo haber tenido del derecho costarricense, esta notificación se efectuó con arreglo a la ley: conforme al Artículo 20 de la Ley de Notificaciones Judiciales y al Artículo 18.10 del Código de Comercio, las sociedades serán emplazadas en su domicilio social⁷⁸¹. Ambas disposiciones se tradujeron al inglés con el Memorial de Contestación de la Demandada, por lo cual la Demandada no ve razón alguna por la que el Sr. Aven sostendría que la notificación no se efectuó "según lo exigido por la ley".

VII. LAS ACCIONES DE LA DEMANDADA NO PROVOCAN UNA VIOLACIÓN EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

758. Las supuestas violaciones de las Demandantes de los estándares de protección establecidos en el DR-CAFTA comprenden una demanda en virtud de las leyes locales de Costa Rica, que por supuesto no pertenecen al ámbito jurídico internacional. En efecto, su reclamación conlleva agravios locales recurribles que no pueden activar la jurisdicción de un tribunal internacional y, por ende, deben desestimarse en su totalidad. En palabras simples, este no es un caso que pueda o deba (por cuestiones de política judicial) incomodar a un tribunal internacional como este Tribunal.

⁷⁷⁸ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 65.

⁷⁷⁹ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 75.

⁷⁸⁰ R-84, Notificación de Medida Cautelar del TAA a las Demandantes, 13 de abril de 2011.

⁷⁸¹ R-277, Código de Comercio, 1964; R-278, Ley de Notificaciones Judiciales, 2009.

759. En su Memorial y Escrito de Respuesta, las Demandantes plantean argumentos relacionados con el proceso administrativo y penal que se desarrolló en Costa Rica, y cuestionan las decisiones y la conducta de los funcionarios costarricenses involucrados. Esto ocurre después de abandonar el país en medio del proceso en curso y, a la vez, sus bienes. Las Demandantes descartaron toda posibilidad de colaboración con las autoridades para tratar de encontrar una manera reconciliable de garantizar un entorno protegido y podrían hacerse tomado ciertos recaudos en relación con el desarrollo de la propiedad. Esta visión binaria y enfoque drástico sobre las cuestiones ilustran el *modus operandi* de las Demandantes, en general.
760. Si se aceptan las quejas de las Demandantes, se estarían violando los principios básicos del derecho internacional sobre responsabilidad del Estado. Por ende, su decisión de abandonar el proceso por el que ahora reclaman ante este Tribunal no puede ser retribuida por el derecho internacional bajo ningún punto de vista.
761. En consecuencia, las quejas de las Demandantes con respecto a la conducta y las decisiones de los funcionarios costarricenses no alcanzan el nivel de responsabilidad internacional del Estado y, por lo tanto, las Demandantes no pueden elevar el caso ante este Tribunal.
762. En el derecho internacional consuetudinario, todo hecho internacionalmente ilícito del Estado conlleva su responsabilidad internacional⁷⁸². El hecho internacionalmente ilícito consiste en un comportamiento—acto u omisión—atribuible a un Estado, mediante el cual se viola una obligación internacional de ese Estado⁷⁸³. En otras palabras, cuando el tribunal se encuentra frente a alegaciones sobre responsabilidad estatal, tiene que considerar si hay algún hecho atribuible al Estado demandado y si dicho hecho es contrario al derecho internacional.
763. Sin perjuicio de las normas de atribución en casos de responsabilidad internacional del Estado, la cuestión relevante en el caso que nos ocupa es si la conducta y las decisiones de los funcionarios costarricenses de nivel inferior pueden considerarse hechos internacionalmente ilícitos. Está bien arraigado el hecho de que un error procesal de parte de un tribunal (u organismo administrativo) no basta por sí solo para constituir una

⁷⁸² **RLA-140**, Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión en su quincuagésimo tercera sesión en el año 2001 (resultado final) (Comisión De Derecho Internacional [CDI]) UN Doc A/56/10, 43, UN Doc A/RES/56/83, Anexo, UN Doc A/CN.4/L.602/Rev.1, GAOR 56ta Sesión Sup. 10, 43, punto 1 (El hecho internacionalmente ilícito de una Estado), Capítulo I (Principios generales), Artículo 1.

⁷⁸³ *Ibíd.*, Artículo 2.

violación del derecho internacional⁷⁸⁴. Sobre todo, cuando tales decisiones provienen de funcionarios de niveles inferiores y hay una posibilidad razonable de corregirlas mediante apelación u otra forma de impugnación, como en el presente caso.

764. Es incuestionable que ningún Estado en todo el mundo puede garantizar la corrección de cada una de las miles de decisiones judiciales y administrativas que sus autoridades emiten a diario. Es por eso que los Estados contemplan la apelación o impugnación de los actos administrativos y decisiones judiciales, y brindan un procedimiento para que los organismos de alzada puedan revisar las decisiones judiciales y administrativas de los niveles inferiores. Eso es lo que se conoce como principio de legalidad. Pero el principio de legalidad debe poder operar de acuerdo con las normas y leyes vigentes:

"Si bien los sistemas jurídicos se esfuerzan por lograr la perfección en todos los niveles, también reconocen que es imposible alcanzar ese resultado. Precisamente, por ese motivo, los sistemas jurídicos actuales comprenden amplias disposiciones relacionadas con la apelación y otras disposiciones sobre la impugnación de decisiones de tribunales inferiores por violación de garantías constitucionales, muchas veces similares a los estándares del derecho internacional en todos los casos. Ese sistema incluye los procedimientos de apelación y revisión que contempla"⁷⁸⁵. [Traducción libre]

765. Por lo tanto, sería poco realista interpretar los tratados de inversión en el sentido de que requieren inextricablemente que las decisiones administrativas y las sentencias judiciales inferiores siempre sean correctas desde los puntos de vista de procedimiento y fondo. En parte, reconociendo esta realidad, los tribunales internacionales interpretan que las decisiones administrativas y judiciales sólo suscitan un delito internacional si no hay ningún recurso eficaz disponible o si las solicitudes de recursos de la parte agraviada no conducen a un resarcimiento⁷⁸⁶.

766. En otras palabras, en tanto los niveles superiores disponibles o una revisión local no hayan tenido la oportunidad de corregir un cierto error judicial (que, en este caso, no existe), no se puede hablar de un hecho estatal capaz de generar responsabilidad internacional⁷⁸⁷. Al comentar el anterior Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado, el Reino Unido precisamente observó que:

"[e]l deber de proporcionar un sistema judicial justo y eficaz es un ejemplo. La corrupción en un tribunal inferior no violaría esa obligación si hubiese algún tipo de resarcimiento disponible en un tribunal superior. En el caso de dichas obligaciones, no hay

⁷⁸⁴ **RLA-103**, Christopher Greenwood, "State Responsibility for the decisions of national courts" en Malgosia Fitzmaurice y Dan Sarooshi (eds.) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing, Oxford), 2004, págs. 55-74.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, 61.

⁷⁸⁶ **RLA-64**, *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003, párr. 154.

⁷⁸⁷ **RLA-18**, Christopher Dugan y otros, *Investor State-Arbitration* (OUP 2008), 361.

violación hasta que el Estado haya desaprovechado alguna de las oportunidades disponibles para producir el resultado requerido"⁷⁸⁸. [Traducción libre]

767. Siguiendo la misma línea de razonamiento, el *Rapporteur* de la Comisión de Derecho Internacional, el profesor James Crawford, explicó, tras citar los comentarios del Reino Unido expuestos en el párrafo anterior, que advirtió que:

"una decisión aberrante de un funcionario de jerarquía inferior, susceptible de reconsideración, no constituye en sí un hecho ilícito del Estado"⁷⁸⁹. [Traducción libre]

768. En otras palabras, los elementos que impiden responsabilizar al Estado por actos administrativos o decisiones judiciales en el derecho internacional son la existencia de funcionarios inferiores que toman una decisión y los recursos disponibles para obtener resarcimiento. En otras palabras, al Estado siempre se lo debe juzgar por su "producto final" y sólo es responsable si su proceso general de toma de decisiones resulta defectuoso⁷⁹⁰.

769. La única excepción en que podrían impugnarse los actos administrativos o decisiones judiciales de funcionarios inferiores a nivel internacional son aquellos casos en que la injusticia es tal que:

"[C]omo resultado de las maniobras judiciales, la demandante ha sido víctima de una injusticia grave...estas maniobras conforman una obstrucción del proceso judicial y son extrínsecas al fondo de la reclamación. El centro de la cuestión es la mala fe, no el error judicial [...]"⁷⁹¹. [Traducción libre]

770. Pero aquí no hay injusticia. Se identificaron humedales y es correcto que se verifique el desarrollo que efectuaron las Demandantes, sobre todo teniendo en cuenta que sabían de la existencia de los humedales. Además, la decisión judicial o administrativa no conlleva responsabilidad internacional del Estado a menos que los sistemas de apelaciones y otras impugnaciones existentes en dicho Estado no corrijan las deficiencias de las decisiones de los tribunales inferiores o sean tales que no brinden la oportunidad de corregirlas⁷⁹².

⁷⁸⁸ **RLA-94**, James Crawford, Relator especial, Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, Comisión de Derecho Internacional, 51° período de sesiones, U.N. Doc. A/CN.4/498, 17 de marzo de 1999, párr. 74.

⁷⁸⁹ **Íd.** párr. 75.

⁷⁹⁰ **RLA-104**, "Exhaustion of local remedies and denial of justice" en Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press 2005) 108-112.

⁷⁹¹ **RLA-103**, Véase D O' Conell, *International Law* (Oxford 1970), pág. 948 nota al pie 8, citado en Christopher Greenwood, "State Responsibility for the decisions of national courts" en Malgosia Fitzmaurice y Dan Sarooshi (eds) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing, Oxford) 68.

⁷⁹² **RLA-103**, Christopher Greenwood, "State Responsibility for the decisions of national courts" en Malgosia Fitzmaurice y Dan Sarooshi (eds) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing, Oxford), 68.

771. Varios tribunales sostuvieron que los casos de conducta indebida administrativa o judicial que no son lo suficientemente graves, en términos de importancia de una violación, daños o la falta de recursos instantáneos, no justifican poner en funcionamiento el robusto y costoso procedimiento de arbitraje en materia de inversiones.

772. La distinción entre las "reclamaciones que surgen de la interacción del individuo con la maquinaria del Estado" y la clase de actos que "justifican la maquinaria de un tratado internacional" se enfatizan en la opinión separada de Thomas Wälde en el marco de *Thunderbird c. México*, en el cual se basaron favorablemente las Demandantes:

"El incumplimiento de las expectativas legítimas debe ser lo suficientemente grave y sustancial. De lo contrario, cualquier conducta indebida menor de un funcionario público podría terminar en la jurisdicción de un tribunal en materia de tratados. Su función no es actuar como tribunal de recurso general en lo administrativo. La introducción del arbitraje directo entre estados e inversores ("arbitraje sin relación de partes"; "arbitraje transnacional") desde fines del año 1980 resultó en una "discontinuidad" que hasta el momento no se valora por completo y requiere atención en casos como este. Anteriormente, los tratados de inversiones sólo contemplaban un proceso de arbitraje intergubernamental; por ende, los gobiernos debían "patrocinar" las reclamaciones privadas. Dicho patrocinio gubernamental permitió "filtrar" las reclamaciones y así evitar el uso de los tratados de inversiones para una gran cantidad de reclamaciones que no justificaban poner en funcionamiento la maquinaria del tratado internacional: el riesgo de las "compuertas" abiertas y el espectro de procedimientos basados en tratados para una sola instancia de conducta indebida de un funcionario. Los tratados modernos con derechos de arbitraje directo entre estado e inversor ya no tienen esos "filtros" incorporados. **Por ende, la interpretación de los principales términos jurídicos debe brindar un filtrado suficiente de modo que el tratado sólo esté disponible en casos de violaciones importantes, sustanciales y graves, y no para las quejas cotidianas que surgen de la interacción del individuo con la maquinaria del Estado. Los casos de conducta indebida administrativa que no son lo suficientemente graves, en términos de importancia de una violación, cuantía del daño o falta de recursos instantáneos, no justifican poner en funcionamiento la robusta y costosa maquinaria de los tratados en virtud de [un tratado de inversión]"**⁷⁹³.
(énfasis agregado) (citas internas omitidas) [Traducción libre]

773. Para que quede claro, el rechazo de la reclamación de un tribunal internacional no se basa en un requisito de agotar los recursos locales. Al contrario, se debe a que los actos menores de funcionarios inferiores no expropian la inversión y afectan las expectativas legítimas del inversor cuando no son definitivos, están sujetos a apelación o algún otro tipo de impugnación y, por ende, no generan responsabilidad para el Estado.

⁷⁹³ **CLA-67**, *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, Opinión Separada, CNUDMI/TLCAN, 1 de diciembre de 2005, párr. 14.

774. El tribunal de *Generation Ukraine c. Ucrania* explica claramente el principio, a saber:

"No basta para el inversor decepcionado señalar una iniciativa o inacción del Gobierno, que pudiera haber contribuido a su mala suerte. Una vez más, no es suficiente que el inversor se aferre a un acto de mala administración, sin perjuicio de cuán bajo sea el nivel de la autoridad gubernamental en cuestión, para abandonar su inversión sin procurar corregir el error administrativo y, de esa forma, reclamar por una falta internacional sobre la base de que hubo expropiación virtual sin indemnización. **En tales instancias, el tribunal internacional puede considerar que la falta de solicitar resarcimiento a las autoridades locales inhabilita el uso de la vía internacional, no porque haya un requisito de agotamiento de recursos locales sino porque la realidad misma de toda conducta equivalente a expropiación es dudosa a falta de un esfuerzo razonable—no necesariamente exhaustivo—por parte del inversor de obtener la corrección**"⁷⁹⁴. (énfasis agregado) [Traducción libre]

775. Al igual que la decisión de un tribunal inferior u organismo administrativo no constituye un hecho internacionalmente ilícito en tanto pueda apelarse o impugnarse (en otras palabras, en tanto no sea "definitivo y vinculante")⁷⁹⁵, la decisión de un funcionario administrativo inferior tampoco constituye un hecho internacionalmente ilícito en tanto pueda resarcirse.

776. Tal como advirtiera el tribunal en *Loewen c. Estados Unidos*:

"Sería muy raro que se responsabilizara al Estado por violación del derecho internacional por parte de su magistrado o funcionario judicial inferior, cuando no se utilizan y, menos aún, se agotan las vías locales de apelación"⁷⁹⁶. [Traducción libre]

777. El tribunal de *Loewen* repitió los peligros de abrir las "compuertas" y el espectro de procedimientos basados en tratados para una sola instancia de conducta indebida a cargo de un funcionario, en función de la advertencia de Thomas Wälde en su opinión separada en el marco del caso *Thunderbird*:

"Tanta predisposición para pasar del ámbito internacional al local, atribuyendo la forma de un delito internacional a lo que en verdad representa un error local (no obstante, grave), atentará tanto contra la integridad del sistema judicial local y la viabilidad del TLCAN en sí"⁷⁹⁷. [Traducción libre]

778. En el caso que nos ocupa, se cumplen todos los elementos necesarios para impedir que el Estado se declare internacionalmente responsable por actos administrativos o decisiones

⁷⁹⁴ **RLA-65**, *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003, párrs. 20,30.

⁷⁹⁵ **RLA-28**, Franck Charles Arif c. República de Moldavia, Caso CIADI N.º ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013, párr. 443 ("El Estado no maltrata al inversor extranjero, de manera injusta e inequitativa, mediante denegación de justicia a través de una decisión apelable de un juzgado de primera instancia, sino sólo a través del producto final de su administración de justicia que el inversor no puede evitar. El Estado no se hace responsable por las transgresiones de un juez, en tanto ofrezca mecanismos de fácil acceso para neutralizar a dicho juez" [Traducción libre]).

⁷⁹⁶ **RLA-64**, *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003, párr. 162.

⁷⁹⁷ *Id.*, párr. 242.

judiciales. Han habido decisiones inferiores en los procesos en curso. El proceso administrativo y penal sigue en curso y es demasiado prematuro como para afirmar que las decisiones adoptadas por las dependencias de Costa Rica, en primer lugar, podrían haber conformado hechos ilícitos internacionales y, en segundo lugar, podrían haberse tratado dentro de los límites del sistema administrativo/judicial de Costa Rica.

779. En sus presentaciones, las Demandantes han realizado graves acusaciones contra el Sr. Bogantes, la Sra. Vargas, la Sra. Díaz y el Sr. Martínez.

"La conducta del Sr. Bogantes representaba la encarnación del despotismo y la arbitrariedad... la demostración de egoísmo y engañío..."⁷⁹⁸ (énfasis agregado)

"La conducta del Fiscal Martínez tipifica la propia esencia de la arbitrariedad en el proceso oficial de toma de decisiones"⁷⁹⁹ . (énfasis agregado)

"Si no fuera por la evidente predisposición de Bogantes, Díaz y Vargas para ignorar de manera deliberada el hecho de que el Proyecto Las Olas se venía desarrollando de conformidad con todas las leyes y regulaciones aplicables, y desvirtuar el ejercicio por parte de la SETENA de su facultad de supervisión del Proyecto [...]"⁸⁰⁰ . (énfasis agregado)

"Mónica Vargas Quesada, funcionaria que trabaja en el Departamento de Gestión Ambiental del Municipio, ejemplifica la noción del burócrata con una participación apenas periférica en el proceso de aprobaciones de correcto funcionamiento, pero cuya injerencia constituyó una grave violación de los derechos del debido proceso que asiste a las Demandantes..."⁸⁰¹ . (énfasis agregado)

780. Todos ellos son funcionarios inferiores costarricenses que no están a cargo de la toma de decisiones definitivas que pudieran afectar los derechos de los inversores, y que sólo realizaron investigaciones internas dentro de las dependencias públicas a cargo de velar por el cumplimiento de la legislación ambiental en Costa Rica. En efecto:

- La Sra. Vargas, funcionaria del Departamento Ambiental de la Municipalidad, realizó visitas del sitio ante las quejas de las comunidades e informó tales quejas a las autoridades competentes (TAA y SINAC).
- La Sra. Díaz, funcionaria de Defensoría, realizó una investigación interna administrativa en el SINAC, la SETENA y la Municipalidad, que culminó con el inicio de la acción penal.

⁷⁹⁸ Memorial de las Demandantes, párr. 392.

⁷⁹⁹ Íd., párr. 369.

⁸⁰⁰ Íd., párr. 413(l).

⁸⁰¹ Íd., párr. 344.

- El Sr. Bogantes, funcionario del SINAC, también realizó investigaciones internas que dieron lugar a la Medida Cautelar del SINAC y a la medida cautelar judicial.
- El Sr. Martínez realizó las investigaciones penales previas al juicio.

781. Por otra parte, no es que el procedimiento administrativo o judicial realizado haya terminado. Por el contrario, las Demandantes se fueron del país y no solicitaron ningún recurso para que se revisaran los actos administrativos y las decisiones judiciales. En este sentido, no hay decisión definitiva y vinculante que no puedan cuestionar las Demandantes:

- Las Demandantes objetaron la Medida Cautelar del SINAC mediante recursos de apelación administrativos e incoaron una acción ante el Tribunal Contencioso Administrativo, abandonaron por completo esta acción poco tiempo después de incoarla⁸⁰².
- En lo que se refiere a la medida cautelar del TAA, las Demandantes nunca se involucraron en ese procedimiento sin haber comparecido una sola vez, a pesar de que fueron debidamente notificadas⁸⁰³.
- En lo que respecta al procedimiento penal, tal como se explicará en mayor detalle infra, el Sr. Aven es actualmente un prófugo de la justicia por haber evadido el procedimiento en su contra, huyendo del país en medio de un juicio.

782. Parece evidente, entonces, que las Demandantes están intentando presentar una apelación en este caso y solicitarle al Tribunal una revisión de la conducta de los funcionarios en el curso del procedimiento administrativo. Esto es totalmente inapropiado y no es compatible con el objeto del tribunal de arbitraje en materia de inversiones, constituido bajo el auspicio del DR-CAFTA.

783. Los tribunales en materia de inversión han sostenido de manera reiterada que su mandato no es el de actuar a modo de mecanismos de apelación para las decisiones internas⁸⁰⁴. En efecto, en *Saipem c. Bangladesh*, se afirmó que:

“[E]l presente Tribunal no se instituye como órgano de control [...], tampoco como juzgado de ejecución, ni tampoco como

⁸⁰² R-193, El Tribunal Administrativo rechaza el recurso de revocatoria de la Ley de Arquitectos, Medida Cautelar del SINAC, 25 de marzo de 2011.

⁸⁰³ R-84, Notificación de Medida Cautelar del TAA a las Demandantes, 13 de abril de 2011.

⁸⁰⁴ **RLA-62**, *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999, párr. 99; **RLA-62** *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB(AF)/98/3, 26 de junio de 2003.

órgano supranacional de apelaciones para sentencias de juzgados nacionales”⁸⁰⁵. [Traducción libre]

784. Por ende, no puede utilizarse un tribunal internacional en materia de inversiones como órgano de apelaciones para reparar la falta de diligencia de las Demandantes para impulsar los procedimientos correspondientes en Costa Rica. En particular, se encuentra completamente dentro de la jurisdicción y facultad de un juzgado costarricense garantizar que las Demandantes aprecien de qué manera han malinterpretado o evadido en forma deliberada el cumplimiento de la legislación costarricense. No se trata de un rol que debiera imponérsele a un tribunal internacional.
785. Las Demandantes sostienen que el derecho aplicable es el derecho internacional y que no debería adoptarse el recurso al derecho costarricense. Sin embargo, aun aplicando el derecho internacional, como una cuestión de umbral, determinará que el presente caso no está listo para ser sometido a la consideración de un tribunal de arbitraje internacional – en particular, en circunstancias en las que no ha existido absolutamente denegación alguna de derechos amparados por el derecho internacional.
786. En definitiva, los actos y decisiones de funcionarios de nivel inferior cuyas decisiones no son definitivas ni vinculantes no generan la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica. En tanto las alegaciones de las Demandantes se concentran en la conducta de los funcionarios costarricenses que no tienen la última palabra en este caso —y, en cualquier caso, las propias Demandantes hicieron que fuera imposible continuar con el procedimiento al abandonar el país— las Demandantes no se encuentran habilitadas para incoar sus reclamaciones ante el presente Tribunal. De otro modo, se les otorgaría un recurso de apelación que no existe en el sistema de resolución internacional.

⁸⁰⁵ **RLA-92**, *Saipem S.p.A. c La República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI N.º ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007.

VIII. SE TRATÓ A LAS DEMANDANTES DE CONFORMIDAD CON EL NIVEL MÍNIMO DE TRATO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 10.5 DEL DR-CAFTA

A. Las Demandantes podrían haber previsto legítimamente que la Demandada aplicaría su legislación en materia ambiental

787. Las Demandantes alegan que Costa Rica violó sus expectativas legítimas en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA en lo que respecta a la operación de las leyes en materia de desarrollo inmobiliario y ambiental de Costa Rica⁸⁰⁶. Tal como se estableciera en el Memorial de Contestación de la Demandada, no solamente no se violaron las expectativas de las Demandantes, sino que las Demandantes no habían podido articular con algún grado de especificidad de qué manera perciben que se ha violado el estándar de trato justo y equitativo en este caso⁸⁰⁷.

788. Esta vez, en su Escrito de Respuesta, las Demandantes intentan “aclarar” las cosas indicando que tienen derecho a compensación debido a una presunta violación de 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”⁸⁰⁸. Lamentablemente para las Demandantes, la vía para arribar a esta conclusión se encuentra plagada de inexactitudes y atajos. La consecuencia es que debe fracasar la alegación de las Demandantes de una violación del Artículo 10.5.

1. La insistencia infundada de las Demandantes en invocar el caso *Tecmed*

789. Las Demandantes insisten en invocar el caso *Tecmed*. En sustento de su argumento proponen una “guerra de autoridades legales”⁸⁰⁹, como si únicamente su *cantidad* proporcionara calidad y exactitud a sus afirmaciones.

790. Asimismo, y presuntamente debido a la solidez de los argumentos de la Demandada, invocan un *argumentum ad hominem*⁸¹⁰, incurriendo en la falacia de atacar el papel de Zachary Douglas y Anna Joubin-Bret cuando critican la consistencia del criterio de *Tecmed*, en lugar de proporcionar un argumento que cuestione la validez del argumento de la Demandada de que dicho caso no refleja el estándar de TJE⁸¹¹.

791. La Demandada reitera la invocación de sus afirmaciones que debilitan la interpretación de las Demandantes del caso *Tecmed* – una decisión que ha sido invocada con demasiada

⁸⁰⁶ Memorial de las Demandantes, párrs. 283-292, 322-334; Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 69-70, 107, 352-365.

⁸⁰⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 473-475.

⁸⁰⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 69.

⁸⁰⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 69-70.

⁸¹⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 70, nota al pie 28.

⁸¹¹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 479-80.

frecuencia en forma primitiva y rudimentaria que significa que el test verdadero para las expectativas legítimas induce a los tribunales al error. Las Demandantes repiten su error.

2. El estándar de objetividad como medida de las expectativas legítimas

a) Las supuestas expectativas legítimas de las Demandantes no surgen de un análisis objetivo

792. Las Demandantes afirman que "...**si desarrollaban su inversión en congruencia con las máximas normas de sustentabilidad ambiental, el producto terminado atraería a la clientela a la que...**"⁸¹² y "...**un inversor extranjero, que está preparado para adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento con las normas legales y los procesos administrativos municipales aplicables, tiene derecho a confiar, como es razonable, en los derechos que le confiere dicho cumplimiento**"⁸¹³. (énfasis agregado)

793. Tal como observara previamente la Demandada, no todas las expectativas se encuentran sujetas a protección como parte del estándar de trato garantizado⁸¹⁴. Las Demandantes parecen estar de acuerdo ya que, tal como lo señalaran, el desarrollo en congruencia con la sustentabilidad ambiental y en cumplimiento de las normas jurídicas municipales y de los procesos administrativos aplicables habrían provisto de contenido a las expectativas de las Demandantes.

794. Es sólo cuando las "expectativas de un inversionista tienen un fundamento objetivo, y no son descabelladas ni consecuencia de un optimismo inoportuno, [que] se las describe como 'expectativas legítimas'"⁸¹⁵ [Traducción libre]. Tal como observara el tribunal en *Suez c. Argentina*, "no se debe contemplar en forma objetiva las expectativas subjetivas de las Demandantes. El Tribunal debe, en cambio, analizarlas desde un punto de vista objetivo y razonable"⁸¹⁶. [Traducción libre]

795. Por lo tanto, la cuestión que nos ocupa no es si las Demandantes creyeron de manera subjetiva que podrían invocar la VA que ostentaban; sino, que se trata de si su creencia era justificada y razonable, desde un punto de vista objetivo, a la luz de la legislación costarricense y las circunstancias que rodean a las Partes y sus interacciones.

796. En este sentido, el marco jurídico aplicable en Costa Rica da cuenta de las expectativas legítimas de un inversionista. El tribunal en *Duke Energy c. Ecuador*, estableció que para

⁸¹² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 354.

⁸¹³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 356.

⁸¹⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 481.

⁸¹⁵ RLA-28, *Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N.º ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013, párr. 532.

⁸¹⁶ **RLA-93**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/19, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, párr. 228.

evaluar la razonabilidad o legitimidad de las expectativas del inversionista deben tenerse en cuenta todas las circunstancias, incluyendo no sólo los hechos que rodean a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor. Aunque no se incluyeron expresamente las circunstancias jurídicas, evidentemente el tribunal pretendió hacer referencia a ellas⁸¹⁷.

797. Tal como se explicara en el Memorial de Contestación de la Demandada⁸¹⁸, el marco jurídico que las Demandantes enfrentaron cuando decidieron invertir en Costa Rica ordenaba que en primer lugar deberían obtener una VA de la SETENA, eventualmente solicitar un permiso del SINAC en el supuesto de que tuvieran que quitar árboles, y posteriormente obtener permisos de obra de la Municipalidad. Todos estos procedimientos en estricto cumplimiento de las disposiciones en materia ambiental que imperan en Costa Rica⁸¹⁹.
798. Sin embargo, las Demandantes ni desarrollaron el Ecosistema Las Olas de manera consistente con los estándares de sustentabilidad ambiental, ni tampoco cumplieron con esos procedimientos⁸²⁰. En este contexto, las Demandantes no pueden invocar eventualmente las “expectativas legítimas” cuando proporcionaron información errónea y falsa a las dependencias de la Demandada. Además, eventualmente las Demandantes no pueden invocar una “expectativa legítima” que se desvía de la apreciación objetiva de lo que dispone inequívocamente la legislación y la práctica costarricense. El argumento de las Demandantes demuestra una vez más de qué forma han caracterizado e interpretado de manera absolutamente errónea la legislación costarricense.
799. Además, las declaraciones del Estado que se basan en el hecho de que el inversionista proporcione información incompleta o inexacta no genera expectativas legítimas. Este principio fue confirmado por el tribunal en *Thunderbird c. México*⁸²¹. En consecuencia, sorprende que las Demandantes invoquen este caso, teniendo en cuenta que sustenta las alegaciones de la Demandada⁸²². Las Demandantes omitieron mencionar que se trató de un caso en el que el inversionista había invocado un dictamen que le entregaran las autoridades mexicanas respecto de la legalidad de sus operaciones de juego propuestas. Después de que se efectuara la inversión, las autoridades mexicanas clausuraron las instalaciones porque se determinó que implicaban un grado considerable de azar, en violación de la prohibición legal de los juegos de azar. El tribunal determinó que el

⁸¹⁷ **RLA-102**, *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA c. República del Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/04/19, Laudo, 12 de agosto de 2008.

⁸¹⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, Sección III.B.4.

⁸¹⁹ Íd., Sección III.A.

⁸²⁰ Íd., párrs. 271-307, párrs. 487-505.

⁸²¹ CLA-70, *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, IIC 136 (2006), Laudo, 26 de enero de 2006, párrs. 151-155.

⁸²² Memorial de las Demandantes, párrs. 283, 289.

dictamen no podía crear expectativas legítimas en las que se pudiera fundar razonablemente el inversionista, en particular, porque el inversionista, en pos de obtener el dictamen, no había revelado información relevante en lo que respecta a la naturaleza de las máquinas tragamonedas, “*induci[endo] así al error al lector*”⁸²³. [Traducción libre]

800. Al igual que en *Thunderbird c. México*, las Demandantes engañaron a la Demandada y la indujeron al error. Específicamente, engañaron en forma deliberada a la SETENA en el proceso de obtener la VA al no revelar la existencia de ecosistemas en la finca.

801. Las Demandantes intentan desestimar rápidamente los argumentos de la Demandada de que la falta de objetividad en las expectativas de las Demandantes quedó demostrada en el momento de presentar el Informe Protti⁸²⁴. El único motivo por el cual las Demandantes no objetan justamente el argumento de la Demandada es porque demuestra claramente que desde el año 2007 las Demandantes tenían conocimiento de la existencia de humedales en el Sitio del Proyecto y decidieron deliberadamente ocultar esta información a la SETENA⁸²⁵. Aunque las Demandantes objetan la relevancia de esos hallazgos conocidos en ese momento, la declaración testimonial de su propio perito respalda la posición común de que existen (y siempre han existido) humedales en el predio Las Olas.

802. La solicitud de VA defectuosa indujo al error a la SETENA en lo que respecta a las condiciones físicas reales en el Sitio del Proyecto, y redundó en la emisión de una VA que las Demandantes no tenían derecho obtener o en la que se pudieran fundar razonablemente como garantía del Estado. Por lo tanto, la VA no podría haber generado una expectativa legítima de que no se interrumpiría su desarrollo si ocasionaban daños al ambiente.

b) *La VA no dota de contenido a su defensa de expectativa legítima*

803. En aras de sustentar la posición de que las Demandantes podrían invocar la VA que obtuvieran, recurrieron también al dictamen del Sr. Ortiz que afirma que las acciones de la Demandada destinadas a revocar o suspender la VA presuntamente violaron las “expectativas legítimas” de las Demandantes en virtud de las leyes de Costa Rica⁸²⁶. En este sentido, las Demandantes afirman que:

“El hecho de que el Demandado no reconozca estos principios del derecho costarricense significa el final de su defensa y ratifica la

⁸²³ CLA-70, *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, IIC 136 (2006), Laudo, 26 de enero de 2006, párrs. 151-155.

⁸²⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 363.

⁸²⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 161, 285-6.

⁸²⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 266.

posición jurídica de los Demandantes en cuanto a los incumplimientos del Demandado de las obligaciones del tratado DR-CAFTA⁸²⁷.

804. En este sentido, en el párrafo 266 de su Escrito de Respuesta⁸²⁸, las Demandantes enumeran las acciones de la Demandada que —a criterio del Sr. Ortiz— constituyeron violaciones a las expectativas legítimas de las Demandantes en virtud de la legislación costarricense. Como se observará, ninguna de estas alegaciones resiste análisis.
805. En primer lugar, las Demandantes incluyen una alusión a permisos al sostener que “[e]l haber otorgado los permisos correspondientes sin que ningún organismo gubernamental o funcionario público haya emitido advertencia alguna” podría considerarse como una violación del estándar. Esto es absolutamente falso. Tal como se estableciera *supra*, las Demandantes indujeron al error a las autoridades al ocultar las condiciones físicas reales del Ecosistema Las Olas que les fueran explicadas con claridad en el Informe Protti.
806. En segundo lugar, las Demandantes hicieron asimismo alusión a “*contradicciones entre los diferentes organismos gubernamentales y funcionarios.*” No obstante, no pueden considerarse incongruentes las acciones del Gobierno cuando tuvieron origen en la adopción de las medidas necesarias para aplicar la ley, sin que exista un compromiso específico de que se abstendría de hacerlo⁸²⁹. Tal como se explicará *infra*, Costa Rica nunca ha hecho declaración alguna de que no aplicará su legislación en materia ambiental. Además, las dependencias costarricenses no han actuado de manera inconsistente; por el contrario, actuaron impulsadas por la aplicación de las leyes en materia ambiental, y esto es legítimo y razonable.
807. Todo proceso incompleto mostrará intrínsecamente características que podrían considerarse como inconsistencias. Si las Demandantes hubiesen permitido que concluyeran de manera natural los procesos legales costarricenses, se habría logrado una posición definitiva. La evolución del reconocimiento del sitio del Proyecto Las Olas por parte de las autoridades costarricenses y la existencia de cualquier ecosistema sensible tiene, para establecer lo evidente, un proceso iterativo. Es injusto y erróneo interpretar que este proceso iterativo muestre inconsistencias cuando no se completó como consecuencia del retiro de las Demandantes.
808. Continuando con “la lista”, las Demandantes incluyeron el “*haber emitido órdenes sin que se hayan llevado a cabo ‘procedimientos administrativos o revisiones jurídicas ante las jurisdicciones competentes’*”. Tal como explicara el Dr. Jurado, todas las medidas

⁸²⁷ Íd., párr. 268.

⁸²⁸ Íd., párr. 266.

⁸²⁹ **RLA-135**, Ronald S. Lauder c. La República Checa, Laudo CNUDMI, 3 de septiembre de 2001, párr. 297.

cautelares dictadas por la SETENA, el SINAC y el TAA cumplieron con el marco aplicable en virtud de la legislación ambiental costarricense, donde no es aplicable el “plazo de 15 días”.

809. Por último, las Demandantes alegaron que *“haber mantenido las órdenes ‘durante más tiempo del que permite nuestro sistema jurídico’”* constituyó asimismo una violación de las expectativas legítimas de las Demandantes. En cuanto a esta acusación particular, el Sr. Ortiz hace referencia a la medida cautelar del TAA que se encuentra aún vigente. Tal como se explicara *supra*, no se puede modificar la medida cautelar del TAA en tanto a la fecha no se han modificado las situaciones originales que motivaron su dictado.

810. Por lo tanto, aun cuando se analiza la lista de presuntas violaciones de las expectativas legítimas derivadas de la VA que ostentaban las Demandantes, la conclusión sigue siendo la misma: ninguna de las circunstancias descritas constituyó una violación de dicho estándar simplemente porque la VA no podría dotar de contenido a su defensa de expectativas legítimas.

c) *Costa Rica nunca ha hecho promesa específica alguna a las Demandantes de que no aplicaría su Legislación frente a violaciones ambientales*

811. Además, no todas las garantías ofrecidas por funcionarios oficiales se elevan al nivel de expectativa legítima. Los comentarios alentadores de funcionarios de gobierno no generan por sí mismos expectativas legítimas⁸³⁰. Para que se generen expectativas legítimas, la conducta del estado debe ser clara y específica⁸³¹. Debe existir una “afirmación categórica”⁸³² - no son suficientes las declaraciones “ambiguas y en gran medida informales”⁸³³.

812. Costa Rica nunca ha hecho promesa específica alguna a las Demandantes de que no aplicaría su legislación frente a violaciones ambientales. Las Demandantes aceptan además que para legitimizar las expectativas el inversionista deberá *“realiza[r] una evaluación razonada y prudente 'del estado del derecho y la totalidad del entorno de negocios' antes y durante el establecimiento de sus inversiones”*⁸³⁴. Por lo tanto, las Demandantes no pueden esperar que la Demandada no aplique sus leyes en materia

⁸³⁰ **RLA-100**, *William Nagel c. La República Checa*, Caso CCE N.º 049/2002, Laudo Definitivo, 9 de septiembre de 2003, párr. 326 (Los meros comentarios alentadores de funcionarios de gobierno a los inversionistas en cuanto a la probabilidad de obtener una licencia resultan insuficientes para crear expectativas legales de que el inversionista recibiría la licencia).

⁸³¹ Véase CLA-42, *Metalclad Corporation c. México*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/1, (2001) 16 ICSID Rev-FILJ 168, (2001) 40 ILM 36, (2001) 26 YB Com Arb 99, (2002) 119 ILR 618, (2002) 5 ICSID Rep 212, (2001) 13(1) World Trade y Arb Mat 45, 25 de agosto de 2000, párr. 148.

⁸³² **RLA-101**, *Gami Investments, Inc. c. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de noviembre de 2004, párr. 76.

⁸³³ RLA-22, *Marvin Feldman c. México*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002.

⁸³⁴ Memorial de las Demandantes, párr. 286.

ambiental cuando desde el principio tenían conocimiento de que se trataba de una de las políticas principales de Costa Rica.

813. Las Demandantes sostienen que el DR-CAFTA ordena que “...los funcionarios del País anfitrión ejerzan la autoridad gubernamental delegada de manera tal que evite la frustración de las legítimas expectativas respaldadas por una inversión de parte de inversores extranjeros”⁸³⁵. Pero el DR-CAFTA equilibra asimismo el derecho de estabilidad del inversionista, por un lado, y el derecho del estado de regular determinadas áreas de la legislación —tal como la del ambiente— por el otro. Los Tribunales actuaron en consecuencia de ello, ponderando las expectativas legítimas del inversionista contra el deber del Estado de actuar en aras del interés público⁸³⁶. Y esto es exactamente lo que hicieron las dependencias costarricenses y nunca sostuvieron que se abstendrían de hacerlo: aplicar las disposiciones de la legislación en materia ambiental en Costa Rica.
814. Esto no fue ignorado por las Demandantes. En efecto, en su Escrito de Respuesta reconocieron que “[l]os inversores estaban bien al tanto de que si desarrollaban su inversión en congruencia con las máximas normas de sustentabilidad ambiental, el producto terminado atraería a la clientela a la que apuntaban”⁸³⁷. Sin embargo, existe otra forma de enunciar el mismo punto respecto de la manera en la que debería observarse la legislación en materia ambiental – y de qué manera eso da cuenta de cuáles eran las expectativas legítimas de las Demandantes. Se trata del simple hecho de que las Demandantes tenían conocimiento real o implícito de la legislación (y la práctica) ambiental de Costa Rica en su totalidad – y la aplicación de esas leyes formó inmediata y automáticamente parte de sus expectativas legítimas cuando pretendieron efectuar su inversión.
815. Además, las Demandantes alegan que el DR-CAFTA tiene por objeto preservar la transparencia, predictibilidad y certidumbre en favor de los inversionistas⁸³⁸. Sin embargo, estas obligaciones no pueden interpretarse como una obligación de abstenerse de la aplicación de las leyes existentes:

“... El ordenamiento jurídico anterior a la inversión constituye el marco para el alcance positivo de la expectativa, que será protegida, y asimismo el alcance de las consideraciones que el estado receptor tiene derecho a invocar cuando se defiende contra reclamaciones ulteriores del inversionista extranjero. En este caso, queda claro que el estándar de trato justo y equitativo se centra en un grado considerable, en las expectativas del inversionista extranjero y que, en el caso individual, la legitimidad de las expectativas dependerá en gran medida

⁸³⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 360.

⁸³⁶ CLA-71, *Saluka Investments B.V. c. La República Checa*, CNUDMI, IIC 210 (2006), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 306; CLA-100, *Total c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, párrs. 123, 309.

⁸³⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 354.

⁸³⁸ Íd., párr. 360.

del estado objetivo del derecho según se encuentre vigente cuando el inversionista adquiere la inversión”⁸³⁹. [Traducción libre]

816. Por lo tanto, las Demandantes deberían haber tenido conocimiento y deberían haber previsto que se les exigiría desarrollar y explotar su proyecto inmobiliario respetando las leyes ambientales costarricenses. De otro modo, estas expectativas no serían legítimas (es decir, objetivas), cuando se las pondera contra las facultades regulatorias legítimas de Costa Rica para aplicar su legislación en materia ambiental.

817. En un caso muy reciente que involucra al Reino de España, un tribunal presidido por el presidente de la Corte de Arbitraje de la CCI sostuvo que:

“Al respecto el Tribunal Arbitral comparte la posición de la Demandada según la cual, **“para poder ampararse en expectativas legítimas, los Demandantes deberían haber realizado un análisis diligente del marco jurídico de su inversión”**. Esta posición es conforme a la postura adoptada por otros tribunales. El tribunal del caso *Frontier*, por ejemplo, consideró que **“a foreign investor has to make its business decisions and shape its expectations on the basis of the law and the factual situation prevailing in the country as it stands at the moment of the investment.”** “En efecto, **para ser violatorias de las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias no deben haber sido razonablemente previsibles en el momento de la inversión**. Ahora bien, el Tribunal Arbitral estima que, en el presente caso, las demandantes hubieran podido prever fácilmente la posibilidad de ajustes al marco regulatorio como los que se introdujeron con las normas de 2010”⁸⁴⁰. (énfasis agregado)

818. Las expectativas de las Demandantes se determinan sobre la base de cuál era la situación imperante en Costa Rica, lo que significa que en el momento de la supuesta inversión deberían haber previsto que Costa Rica aplicaría su legislación en materia ambiental en caso de incumplimiento. Por lo tanto, es infundado afirmar que las Demandantes poseen expectativas legítimas fundadas en el incumplimiento del marco jurídico en materia ambiental en torno a la inversión.

3. Las Demandantes no pueden invocar el asesoramiento local irregular y deficiente que recibieran en pos de dotar de contenido o justificar su defensa de expectativas legítimas

819. Tal como se afirmara *supra*, las expectativas legítimas no pueden derivarse de optimismo o ignorancia inapropiados. Este optimismo inapropiado es evidente en los esfuerzos de las Demandantes de argumentar que contrataron profesionales técnicos y legales para “estar

⁸³⁹ RLA-105, Rudolf Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties” (2005) 39(1) The International Lawyer <<http://www.jstor.org/stable/40707790>> última visita el día 22 de octubre de 2016.

⁸⁴⁰ RLA-136, Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. España, CCE, Laudo, 21 de enero de 2016.

*en absoluto cumplimiento con los requisitos legales y administrativos del País anfitrión*⁸⁴¹, como si el hecho de recibir asistencia inmunice a las Demandantes de toda irregularidad y mantenga inalteradas las expectativas subjetivas.

820. Tal como se demostrará, tanto el asesoramiento técnico como jurídico local proporcionado a las Demandantes fue deficiente e irregular, todo lo cual refuerza el argumento de la Demandada en lo que respecta al hecho de que las Demandantes no pueden fundarse en la expectativa de que podrían actuar en base a los permisos que les fueran otorgados.

821. En cuanto al asesoramiento jurídico que presuntamente recibieron, las Demandantes hacen lo imposible para describir la debida diligencia que afirman haber emprendido al comenzar su desarrollo del Proyecto Las Olas:

“El enfoque de los Demandantes respecto del desarrollo se basó en las premisas menos complicadas: **los inversores dispuestos y en condiciones de contratar a profesionales locales calificados para garantizar su cumplimiento con las normas locales aplicables** pueden esperar gozar de los derechos que dicho cumplimiento conlleva, confiados en la convicción de que el País anfitrión está comprometido con el mantenimiento del contexto regulatorio transparente y predecible en el que se pueden gozar dichos derechos”⁸⁴².

“Tal como los Demandantes han reiterado a lo largo de este arbitraje, nosotros **en todo momento confiamos en los peritos y abogados locales que habíamos contratado como asesores en cuestiones legales para asegurarnos de que estábamos cumpliendo con las leyes costarricenses y con los requisitos de obtención de permisos**. Esto incluyó recibir asesoramiento con respecto a la necesidad de tramitar un permiso VA ante la SETENA para cada una de las secciones del proyecto Las Olas”⁸⁴³.

“**Como inversionistas extranjeros, confiamos en nuestros abogados, profesionales y expertos locales, quienes se comunicaron con las autoridades costarricenses para entregar al gobierno toda la información necesaria para obtener permisos**”⁸⁴⁴.

“**Tal como lo dijéramos una y otra vez, utilizamos empresas, peritos y abogados locales para presentar todas nuestras solicitudes de permisos ante los organismos gubernamentales adecuados**. Tras una revisión de nuestra documentación, los permisos iban a emitirse o el gobierno les solicitaría a nuestros abogados más información”⁸⁴⁵.

822. Por lo tanto, las Demandantes inducirían a que el Tribunal creyera que estaban absolutamente preparadas e informadas de lo que disponía la legislación costarricense. La realidad es muy diferente. Primero, tal como lo muestra el registro, su conducta ha

⁸⁴¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 355.

⁸⁴² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 356.

⁸⁴³ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 54.

⁸⁴⁴ Íd., párr. 58.

⁸⁴⁵ Segunda Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, párr. 48.

ilustrado un concepto erróneo de lo que implican la legislación y la práctica ambiental costarricense.

823. Segundo, durante la etapa de Exhibición de Documentos, la Demandada solicitó que las Demandantes exhibieran todos los informes de debida diligencia y asesoramiento jurídico que las Demandantes alegaran haber realizado. Después de que el Tribunal ordenara que las Demandantes exhibieran una lista de documentos privilegiados que detallara el asesoramiento jurídico que recibieran, las Demandantes propusieron **un único registro** con relación al asesoramiento jurídico de Laclé & Gutiérrez Abogados respecto de “la estructura de titularidad de Las Olas”⁸⁴⁶.
824. Por lo tanto, según la propia iniciativa de las Demandantes en el contexto de sus obligaciones de divulgación, (y las muestras en su lista de documentos privilegiados) no recibieron asesoramiento jurídico **alguno** en cuanto al cumplimiento de las leyes y reglamentos ambientales costarricenses y su aplicación por parte de las dependencias locales. Se trata de una admisión desconcertante.
825. Las Demandantes afirman asimismo haber recibido “*sólido asesoramiento de expertos locales*”⁸⁴⁷ para desarrollar su proyecto y arribar a la conclusión de que no existían humedales o un bosque en el Proyecto Las Olas. Sin embargo, ninguno de los “expertos” en los que confiaron las Demandantes poseía la competencia adecuada para determinar la existencia de humedales o bosques en el Sitio del Proyecto o simplemente “aconsejaron” a las Demandantes que continuaran con el desarrollo independientemente de esos ecosistemas. Pero, en cualquier caso, en ningún momento se plasmó por escrito “asesoramiento” alguno – aun ante numerosos intercambios escritos con las autoridades costarricenses – y ante la obligación de que estos procesos escritos conformen una parte integral de la solicitud ambiental.
- a) *El Sr. Bermúdez actuó de manera negligente durante la prestación de servicios a las Demandantes*
826. Para el desarrollo de la VA para el sitio del Primer Condominio las Demandantes contrataron a DEPPAT para actuar como Regente Ambiental. Tal como se explicara en el Memorial de Contestación, en ese momento, DEPPAT no reveló las condiciones físicas reales del Sitio del Proyecto a la SETENA.
827. El Sr. Bermúdez actuó asimismo como Regente Ambiental para el sitio de la Concesión durante más de tres años. El Sr. Bermúdez no ha brindado explicación alguna de por qué motivo, un día después de que DEPPAT fuera contratada para actuar como Regente

⁸⁴⁶ **R-399**, Lista de documentos privilegiados de las Demandantes, 22 de julio de 2016.

⁸⁴⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 95.

Ambiental para el Sitio del Condominio, DEPPAT fue despedida por las Demandantes como consecuencia de incumplimientos de las leyes ambientales en su carácter de Regente Ambiental para el sitio de la Concesión. El Sr. Bermúdez sostiene que no tiene “[i]dea [...] de dónde proviene esta sugerencia”⁸⁴⁸. Sin embargo, la carta de las Demandantes de fecha 1 de junio de 2010, entregada a la SETENA y, presentada por la Demandada como Anexo Documental R-36, precisamente explica la solicitud de sustitución de DEPPAT como Regente Ambiental para la Concesión por parte las Demandantes en los siguientes términos:

“Nuestra solicitud tiene su fundamento en **las omisiones e incumplimientos en que la regente ambiental ha incurrido en el ámbito de su gestión, y que por su carácter de responsable ambiental leyes y reglamentos que regulan la materia ambiental le obligan a conocer, recomendar y ejecutar y darle el debido seguimiento**. Esta situación expone seriamente a nuestra empresa con relación a los compromisos ambientales adquiridos y de los cuales queremos asegurar su cumplimiento. En el análisis de los servicios y responsabilidades a cargo de la regente ambiental, **se puede constatar que la responsable ambiental, ha incumplido seriamente con las obligaciones y responsabilidades contempladas en la legislación ambiental regulada por la SETENA [...]**”⁸⁴⁹.

828. Esta carta fue suscripta por la Sra. Paula Murillo, la representante legal de La Canícula y la representante de las Demandantes. Según las Demandantes, la Sra. Murillo no “tuvo participación diaria en el desarrollo del proyecto Las Olas, ni control alguno sobre este”⁸⁵⁰. Sin embargo, en tanto la Sra. Murillo despedía a DEPPAT en razón de incumplimientos serios en materia ambiental; el Sr. Aven designaba a DEPPAT para actuar como Regente Ambiental para el sitio del Condominio⁸⁵¹.
829. Durante el desarrollo del sitio del Condominio y el sitio de Servidumbres y otros lotes, el Sr. Bermúdez permaneció de brazos cruzados a sabiendas de los impactos que las Demandantes estaban ejerciendo en el Ecosistema Las Olas.
830. Además, la Demandada ha observado inconsistencias graves en el Registro Ambiental confeccionado por el Sr. Bermúdez. El Anexo documental C-106 presentado por las Demandantes mostró como último ingreso en el libro de registros el día 2 de marzo de 2012. No obstante, el Documento AVE.7.18 divulgado por las Demandantes en la etapa de Exhibición de Documentos refleja dos nuevos ingresos de los días 17 de mayo de 2012 y 31 de julio de 2012:

⁸⁴⁸ Segunda Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, párr. 21.

⁸⁴⁹ R-36, Solicitud de sustitución de DEPPAT como Regente Ambiental, 1 de junio de 2010.

⁸⁵⁰ Memorial de los Demandantes, párr. 16.

⁸⁵¹ R-33. Carta de David Aven remitida a la SETENA designando a DEPPAT como Regente Ambiental. En Exp. Adm. D1-1362-2007, 14 de junio de 2010.

por acción humana, aunque se deben considerar algunas acciones que se
 tomaron durante la temporada húmeda de este sitio.
 Por DEPAT S.A. Bertha Díaz
 Esteban Bermúdez Rodríguez
 No. Registro 118-00
 Última línea

08 Marzo 2012 Se realiza visita de inspección ambiental al proyecto
 las condiciones observadas son muy similares a lo observado en las visitas
 anteriores, no se han realizado acciones correctivas o actividades relacionadas
 con el proceso constructivo, únicamente se realizan labores de mantenimiento
 dentro de la propiedad. En esta oportunidad se observan condiciones
 de clima muy seco, no se detectan ruidos, presencia de neblina y estruendo
 de palas por efecto del viento. Para el inicio de primavera
 época húmeda se esperan haber resuelto algunos problemas de
 manejo de aguas pluviales detectados en visitas anteriores.
 Por DEPAT S.A.
 Esteban Bermúdez Rodríguez
 No. Registro 118-00 Bertha Díaz
 Última línea

por acción humana, aunque se deben considerar algunas acciones que se
 tomaron durante la temporada húmeda de este sitio.
 Por DEPAT S.A. Bertha Díaz
 Esteban Bermúdez Rodríguez
 No. Registro 118-00
 Última línea

08 Marzo 2012 Se realiza visita de inspección ambiental al proyecto
 las condiciones observadas son muy similares a lo observado en las visitas
 anteriores, no se han realizado acciones correctivas o actividades relacionadas
 con el proceso constructivo, únicamente se realizan labores de mantenimiento
 dentro de la propiedad. En esta oportunidad se observan condiciones
 de clima muy seco, no se detectan ruidos, presencia de neblina y estruendo
 de palas por efecto del viento. Para el inicio de primavera
 época húmeda se esperan haber resuelto algunos problemas de
 manejo de aguas pluviales detectados en visitas anteriores.
 Por DEPAT S.A.
 Esteban Bermúdez Rodríguez
 No. Registro 118-00 Bertha Díaz
 Última línea

17 Mayo 2012 Se realiza la visita de inspección de inspección ambiental,
 el proyecto aún se encuentra en suspensión de obras, únicamente se
 realizan actividades de mantenimiento dentro de la propiedad, como
 limpieza de áreas abiertas. En general no se observan problemas en la
 propiedad, únicamente algún ruido de obras ocasionado por la excavación
 superficial a poca altura a que se siguen puliendo fincas las labores
 de conducción de aguas pluviales en las cercanías internas del proyecto.
 Se recomienda seguir una autorización para finalizar la obra de
 planta, con lo que se eviten problemas de erosión mayores a lo que
 se ha observado en las visitas anteriores.
 Por DEPAT S.A.
 Esteban Bermúdez Rodríguez
 No. Registro 118-00 Bertha Díaz
 Última línea

31 Julio 2012 Se realiza una nueva visita de inspección de aguas
 ambientales al proyecto. Las actividades constructivas aún se encuentran
 suspendidas, hasta tanto se resuelva el tema de la denuncia
 presentada contra el desarrollo por aspectos de riesgo ambiental.
 Se observa que algunos sectores de la propiedad presentan problemas
 de erosión hídrica del suelo debido a las fuertes lluvias que han
 ocurrido en la zona durante los últimos días. Se observa presencia
 en general de zonas con riesgo de estabilidad, con excepción de un
 sector cerca del acceso principal que ya había sido estabilizado en
 visitas anteriores. Los caminos internos aún se están manteniendo por
 vegetación herbácea. No se observan tempestades en el sitio.
 Por DEPAT S.A.
 Esteban Bermúdez Rodríguez
 No. Registro 118-00 Bertha Díaz
 Última línea

852

b) La participación de Mussio Madrigal Arquitectos en el desarrollo del Proyecto Las Olas

831. El testimonio sesgado del Sr. Mussio ha sido señalado por el Informe Siel Siel:

"La total incompetencia del Sr. Mussio para definir la presencia de
 ecosistemas/humedales sensibles queda clara en la siguiente
 afirmación que hace en su declaración testimonial:

"Desde mi punto de vista, el proyecto Las Olas no representaba ningún
 tipo de riesgo ambiental".

No queda claro de qué manera el Sr. Mussio llega a la conclusión de
 que el proyecto Las Olas no representaba riesgos ambientales, cuando
 los propios especialistas de las Demandantes habían confirmado que
 en el sitio había zonas ambientales frágiles, según las define la ley
 costarricense. El Dr. Baillie determinó la existencia de suelos hídricos y

852 C-106, Registro Ambiental de Bermúdez, 29 de enero de 2011 – 31 de julio de 2012; R-422, Documento AVE7.18, Registro Ambiental, 31 de julio de 2012.

vegetación hidrófila ERM en 3 de los humedales definidos por KECE”⁸⁵³.

832. En este momento la Demandada procederá a explicar por qué motivo las Demandantes no pueden invocar que el “consejo” que les diera el Sr. Mussio constituyese una expectativa “objetiva” de que las dependencias locales no suspenderían el desarrollo del Proyecto.

i. La “experiencia” del Sr. Mussio para determinar la existencia de humedales

833. Las Demandantes dedican numerosos párrafos a reiterar de qué manera “la Sra. Vargas”, “el Sr. Martínez” o “el Sr. Bucelato” carecían de competencia para determinar la existencia de humedales. Sin embargo, su propio asesor, sin aptitudes técnicas para determinar la existencia de humedales, asevera la no existencia de humedales en el Sitio del Proyecto:

“Tales áreas, desde mi experiencia y conocimiento, no constituyen humedales”⁸⁵⁴.

834. El Sr. Mussio se arroga experiencia de la que carece para la determinación de un bosque en virtud de la legislación costarricense:

“[I]as zonas sobre las cuales consideramos obras de infraestructura según el diseño y la tramitación de los permisos **no cumplían la condición de ser un bosque**. La mayor parte de la propiedad era una finca dedicada al ganado”.

835. No se realizaron estudios forestales con anterioridad a la presentación de la VA para el sitio del Condominio⁸⁵⁵.

ii. El Sr. Mussio estaba al tanto de las irregularidades relacionadas con la existencia de humedales en el Sitio del Proyecto desde 2008

836. El Sr. Mussio sorprendentemente afirma que él descubrió los “problemas” relativos al Proyecto Las Olas recién en el año 2010:

“Yo me enteré en el año 2010 de los problemas que “Las Olas” estaba teniendo con los permisos. Fue una sorpresa para mí y para el resto del equipo de Mussio Madrigal porque nunca se determinó la existencia de ningún humedal o de un bosque en el momento de nuestro involucramiento. En mi opinión, esto se dio por una absoluta falta de coordinación entre las diferentes entidades del Estado, porque tengo entendido que el ente experto y encargado de determinar si existe un humedal desde un punto de vista técnico, MINAE, no fue tomado en cuenta para la determinación de las órdenes que fueron giradas para suspender los permisos ambientales”⁸⁵⁶.

⁸⁵³ Informe Siel Siel, párrs. 24-25.

⁸⁵⁴ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párr. 26.

⁸⁵⁵ Informe Siel Siel, párr. 5.

⁸⁵⁶ Íd., párr. 36.

837. Esto es completamente falso. Tal como se explicara en el Memorial de Contestación⁸⁵⁷ y como se demuestra en el Anexo Documental R-20 de la Demandada, el día 30 de septiembre de 2008, el Sr. Mussio fue informado por dos inspectores del MINAE y del SINAC sobre las investigaciones que se llevaban a cabo respecto de la existencia de un humedal en el Sitio del Proyecto.

838. El Sr. Mussio sí admite que los inspectores le explicaron que el objetivo de la visita era "comprobar y verificar supuestas anomalías relacionadas con una queja" y que él informó al Sr. Aven sobre la inspección⁸⁵⁸. Asimismo, el Sr. Mussio admite haber caminado por el lado occidental del inmueble (donde se ubican los Humedales N.º 5 y N.º 3), y haber explicado a los inspectores que la acumulación de agua en dos puntos se debía a "desfogues pluviales que surgen de la construcción de la carretera costanera y de las vías públicas"⁸⁵⁹. Tal conversación es muy similar a la explicación del Sr. Mussio sobre las condiciones físicas del Humedal N.º 1, cuando alega que el drenaje insatisfactorio se debe al "bloqueo de escorrentías de aguas superficiales"⁸⁶⁰.

c) El Sr. Arce brindó "asesoramiento" una vez que los bosques ya habían sido afectados

839. Las Demandantes se basan en el supuesto asesoramiento brindado por el Sr. Arce para afirmar que la tala de los árboles y los impactos causados al bosque eran completamente legales. Por ejemplo, el Sr. Damjanac justifica la tala y la quema ilegal de los árboles con base en un supuesto asesoramiento jurídico:

"En el apartado 14 de su Declaración Testimonial, la Sra. Vargas manifestó que "de acuerdo con lo que los vecinos me dijeron", la "tala y la quema de árboles... tenía lugar durante los fines de semana porque los funcionarios públicos no trabajan en esos días". Esa es una acusación falsa (y extraña) basada en informes sesgados de segunda mano.

No estábamos talando ni quemando árboles; solo hacíamos el mantenimiento a nuestra propiedad por medio del corte del "Secate" (un pasto alto que, según nuestros abogados, no constituye vegetación protegida, en virtud de la legislación forestal de Costa Rica). En Costa Rica, el pasto crece las 24 horas del día, los 365 días del año"⁸⁶¹.

840. En primer lugar, las Demandantes no recibieron ningún asesoramiento de ningún "abogado" sobre si la tala y la quema de los árboles era lícita o no. Esto resulta evidente a partir de los propios reconocimientos de las Demandantes durante la etapa de divulgación de la prueba. En segundo lugar, no fue sino hasta el mes de septiembre de 2010 que el Sr. Arce, quien es ingeniero forestal, no abogado, visitó el Sitio del Proyecto por primera

⁸⁵⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 198-199.

⁸⁵⁸ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, párrs. 58-59.

⁸⁵⁹ Íd., 57.

⁸⁶⁰ Íd., 48.

⁸⁶¹ Segunda Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, párrs. 26-27.

vez⁸⁶²; por consiguiente, esa fue la primera vez que las Demandantes "tomaron conocimiento" de que la tala que realizaban desde el mes de marzo de 2009 era "perfectamente lícita". Todos los impactos, documentados en los informes de la Sra. Vargas de 2009 y 2010⁸⁶³, fueron efectuados con anticipación al mes de septiembre de 2010 sin ningún asesoramiento o instrucción sobre si la tala o la quema de árboles era lícita o no.

841. Además, es indiscutible que las Demandantes no contaban con un inventario previo sobre el tipo de vegetación del Sitio del Proyecto para determinar si estaban cortando "zacate" o vegetación de humedales o árboles que constituían un bosque con anticipación al Informe INGEOFOR que se llevó a cabo en el mes de diciembre de 2011, luego de que el SINAC hubiera presentado una demanda penal contra los Demandantes por la tala ilegal de árboles.

842. Además, el Sr. Arce se contradice al exigir que la Sra. Vargas debe aplicar una metodología técnica para determinar la existencia de un bosque en el Sitio del Proyecto que él mismo no aplicó. El Sr. Arce señala que:

"Adicionalmente, también revisé la declaración testimonial de la señora Vargas (párrafo 11) y considero que no es posible, técnica ni legalmente, concluir con una mera observación que se trata de un bosque, ya que por ejemplo, **se requiere efectuar mediciones de la densidad de los árboles, mediciones del diámetro de los troncos, determinar el tipo de especie, altura, área y cobertura. Si no se cuentan con estos elementos de medición, no se puede concluir que se trata de un bosque o que fueron árboles protegidos, según lo determina la legislación**"⁸⁶⁴.

843. Sin embargo, el informe de 4 páginas del Sr. Arce de fecha septiembre de 2010 no aplicó ninguno de estos procedimientos técnicos, ya sea cuando visitó el Sitio del Proyecto en el mes de septiembre de 2010 o cuando redactó dicho informe para las Demandantes⁸⁶⁵.

844. El Sr. Arce sostiene en relación con la Ley Forestal:

"Es importante notar que de la visita y análisis que efectué en mi calidad de ingeniero forestal, determiné que existían algunas especies de árboles poro (*Erythrina SP*) y Pochote (*Pochota Quinata*) que se pueden talar libremente, en aplicación del artículo 28 de la Ley Forestal/Ley 7575"⁸⁶⁶.

"Existen diferentes categorías o clases de árboles, dentro de las cuales están los siguientes: árboles frutales, forestales, ornamentales y medicinales, entre otros. La Ley Forestal es una ley especial que únicamente regula una de esas diferentes categorías: los árboles

⁸⁶² Segunda Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, párr. 8.

⁸⁶³ R-26, Informe de Inspección (DeGA-049-2009), 26 de abril de 2009; R-204, Imágenes del informe (DeGA-091-B-2009), 16 de junio de 2010; C-67, Queja presentada por Mónica Vargas ante el MINAE, 31 de mayo de 2010; y C-70, Segundo Informe de Mónica Vargas sobre las Alegaciones de Bucelato, 16 de junio de 2010.

⁸⁶⁴ Segunda Declaración Testimonial de Minor Arce, párr. 16.

⁸⁶⁵ C-82, Informe Forestal de Minor Arce Solano sobre el Sitio del Proyecto Las Olas, Septiembre de 2010.

⁸⁶⁶ Segunda Declaración Testimonial de Minor Arce, párr. 10.

forestales. Esto significa que las demás categorías no tienen ninguna regulación para ser cortados"⁸⁶⁷.

"Tal y como he señalado anteriormente, existen diferentes especies de árboles, y no todas las especies son de interés de la legislación, y hay algunos de los que sí son de interés, que no se requiere permiso alguno para cortarlos, de tal forma que puede ser el caso de que se hayan talado árboles que no requerían permisos"⁸⁶⁸.

845. Las "interpretaciones liberales" del Sr. Arce de la Ley Forestal no corresponden a los requisitos del principio precautorio⁸⁶⁹.

846. El Sr. Arce cita el artículo específico de la Ley Forestal de cuya redacción surge claramente que constituye una excepción y no una "regla liberal" tal como señalara el Sr. Arce:

Anteriormente, expliqué que en la Ley Forestal se establecen ciertas especies de árboles forestales que pueden ser talados o cortados de manera libre, esto conforme lo indicado en el artículo 28 de la Ley Forestal, la cual literalmente indica lo siguiente: "**Excepción de permiso de corta.** Las plantaciones forestales, incluidos los sistemas agroforestales y los árboles plantados individualmente y sus productos, no requerirá permiso de corta, transporte, industrialización ni exportación. Sin embargo, en los casos en que antes de la vigencia de esta ley exista un contrato forestal, firmado con el Estado para recibir Certificados de Abono Forestal o deducción del impuesto sobre la renta, la corta deberá realizarse conforme a lo establecido en el plan de manejo aprobado por la Administración Forestal del Estado".

847. Incluso el Sr. Ortiz, el propio perito de las Demandantes, admite que se trata de una **excepción** a la regla general en virtud de la cual la deforestación requiere un permiso del SINAC:

"Para llevar a cabo la tala de árboles es obligatoria una licencia. Toda persona involucrada en la tala de árboles (propietario del predio, representante, comercializador y/o contratista) debe asegurarse de contar con la licencia correspondiente antes de realizar toda actividad de tala. Todas las partes involucradas en la tala ilegal (es decir, el corte de árboles sin los permisos exigidos) podría ser enjuiciado ante el TAA. **Sin embargo, se debe observar que el artículo 28 de la Ley Forestal N° 7575 establece de manera expresa una excepción a la regla indicada anteriormente**, ya que dispone que las plantaciones boscosas, incluyendo los sistemas agroforestales y árboles sembrados individualmente y sus productos no requieren de licencias de tala, de transporte, de industrialización y de exportación"⁸⁷⁰. (énfasis agregado)

848. Tal como puede inferirse de los párrafos precedentes, la insistencia de las Demandantes respecto de la contratación de profesionales locales altamente calificados —como si se tratara de una garantía de las expectativas legítimas— se aleja mucho de la realidad. El

⁸⁶⁷ Íd., párr. 17(a).

⁸⁶⁸ Íd., párr. 21(a).

⁸⁶⁹ **R-365**, Tribunal de Casación Penal, Sentencia 2003-0396, 8 de mayo de 2003.

⁸⁷⁰ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 106.

asesoramiento brindado a las Demandantes por aquellos profesionales locales presentaba graves irregularidades que lo descartan completamente como un elemento que puede brindar contenido a las supuestas expectativas. Resulta evidente que el asesoramiento deficiente es una consecuencia de la propia negligencia de las Demandantes. La legislación costarricense es bastante clara y brinda sustento pleno a la postura de la Demandada. No se trata de una expectativa legítima si la expectativa se basa en el entendimiento erróneo o en una mala interpretación de la ley.

4. Las alegaciones de las Demandantes sobre corrupción carecen de sustento jurídico

849. Las Demandantes también afirman que esperaban "...estar libres de ser exprimid[a]s para pagar a funcionarios locales corruptos"⁸⁷¹. No obstante, dicho argumento fracasa.

850. Como se desarrollará más detalladamente —pero en este caso en particular en relación con las expectativas legítimas—, un tribunal no se basará en presunciones, inferencias o especulaciones para evaluar la creación de una expectativa legítima ante la falta de pruebas contemporáneas dentro del expediente acerca de las circunstancias pertinentes⁸⁷². De ello se desprende que no se basará en meras acusaciones que no cumplan con el elevado estándar de prueba de acusaciones tales como la corrupción⁸⁷³. Por consiguiente, las declaraciones de las Demandantes sobre la existencia de un presunto soborno que afectó sus expectativas legítimas y que no se basan en pruebas concluyentes deben ser desestimadas.

851. En consecuencia, las Demandantes no podrían haber esperado que Costa Rica no aplicara su legislación ambiental, máxime cuando las Demandantes ocultaron de la Demandada información sensible respecto de los impactos que su proyecto efectivamente tendría sobre el medio ambiente. Cualquier presunta expectativa no puede considerarse tal si se basa en información que no fue revelada al Estado.

5. El argumento de las Demandantes respecto de la Doctrina de los actos propios o “Estoppel Rule” y expectativas legítimas conforme a la legislación de Costa Rica es ajeno al DR-CAFTA

852. Con el propósito de respaldar sus reclamos en virtud de la supuesta falta de coordinación de las entidades administrativas - que afectaría las expectativas legítimas de las Demandantes - estas últimas esgrimen sus argumentos en base a "*la doctrina de los actos propios y con la protección del principio de confianza legítima conforme al derecho*

⁸⁷¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 69.

⁸⁷² CLA-70, *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, IIC 136 (2006), Laudo, 26 de enero de 2006, párrs. 151-155.

⁸⁷³ Véase Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 592-610.

costarricense"⁸⁷⁴. Las Demandantes sostienen, fundadas en la opinión del Sr. Ortiz, que las entidades administrativas "... no puede[n] anular, revocar ni suspender para siempre un acto o una resolución que se haya emitido con anterioridad a fin de otorgar derechos a un tercero"⁸⁷⁵. En otras palabras, alegan que "un organismo administrativo no puede emitir un acto (como la Viabilidad Ambiental de la SETENA) y, luego, no reconocerle la validez"⁸⁷⁶. Esto carece de todo sentido, aplicación legal o lógica.

853. En virtud del título de la presente sección "Doctrina de *Estoppel Rule* y expectativas legítimas conforme a la legislación de Costa Rica", las Demandantes confunden los argumentos en materia de *estoppel* - fundadas supuestamente en el principio de irretroactividad - el principio de seguridad jurídica y el principio de expectativas legítimas, a los cuales se hace referencia como que derivan de la legislación de Costa Rica⁸⁷⁷. Incluyen, asimismo, una supuesta violación al debido proceso y al proceso de expropiación, sin proporcionar contexto pertinente alguno⁸⁷⁸.
854. Esta postura no sólo demuestra una total falta de comprensión - de las Demandantes *per se* - respecto de aquello que reclaman conforme al derecho internacional, sino que también un claro ejemplo de la forma en la cual intentan internacionalizar una controversia que debería tramitar en el ámbito local.
855. Incluso si se analizara el argumento de las Demandantes desde la perspectiva del derecho internacional - tal como debería haber sido contextualizado por las Demandantes - su postura colapsa. La Demandada ya ha concluido su respuesta a los argumentos de las Demandantes en virtud de las expectativas legítimas, y ahora procede a argumentar que la doctrina de "estoppel rule", conforme al derecho internacional, no resulta de aplicación al caso en cuestión.
856. En virtud del derecho internacional, está bien establecido que los reclamos por impedimento sólo pueden ser iniciados cuando (i) existe una declaración de hecho que es clara e inequívoca; (ii) esta declaración es voluntaria, incondicional y autorizada; y (iii) se confía en la buena fe de la declaración ya sea para detrimento de la parte que así confía en la declaración o para beneficio de la parte que realiza la declaración⁸⁷⁹.
857. Las Demandantes no se han desligado de la carga de satisfacer dichos requisitos presuntamente debido a que cualquier aplicación de aquellos resulta perjudicial para su

⁸⁷⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 262.

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 263.

⁸⁷⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 263-264.

⁸⁷⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 263.

⁸⁷⁹ **RLA-138**, *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Provisional, 26 de junio de 2000, ¶111.

argumento. En efecto, la doctrina de los actos propios requiere, como primera condición, una declaración de hecho que sea clara e inequívoca. Costa Rica no puede considerar la VA como una declaración de hecho debido a que constituye un acto administrativo preliminar que no confiere derechos subjetivos a sus titulares y, en consecuencia, depende de los permisos de construcción:

"Esta subordinación ante el permiso municipal que se otorgue es precisamente lo que caracteriza a la viabilidad ambiental como un acto preparatorio, ya que su sola emisión no le permite al administrado iniciar la actividad, obra o proyecto para la que presentó el estudio de impacto ambiental.

Es decir, el obtener la viabilidad ambiental por sí misma, no genera ningún efecto jurídico, ya que no crea derechos a favor del administrado sino que forma parte del proceso autorizador, y por lo tanto puede ser catalogada como un acto preparatorio sin efectos propios"⁸⁸⁰.

858. Incluso si consideramos los permisos de construcción como la supuesta declaración de hecho, dichos documentos no eran ni inequívocos ni tenían la intención de ser otorgados independientemente del incumplimiento de la legislación ambiental pertinente por parte del inversionista.

859. Ello fue recientemente enfatizado por el tribunal en *Pac Rim c. El Salvador*, donde la demandante se había fundado en la doctrina de los actos propios para objetar la negativa del Estado a otorgarle el permiso con posterioridad a que la fomentara a "*invertir millones de dólares estadounidenses... en el desarrollo de la exploración y la minería en El Salvador*". Tal como ocurre en el presente caso, el Estado demandado en *Pac Rim* denunció la declaración del inversionista respecto de que había esperado que el Estado le otorgara los derechos y los permisos a pesar de haber incumplido la legislación pertinente. El tribunal dispuso lo siguiente:

"[L]a Demandante nunca recibió garantías de la Demandada de que [su] solicitud de concesión sería aprobada por la Demandada si la solicitud no cumplía con las leyes vigentes de la Demandada. El Tribunal, por lo tanto, rechaza la conclusión de la Demandante de que la indulgencia del Ministerio hacia sus actividades de perforación y otras en El Dorado 'demostrara de forma inequívoca el reconocimiento del derecho legal [de PRES] a obtener, finalmente, la concesión'"⁸⁸¹.

860. En el presente caso, el hecho de que las Demandantes nunca recibieran garantía alguna por parte del Estado demandado respecto de que los permisos de construcción serían

⁸⁸⁰ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párrs. 12-13.

⁸⁸¹ **RLA-139**, *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI N.º ARB/09/12, Laudo, 14 de octubre de 2016, párr. 8.51. Véase *asimismo* **CLA-52**, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, sexta edición. (Oxford University Press 2003)

otorgados si *no* cumplía con la legislación existente de Costa Rica socava su argumento de la doctrina de los actos propios.

861. Incluso si el Tribunal decidiera considerar la legislación de Costa Rica, la posición de las Demandantes no podría ser confirmada.

862. En primer lugar, para que la doctrina de los actos propios sea aplicada, se debe otorgar un derecho. Tal como se indicara *supra*, la VA no constituye un acto que confiera derechos al titular. Por lo tanto, en ausencia de un derecho, la doctrina no podría ser aplicada debido a que se considera un acto que carece de todo efecto legal:

"En ausencia de un derecho subjetivo declarado, por definición, no podría configurarse el principio de los actos propios pues no estaríamos ante un acto con efectos propios"⁸⁸².

863. En segundo lugar, el argumento de las Demandantes fracasa conforme a la doctrina de la confianza legítima. Su aplicación se desmorona si la entidad administrativa ignora información, hechos o datos que deberían haber sido proporcionados por el administrado:

"Es indispensable resaltar que esta confianza legítima no puede estar basada en la ignorancia de información, hechos o datos relevantes de parte de la Administración Pública; especialmente si estos datos o documentación se encontraban a cargo del administrado quien tenía el deber de presentarlos en su totalidad, de manera transparente y de buena fe"⁸⁸³.

864. En tercer lugar, los argumentos de las Demandantes respecto de la violación de las expectativas legítimas conforme a la legislación de Costa Rica se fundan en la supuesta abstención de la Demandada de entablar procedimientos de lesividad para anular los permisos. Sin embargo, este argumento es improcedente en virtud de los estándares de derecho internacional. Las expectativas legítimas del inversionista deben ser consideradas al momento de la concreción de la inversión. Toda circunstancia que surja con posterioridad a dicha fecha clave resulta irrelevante en términos de informar las supuestas expectativas "legítimas" del inversionista.

865. Las Demandantes alegan que las expectativas violadas por la Demandada radican en que las entidades deberían haber iniciado procedimientos de lesividad con posterioridad a la determinación de las irregularidades en los permisos otorgados. De forma algo peculiar, las Demandantes insinúan que el hecho de que no se iniciaran dichos procedimientos viola sus expectativas legítimas debido a que los referidos procedimientos *deberían haber* comenzado. El problema esencial de esta proposición radica en que presupone la conformación de una nueva expectativa legítima en una fecha muy posterior a aquella en la cual realizaron la inversión. El derecho internacional no permite este argumento.

⁸⁸² Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 134.

⁸⁸³ Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, párr. 137.

866. Si las Demandantes sostienen que al momento en el cual deberían haber comenzado los procedimientos de lesividad esto violó de alguna forma sus expectativas "legítimas", uno debería analizar de forma precisa cuál era la expectativa de las Demandantes al momento en que concretaron la inversión. Las Demandantes alegan que radicaba en la observancia de la legislación de Costa Rica. Y, de hecho, la legislación de Costa Rica fue observada. Asimismo, las Demandantes sólo pueden afirmar de forma creíble que ello constituye una expectativa si ellas hacen propia la expectativa legítima de que las entidades de Costa Rica debían proteger el medio ambiente. Así, una vez más, ello fue precisamente lo ocurrido. El desarrollo de las Demandantes fue suspendido conforme a las medidas cautelares. En consecuencia, se dio cumplimiento a cualquier expectativa respecto de que se invocaría la legislación de Costa Rica para proteger el medio ambiente. Es probable que los medios no coincidan exactamente con las preferencias de las Demandantes pero la finalidad es la misma: se ha preservado el ecosistema sensible.
867. Resulta bastante obvio que un inversionista no que sea "minucioso y prudente" (tal como se consideran las Demandantes a ellas mismas) esperaría necesariamente que su proyecto fracasara debido a irregularidades. No obstante, si así fuera, Costa Rica habría ratificado plenamente su legislación y, por consiguiente - aparentemente - las expectativas de las Demandantes.
868. En conclusión, la intención de las Demandantes de fundar sus argumentaciones en la doctrina de los actos propios conforme al derecho internacional y a la legislación local no tiene sustento legal alguno.

B. No hubo denegación de justicia para con las Demandantes

869. Las Demandantes sugieren de forma errónea que las alegaciones de la Demandada en virtud del debido proceso "están dedicad[a]s a criticar un único caso citado por los Demandantes", y debido a dicho motivo "los Demandantes no tienen nada que refutar con respecto al contenido y el carácter del principio del debido proceso [...]"⁸⁸⁴. La Demandada argumenta que las Demandantes no pueden darse el lujo de ignorar la defensa de las Demandada con la esperanza de que simplemente sea olvidada y prospere su propio reclamo. Adicionalmente, dicha simplicidad en la respuesta - con la intención de engañar al Tribunal - conlleva una total falta de comprensión de los argumentos de la Demandada y obliga a Costa Rica a recordar algunos de los aspectos fundamentales de su postura.

⁸⁸⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 71-72.

1. **La alegación de las Demandantes de la violación del TJE es una reclamación de denegación de justicia disimulada tras una reclamación del debido proceso**

870. Las Demandantes intentan aclarar que su reclamo en virtud de la falta de cumplimiento con el debido proceso no puede ser enmarcado como un reclamo de denegación de justicia⁸⁸⁵. Con el propósito de evitar el alto umbral que impone un reclamo en materia de denegación de justicia, las Demandantes alegan que de conformidad con el DR-CAFTA la violación del debido proceso comprende de forma automática una violación al TJE. Como resultado de ello, las Demandantes alegan que las diversas acciones que los funcionarios de Costa Rica se abstuvieron de llevar a cabo (tales como proceder con la notificación de las investigaciones) constituyeron una violación del debido proceso.

871. En virtud de la interpretación de las Demandantes, el principio general del debido proceso constituye un elemento autónomo del TJE. Las Demandantes respaldan esta afirmación al alegar que "*el principio del debido proceso informa directamente el estándar mínimo de trato*" [Traducción libre] contenido en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA⁸⁸⁶. Pero las Demandantes evitan mencionar de forma intencional la disposición específica en la cual se contempla el "principio del debido proceso".

872. Al redactar el DR-CAFTA, las Partes Contratantes decidieron "*para mayor certeza*"⁸⁸⁷ ser explícitas sobre la conducta comprendida en la obligación de proporcionar el TJE. Así, el Artículo 10.5.2 (a) del DR-CAFTA reza de forma expresa 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..."⁸⁸⁸.
(énfasis agregado)

873. Una interpretación fundada en la simple letra del tratado indica que la obligación de no denegar justicia es sólo un elemento del TJE y cualquier violación a esta obligación debe ser analizada *conforme al* principio del debido proceso⁸⁸⁹. Así, la disposición establece que el debido proceso no constituye un estándar *per se* conforme al Artículo 10.5.2(a) del DR-CAFTA sino un factor a ser considerado al analizar un reclamo en virtud de denegación de justicia.

⁸⁸⁵ Memorial de las Demandantes, párr. 316.

⁸⁸⁶ Memorial de los Demandantes, párr. 317.

⁸⁸⁷ RLA-6, República Dominicana – Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, 7 de octubre de 2007, Artículo 10.5(2).

⁸⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁸⁹ **RIA-114**, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (adoptada el 23 de mayo de 1969, entrada en vigor: 27 de enero de 1980) 1155 UNTS 33, 8 LLM 679, Artículo 31(1).

874. En consecuencia, conforme al DR-CAFTA, cualquier reclamo en materia de denegación de justicia requiere la demostración del incumplimiento del principio del debido proceso⁸⁹⁰, lo que significa que la carga de la prueba recae en la demandante quien debe probar que el estado no procedió en virtud de dicho principio. El Tratado *per se* no contempla un reclamo independiente por inobservancia del debido proceso. La única instancia en la cual el tribunal puede considerar violaciones al debido proceso es al entender en un reclamo por denegación de justicia.
875. Para que quede claro, el Artículo 10.5.2 del DR-CAFTA dispone el estándar de trato del TJE. El Artículo 10.5.2 (a) del DR-CAFTA expresa uno de los pilares del TJE: la obligación del estado de no denegar justicia. En virtud de la redacción expresa del Artículo 10.5.2 (a) del DR-CAFTA, la obligación del estado de no denegar justicia se constituye como un elemento: la obligación del estado de proceder *conforme al* debido proceso. En consecuencia, la interpretación del Tratado debería adherir a la siguiente secuencia:
- Estándar de trato → TJE
 - TJE → obligación de no denegar justicia (*conforme al* debido proceso)
876. Asimismo, las Demandantes argumentan que la inclusión de la denegación de justicia en el DR-CAFTA sólo constituye una manifestación del principio general del debido proceso⁸⁹¹. Sorprende dicha afirmación debido a que la única instancia en la que el Artículo 10.5.2(a) del DR-CAFTA hace referencia al debido proceso es cuando menciona expresamente la forma en la cual la obligación de no denegar justicia debería ser proporcionada a los inversionistas⁸⁹². El Tratado considera la "violación al debido proceso" como un estándar de trato independiente o como un elemento autónomo del TJE.
877. Por lo tanto, las Demandantes no pueden esgrimir su reclamo fundado en la "ausencia del debido proceso" como una violación directa del TJE. Con el propósito de dar cumplimiento a la redacción expresa del Tratado, las Demandantes deben enmarcar sus alegaciones en materia de debido proceso en el ámbito de un reclamo por denegación de justicia.
878. Tal como se explicará *infra*, cualquier reclamo en materia de denegación de justicia requiere obligatoriamente que el inversionista demuestre (i) el agotamiento de los recursos locales y (ii) el total incumplimiento de los estándares mínimos por parte del sistema

⁸⁹⁰ **RLA-122**, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Fair and Equitable Treatment*, Serie CNUCYD sobre Cuestiones en los Acuerdos Internacionales de Inversión II (NACIONES UNIDAS 2012) 80; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 565.

⁸⁹¹ Memorial de las Demandantes, párr. 315.

⁸⁹² Nótese que el Artículo 10.7 del DR-CAFTA también hace referencia al debido proceso. Sin embargo, dicha mención se realiza en el marco de la expropiación como una de las condiciones de la expropiación lícita.

judicial local. Evidentemente, las Demandantes no pueden probar ninguno de dichos requisitos y este es el motivo exacto por el cual las Demandantes han decidido disfrazar de forma inaceptable su reclamo de denegación de justicia como un reclamo autónomo en virtud de falta de debido proceso.

2. Las Demandantes no agotaron los recursos locales

879. El primer obstáculo que las Demandantes no pueden superar para que su reclamo prevalezca es el requisito del agotamiento de los recursos locales. El agotamiento de los recursos locales constituye un requisito *sine qua non* de cualquier reclamo en materia de denegación de justicia:

"Por norma, la denegación de justicia requiere el agotamiento de los recursos locales ya que toda vez que los recursos locales permanecen efectivamente disponibles, el trato judicial perjudicial puede ser corregido por los tribunales superiores. En su carácter de error judicial sistémico, la denegación de justicia importa una oportunidad para que todo el sistema judicial pueda corregirse a sí mismo"⁸⁹³. [Traducción libre]

880. Las Demandantes alegan que el requisito de agotamiento de los recursos locales no es aplicable conforme al Tratado. Las Demandantes argumentan de forma errónea que las Partes Contratantes del DR-CAFTA han renunciado a cualquier derecho que les asistiera de fundarse en la norma del agotamiento de los recursos locales como defensa a los reclamos interpuestos de conformidad con el Artículo 10.5⁸⁹⁴. Las Demandantes recurren a los Artículos 10.18(2)(b) del DR-CAFTA, 10.18(3) del DR-CAFTA y 10.18(1) del DR-CAFTA con el propósito de alegar que la intención de las Partes Contratantes del DR-CAFTA radicaba en no requerir el agotamiento de los recursos locales⁸⁹⁵. Las Demandantes esgrimen este argumento para evitar la aceptación de que no han agotado los recursos locales.

881. En primer lugar, el Artículo 10.18(2) hace referencia a las limitaciones procesales respecto del consentimiento de las Partes Contratantes para someter un reclamo a arbitraje:

"Artículo 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes

Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

(a) el demandante consienta por escrito a someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Tratado; y

(b) la notificación de arbitraje se acompañe,

⁸⁹³ **RLA-123**, Carlo Focarelli, *Denial of Justice*, en Enciclopedia Max Planck de Derecho Público Internacional (MPEPIL 2013, por sus siglas en inglés), párr. 29.

⁸⁹⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 271-272.

⁸⁹⁵ Íd., 76-78.

(i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a), y

(ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b)

de cualquier 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"⁸⁹⁶.

882. El Artículo 10.18(2)(b) del DR-CAFTA establece los requisitos que la demandante debe cumplir para someter un reclamo a arbitraje. La demandante debe presentar una notificación de arbitraje de forma conjunta con la renuncia por escrito a los derechos que le asisten de iniciar o continuar ante cualquier tribunal o juzgado administrativo local todo procedimiento relativo a la medida que supuestamente constituye un incumplimiento conforme al Tratado.

883. Las Demandantes extienden la aplicabilidad de dicha renuncia procesal para alegar que las Partes Contratantes han renunciado a cualquier derecho que les asistiera de fundarse en la norma del agotamiento de los recursos locales como defensa a los reclamos interpuestos de conformidad con el Artículo 10.5. Las Demandantes no explican la forma en la cual han arribado a esta conclusión. En el párrafo 76 de su Escrito de Respuesta sólo mencionan el Artículo 10.18(3) y únicamente hacen referencia al Artículo 10.18(2) al citar la disposición del Tratado.

884. Las Demandantes confunden fundamentalmente la renuncia *procesal* contemplada en el Artículo 10.18(2)(b) del DR-CAFTA con el requisito *sustantivo* de agotar los recursos locales en virtud de un reclamo de denegación de justicia. De hecho, dicha confusión fue puesta de manifiesto por el Profesor Douglas del siguiente modo:

"Existen dos manifestaciones del principio de que un individuo debe poder recurrir a los recursos contemplados en el sistema jurídico local. La primera manifestación la constituye el requisito de la jurisdicción del juzgado o tribunal o la admisibilidad del reclamo a nivel internacional (...) La segunda manifestación la constituye el elemento sustantivo respecto de la responsabilidad del Estado en virtud de un cierto tipo de conducta delictiva que fuera tradicionalmente descrita como denegación de justicia. El Estado sólo es responsable por el resultado final generado por su sistema de administración de justicia. **Estas manifestaciones del principio son tan diferentes en aspectos fundamentales que hacer referencia a ellas en un único concepto resulta inconducente y, de hecho, ha sido una fuente de confusión**

⁸⁹⁶ RLA-6, República Dominicana – Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, 7 de octubre de 2007.

a lo largo de la vasta historia relativa al involucramiento en el concepto de denegación de justicia"⁸⁹⁷.(énfasis agregado)
[Traducción libre]

885. En igual sentido, Dugan y otros señalan lo siguiente:

"La norma en materia de recursos locales puede ser requerida como elemento sustantivo de un ilícito internacional en lugar de ser considerado un mero pre-requisito procesal. En tales circunstancias, y si bien el tratado puede haber renunciado al requisito de agotamiento, tal como ocurre en el caso del TLCAN, dicho agotamiento puede aún ser requerido para probar la responsabilidad internacional del Estado"⁸⁹⁸. [Traducción libre]

886. Así, el uso del Artículo 10.18(2) por parte de las Demandantes es inconducente ya que confunde los requisitos procesales relativos al sometimiento de un reclamo a arbitraje con el requisito sustantivo relativo a la interposición de un reclamo de denegación de justicia.

887. En segundo lugar, las Demandantes también invocan el Artículo 10.18(3) a fin de alegar que esta disposición ilustra la renuncia por parte de Costa Rica al requisito de agotamiento de los recursos locales aplicable a las reclamaciones de denegación de justicia. El Artículo 10.18(3) dispone lo siguiente:

"Artículo 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes

3. No obstante el párrafo 2(b), el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)) y el demandante o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) **podrán 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 **ante un tribunal judicial o administrativo del demandado**, siempre que la actuación se interponga con el único fin de **preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el período de espera del arbitraje"**⁸⁹⁹ (énfasis agregado por las Demandantes).

888. Este artículo le concede a un demandante el derecho de iniciar o continuar un procedimiento local sin proceder a la renuncia requerida en virtud del Artículo 10.18(2), cuando, en el marco de dicho procedimiento, el demandante solicita la aplicación de medidas precautorias ante un tribunal local.

889. Las Demandantes argumentan que el Artículo 10.18(3) le otorga al derecho "[el derecho a] *iniciar o continuar una actuación*" durante la tramitación de un arbitraje⁹⁰⁰. Por ende,

⁸⁹⁷ **RLA-124**, Zachary Douglas, "International Responsibility for domestic adjudication: denial of justice deconstructed", 2014 International & Comparative Law Quarterly 63(4), 867.

⁸⁹⁸ RLA-18, Christopher Dugan y otros, *Investor-State Arbitration* (Oxford University Press 2008). 360.

⁸⁹⁹ RLA-6, Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana s, 7 de octubre de 2007.

⁹⁰⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 77.

conforme a la interpretación de las Demandantes, esta disposición demuestra la manera en que las Partes Contratantes han renunciado a cualquier derecho de invocar la regla de agotamiento de los recursos locales como defensa de las reclamaciones planteadas en virtud del Artículo 10.5.

890. Esto es un sinsentido. Primero, el Artículo 10.18(3) hace referencia exclusiva a las actuaciones en que se solicita la aplicación de medidas precautorias, y no a cualquier tipo de "actuación", tal como alegan las Demandantes. Segundo, la alegación de las Demandantes adolece de la misma debilidad que su argumento en virtud del Artículo 10.18(2)(b) del DR-CAFTA: esta disposición aborda una excepción a un requisito procesal de someter una reclamación a arbitraje y no puede confundirse con el requisito sustantivo de agotar los recursos locales como condición previa al planteo de una reclamación de denegación de justicia.

891. En tercer lugar, en su Memorial, las Demandantes también argumentan que los términos establecidos en el Artículo 10.18(1) del DR-CAFTA y en el Artículo 10.16(2) del DR-CAFTA tornan "*ilusori[o]*" cualquier requisito de agotamiento de los recursos locales debido al "*período increíblemente breve*" que prevén para que un demandante someta una reclamación a arbitraje.

892. Por un lado, el Artículo 10.18(1) del DR-CAFTA dispone lo siguiente:

"Artículo 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes

1. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de **tres años** a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)), o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) sufrió pérdidas o daños"⁹⁰¹. (énfasis agregado)

893. Por otro lado, el Artículo 10.16(2) establece lo siguiente:

"Artículo 10.16: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje

Por lo menos **90 días** antes de que se someta una reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje ("notificación de intención"⁹⁰² (énfasis agregado)

⁹⁰¹ RLA-6, República Dominicana – Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana , 7 de octubre de 2007.

⁹⁰² RLA-6, República Dominicana – Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana , 7 de octubre de 2007.

894. Según las Demandantes, "[t]res años, menos el período de notificación de 90 días, no alcanza ni por asomo para que un inversor extranjero en un país signatario del DR-CAFTA agote todos los recursos locales disponibles"⁹⁰³. Sin perjuicio de lo que antecede y tal como se explicara en el Memorial de Contestación, respecto de todos los casos en que el demandante plantea una reclamación de denegación de justicia, el plazo de prescripción no se iniciaría hasta el agotamiento de los recursos locales⁹⁰⁴. El Artículo 10.18(1) establece que ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada. En realidad, una reclamación de denegación de justicia surgiría exclusivamente cuando, luego de darle al Estado la oportunidad de resarcir cualquier violación por sus propios medios, el Estado elige mantener su postura. Sólo en este caso, se consideraría que el demandante tomó conocimiento de que se ha producido una denegación de justicia.
895. Puesto que las Demandantes efectivamente no han agotado los recursos locales (las Demandantes abandonaron la actuación ante el TAA, y el Sr. Aven se dio a la fuga en su proceso penal), el plazo de prescripción todavía no puede iniciarse⁹⁰⁵. En consecuencia, toda la argumentación en materia de renuncia de las Demandantes en aras de pasar por alto el requisito de agotamiento de los recursos locales colapsa indefectiblemente.
896. Todos los casos "ilustrativos" que las Demandantes invocan a efectos de sugerir que las Partes Contratantes han renunciado a la regla de agotamiento de los recursos locales como defensa de una reclamación de denegación de justicia carecen de fundamento. Por lo tanto, la reclamación de denegación de justicia de las Demandantes disfrazada de reclamación de "falta de debido proceso" no puede prosperar, en tanto las Demandantes no han cumplido con su requisito central: agotar los recursos locales en Costa Rica.

3. Incluso en el supuesto de que el Tribunal creyera que el requisito de agotamiento de los recursos locales no es aplicable al presente caso, la conducta de la Demandada no podría considerarse una denegación de justicia

897. Tal como se señalara en el Memorial de Contestación, el umbral de denegación de justicia es alto, y las Demandantes no han cumplido con dicho estándar⁹⁰⁶. Las Demandantes insisten en encuadrar su reclamación de denegación de justicia como una reclamación de debido proceso, en un intento de "bajar el estándar" requerido, como si cualquier quebrantamiento del principio de debido proceso pudiera considerarse una denegación de

⁹⁰³ Memorial de las Demandantes, párr. 273.

⁹⁰⁴ Memorial de Contestación, párr. 572.

⁹⁰⁵ Íd., párrs. 568-572.

⁹⁰⁶ Memorial de Contestación, párr. 564.

justicia y, por consiguiente, una violación del TJE⁹⁰⁷. Por las razones expuestas *supra*, eso no es posible.

898. El estándar que un inversionista tiene que probar a fin de plantear una reclamación de denegación de justicia con éxito requiere la demostración de una falla completa de un sistema judicial nacional. Las acciones costarricenses no pueden probar una **falla sistémica de su sistema jurídico en su totalidad**:

"El Tribunal destaca que una reclamación de denegación de justicia en virtud del derecho internacional es exigente. A fin de cumplir con el criterio aplicable, no bastará con afirmar que el derecho interno ha sido violado, que la decisión de un tribunal nacional es errónea, que un procedimiento judicial se llevó adelante en forma incompetente o que es probable que los actos del juez en cuestión se vieran motivados por la corrupción. **Una denegación de justicia implica la falta de satisfacción de los estándares mínimos por parte de un sistema judicial en su conjunto**"⁹⁰⁸. (énfasis agregado) [Traducción libre]

899. La Demandada ya ha analizado el modo en que las Demandantes no cumplen con el estándar en aras de determinar la responsabilidad internacional de Costa Rica.
900. En efecto, aun en el supuesto de que el Tribunal concluyera que ha habido algunos quebrantamientos ocasionales del principio de debido proceso, no puede considerarse simplemente que la Demandada ha "denegado justicia" (con arreglo al derecho internacional), en tanto los procedimientos que llevaron adelante las agencias costarricenses no concluyeron, se desarrollaron de buena fe y fueron razonables.
901. A modo de ejemplo, en el contexto del caso *Genin c. Estonia*, el tribunal estableció que ciertos quebrantamientos por parte de Estonia del marco regulatorio aplicable —aunque daban lugar a críticas— no alcanzaban el nivel de violación del TJE. En dicho caso, se alegó que no se envió notificación formal alguna a los inversionistas respecto del período de gracia o revocación para cumplir con los requisitos del Banco Central. No se los invitó a la sesión en que se había adoptado la decisión de revocar la licencia, y la decisión de revocar tuvo efecto inmediato. Sin embargo, dado que se concluyó que la revocación era una decisión regulatoria razonable, dichos quebrantamientos del debido proceso no fueron suficientes para establecer una violación⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 371-378.

⁹⁰⁸ **RLA-125**, *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 23 de abril de 2012, párr. 273.

⁹⁰⁹ **RLA-126**, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. La República de Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001, párrs. 363-365.

902. Asimismo, en el marco del caso *Gami c. México*, el tribunal consideró que la buena fe en los intentos por parte del Estado Demandado de lograr los objetivos de sus leyes y regulaciones puede compensar casos de ignorancia de requisitos legales o regulatorios⁹¹⁰.
903. En el caso que nos ocupa, las alegaciones de las Demandantes se concentraban en la aparente falta de transparencia, la falta de notificación y una omisión del derecho de ser escuchadas. Esto debería compensarse con el objetivo del procedimiento que perseguían las autoridades costarricenses, que consistía en la preservación del Ecosistema Las Olas. Si bien podría argumentarse que la conducta de la Demandada no fue perfecta, ello implicaría criticar cualquier tarea que se completó sólo por la mitad. Por ende, una crítica prematura no constituye un fundamento sólido sobre la base del cual plantear cualquier alegación sería de responsabilidad del Estado.
904. La conducta de la Demandada se encuentra lejos de ser un verdadero quebrantamiento del principio de debido proceso (en el contexto de una alegación de denegación de justicia), en particular, si se consideran los intereses jurídicos (es decir, ambientales) protegidos en peligro. Por lo tanto, no existe alcance alguno para alegar una violación del TJE en función de una falta de debido proceso cuando es tan defectuoso en su análisis y encuadre.

4. La Demandada les concedió a las Demandantes debido proceso en todo momento

905. En el improbable supuesto de que el Tribunal considere que el Tratado respalda una reclamación autónoma de "falta de debido proceso", los hechos todavía demuestran que la Demandada les concedió a las Demandantes debido proceso en todo momento.
906. En primer lugar, invitamos al Tribunal a concentrarse en el significado correcto de "debido" proceso. Significa observar el procedimiento disponible en su totalidad. En consecuencia, debe permitirse que el procedimiento se complete para concluir si el proceso observado fue "debido." Aquí, las Demandantes han abandonado los diversos procesos y, de esa manera, le negaron a la Demandada la oportunidad de ilustrar cómo funciona el debido proceso. Por lo tanto, tal decisión unilateral de liberarse del proceso no les permite a las Demandantes criticar dicho proceso antes de su culminación.
907. En segundo lugar, en su Memorial, las Demandantes invocaron en gran medida el caso *Al Warraq c. Indonesia* en sustento de su presunta reclamación de falta de debido proceso. En su Réplica, las Demandantes le restan importancia a su aplicabilidad afirmando que "[era] uno más de los casos citados para el argumento general de que una los tribunales

⁹¹⁰ **RLA-127**, *Gami Investments, Inc. c. El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 15 de noviembre de 2004, párr. 97.

que velan por los tratados de inversiones deberían poder recurrir al derecho internacional sobre derechos humanos"⁹¹¹, que "[l]a única otra referencia ... fue una nota al pie ilustrativa, no presentada para sustentar la aplicación del principio de procedimiento legal debido"⁹¹², y que "fue aportado como demostración discursiva"⁹¹³. La realidad es que *Al Warraq c. Indonesia* es manifiestamente inaplicable al caso que nos ocupa⁹¹⁴. Las afirmaciones de las Demandantes no hacen más que reafirmar que dicho caso no le aporta contenido alguno al principio de debido proceso.

908. En tercer lugar, resulta curioso que las Demandantes se esfuercen en su Memorial y Escrito de Respuesta por aportarle contenido a una obligación de debido proceso en virtud del derecho internacional, pero que, cuando se trata de aplicar todos esos conceptos a los hechos del caso, las Demandantes reduzcan sus alegaciones a un supuesto "incumplimiento en la notificación" de las investigaciones realizadas por las agencias locales⁹¹⁵. Tal como se demostrará *infra*, a las Demandantes se les concedió debido proceso en todo momento.

a) *La Demandada no tenía el deber de notificar a las Demandantes de las investigaciones internas realizadas dentro de sus agencias locales*

909. Las Demandantes argumentan que la Demandada no les "brind[ó] una oportunidad significativa de expresar comentarios sobre las cuestiones de grave importancia para el futuro de una empresa de inversión"⁹¹⁶. La Demandada ya ha abordado esta cuestión en su Memorial de Contestación explicando lo siguiente: (i) que las agencias costarricenses nunca les ocultaron información a las Demandantes; (ii) que las Demandantes siempre tuvieron acceso a los registros públicos que obran en las agencias públicas; y (iii) que, en cualquier caso, las investigaciones que realizaron las agencias locales no requerían que se cursara notificación a las Demandantes debido a su naturaleza de "acto preparatorio"⁹¹⁷.

910. La Demandada procederá ahora a analizar cada uno de los elementos nuevos que las Demandantes plantearon en su intento de demostrar que deberían haber sido notificadas de las investigaciones.

⁹¹¹ Íd., párr. 72.

⁹¹² Ibíd.

⁹¹³ Ibíd.

⁹¹⁴ Memorial de Contestación, párr. 573-577.

⁹¹⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 373.

⁹¹⁶ Ibíd.

⁹¹⁷ Memorial de Contestación, párrs. 529-545.

i. Las investigaciones realizadas por la Sra. Díaz

911. A efectos de alegar la violación de los derechos de debido proceso en las actuaciones que llevó a cabo la Defensoría, y no la Sra. Díaz en persona (tal como las Demandantes aseveran en forma engañosa), las Demandantes invocan una afirmación del Sr. Ventura que argumenta lo siguiente:

"En el apartado 537 del Memorial de contestación, Costa Rica manifiesta que las comunicaciones de la Sra. Díaz de la Defensoría estaban relacionadas con "*quejas contra la administración pública*" y por lo tanto, no involucraban partes privadas y, sobre esa base, las únicas partes notificadas son las instituciones administrativas a las que se acusaba. Si bien esto podría ser estrictamente cierto en cuanto a que el foco de las investigaciones de la Defensoría era los actos de la administración pública en el otorgamiento de permisos y licencias al proyecto Las Olas, no es cierto decir que no involucraban a partes privadas. Los actos que estaba investigando la Defensoría otorgaban derechos al proyecto Las Olas y a los Demandantes. Por lo tanto, si bien la Defensoría podría haber tenido solo la obligación de notificar a las partes públicas que estaba investigando, una vez tomada una determinación formal, el efecto fue privar a los Demandantes (que quedaron expuestos a perder derechos como resultado de la investigación) del derecho de que se los mantuviera informados acerca del proceso de investigación"⁹¹⁸.

912. En su segunda declaración testimonial, la Sra. Díaz confirma que la Defensoría no tiene el deber de notificar a terceros de sus actuaciones y que las interpretaciones personales por parte del Sr. Ventura son incorrectas. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha confirmado en múltiples ocasiones que no existe violación de los **derechos de debido proceso** en las actuaciones que llevó adelante la Defensoría cuando las partes privadas no son notificadas de las medidas adoptadas por la institución⁹¹⁹. En la misma línea, la Sra. Díaz explica lo siguiente:

"La Defensoría de los Habitantes es un órgano de control de legalidad de las actuaciones del sector público. Bajo esa premisa, el artículo 1 de la Ley de conformación N° 7319 establece que la competencia de este Despacho se dirige a la investigación de actuaciones u omisiones de los entes que integran el sector público o bien, de empresas públicas y, cómo de aquellas podrían originarse violaciones a los derechos e intereses de los habitantes.

En este sentido, los alcances de la actuación de terceros no son de resorte de la institución. Lo que analizó la Defensoría en este caso, fue la actuación de la administración municipal y no del desarrollador, que es una parte privada. Si la Defensoría le concedería una audiencia a sujetos de derecho privado, excedería el marco de competencias. [...]

Asimismo, la inquietud que plantean las Demandantes con respecto a este punto ya ha sido abordada ampliamente por la Sala Constitucional, que ha señalado claramente que de la intervención de

⁹¹⁸ Segunda Declaración Testimonial de Manuel Ventura, párr. 9.

⁹¹⁹ **R-347**, Sentencia N.º 2749-96; **R-348**, Sentencia N.º 3571-98; **R-359**, Sentencia N.º 2007-8125. 12 de junio de 2007.

la Defensoría no pueden derivarse violaciones a los derechos fundamentales de terceros –como el del debido proceso al que se refiere el señor Ventura- por la simple razón de que al ejercer una magistratura de influencia **no tiene posibilidad de imponer decisiones a la Administración Pública que puedan lesionar directamente los derechos de esos terceros**"⁹²⁰. (énfasis agregado)

913. La explicación de la Sra. Díaz es confirmada por el Sr. Ortiz, el propio perito de las Demandantes, que coincide en que "los actos de la Defensoría **no tienen efectos vinculantes que pudieran haber afectado directamente a los [D]emandantes**"⁹²¹. (énfasis agregado)

ii. Las investigaciones realizadas por el SINAC

914. Esta sección analiza la notificación de las investigaciones que el SINAC realizó con respecto a lo siguiente: (i) el uso del Documento Falsificado por parte de las Demandantes, y (ii) la existencia y los impactos de los humedales en el Sitio del Proyecto.

915. Primero, en cuanto a las inspecciones físicas llevadas a cabo por los funcionarios del SINAC, las Demandantes argumentan que "el propietario debe ser debidamente notificado del procedimiento de investigación, y deberá proporcionársele documentación sobre el particular". Las Demandantes invocan los párrafos 16 y 17 del informe del Sr. Ortiz:

"El artículo 16 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre N° 7317, indica que los propietarios deben ser debidamente notificados dado que la inspección se realiza en propiedad privada, y también se les debe informar acerca del proceso de la investigación.

Del mismo modo, **el SINAC debe suministrar documentación pertinente a la investigación. El SINAC está en la obligación de dar a conocer a solicitud del propietario los documentos en sus expedientes relativos al predio.** Además, una vez que se haya iniciado un procedimiento administrativo formal, el SINAC estará entonces obligado a incluir en el expediente administrativo toda la documentación de respaldo. El propietario del predio, en su carácter de parte del procedimiento, tiene derecho de acceso a toda la información correspondiente"⁹²². (énfasis agregado)

916. La primera afirmación del Sr. Ortiz es falsa. El Artículo 16 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre establece la autoridad de los funcionarios del SINAC para detener, transitar, entrar y practicar inspecciones en propiedad privada. No alude a "investigaciones", a un "deber de notificar" ni a un "deber de informar". El Artículo 16 literalmente dispone lo siguiente:

"Para el fiel cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley, los inspectores de vida silvestre, los inspectores forestales, los guardaparques y funcionarios del Sinac debidamente acreditados para

⁹²⁰ Segunda Declaración Testimonial de Hazel Díaz, párrs. 20-21, 23.

⁹²¹ Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 120.

⁹²² Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 17.

esos fines y en el desempeño de sus funciones están facultados para detener, transitar, entrar y practicar inspecciones, dentro de cualquier finca y embarcación, lo mismo que en las instalaciones industriales y comerciales involucradas, así como para decomisar los organismos, las partes, los productos y los derivados de vida silvestre, junto con el equipo utilizado en la comisión de un delito o actividad prohibida por esta ley.

En el caso de los domicilios privados se deberá contar con el permiso de la autoridad judicial competente o del propietario"⁹²³.

917. Por ende, la "notificación" que señala el Sr. Ortiz constituye, en realidad, una autorización del propietario para entrar a la propiedad y no un deber de notificar de las investigaciones, tal como argumenta el Sr. Ortiz. En el presente caso, los inspectores del SINAC siempre se acercaron a las Demandantes al momento de ingresar a la propiedad. En cualquier caso, si no lo hicieron, en virtud de la Ley Forestal de Costa Rica, los funcionarios del SINAC están dotados de autoridad de policía para ingresar e inspeccionar propiedad privada sin notificación alguna al propietario cuando tengan lugar actividades ilegales, tales como el relleno de un humedal o la tala de un bosque⁹²⁴.
918. La segunda afirmación del Sr. Ortiz es vaga. El Sr. Ortiz no sustenta su afirmación citando regla jurídica o jurisprudencia alguna. El Sr. Ortiz también asevera que el SINAC está obligado "*a incluir en el expediente administrativo toda la documentación de respaldo*" y que el propietario "*tiene derecho de acceso a toda la información correspondiente*". No queda claro cómo esta oración puede significar que el propietario "*debe[] ser debidamente notificado[] acerca del proceso de la investigación*". Las Demandantes no sólo tergiversan los dictámenes de los informes de las agencias costarricenses en aras de favorecer sus intereses, sino que también hacen lo mismo con las palabras de sus propios peritos.

iii. Las investigaciones realizadas por el TAA

919. En tanto la Demandada no ha planteado elementos nuevos a fin de refutar los párrafos 538 y 544 del Memorial de Contestación, la Demandada respalda dichas alegaciones.

iv. Las investigaciones realizadas por la Sra. Vargas

920. En tanto la Demandada no ha planteado elementos nuevos a fin de refutar los párrafos 538 y 544 del Memorial de Contestación, la Demandada respalda dichas alegaciones.
921. En general, tanto las Demandantes como su perito, el Sr. Ortiz, coinciden en que, en virtud del derecho costarricense, no hay deber de notificar a terceros de investigaciones internas

⁹²³ C-220.

⁹²⁴ C-170, Artículo 54; C-220, Artículo 15.

en curso, tal como explicara el Dr. Jurado en su primera declaración testimonial⁹²⁵. Luego, las Demandantes argumentan que se trataba de una violación de sus expectativas legítimas en virtud del derecho costarricense⁹²⁶. Este argumento ya ha sido analizado por la Demandada *supra*. Segundo, cuando el Sr. Ortiz aborda este argumento, inexplicablemente se mete en nimiedades relativas a la doctrina del abuso de derechos en virtud del derecho costarricense⁹²⁷. Ni las Demandantes ni el Sr. Ortiz han explicado o invocado un abuso de derechos en virtud del derecho costarricense; por consiguiente, se trata de una cuestión irrelevante.

v. La Notificación Roja de INTERPOL y su eliminación

922. Las Demandantes identifican como una de las supuestas violaciones del debido proceso "el incumplimiento en la notificación de parte de [la Demandada]" al Sr. Aven de la inclusión de su nombre en la lista de Notificaciones Rojas de INTERPOL y su posterior eliminación⁹²⁸.
923. Primero, no es verdad que al Sr. Aven no se le cursara notificación de la inclusión de su nombre en la lista de Notificaciones Rojas de INTERPOL. Tanto el Sr. Aven como sus abogados fueron notificados de la orden de captura internacional el día 25 de mayo de 2014⁹²⁹. Tal como explicara la Jueza Rosaura Chinchilla, la consecuencia jurídica de una orden de captura internacional consiste en la inclusión del acusado en la lista de Notificaciones Rojas de INTERPOL, cuando el delito penal cumple con los requisitos prescriptos en el Reglamento de INTERPOL, lo que, en este caso, era así⁹³⁰. Esta consecuencia jurídica se establecía expresamente en la orden de captura internacional notificada al Sr. Aven y sus abogados⁹³¹. Asimismo, cuando INTERPOL aprobó la Notificación Roja en contra del Sr. Aven, le comunicó la inclusión de su nombre al Tribunal Penal de Quepos, y tal comunicación forma parte del expediente penal que se encontraba y se encuentra a disposición de las partes y sus abogados⁹³².
924. Segundo, en cuanto a la eliminación de su nombre de la lista, INTERPOL también le comunicó al tribunal penal de Quepos este suceso y, una vez más, que la información siempre estaba a disposición del Sr. Aven y sus abogados, tal como confirmara la Jueza Chinchilla:

Primera Declaración Testimonial de Julio Jurado, párrs. 115-120.

⁹²⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 206; Informe de experto de Luis Ortiz, párr. 69.

⁹²⁷ Informe de experto de Luis Ortiz, párrs. 137-151.

⁹²⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 373(i).

⁹²⁹ **R-150**, Orden de Captura Internacional, 25 de mayo de 2014.

⁹³⁰ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párrs. 80-86.

⁹³¹ *Íd.*, párr. 83.

⁹³² **R-352**, Últimos folios de las actuaciones penales, 2015.

"Cabe agregar que, según consta en el folio 758 del expediente penal en Costa Rica, cuando la Interpol aprobó incluir la alerta de notificación roja del señor Aven, lo comunicó al Tribunal que tramitaba la causa el que, a su vez, lo agregó al expediente penal que era de libre acceso para los abogados de los demandantes al punto que tuvo que ser visto cuando el abogado del señor Aven, tiempo después, se apersonó a revisar el expediente (ver folio 770). Igual sucedió con el levantamiento de la alerta, tal y como rola a folio 793 del expediente. Es decir, **esa información estuvo al alcance de los representantes legales del señor Aven, de modo que podían alegar lo que consideraran pertinente y ello implica que no hubo violación a ningún derecho. En todo caso, el Estado costarricense no puede responder por las actuaciones de una entidad de derecho internacional público como la Interpol**"⁹³³. (énfasis agregado)

C. Costa Rica no incurrió en arbitrariedad

925. Las Demandantes alegan que la Demandada ha confundido su reclamación de arbitrariedad como si se tratara de una reclamación de denegación de justicia, "*para facilitar su refutación*"⁹³⁴. No existe confusión tal por parte de la Demandada. El DR-CAFTA no contiene disposición expresa alguna respecto de la prohibición de medidas arbitrarias. Esto ha sido reconocido por las Demandantes en la nota al pie 329 de su Memorial⁹³⁵. En tanto el Tratado no prevé un estándar independiente de arbitrariedad sobre la conducta de las Partes Contratantes, los tribunales han vinculado la conducta arbitraria del estado con el TJE, y, en particular, con el estándar de denegación de justicia⁹³⁶.
926. Este es exactamente el marco jurídico que las Demandantes le adjudican a su reclamación de arbitrariedad. En su Memorial, la sección completa sobre la supuesta "arbitrariedad" de los funcionarios costarricenses se basa exclusivamente en la conducta del Sr. Martínez⁹³⁷. En su Escrito de Respuesta, las Demandantes dedican un capítulo a "*la arbitraria investigación y juicio penal del Sr. Aven*"⁹³⁸. Por lo tanto, para sustentar sus alegaciones de conducta arbitraria de la Demandada, las Demandantes sólo hacen alusión a la conducta del Sr. Martínez. La conducta del Sr. Martínez, en carácter de funcionario del Poder Judicial de Costa Rica, se considera un acto judicial, no administrativo.
927. En tanto las Demandantes basan su argumento en la conducta del poder judicial, debería considerarse, en consecuencia, conforme al derecho internacional en virtud del test de

⁹³³ Íd., párr. 86.

⁹³⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 79-82.

⁹³⁵ Memorial de las Demandantes, párr. 307 y nota al pie 329.

⁹³⁶ **RLA-131**, *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2 (11 de octubre de 2002), párr.127.

⁹³⁷ Memorial de las Demandantes, párrs. 369-377.

⁹³⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 316-334, 379.

denegación de justicia. Lamentablemente para las Demandantes, y tal como se estableciera *supra*, las Demandantes no han cumplido con ninguno de los requisitos para dar curso a una reclamación por denegación de justicia.

928. Además, las Demandantes tratan de desestimar los argumentos de la Demandada respecto de la ausencia de arbitrariedad en el ejercicio de autoridad pública por parte de las dependencias costarricenses al afirmar que, en tanto la Demandada invocó el caso *Pantechniki c. Albania*, la Demandada “cita un único laudo”⁹³⁹ y que “[e]ste fue el único caso citado por el Demandado como fuente de autoridad para su argumento”⁹⁴⁰. Las Demandantes alegan asimismo que este caso no sustenta la postura de la Demandada ya que:

“[L]a única lección relevante que obtuvo del razonamiento del árbitro Paulsson en el laudo del caso *Pantechniki* es que todas las decisiones de este tipo “*deben forzosamente adoptarse caso por caso*”, y que quizá su reprensión de que los recursos no necesariamente deben “*proseguirse más allá de un determinado grado de razonabilidad*”⁹⁴¹.

929. Más específicamente, las Demandantes postulan los siguientes argumentos en contra de la invocación de *Pantechniki c. Albania* por parte de la Demandada:

- Primero, el tribunal en *Pantechniki c. Albania* trató el abandono por parte de la demandante de los procesos locales respecto de las mismas medidas impugnadas ante un tribunal de arbitraje en virtud de un tratado de protección de inversiones. En este caso, *Pantechniki* entabló ante los tribunales albaneses el litigio para ejecutar su derecho contractual a compensación. Los tribunales de distrito y el Tribunal de Apelaciones albaneses desestimaron las reclamaciones de *Pantechniki*. *Pantechnik* apeló a la Corte Suprema de Albania, pero retiró su recurso de apelación antes de que se decidiera el caso, optando en cambio, por incoar un arbitraje ante el CIADI. Confrontado con la reclamación de denegación de justicia del Sr. *Patenchniki*, el tribunal sostuvo que, en tanto el demandante abandonó su recurso de apelación ante la Corte Suprema, el demandante no le había otorgado al ordenamiento jurídico albanés, en su conjunto, una oportunidad razonable de corregir cualquier supuesta conducta judicial anómala, y, por ende, la reclamación de denegación de justicia estaba destinada al fracaso⁹⁴². Nada podría asimilarse más al abandono por parte del Sr. Aven del proceso penal en curso en Costa Rica;

⁹³⁹ Íd., párr. 73.

⁹⁴⁰ *Ibid.*

⁹⁴¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 74.

⁹⁴² RLA-36, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) c. La República de Albania*, Caso CIADI N.º ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009, párr. 96.

- Segundo, las Demandantes impugnan la invocación de la Demandada de *Pantechniki c. Albania* alegando que es “*instructivo*” con respecto a la argumentación de las Demandantes sobre la inaplicabilidad de la regla de agotamiento de los recursos locales a una reclamación de denegación de justicia⁹⁴³. Tal como se estableciera *supra*, la aplicación de la disposición en materia de bifurcación en *Pantechniki c. Albania* es irrelevante para el caso que nos ocupa, en tanto dicho análisis se realizó durante la fase jurisdiccional del procedimiento, y no es aplicable al elemento sustantivo de denegación de justicia⁹⁴⁴; y
- Tercero, las Demandantes alegan que “*la única lección relevante para obtener del razonamiento*” en *Pantechniki* es su “*repreñión de que los recursos no necesariamente deben ‘proseguirse más allá de un determinado grado de razonabilidad’*”. Las Demandantes no proporcionan mayor sustento para esta afirmación. Las Demandantes ni proporcionan mayor sustento para esta afirmación ni aplican dicha afirmación al caso que nos ocupa. Aun si se aplicara algún estándar de razonabilidad en lo que respecta a la medida en la cual deberían ejercerse los recursos, las Demandantes no actuaron en consecuencia. Las Demandantes no prosiguieron el proceso en Costa Rica hasta un punto de “razonabilidad”, muy por el contrario, decidieron abandonarlo de manera arbitraria. Además, si las Demandantes aluden al principio de futilidad, el no haber calificado a su argumento como tal constituye más una ilustración de la vergüenza que tendrían por siquiera proponer que podría aplicarse la futilidad en el presente caso.

930. Aunque en el presente caso no se cumplen los requisitos para que exista una denegación de justicia, Costa Rica respondió a cada una de las acusaciones en contra de la conducta del Sr. Martínez tal como se plantearan en el Memorial de las Demandantes⁹⁴⁵. No obstante, en su Escrito de Respuesta, las Demandantes insisten en su reclamación de arbitrariedad al alegar que los procedimientos penales del Sr. Aven fueron “*sumamente perjudiciales y corruptos*”⁹⁴⁶ con base en sus interpretaciones personales y sesgadas del derecho penal y el derecho procesal penal costarricense.

931. En este sentido, la experta de Costa Rica en materia de derecho penal costarricense, la Jueza Rosaura Chinchilla Calderón, ha revisado el expediente del proceso penal incoado contra el Sr. Aven y ha presentado sus conclusiones en un Informe de Experto (el

⁹⁴³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 75.

⁹⁴⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 74.

⁹⁴⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 578-591.

⁹⁴⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 318.

"Informe de Experto de la Jueza Chinchilla"). En la actualidad la Jueza Chinchilla actúa como juez de apelación para el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Es miembro del poder judicial penal de Costa Rica desde el año 1992, se ha mantenido activa en el mundo académico desde el año 2004 y se ha presentado ante el Congreso Nacional para emitir opiniones con respecto a las reformas legales en curso en el sistema penal. Ha contribuido asimismo a la elaboración de normas penales, y ha introducido consultas respecto de su constitucionalidad en la Sala Constitucional de Costa Rica.

932. En su informe de experto, la Jueza Chinchilla concluye que el proceso penal incoado contra el Sr. Aven, fue razonable y en estricto cumplimiento de las leyes de Costa Rica:

"A partir de lo expuesto y luego de haber revisado los documentos relevantes del caso, puedo afirmar, con toda contundencia, que no detecto NINGUNA arbitrariedad en la solicitud de emisión de la alerta roja (pues se cumplían los requisitos objetivos para ello debiendo constatarse si se aportaron los documentos para constatarlo), ni en la emisión de la captura internacional contra el señor Aven. Tampoco noto que en la causa penal que se le ha seguido se haya dado ninguna violación al debido proceso o a algún otro derecho constitucional del señor Aven. Antes bien, para la tutela de tales derechos (en particular su derecho de defensa) fue, justamente, que se ha actuado como se hizo.

En definitiva, lo actuado por las autoridades en este caso (tanto respecto al destino de la causa en que el demandante fue denunciante, como lo sucedido en el proceso penal seguido en contra suya) me parece adecuado, razonable y apegado a las normas que rigen en el país"⁹⁴⁷.

933. En este momento, la Demandada tratará cada uno de los "errores específicos" que se alega han sido cometidos por la fiscalía durante la investigación y el proceso penal, en aras de probar que las opiniones de las Demandantes son erradas.

1. Los tribunales penales constituyen el fuero competente para entender en reclamaciones en materia ambiental

934. Las Demandantes sugieren que el Sr. Martínez se extralimitó en su competencia al iniciar una acción penal contra el Sr. Aven "*al intentar resolver complejos asuntos ambientales en un tribunal penal*"⁹⁴⁸. Resulta curioso que, en su primera declaración testimonial, el Sr. Morera hiciera alusión a este argumento como "estrategia"⁹⁴⁹, y sólo después del Escrito de Respuesta de las Demandantes, se plantea como "argumento legal" independiente. De todos modos, independientemente de cómo deseen llamarlo las Demandantes, estrategia

⁹⁴⁷ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párrs. 87-88.

⁹⁴⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 320.

⁹⁴⁹ Primera Declaración Testimonial de Néstor Morera, párrs. 31-33.

o argumento, esta postura carece de todo sustento en virtud de la legislación costarricense.

935. El Sr. Martínez expresa su desaprobación de esta “estrategia”.

«Estoy en total desacuerdo con la posición jurídica que el señor Morera intenta argumentar. Nada más inexacto que afirmar que los análisis sobre ecosistemas no son propios de los procesos penales y deben realizarse en sede civil o administrativa. La sola lectura de los tipos penales de la Ley Forestal permite entender, con claridad meridiana, que es propio del proceso penal ese análisis; sin que sea exclusivo de esa sede [penal], desde luego. [...]

La opinión del señor Morera de que los conceptos técnicos deberían solamente resolverse en la vía civil y administrativa cuestiona totalmente la existencia de la jurisdicción penal para sancionar delitos ambientales. Además nos lleva a preguntarnos, ¿cómo podría un juez penal sancionar o absolver a un imputado si no cabila sobre esos conceptos técnicos?⁹⁵⁰

936. No sólo el Sr. Martínez y la jurisprudencia nacional han ratificado la competencia de los tribunales penales para entender casos de delitos penales en materia ambiental, la Jueza Chinchilla confirma que fue el Poder Legislativo el que decidió la incorporación de los delitos ambientales como parte de la aplicación de la legislación ambiental, una parte de las regulaciones civiles o administrativas, para proteger el medio ambiente y sancionar los daños en su contra⁹⁵¹.

2. El principio de *ultima ratio* no invalida el principio precautorio

937. Las Demandantes argumentan que en virtud del principio de *ultima ratio*, fue absurdo iniciar una acción penal contra el Sr. Aven en aras de impedir un daño ambiental grave⁹⁵². La Jueza Chinchilla, ha analizado la alegación de las Demandantes, y disiente con esa conclusión:

“El Derecho Penal se rige, en teoría, por los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, lo que significa que, aunque las conductas sean graves, el legislador debe intentar solucionarlas por vías distintas de la penal. Por ello se dice que el derecho penal es la *ultima ratio* para la solución de las controversias. Ello no impide que el legislador recurra a la vía penal cuando estime que la protección dada al bien jurídico por otras materias ha sido insuficiente o ineficaz para cumplir el propósito buscado con la ley. En Costa Rica, la política criminal dimana de la Asamblea Legislativa y la única forma de revertir la decisión de los diputados de usar la vía penal para proteger un bien jurídico, es solo mediante un pronunciamiento de la Sala Constitucional. Es decir, solo el Tribunal Constitucional puede decidir que los legisladores se excedieron al usar la vía penal y que irrespetaron aquellos principios. En el caso, ninguno de los delitos

⁹⁵⁰ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párrs. 41, 43.

⁹⁵¹ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 20.

⁹⁵² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 321.

investigados ha sido declarado inconstitucional y no hay pronunciamientos que permitan inferir que se hayan violado los principios de subsidiariedad o fragmentariedad por la tipificación penal.

Por otro lado, el que el derecho penal sea la *ultima ratio* no significa que sean improcedentes medidas cautelares dispuestas por el legislador tanto para proteger el bien jurídico, como el curso del proceso. A raíz de esto el legislador tipifica las medidas cautelares penales ante peligros de fuga, obstaculización procesal y prevé que, de haber demanda civil y a petición de parte, pueda recurrirse a un amplio abanico para la protección de los intereses del presunto afectado, previo cumplimiento de los trámites establecidos en la legislación especial. Es decir, no hay ninguna contradicción entre el principio de *ultima ratio* y el principio precautorio de la materia ambiental en tanto para hacer posible este la ley disponga las medidas a aplicar"⁹⁵³.

3. El Sr. Martínez no intentó resolver ningún conflicto ocasionado por supuestas inconsistencias en los informes de las dependencias costarricenses

938. Las Demandantes alegan que el Sr. Martínez "*sobrepasó su jurisdicción*" al tratar de resolver presuntas inconsistencias entre los informes de las dependencias"⁹⁵⁴.

939. Además, las Demandantes afirman que:

"[A]l momento del juicio penal contra el Sr. Aven, la cuestión relativa a si el emplazamiento del proyecto contenía humedales y un bosque se discutió en numerosos informes por parte de numerosas dependencias ambientales que arrojaron hallazgos incongruentes"⁹⁵⁵.

940. Esto no es cierto. El PNH, el órgano competente para determinar la existencia de humedales en Costa Rica, ha determinado la existencia de un humedal palustrino en el Sitio del Proyecto. En primer lugar, en lo que respecta al Informe del SINAC del mes de julio de 2010 (que determinó que no existía un humedal en el Sitio del Proyecto), se trató de un acto preliminar preparado en la mitad de las investigaciones contra los delitos de las Demandantes y sus conclusiones no podrían ser concluyentes respecto de la existencia de humedales en el Sitio del Proyecto.

941. En segundo lugar, en lo que se refiere a la resolución de la SETENA que concluyera que no existía un cuerpo de agua en el Sitio del Proyecto, esto fue irrelevante para el proceso penal porque la SETENA carece de autoridad para determinar la existencia de humedales en Costa Rica. El Sr. Martínez debió seguir el criterio apropiado que fue delineado claramente por el SINAC a través del PNH determinando la existencia de un humedal en el Sitio del Proyecto.

⁹⁵³ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párrs. 49-50.

⁹⁵⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 322.

⁹⁵⁵ Íd., párr. 334.

942. En tercer lugar, en cuanto al Informe del INTA, el Sr. Martínez explica que cuando fue emitido el Informe PNH sobre Humedales el día 18 de abril de 2016, el SINAC ya había determinado la existencia de humedales al tratar los criterios técnicos necesarios para realizar esta determinación (incluidos hallazgos de suelos hídricos durante la visita conjunta realizada entre el Sr. Gamboa y el Sr. Cubero)⁹⁵⁶. El Informe del INTA nunca determinó que no existían humedales en el Sitio del Proyecto, sino que el suelo no podría considerarse hídrico en virtud de la Metodología de Clasificación de la Tierra, un instrumento que no pretendía identificar suelos hídricos en Costa Rica.

943. En cuanto a la existencia de bosques, en el momento del proceso penal, el SINAC, el órgano competente para categorizar los bosques en Costa Rica, también había determinado que se afectaba adversamente a un bosque en el Sitio del Proyecto. Ninguna otra dependencia, salvo el informe de INGEOFOR que servía a los propios intereses de las Demandantes, había afirmado lo contrario.

4. El Sr. Martínez contaba con pruebas suficientes para demostrar la tentativa de delito del Sr. Aven

944. Las Demandantes alegan que el Sr. Martínez no podría haber probado “*que el Sr. Aven se proponía cometer un delito*”⁹⁵⁷ y enumera los siguientes permisos e informes que “*estuvieron a su disposición durante toda la investigación*”, ninguno de los cuales repercuten en la intención del Sr. Aven⁹⁵⁸:

- La VA para el sitio de la Concesión: este permiso autorizó el desarrollo de un hotel en el sitio de la Concesión no en el sitio del Condominio, donde las Demandantes pretendían ejecutar las obras ilegales;
- *Confirmación del SINAC a la SETENA del 2 de abril de 2008*: este documento sólo certificó que el área no se encontraba dentro un ASP, nunca “confirmó”, tal como alegaran las Demandantes, que el sitio del Condominio contenía humedales. Los humedales están protegidos independientemente de si se encuentran o no en un ASP;
- *Informe SINAC de julio de 2010*: se trató de un informe interno dentro del SINAC, que recién fue puesto a disposición del Sr. Aven en el mes de marzo de 2011⁹⁵⁹, después de que se realizara el drenaje y el relleno del humedal. Claramente, el Sr.

⁹⁵⁶ Primera Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 22.

⁹⁵⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 316.

⁹⁵⁸ Íd., párr. 324.

⁹⁵⁹ C-72.

Aven no podría haberse fundado en este informe para afectar los humedales desde el mes de marzo del año 2009;

- *Informe de la SETENA del 19 de agosto de 2010:* la fecha de este informe es posterior a la fecha de inicio de las obras ilegales en el sitio de las Demandantes. Además, el SINAC, no la SETENA, es el órgano competente en Costa Rica para determinar la existencia de humedales;
- *Informe del INTA:* este informe fue emitido después de que las Demandantes hubieran ejecutado las obras ilegales y después de que se hubieran dictado múltiples medidas cautelares para suspenderlas. ¿De qué manera podría demostrar este informe emitido en el mes de mayo de 2011 que el Sr. Aven no tenía intención de desecar los humedales en el mes de marzo de 2009?; e
- *Informe de INGEOFOR:* este informe fue confeccionado después de que el Sr. Damjanac hubiese sido imputado por el delito de talar un bosque con posterioridad a que el SINAC hubiese determinado la existencia de un bosque y los impactos de las Demandantes en él en el Informe del SINAC del mes de octubre de 2011. Nuevamente, este informe no repercute en lo que presuntamente sabía el Sr. Aven desde el mes de marzo de 2009, cuando comenzó la tala y la quema de árboles en el Sitio del Proyecto.

945. En cuanto a la VA para el sitio del Condominio, este permiso se obtuvo ocultándole información a la SETENA e induciéndola al error para que otorgue la VA. Las Demandantes tenían conocimiento o deberían haber tenido conocimiento de que el despeje de carreteras y la tala y quema de árboles estaban destruyendo al Humedal N.º 1 y continuaron ejecutando esas obras hasta que las autoridades costarricenses les prohibieron jurídicamente continuar con ellas. La Jueza Chinchilla explica asimismo por qué motivo estos permisos *ex post* no pueden excluir automáticamente la intención de cometer un delito ambiental:

“[E]l solo hecho de que una persona obtenga permisos de la Administración Pública para un determinado proyecto, del tipo que sea, no significa que siempre ha cumplido o cumplirá con las leyes o requisitos, en este caso, ambientales. Los permisos se basan en la información que da el solicitante en un determinado momento histórico y eso no excluye, por un lado, que falte a la verdad al rendirla o, por el otro, que a futuro actúe en contravención de las leyes.

El haberse obtenido indebidamente un permiso del Estado para algo (por ejemplo, para conducir un vehículo) no autoriza al sujeto a cometer actos ilícitos (siguiendo el ejemplo, atropellar a una persona o conducir bajo los efectos del licor o a exceso de velocidad). Resulta aplicable aquí un adagio que dice "nadie puede valerse de su propio dolo". Si la persona, so pretexto de esa autorización, actúa en contravención a las leyes, es posible que se adopten medidas

cautelares para proteger el bien tutelado en peligro y, en este caso, se habilita la intervención de las autoridades penales en el ejercicio de sus competencias, ya sea por la falsedad de la información (en caso de que sea documental o dada bajo juramento) o por los actos ilícitos excesivos posteriores. El juzgamiento de los delitos es única y exclusivamente competencia de los órganos penales (Fiscalía o Ministerio Público para acusar y tribunales penales para juzgar)"⁹⁶⁰.

946. Además, tal como afirmaran tanto el Sr. Martínez como la Jueza Chinchilla⁹⁶¹, si el Sr. Martínez no contaba con "elementos para probar la intención", el juez de etapa intermedia no habría permitido que se diera trámite a la acusación penal. Pero el juez sí lo hizo.

947. Por último, la Jueza Chinchilla confirma que, tras una revisión de las pruebas en las que se basara la Fiscalía en el caso contra el Sr. Aven, el Sr. Martínez contaba con numerosos elementos para demostrar la intención:

"Lo anterior es importante rescatarlo porque he leído la segunda declaración testimonial del señor Néstor Morera Viquez, en sus párrafos 18-19, en donde señala que era imposible que la Fiscalía probara que el Sr. Aven tuvo la intencionalidad (el dolo) de desecar y rellenar un humedal o de talar árboles protegidos por las leyes forestales del país. Esto no es cierto. Según informa el Fiscal y consta tanto de la acusación como en una primera decisión de un juez valorando el caso (auto de apertura a juicio), **se ofrecieron elementos probatorios testimoniales y documentales tendientes a demostrar, por ejemplo, que los trabajos de relleno del humedal se hacían en horas y días inhábiles, es decir, en momentos en que las oficinas de control no estaban abiertas (lo que permite inferir un afán de no ser descubierto ante el conocimiento de que lo que se hace no está bien); que el presunto beneficiado con los trabajos era el proyecto de los aquí demandantes; que aparentemente era por orden suya que se efectuaban las obras; que personas sencillas de la zona, de poca formación académica, sabían que ahí había un humedal; que los árboles cortados se quemaban o enterraban para no dejar evidencias; que hubo trámites en que estaba involucrado el proyecto de los demandantes en que se aportaron documentos falsos referentes a elementos esenciales de los tipos penales aplicados, etc. Todos esos elementos, analizados en conjunto, permiten extraer indicios para acreditar el dolo, en sus vertientes de conocimiento y voluntad. En todo caso, era en el debate que se le seguía al aquí demandante y por el Tribunal que lo juzgaba en que todo ello debía analizarse, es decir, ponderar la eficacia probatoria de los elementos aportados por las partes para afirmar o negar ese tema, y este juicio no pudo efectuarse por la ausencia del Sr. Aven. Ergo, sí se habían ofrecido pruebas para acreditar lo que el Sr. Morera echa de menos"**⁹⁶². (énfasis agregado)

948. En cualquier caso, la Jueza Chinchilla confirma que esta decisión debe ser decidida por el juez de derecho penal que entiende en la causa, excluyendo cualquier otra autoridad:

⁹⁶⁰ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 46.

⁹⁶¹ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 56; Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 45.

⁹⁶² Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 45.

“En todo caso, era en el debate que se le seguía al aquí demandante y por el Tribunal que lo juzgaba en que todo ello debía analizarse, es decir, ponderar la eficacia probatoria de los elementos aportados por las partes para afirmar o negar ese tema, y este juicio no pudo efectuarse por la ausencia del Sr. Aven. Ergo, sí se habían ofrecido pruebas para acreditar lo que el Sr. Morera echa de menos”⁹⁶³.

5. El “prejuicio” del Sr. Martínez contra el Sr. Aven

949. El Sr. Martínez ya ha confirmado en su primera y segunda declaraciones testimoniales que no conoce a las Demandantes y que no conoció al Sr. Aven con anterioridad al proceso penal y que carece de todo prejuicio personal en su contra⁹⁶⁴.
950. Las Demandantes alegan que el hecho de que el Sr. Martínez “retirara los cargos por falsificación de documentos” contra el Sr. Aven no constituye prueba alguna de que no tiene un prejuicio en su contra⁹⁶⁵. Sin embargo, las Demandantes hacen hincapié en la “*insistencia del Sr. Martínez en proseguir con la investigación penal contra el Sr. Aven*” en relación con la falsificación del Documento Falso. El Sr. Martínez nunca presentó cargos penales por el delito penal de falsificación contra el Sr. Aven.
951. Tal como explicara el Sr. Martínez en su segunda declaración testimonial, la acusación del delito de falsificación provino de las denuncias penales interpuestas por el SINAC y el Sr. Bucelato a comienzos del año 2011⁹⁶⁶. Por lo tanto, el Sr. Martínez debía investigar todos los delitos denunciados y tras analizar las pruebas recopiladas, decidir si (i) presentar cargos por los delitos denunciados (mediante la presentación de una acusación penal) o (ii) solicitar que el juez desestime esos delitos (mediante una solicitud de sobreseimiento definitivo). Tras realizar una investigación minuciosa, el Sr. Martínez, arribó a la conclusión de que no contaba con pruebas suficientes para presentar cargos contra el Sr. Aven por la autoría del Documento Falso y, el día 11 de octubre de 2011, solicitó que el tribunal desestimara esas acusaciones⁹⁶⁷.
952. Además, el argumento reiterativo de las Demandantes sobre la inexistencia de cargos de falsificación es en directa contradicción con lo que señala el Sr. Aven en el párrafo 125 de su declaración testimonial, en el que admite que para el día 6 de mayo de 2011 (cuando se estaba llevando a cabo la investigación o citación), no había cargos penales en su

⁹⁶³ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 44.

⁹⁶⁴ Primera Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 40; Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 9.

⁹⁶⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 329.

⁹⁶⁶ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 14.

⁹⁶⁷ R-66, Demanda penal interpuesta por el SINAC (ACOPAC-CP-015-11-DEN), 28 de enero de 2011.

contra, y "el Sr. Martínez estaba simplemente llevando adelante una investigación penal"⁹⁶⁸.

6. El Sr. Martínez contaba con prueba documental que demostraba el relleno de un humedal y la tala de un bosque

953. Las Demandantes acusan al Sr. Martínez de "*falta de pruebas creíbles*" y de haberse basado en "*declaraciones testimoniales incoherentes*"⁹⁶⁹. La Demandada debe una vez más expresar respetuosamente su objeción a que el Tribunal dé su opinión o juzgue el curso de las actuaciones judiciales. Este un claro ejemplo de cómo las Demandantes pretenden que este Tribunal actúe como "tribunal de apelación" sobre un proceso penal en curso, que no ha tenido sentencia firme de ningún tribunal de justicia en Costa Rica.

954. El Sr. Martínez rechaza asimismo la opinión de las Demandantes en este sentido y explica que sólo un juez del poder judicial costarricense posee la facultad de resolver la controversia con el dictado de una sentencia firme:

"La certeza sobre la comisión de un delito la define un Tribunal de Juicio y esa etapa no se ha podido desarrollar dentro del juicio seguido en contra del señor Aven. La etapa de debate que se dio con respecto al señor Damjanac fue anulada por lo que, de igual forma, no ha existido un pronunciamiento judicial sobre la acusación penal presentada en este Caso"⁹⁷⁰.

7. El "ofrecimiento de un acuerdo extrajudicial" no requería que el Sr. Aven admitiera el delito

955. Las Demandantes justifican la falta de voluntad del Sr. Aven de negociar un acuerdo extrajudicial con la Fiscalía alegando que "*todo acuerdo extrajudicial que requiriera una declaración de culpabilidad era inaceptable*"⁹⁷¹.

956. Esta es otra de las interpretaciones erróneas de la legislación costarricense por parte de las Demandantes. La Fiscalía solicitó que las Demandantes excluyan toda área afectada del desarrollo de las Demandantes. Esto parece ser lo que las Demandantes interpretan como una "admisión de culpabilidad". Tal como confirmara la Jueza Chinchilla, un acuerdo extrajudicial que requiriera que el acusado admita su culpabilidad sería nulo:

"Una conciliación aceptada no implica la admisión de culpabilidad para el acusado ni es válido que se negocie algo al respecto. De suceder así el acto sería nulo. [...]"

[L]a conciliación no fructificó, no porque el señor Martínez actuara arbitrariamente, sino porque el señor Aven se negó a negociar algunas

⁹⁶⁸ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 125.

⁹⁶⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 330.

⁹⁷⁰ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 57.

⁹⁷¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 330.

condiciones mencionadas por la Fiscalía en protección al ambiente y que no es discrecional para el fiscal plantear, sino que se mencionan en la Política de Persecución de los Delitos Ambientales, adoptada por el Ministerio Público de Costa Rica. Recuérdese que si bien con la conciliación no se busca sancionar penalmente a alguien, en el caso de los delitos ambientales se pretende proteger el ambiente y evitar que continúen los actos dañinos para este. En atención al principio de jerarquía y unidad del Ministerio Público, los fiscales no pueden desconocer esos criterios. Lo que el Fiscal propuso iba en esta línea, era de fácil cumplimiento, habría evitado que el proceso penal siguiera o que continuara los daños ambientales, pero la parte pretendía la salida alterna sin compromiso a su cargo, lo que riñe con los principios de la negociación"⁹⁷².

957. Por lo tanto, las interpretaciones de las Demandantes de que acordar restaurar el daño causado a los ecosistemas en el Sitio del Proyecto "implicaría una admisión de culpabilidad" carece de sustento en virtud de la legislación costarricense.

958. Las Demandantes alegan además que el plan de restauración propuesto por el Sr. Martínez no habría permitido a que las Demandantes "*desarrollar el inmueble de ninguna manera significativa*"... El Sr. Martínez explica de qué manera el Sr. Morera ha tergiversado este ofrecimiento:

"Claramente, el señor Morera tergiversa la propuesta que hizo la Fiscalía al señor Aven al decir que ese plan le impedía al señor Aven desarrollar el proyecto. Eso no es cierto, el plan sólo lo inhibía del desarrollo del sector donde, hasta el momento, se conocía que había bosque y humedal"⁹⁷³.

959. Lo que solicitaron el Sr. Martínez y el representante de la Fiscalía General, en carácter de representante de la víctima (Costa Rica), fue la restauración de las tierras y la continuación de cualquier desarrollo contemplando la protección de esos ecosistemas de mayores impactos. Esto de ninguna manera parece "arbitrario", "desproporcionado" o "discriminatorio".

8. Los "desastrosos y contradictorios testimonios" del juicio

960. Las Demandantes y sus testigos opinan sobre las declaraciones testimoniales ofrecidas durante el juicio penal⁹⁷⁴. Una vez más, las Demandantes caen en la misma trampa de hacer que el Tribunal actúe como un "tribunal de apelación" en aras de revisar los procedimientos penales en curso. Esto es inadmisibile.

961. El Sr. Martínez explica que las impresiones de las Demandantes son irrelevantes, debido a que la única autoridad que tiene la facultad de juzgarlas es un juez perteneciente al sistema judicial de Costa Rica:

⁹⁷² Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párrs.75-76.

⁹⁷³ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 54.

⁹⁷⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 333.

“Primero, he notado que en los párrafos 330 al 334, las Demandantes expresan sus opiniones de los testimonios de cada testigo que fue llamado a testificar dentro del primer debate realizado en el caso en contra de los señores Aven y Damjanac. Como lo explican las Demandantes, lo que dijo cada testigo consta en audio y vídeo y cada parte puede llegar a sus conclusiones de si lo que éstos dijeron, confirma o no el delito acusado. Lo que quiero reiterar es que mis opiniones o las de las Demandantes son irrelevantes para este Caso pues al final, un juez penal del sistema judicial costarricense, y ninguna otra persona, es quién puede hacer un juicio de valor sobre esas declaraciones y quién debe decidir si el imputado cometió el delito del que se les acusa o no”⁹⁷⁵.

962. Si bien las Demandantes argumentan que ellas *"no ofrecen las descripciones antedichas a los fines de volver a argumentar los méritos de los argumentos penales del Sr. Aven"*⁹⁷⁶; resulta bastante obvio que una revisión de dicho testimonio sólo lograría que el Tribunal realice una revisión "en apelación" del fondo del caso penal, lo cual excede la jurisdicción de este Tribunal.

9. La regla de los 10 días es un mecanismo diseñado para proteger los derechos de los acusados penales en lugar de ser un "oscuro mecanismo" del proceso penal

963. Las Demandantes distorsionan la *raison d'être* de la disposición que subyace al artículo 336 del Código Procesal Penal de Costa Rica al categorizarlo como un *"oscuro mecanismo de procedimiento penal"*⁹⁷⁷. Es precisamente este tipo de afirmaciones lo que demuestra la ignorancia de las Demandantes sobre la legislación costarricense. Tal como explicara la jueza Chinchilla en su informe de experto, el principio subyacente al artículo 336 (principio de concentración) es uno de los principios de políticas clave del derecho procesal penal costarricense:

“El principio de concentración es uno de los principios políticos del proceso penal en Costa Rica y significa que los actos procesales del debate deben estar lo más concatenados, cercanos o unidos en el tiempo que sea posible para evitar que, producto de su dispersión, los intervinientes olviden lo sucedido. En atención a este, la legislación de Costa Rica establece algunas obligaciones, *inter alia*: (i) que una vez cerrado el debate, los jueces tienen un plazo perentorio para deliberar y adoptar la decisión, aunque sea expuesta en forma esquemática o resumida (artículo 360 del Código Procesal Penal). Este plazo varía según la complejidad del asunto o tipo de proceso pero, si se supera, el debate debe anularse; (ii) que entre la emisión de la decisión resumida y el dictado de la sentencia completa también hay un plazo que no puede superarse so pena de la nulidad de lo resuelto (numeral 364 del Código Procesal Penal) y (iii) que entre un acto y otro del debate, no pueden transcurrir más de diez días hábiles. Caso

⁹⁷⁵ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 7.

⁹⁷⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 332.

⁹⁷⁷ Íd., párr. 318.

contrario, se debe anular lo actuado (artículo 336 del Código Procesal Penal)"⁹⁷⁸.

964. Asimismo, las Demandantes argumentan que el Sr. Martínez explotó la regla de los 10 días en pos de obtener una segunda oportunidad para volver a presentar fundamentos para el fondo de su argumento. Esto es simplemente falso. El Sr. Martínez ha explicado que la razón por la cual él y el representante de la Procuraduría General del Estado decidieron iniciar un nuevo juicio fue para eludir la subsiguiente nulidad de los procedimientos:

“Una vez más, debo aclarar que es falso que yo considerase aplicar la regla de los 10 días para tener una nueva oportunidad para realizar el debate porque creí haber perdido en el primer juicio. Tanto la Procuraduría General del Estado como el Ministerio Público nos negamos a acordar la renuncia al plazo con el fin de evitar la nulidad de todo lo actuado en la etapa de apelación.

[...]

[E]l hecho de que tanto el Ministerio Público y la Procuraduría General del Estado basaran su decisión de no prorrogar el debate en jurisprudencia de las cortes penales plenamente vigente, demuestra que su decisión fue estudiada, fundada y no caprichosa como lo sugieren las Demandantes"⁹⁷⁹.

965. La jueza Chinchilla concuerda con la postura del Sr. Martínez luego de haber analizado la jurisprudencia en la que se basaron el Sr. Morera y el Sr. Martínez:

"He revisado los votos que invoca el señor Martínez en apoyo de su tesis y puedo constatar que, efectivamente, existen y señalan lo que él apunta. Aún más, yo misma he sido de esa tesis en otros asuntos sometidos a mi conocimiento. He revisado, también, la declaración testimonial del señor Néstor Morera que señala que hay jurisprudencia contradictoria en tal sentido y también puedo dar fe que existe y menciona lo que él apunta. No obstante, no puedo clasificar estos votos que apunta el señor Morera, como la línea jurisprudencial más reciente (como lo hace él) ni puedo, menos, sostener que deje sin efecto la anterior. Esto por tres razones: (i) dado que el sistema penal en Costa Rica se modificó en el año 2012, las definiciones procesales, en su mayoría, surgen de lo que deciden los Tribunales de Apelación de Sentencia Penal y no de la Sala Tercera o Sala de Casación que se reservó el conocimiento de jurisprudencia contradictoria (generalmente sobre temas de fondo) y otros asuntos de menor cantidad. Ese tema no se ha definido allí a esta fecha hasta donde conozco; (ii) De todos los votos aportados por ambos testigos, el voto más reciente es el que presenta el señor Martínez y apoya la línea que él sostiene; (iii) Aunque el señor Morera cita un voto de la Sala Constitucional, este hace alusión a reglas ya derogadas, contenidas en el antiguo Código de Procedimientos Penales, el cual fue sustituido por el Código Procesal Penal vigente. Con el Código de Procedimientos Penales ya derogado, en que se basa la Sala Constitucional (aportado por el señor Morera), no podían oponer la nulidad las partes que hubieran

⁹⁷⁸ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 67.

⁹⁷⁹ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párrs. 36, 39.

contribuido a causarla. El Código vigente, sin embargo, establece que los vicios absolutos no se convalidan ni aún mediante acuerdo de partes. **Entonces, aunque es aceptable que hay jurisprudencia contradictoria, la valoración que hizo el señor Martínez y la Procuraduría General de la República de no acceder a la continuación del debate era razonable y no arbitraria y ponderaba las más recientes reformas al sistema procesal y los pronunciamientos más actualizados emanados de esta reforma**"⁹⁸⁰. (énfasis agregado)

966. Por último, tal como señalara la jueza Chinchilla, la teoría de las Demandantes de que el Sr. Martínez "se aprovechó" de la regla de los 10 días es meramente especulativa dado que la regla general es que no se permite a las partes modificar las pruebas originalmente presentadas para el nuevo proceso judicial:

"Asimismo, [su especulación] partiría de que teóricamente sea posible, en un segundo juicio, cambiar los testigos del primer debate por otros, lo que tampoco es aceptable. La regla que rige en el derecho procesal penal costarricense es que la prueba oportunamente admitida en el auto de apertura a juicio es la que se debe llevar a juicio (artículo 320 del Código Procesal Penal)"⁹⁸¹.

10. El Sr. Martínez no tenía la obligación de objetar a la VA ante la administración pública

967. Las Demandantes imponen al Sr. Martínez una obligación inexistente de objetar a la VA ante las autoridades administrativas:

"A pesar de que más adelante abordo algunas de esas alegaciones, no logro entender el motivo de que Costa Rica, cuando el Sr. Martínez llevó adelante su investigación penal, no haya exigido una audiencia de *lesividad* si su objetivo era impugnar el otorgamiento de tales permisos. Por lo que sé, el Sr. Martínez nunca solicitó una audiencia de *lesividad*, a pesar de que el hecho de que no cumplió con las resoluciones de la SETENA parecería indicar que no estaba de acuerdo con ellas"⁹⁸².

968. Esto es totalmente inexacto, ya que tal como explicara el Sr. Martínez, esto no forma parte de su competencia como Fiscal:

"Primero, no me correspondía a mí iniciar ningún proceso de lesividad, esta es materia contenciosa administrativa. Mi función es de persecución penal ante la posible comisión de delitos. El caso que nos ocupa no tenía como cuestión propiamente la viabilidad ambiental de SETENA, la cual ni siquiera es un permiso sino un requisito conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente."⁹⁸³

969. La jueza Chinchilla también confirma que no corresponde a la Fiscalía cumplir con procedimientos administrativos para anular permisos:

⁹⁸⁰ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 70.

⁹⁸¹ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 71.

⁹⁸² Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 53.

⁹⁸³ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 45.

"[...] En otras palabras, para que las autoridades penales tengan competencia para investigar un hecho, basta su comisión y no están obligadas a seguir trámites administrativos tendientes a anular los permisos como paso previo para aquello. De estimarse así sería nugatoria la justicia penal."⁹⁸⁴

D. La conducta de las agencias de Costa Rica no implicó un abuso de derecho

970. Las Demandantes alegan erróneamente que la Demandada decidió abstenerse de proporcionar respuestas en relación con dos de las tres reclamaciones sobre el tratamiento de abuso de derechos. Las Demandantes sostienen que la Demandada sólo se enfocó en los supuestos sobornos del Sr. Bogantes sin responder a sus alegaciones sobre el soborno del Sr. Ovideo y el supuesto uso indebido del sistema de notificación de la INTERPOL⁹⁸⁵. Los argumentos de la Demandada son lo suficientemente exhaustivos como para satisfacer todas las afirmaciones de las Demandantes en tal sentido.

1. Las Demandantes no cumplieron con el estándar de la prueba en relación con cualquier acusación de soborno

971. Las Demandantes afirman que *"el Demandado tiene poco para decir más que creer que los Demandantes no han probado sus argumentos"*⁹⁸⁶ y que *"se limita a sostener...el argumento incontrovertible de que el tribunal generalmente exigirá pruebas 'claras y convincentes' para determinar, de hecho, que dicha corrupción se produjo"*⁹⁸⁷, como si la cuestión del estándar de la prueba fuera irrelevante en los casos de supuesta corrupción. Esto es malintencionado. Las Demandantes deben probar sus argumentos, lo cual amplia y objetivamente no han hecho respecto de ninguna acusación de soborno. Esto no es una observación incidental o descartable de la Demandada con el fin de eludir alguna cuestión. La *única* cuestión es el incumplimiento de las Demandantes respecto a la prueba de sus argumentos.

972. Además, las Demandantes señalan que la Demandada no objetó el argumento de que un Estado receptor podría ser considerado responsable por los actos de funcionarios que constituyen un abuso de derechos⁹⁸⁸. Lo que es relevante aquí, es que esto plantea la cuestión de la carga de la prueba que recae sobre la Parte que alega que se han producido acciones de soborno y el alto nivel aplicable en este respecto, con el que las Demandantes parecen estar de acuerdo al afirmar que no es controvertido⁹⁸⁹.

⁹⁸⁴ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 47.

⁹⁸⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 366.

⁹⁸⁶ Íd., párr. 367.

⁹⁸⁷ Íd., párr. 83.

⁹⁸⁸ Ibíd.

⁹⁸⁹ Ibíd.

973. La carga y el estándar de la prueba no son cuestiones menores, si se tiene en cuenta el tipo de alegaciones involucradas en asuntos de soborno y corrupción. Debido a la gravedad de este tipo de reclamaciones y la gravedad de las consecuencias jurídicas en caso de que se confirmen, los tribunales decidieron imponer la carga de la prueba a la parte que alegaba cuestiones de corrupción y exigirle que cumpla con un alto estándar probatorio. Esto es lógico.
974. En tal sentido, se ha sostenido que existe un consenso general entre los tribunales y los doctrinarios internacionales en cuanto a la necesidad de aplicar un alto estándar de prueba en casos de corrupción y que estas alegaciones requieren **pruebas claras y convincentes**⁹⁹⁰. Asimismo, las demandantes deben cumplir plenamente con su indiscutible carga para demostrar que hubo corrupción, y no será suficiente presentar pruebas que podrían indicar que pudo haber habido corrupción, o incluso que probablemente hubo corrupción⁹⁹¹.
975. Este estándar (reconocido también por las leyes en materia probatoria de Inglaterra, en la medida en que fuera aplicable dada la sede del arbitraje) es fatal para la alegación de las Demandantes sobre soborno debido a la escasez de pruebas ofrecidas. De hecho, las Demandantes admiten que la única prueba que tienen para fundamentar sus acusaciones de corrupción son las declaraciones testimoniales de Aven y Damjanac⁹⁹². No se han aportado más pruebas. Las declaraciones testimoniales *ex-post facto* brindadas en vista del procedimiento y por las partes son interesadas e insuficientes para establecer una corrupción, ya sea en procedimientos internacionales contra un estado o en cualquier otro foro.
976. El derecho inglés establece que la fuerza probatoria de las pruebas invocadas debe ser proporcional a la gravedad de la conducta alegada. Asimismo, si bien la legislación de Inglaterra establece que el estándar de prueba en demandas civiles es la balanza de probabilidades, en los casos en que se alega una conducta indebida muy grave, y que debe demostrarse un estado mental deshonesto, la prueba de la balanza de probabilidades tiene cierta flexibilidad.

⁹⁹⁰ **RLA-128**, *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, párr. 221.

⁹⁹¹ RLA-50, *Liman Caspian Oil B.V., y otros. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N.º ARB/07/14, Extractos del Laudo, 22 de junio de 2010, párrs. 423-4.

⁹⁹² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 368.

977. A los efectos que nos ocupan, ello representa una mayor carga para los Demandantes para probar la supuesta y grave conducta indebida. No obstante, tal como establece la presenta Dúplica, no sólo faltan pruebas más sólidas, sino que faltan pruebas creíbles⁹⁹³.
978. Resulta claro que dichas declaraciones no fueron prestadas por testigos independientes e imparciales, sino por una de las Demandantes y su agente, ambos con un interés personal en el asunto. Por lo tanto, sus declaraciones están viciadas con el fuerte interés que tienen respecto del caso planteado por las Demandantes y no pueden considerarse "*conclusiones como parte del procedimiento de investigación de hechos*" tal como alegaran las Demandantes⁹⁹⁴.
979. Si las Demandantes cuentan con mejores pruebas que su propia palabra, deberían haberlas presentado en este procedimiento. De hecho, las Demandantes alegaron tener una grabación de la supuesta petición de soborno⁹⁹⁵. Resulta curioso que incluso si las Demandantes se basaron en dicha prueba como clave para su caso, no la hayan presentado a este Tribunal. La respuesta es simple: ningún soborno tuvo lugar en ningún momento.

2. En cualquier caso, las alegaciones de soborno de las Demandantes no tienen ninguna incidencia en el resultado de este caso

980. En cualquier caso, las acusaciones de soborno de las Demandantes carecen de relevancia sobre el desarrollo del Proyecto Las Olas y no están respaldadas por las circunstancias del caso. Las Demandantes argumentan que debido a que supuestamente se negaron a pagar los sobornos supuestamente solicitados por el Sr. Bogantes, la Demandada contraatacó al paralizar el Proyecto⁹⁹⁶. No obstante, dichas acusaciones infundadas sólo tienen el propósito de camuflar las razones por las que Costa Rica decidió proteger al Ecosistema Las Olas de la conducta ilícita de los inversionistas.
981. Las Demandantes alegan que Costa Rica violó el DR-CAFTA al incurrir en la solicitud de sobornos de funcionarios públicos. De manera específica, las Demandantes sostienen que los funcionarios de Costa Rica, a saber el Sr. Ovideo de la Municipalidad y el Sr. Bogantes del SINAC, solicitaron sobornos en tres ocasiones⁹⁹⁷.
982. Según el Sr. Aven, en el año 2009, el Sr. Ovideo, quien actuaba en su carácter de administrador municipal para la Municipalidad, le solicitó un soborno de USD 200.000⁹⁹⁸.

⁹⁹³ JSC BTA Bank c. Abyazov & Ors [2013] EWHC 510 (Comm) 19 de marzo de 2013.

⁹⁹⁴ Íd., párr. 83.

⁹⁹⁵ Notificación de Arbitraje de los Demandantes, párr. 31.

⁹⁹⁶ Memorial de las Demandantes, párr. 166.

⁹⁹⁷ Íd., párrs. 385-392.

⁹⁹⁸ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 125.

El Sr. Aven no explica cuál era el propósito de este presunto soborno. Sólo afirma que el Sr. Ovideo le dijo que "*la manera en que funcionaba era que 'cuando llovía todos se mojaban'*".⁹⁹⁹. Por lo tanto, las Demandantes no especifican cómo la presunta solicitud de soborno del Sr. Ovideo y la presunta negativa del Sr. Aven a pagar dicho soborno afectaron, contribuyeron o causaron las medidas objeto de controversia en este arbitraje.

983. En relación con la supuesta petición de soborno del Sr. Bogantes, se supone que se produjo un primer soborno en el mes de julio de 2010, cuando el Sr. Damjanac y el Sr. Bogantes caminaban por el Sitio del Proyecto y el Sr. Bogantes le dijo al Sr. Damjanac que los desarrolladores tendrían que darle mucho dinero para mantener el proyecto en marcha¹⁰⁰⁰. Una segunda solicitud de soborno supuestamente ocurrió en la oficina de Las Olas a finales del mes de agosto de 2010. El Sr. Bogantes supuestamente afirmó que había un humedal y un bosque e insistió en que los desarrolladores debían contribuir a su plan de jubilación para solucionar los problemas y asegurar que el proyecto avanzara sin complicaciones¹⁰⁰¹.
984. Las Demandantes sostienen que la Demandada tiene poco que decir al respecto y que sólo se basa en el argumento del alto estándar de prueba que deben cumplir las Demandantes¹⁰⁰². Aunque las Demandantes no cumplen con dicho estándar, la postura de la Demandada es que los hechos del caso demuestran que ningún soborno podría haber tenido lugar.
985. En primer lugar, las Demandantes sí obtuvieron informes de la SETENA y del SINAC que eran favorables a su desarrollo durante el período de las supuestas solicitudes de soborno del Sr. Bogantes:
- Justo después de la supuesta primera solicitud de soborno de Bogantes, el Informe SINAC del mes de julio de 2010 mencionó que el sitio no estaba ubicado en un área de humedales, un [hallazgo] que era temporalmente favorable a las Demandantes¹⁰⁰³;
 - El día 16 de julio de 2010, la Municipalidad emitió los permisos de construcción para las servidumbres del Proyecto Las Olas¹⁰⁰⁴; y
 - El día 7 de septiembre de 2010, las Demandantes obtuvieron los permisos de construcción para el Sitio del Condominio¹⁰⁰⁵.

⁹⁹⁹ Primera Declaración Testimonial de David Aven, párr. 134.

¹⁰⁰⁰ Segunda Declaración Testimonial de David Aven, párr. 96.

¹⁰⁰¹ Íd., párr. 97.

¹⁰⁰² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 367.

¹⁰⁰³ C-72.

¹⁰⁰⁴ C-71.

986. Si el señor Bogantes hubiese tenido alguna influencia sobre el poder de decisión del SINAC o de la Municipalidad, esos organismos no habrían llevado a cabo dichos actos ni emitido tales informes. En pocas palabras, si el Sr. Bogantes había solicitado un soborno, realmente no entiende cómo funciona efectivamente un soborno, de un modo tal que deja en ridículo la propia alegación.
987. En segundo lugar, las Demandantes no han demostrado que el Sr. Bogantes tuviera un rol en la emisión de los informes que consideran adversos para su desarrollo. Las opiniones personales del Sr. Aven sobre la "influencia" del Sr. Bogantes en el proceso de toma de decisiones de las agencias independientes del SINAC no pueden ser aceptadas como "prueba concluyente" de los vínculos de esas decisiones con el supuesto prejuicio del Sr. Bogantes contra las Demandantes.
988. En tercer lugar, las Demandantes no han demostrado la manera en la que el Sr. Bogantes desempeñó un papel en la emisión de las medidas cautelares que suspendieron las obras del Proyecto:
- El día 4 de febrero de 2011, el SINAC dictó una medida cautelar que ordenaba a las Demandantes a abstenerse de llevar a cabo la construcción y otras tareas en el Sitio del Proyecto¹⁰⁰⁶;
 - El día 13 de abril de 2011, la SETENA dictó una medida cautelar ordenando la suspensión de cualquier obra en el sitio y que la Municipalidad se abstuviera de conceder cualquier permiso de construcción al Proyecto Las Olas¹⁰⁰⁷;
 - El día 13 de abril de 2011, el TAA dictó una medida cautelar estableciendo la interrupción de cualquier obra o actividad que pudiera causar un daño ambiental en relación con la afectación de un humedal por la tala de árboles y la instalación de conductos de drenaje¹⁰⁰⁸; y
 - El día 30 de noviembre de 2011, el Tribunal Penal de Quepos dictó una medida cautelar judicial contra el Proyecto Las Olas, que se prorrogó durante el transcurso del proceso¹⁰⁰⁹.
989. Las alegaciones de las Demandantes de que el Sr. Bogantes influenció a las agencias costarricenses para cancelar el Proyecto son completamente absurdas. ¿Cómo podría el

¹⁰⁰⁵ C-85.
¹⁰⁰⁶ C-112.
¹⁰⁰⁷ C-122.
¹⁰⁰⁸ C-121.
¹⁰⁰⁹ C-146.

Sr. Bogantes orquestar la emisión de medidas cautelares por parte del SINAC, la SETENA, el TAA y de un tribunal penal?

990. Por último, las agencias que las Demandantes señalan como principales responsables de presuntas violaciones de los derechos de las Demandantes en virtud del DR-CAFTA, la Defensoría, la Municipalidad y la Fiscalía representada por el Sr. Martínez, no tienen relación alguna con el Sr. Ovideo o el Sr. Bogantes. Asimismo, la afirmación de las Demandantes de que la Demandada ha cometido un abuso de derechos y manifestado una conducta arbitraria a través del uso indebido de las notificaciones de la INTERPOL, y la realización de las investigaciones y los procedimientos penales por parte del Sr. Martínez no están relacionados con ninguna de las alegadas solicitudes de soborno.
991. A modo de epílogo de este intento de racionalizar los incumplimientos de las Demandantes, las Demandantes omiten un hecho fundamental. Hay humedales en el sitio de Las Olas. Por lo tanto, si se hubiera buscado un soborno, habría sido pretendido en una situación en la que en realidad no existían humedales, y la amenaza habría sido que cualquier persona que solicitara el soborno podría determinar de alguna manera que existía un humedal (cuando no era así). Sin embargo, la declaración testimonial de los expertos de ambas partes en este arbitraje coinciden en que existen (y existían) humedales. Por lo tanto, no se entiende cómo culpables de solicitar sobornos podrían haber tratado de obtenerlos - no lograrlo -, y como se mencionara anteriormente, emitir informes con posiciones preliminares que beneficiaban a las Demandantes.

3. La Demandada dio cumplimiento de forma debida a la obligación de investigar las supuestas solicitudes de soborno

992. Las Demandantes indican, asimismo, que la Demandada no consideró materia de controversia su alegación en virtud de la abstención de Costa Rica de investigar o iniciar una acción penal respecto de las solicitudes de soborno conforme al Artículo 18.8 del DR-CAFTA¹⁰¹⁰. El Artículo 18.8 del DR-CAFTA dispone medidas tendientes a evitar la corrupción que las Partes Contratantes deben adoptar conforme al Tratado.
993. La Demandada cumplió plenamente dicha disposición. En primer lugar, en virtud de la supuesta solicitud de soborno del Sr. Ovideo, el presente proceso arbitral constituye la primera vez en la cual la cuestión es puesta a consideración de la Demandada. De hecho, las Demandantes no incluyeron ninguna referencia a dicho supuesto soborno en la denuncia penal por ellas presentada en el mes de septiembre de 2011¹⁰¹¹. Así, sin ninguna argumentación previa al respecto, la Demandada no podía haber adoptado

¹⁰¹⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 370.

¹⁰¹¹ C-139.

ninguna acción tendiente a investigar la alegación de soborno dada la conducta del Sr. Ovideo de conformidad con el Artículo 18.8 del DR-CAFTA.

994. En segundo lugar, la Demandada efectivamente actuó conforme al Artículo 18.8 del DR-CAFTA respecto de la alegación de soborno del Sr. Bogantes. En virtud de la primera vez en la cual se llevó a cabo la supuesta solicitud de soborno, las Demandantes no presentaron ninguna denuncia penal. Tal como ocurre en el caso del Sr. Ovideo, la Demandada no adoptó acción alguna ya que las Demandantes no habían planteado la cuestión previamente.
995. Respecto de la segunda vez en la cual se llevó a cabo la supuesta solicitud de soborno, el Sr. Aven presentó una denuncia penal en contra del Sr. Bogantes. La Demandada procedió de forma inmediata con posterioridad a la presentación de la denuncia penal el día 16 de septiembre de 2011. Sin embargo, la investigación del supuesto intento de soborno llevada a cabo por la Procuraduría de la Ética debió ser sobreseída a causa de la falta de interés del Sr. Aven en colaborar con la continuidad del proceso de investigación¹⁰¹².
996. Asimismo, la Jueza Chinchilla revisó dicho procedimiento y señaló que no había irregularidad alguna en la conducta del Procurador de la Ética:
- “He revisado la solicitud de sobreseimiento que se hiciera ante la denuncia penal seguida en contra de Christian Bogantes y no observo irregularidad alguna en lo allí actuado. Afirmando esto por lo siguiente: hay cierto tipo de delitos en donde se requiere la colaboración del sujeto pasivo o víctima del hecho para poder acopiar prueba de cargo contra el acusado. Aunque la víctima no está obligada a ello, su cooperación sí permite tener un caso sólido que no se base solo en su dicho, máxime cuando este puede ser vulnerable o no digno de mucha credibilidad por emanar, como sucediera en este asunto, de un proceso penal seguido contra el propio denunciante. [...] En el caso referido el presunto afectado, denunciante, no pudo ser llevado para colaborar en tales diligencias según se consignó oportunamente en la causa. Si a ello se le agrega que su dicho del soborno surgió en el marco de acusaciones que ya estaba enfrentando, su credibilidad se debilita aún más y no era posible acopiar más prueba. Ergo, había que cerrar el proceso y ese fue un mecanismo adecuado”¹⁰¹³.
997. En tercer lugar, respecto de las alegaciones de las Demandantes de que el Sr. Martínez debería haber investigado las argumentaciones de soborno del Sr. Aven, la Demandada señala que dicha persona carecía de todo deber u obligación legal de llevar a cabo la investigación del soborno alegado. El Sr. Martínez es un fiscal especializado en delitos ambientales y no tiene competencia para investigar delitos en materia de corrupción. Pareciera que el Sr. Aven reconoció esta situación ya que presentó la denuncia penal ante

¹⁰¹² Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 597-610.

¹⁰¹³ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 59.

la autoridad correspondiente meses después de haber mencionado la cuestión al Sr. Martínez.

998. No sólo el Sr. Martínez explicó esta situación en su primera declaración testimonial¹⁰¹⁴, sino que la Jueza Chinchilla también confirmó que el Sr. Martínez procedió conforme a derecho:

"En la segunda declaración testimonial del señor David Aven indica que le contó a un fiscal ambiental respecto a un presunto soborno y el fiscal no investigó. Sin embargo, es necesario distinguir entre una simple narración (que no está sujeta a responsabilidades) y una denuncia (en que media un juramento y la advertencia del delito en que se puede incurrir si lo denunciado es falso), por un lado y, por el otro, se debe contextualizar el momento en que se da ese relato, ya que si surge en el marco de una investigación ya abierta contra el supuesto "denunciante", suele ocurrir que esto sea más una estrategia para el ejercicio de su defensa que un hecho real, por lo que, en tales supuestos, se requiere algún elemento adicional a la simple mención para darle verosimilitud. Valga adelantar desde ya que esa narración la efectuó, el señor Aven, justo en el momento en que se le estaba haciendo un formal traslado de cargos y asumía la condición de acusado y estaba desprovista de detalles o elementos que le dieran verosimilitud, pues fue una simple frase, en la que no hubo mayor profundización.

En principio, cualquier persona puede denunciar ante la policía o ante el Ministerio Público y estas autoridades no le pueden negar ese derecho. No obstante, de lo manifestado y analizado del caso no observo que haya habido una denuncia formal del señor Aven. Es decir, él no solo eligió a una autoridad incompetente para narrar un supuesto delito ajeno a su ámbito de acción, sino que no usó, tampoco, el mecanismo formal de la denuncia, pues hizo una simple narración, sin posteriores elementos que le dieran solidez, lo que explicaría, razonablemente, el proceder del señor Martínez de no precipitarse y no ahondar en un tema que no era de su competencia y que no tenía ulterior apoyo indiciario"¹⁰¹⁵.

"[...] [E]l señor Aven podía interponer una denuncia formal para iniciar la investigación, es decir, tenía otras vías y mecanismos a su alcance para proceder, si discrepaba de la conclusión preliminar del fiscal de no investigar, sin que en ese momento lo hiciera y cuando, mucho tiempo después, lo hizo, no colaboró para averiguar la verdad real de lo sucedido y mostró inercia en el curso del proceso"¹⁰¹⁶.

999. Por ende, Costa Rica dio cumplimiento a la disposición del Artículo 18.8 del DR-CAFTA. La Demandada investigó los casos puestos a su consideración, hecho que tuvo lugar en una única oportunidad por parte de las Demandantes, en la medida en que la colaboración del Sr. Aven permitió continuar con la investigación.

¹⁰¹⁴ Primera Declaración Testimonial de Luis Martínez, párrs. 41-45.

¹⁰¹⁵ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párrs. 30-31.

¹⁰¹⁶ Íd., para. 64.

1000. En definitiva, el supuesto abuso de derechos por parte de los funcionarios de Costa Rica en virtud de las solicitudes de soborno no sólo carecen de toda relevancia respecto del desarrollo y el posterior cese del Proyecto Las Olas, sino que tampoco queda confirmado por las circunstancias del caso. Es probable que sea por esta razón que las Demandantes no presentaron **pruebas claras y convincentes** al respecto.

4. La inclusión del Sr. Aven en la Notificación Roja de INTERPOL fue apropiada

1001. Por último, las Demandantes argumentan que la Demandada no proporcionó prueba alguna relativa a la pertinencia de la emisión de la Notificación Roja por parte de INTERPOL respecto del Sr. Aven. Conforme a la legislación de Costa Rica, la Notificación Roja de INTERPOL es justamente la consecuencia jurídica de la emisión de la orden de captura internacional, y no hay elemento alguno que sea "escandaloso" al respecto¹⁰¹⁷.

1002. El Sr. Martínez explica que esa es la esencia de los procedimientos penales toda vez que un individuo acusado de algún cargo en Costa Rica decide huir del país:

"Lo que sí me consta es que la orden de captura internacional dictada por la jueza penal obedece a que el señor Aven no se presentó al juicio al cual fue convocado y, aún hoy, se niega a venir. El propósito de la orden de captura es que el señor Aven le haga frente a la justicia y ello no depende de su supuesta inocencia o no"¹⁰¹⁸.

1003. La Jueza Chinchilla concuerda con el Sr. Martínez respecto de que la solicitud de la orden de captura internacional resultó más que apropiada:

"[...] [S]i a una persona se le sigue una causa penal en Costa Rica y se ausenta del proceso, se aleja del domicilio que señaló para atender llamados judiciales o se niega a asistir a los diversos actos judiciales que requieran su presencia, se considera que incurre en rebeldía (artículo 89 del Código Procesal Penal) y eso genera un peligro de fuga. Este, a la vez, faculta a que se dicte en su contra la prisión preventiva, que tiene como fin concluir el proceso. Si la persona se ausenta del país, esa orden de prisión preventiva genera en una orden de captura de captura internacional, con alerta a los organismos competentes para la ubicación y detención, en cualquier parte del mundo en que se encuentre. Cabe indicar que, en este caso, no era necesario, como lo sugiere el señor Aven, que se le notificara personalmente a él el segundo juicio pues bastaba que se hiciera en el sitio en que él había señalado, voluntariamente, para esos efectos. Por otro lado, es obligación del acusado mantener su domicilio y no cambiarlo sin previa autorización por lo que, ante la noticia dada por el propio defensor del acusado, de que este se había ausentado del país, es claro que varió su domicilio sin autorización y eso facultaba para decretar la rebeldía, lo que no es un pronunciamiento del fiscal sino de un órgano jurisdiccional.

[...]

¹⁰¹⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 14.

¹⁰¹⁸ Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, párr. 74.

He procedido a analizar el expediente del proceso penal seguido contra el señor Aven. De lo actuado puedo concluir que el procedimiento allí consignado es el que se usaría contra cualquier persona, nacional o extranjera, que se hubiera ausentado del proceso y alejado del país teniendo pendiente un juicio penal en su contra. Es el mismo que yo habría autorizado aplicar en cualquier causa, si de mí dependiera la decisión"¹⁰¹⁹.

1004. Con posterioridad a haber indicado que los procedimientos llevados a cabo por el tribunal penal son los mismos que ella habría empleado si la decisión hubiera dependido de ella misma, la Jueza Chinchilla explica que tanto (i) los años de prisión correspondientes a este tipo de delito como (ii) la decisión del Sr. Aven de huir del país justifican su inclusión en la lista de la Notificación Roja de INTERPOL:

"El señor Aven fue acusado en Costa Rica por drenaje de humedales (1-3 años de prisión). Este delito tiene un extremo superior de la pena que es mayor a un año de prisión. Es decir, conforme a la Ley de Extradición de Costa Rica, era posible solicitar su extradición, sin que sea aceptable el dicho de los demandantes, en el Memorial de Réplica,³⁷ que sea necesario para ello que los delitos sean graves. Es cierto que en Costa Rica los delitos graves tienen pena superior a 4 años de prisión, pero no es requisito para la extradición que los delitos sean graves sino que el requisito legal es que la pena sea superior a un año de prisión, lo que se cumple en este caso.

El señor Aven estaba en etapa de juicio y no solo no compareció al debate (que tuvo que señalarse luego de que se anulara uno previo) sino que refirió estar fuera del país, sin comunicar previamente al Tribunal tan circunstancia, como estaba obligado a hacerlo. Aunque, por medio de su defensor, pidió atender el juicio por videoconferencia, tal cosa no era posible porque, conforme a las leyes nacionales, emitiría una declaración desde otro territorio en que Costa Rica no tiene jurisdicción ni competencia. [...] Para efectos de la ley costarricense, el señor Aven estaba ausente, sin permiso del Tribunal y, por ende, procedía que se decretara su rebeldía y la prisión preventiva por peligro de fuga"¹⁰²⁰.

Conforme al Reglamento de Interpol de Tratamiento de Datos, la notificación de alerta roja procede [...] habían suficientes elementos para solicitar la extradición para un enjuiciamiento penal, [y] hay congruencia entre el caso y el supuesto de la norma. Los siguientes numerales de esa reglamentación señalan otros criterios mínimos acumulativos para la emisión alerta roja, entre los que se encuentran que se trate de un delito grave de derecho común, excluyéndose, expresamente, delitos privados, cuestiones administrativas o litigios privados. [N]inguna de cuyas excepciones encuadra en el proceso penal seguido contra el señor Aven, que era un proceso penal por delito común. [...]"¹⁰²¹.

1005. En conclusión, la prueba presentada por la Demandada en el presente proceso es abrumadora en el sentido de que la inclusión del Sr. Aven en la Notificación Roja de

¹⁰¹⁹ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párrs. 79,81.

¹⁰²⁰ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párrs. 82-83.

¹⁰²¹ Íd., para. 86.

INTERPOL resultó apropiada en virtud de las circunstancias del caso que nos ocupa, y, en consecuencia, no ha existido un uso indebido de derechos al respecto. Así, no hay fundamento alguno para las alegaciones en materia de abuso de derechos por parte de los funcionarios de Costa Rica.

IX. LAS DEMANDANTES NO FUERON EXPROPIADAS

1007. Las Demandantes argumentan que Costa Rica incumplió el Artículo 10.7(1) del Tratado al adoptar acciones que, según su parecer, constituyen expropiación indirecta conforme al Anexo 10-C párrafo 4 del Tratado¹⁰²². En su Memorial de Contestación, la Demandada proporcionó un criterio conforme al DR-CAFTA con el propósito de que el Tribunal analizara si prosperaría un reclamo en materia de expropiación. En este sentido, la Demandada sostuvo que (i) la inversión que supuestamente fuera expropiada debía estar contemplada en el Tratado, y (ii) las medidas alegadas por el Estado¹⁰²³:

- no deben ser consideradas como una acción regulatoria de carácter no discriminatorio;
- deben tener un efecto económico;
- deben haber interferido con las expectativas legítimas de los inversionistas; y
- no deben comprender un ejercicio de buena fe de los poderes de policía por parte del Estado receptor.

1008. Si los actos alegados se encuentran dentro de todas las categorías *supra*, entonces es necesario considerar si la expropiación es legal o ilegal a los fines de la indemnización¹⁰²⁴.

1009. Tal como quedara demostrado en el Memorial de Contestación de la Demandada, las alegaciones de las Demandantes en materia de expropiación no resisten dicho análisis. Si bien ahora en su Escrito de Respuesta intentan esgrimir defensas a fin de demostrar su cumplimiento con el criterio, ellas han fracasado en cada uno de sus intentos de evidenciar que la expropiación tuvo lugar, tal como será demostrado *infra*.

A. Costa Rica no ha privado a las Demandantes del valor o control de su inversión

1010. Las Demandantes sugieren que el nivel de impedimento para establecer que una expropiación se ha llevado a cabo tiene lugar cuando *"la conducta del Demandado neutralizó de hecho la posibilidad de los Demandantes de disfrutar (es decir, materializar el valor inherente) de sus inversiones compartidas, [...] como parte de un proyecto de promoción inmobiliaria comercial autorizado"*¹⁰²⁵.

1011. Las Demandantes alegan luego que tuvo lugar *"una privación significativa de la inversión"*¹⁰²⁶ o la *"neutralización efectiva"*¹⁰²⁷. Sin embargo, las Demandantes omiten

¹⁰²² Memorial de las Demandantes, párr. 399.

¹⁰²³ Memorial de Contestación, párrs. 612-614.

¹⁰²⁴ Memorial de Contestación, párr. 612.

¹⁰²⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 87.

¹⁰²⁶ Memorial de las Demandantes, párr. 394.

mencionar que cuando los tribunales han aplicado dicho criterio ellos consideran una diversidad de circunstancias para determinar si se dio cumplimiento al umbral, a saber: (i) si el inversionista ejerce el control y goza de la plena titularidad de la inversión; y (ii) si el gobierno gestiona las operaciones diarias de la compañía¹⁰²⁸.

1012. A modo de ejemplo, en *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. Letonia*, el tribunal consideró que no hubo expropiación ya que el estado Demandado no tomó posesión del inversionista o sus activos, y no interfirió en los derechos de los accionistas ni en el control de la dirección de la empresa¹⁰²⁹. En *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, donde la Demandada no proporcionó contratos de locación para un proyecto de construcción - a pesar de que el inversionista retenía la posesión del inmueble - el tribunal resolvió que la expropiación no había tenido lugar¹⁰³⁰.
1013. Tal como puede inferirse de dichos casos, la determinación de si el inversionista ejerce el control de la inversión constituye una consideración esencial. En el caso que nos ocupa, las Demandantes ejercen el control de la inversión y tienen plena titularidad de ella. Esto nunca ha cambiado y en ninguna circunstancia las entidades de Costa Rica han ejercido el control de la titularidad de la tierra. Costa Rica no gestiona las operaciones diarias y no ha interferido en el control *de facto* de la tierra. Esto es cierto dado que las Demandantes reconocen que el Sitio de Proyecto tiene el potencial de proporcionar retornos sustanciales en virtud de la reventa incluso si el Proyecto no fuera desarrollado¹⁰³¹. Por lo tanto, simplemente no hay fundamento alguno para cualquier acusación relativa a la existencia de una privación o "neutralización" sustancial de la propiedad (independientemente de los medios involucrados).
1014. Asimismo, las Demandantes omiten mencionar que el nivel de disminución necesario para establecer que la expropiación indirecta tuvo lugar requiere que las medidas alegadas sean permanentes. Esto fue enfatizado por el tribunal en *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, donde afirmó que la medida objetada "[...] ni siquiera estuvo cerca de crear un **obstáculo persistente o irreparable** respecto del uso, goce o disposición de la inversión por parte de la Demandante" (énfasis agregado) [Traducción libre] y decidió la desestimación del reclamo en materia de expropiación¹⁰³². Tal como se señalara en el

¹⁰²⁷ *Ibíd.*

¹⁰²⁸ **RLA-67**, *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, párr. 263; CLA-81, *Sempra Energy International c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007, 284.

¹⁰²⁹ **RLA-66**, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Stockholm c. La República de Letonia, Riga*, SCC 118/2001, Laudo, 16 de diciembre de 2003, párr. 4.31.

¹⁰³⁰ **RLA-65**, *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003, párr. 20.32.

¹⁰³¹ Memorial de las Demandantes, párr. 41

¹⁰³² **RLA-65**, *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003, párr. 20.32.

Memorial de Contestación, las medidas adoptadas por Costa Rica consisten en una serie de medidas cautelares que ordenaban el cese de los trabajos hasta que se resolvieran los reclamos en materia de daño ambiental.

1015. El motivo por el cual dichas medidas fueron prorrogadas radica en que las Demandantes decidieron huir en aras de evitar hacer frente a sus responsabilidades. Si las Demandantes se involucraran en los procedimientos cautelares, se podría progresar en el avance del *statu quo* de la propiedad hacia una situación distinta de aquella en la que está inmersa en la actualidad.
1016. Las Demandantes alegan, asimismo, que su inversión se torna en "*antiguas tierras de pastoreo ahora afectadas por ocupantes ilegales*"¹⁰³³. Las Demandantes *per se* son la única parte responsable de dicho resultado dados los motivos explicados *supra*.
1017. En conclusión, el nivel de disminución necesario para establecer que la expropiación ha tenido lugar radica en que la medida objetada debe interferir con la inversión hasta que ella prive al inversionista de sus derechos fundamentales de titularidad, uso, goce o gestión de forma sustancial y permanente o persistente. Objetivamente, dicho criterio no ha sido satisfecho, y simplemente no hay prueba alguna que confirme dicha conclusión.

B. Las expropiaciones indirectas no son imperativamente ilícitas

1018. Las Demandantes afirman en primer lugar que la Demandada se basa "*implícitamente en la falsa hipótesis de que existe una especie de stare decisis en el derecho de inversiones internacional, en virtud del cual toda conclusión legal contenida en un laudo arbitral se transforma en fuente autorizada de derecho internacional*"¹⁰³⁴. En tal contexto, las Demandantes plantearon el argumento de que, debido a que la Demandada no acompañó las presuntas medidas expropiatorias indirectas con una indemnización, dichas medidas son ilícitas.
1019. Contrariamente a las alegaciones de las Demandantes, el mero hecho de no pagar una indemnización no torna una expropiación indirecta en ilícita. No hay razón para considerar que, debido a que una expropiación ha ocurrido de manera "indirecta", es *per se* ilícita por falta de pago de indemnización.
1020. De hecho, la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chorzów Factory* estableció dicha distinción al considerar que una expropiación seguiría siendo lícita

¹⁰³³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 87.

¹⁰³⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 84.

aunque no se abonara ninguna indemnización"¹⁰³⁵. En el caso *Tidewater c. Venezuela*, el Tribunal también siguió el mismo razonamiento en relación con la expropiación indirecta:

"[...] una expropiación que sólo requiere la determinación de una indemnización por parte de un tribunal internacional no debe tratarse como una expropiación ilegal [...].El Tribunal concluye que debe hacerse una distinción entre una expropiación lícita y una expropiación ilícita. Una expropiación que sólo requiere una indemnización justa debe ser considerada como una expropiación provisionalmente lícita, precisamente porque el tribunal que analiza el caso determinará y otorgará esta indemnización"¹⁰³⁶.

1021. Por lo tanto, una expropiación no puede considerarse ilícita únicamente en base a la falta de pago de la indemnización, porque la legalidad se refiere a si el Estado está autorizado a expropiar o no. La indemnización es una obligación independiente que se refiere a la consecuencia de la expropiación¹⁰³⁷.
1022. En el presente caso, en el supuesto de que se determinara que se realizó una expropiación, la falta de pago indemnizatorio por parte de la Demandada no tornará ilícita una expropiación que cumple con todos los demás requisitos para ser una expropiación lícita.

C. La supuesta inversión de las Demandantes no está protegida en virtud del DR-CAFTA

1023. En el Memorial de Contestación, la Demandada alegó que los permisos de construcción no otorgaban a las Demandantes un derecho a ser inmunes de la aplicación de legislación ambiental obligatoria; en consecuencia, no pueden afirmar que por aplicar la ley Costa Rica expropió derechos adquiridos¹⁰³⁸.
1024. Las Demandantes afirman que "*[e]l argumento del Demandado se basa en su segundo error grave de caracterización de los argumentos del Demandante*", debido "*[e]l Demandado funda su estratagema en lo que según él son las palabras propias de los Demandantes*"¹⁰³⁹. Las Demandantes recurren nuevamente a la alegada caracterización errónea del caso por la Demandada al realizar un juego de palabras.

¹⁰³⁵ CLA-12 / RLA-53, Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia) (**Fondo**) PCIJ Rep Series A No 17.

¹⁰³⁶ **RLA-87**, *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. c. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB /10/5, Laudo, 13 de marzo de 2015, párrs. 140-1.

¹⁰³⁷ **RLA-98**, Mohsen Mohebi, *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal* (Kluwer Law International 1999).

¹⁰³⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 620.

¹⁰³⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 381.

1. **La supuesta inversión de las Demandantes está representada por los permisos de construcción, según las Demandantes**

1025. Las Demandantes alegan que "[e]l Demandado funda su estratagema en lo que según él son las palabras propias de los Demandantes"¹⁰⁴⁰ en aras de culpar a la Demandada de haber falseado sus argumentos. Por el contrario, la Demandada construye su argumento basándose en las afirmaciones de las Demandantes y en el texto del Tratado, como razonablemente tiene el derecho de hacerlo.

1026. De hecho, las Demandantes establecieron en su Memorial con total claridad que:

"las inversiones que han sido objeto de medidas equivalentes a una expropiación fueron: una serie de **"derechos de propiedad" sobre un terreno** y **"licencias, autorizaciones, permisos** y derechos similares" que la Demandada les había otorgado respecto de cómo podrían ejercerse tales derechos de propiedad"¹⁰⁴¹. (énfasis agregado)

1027. Inmediatamente después, las Demandantes indicaron que la cuestión consistía en determinar si la conducta de la Demandada les había impedido utilizar los permisos de construcción otorgados para desarrollar su proyecto¹⁰⁴².

1028. A partir de estas citas de su reclamación se puede concluir que las alegaciones de las Demandantes sobre la expropiación se centran en los permisos de construcción. Ahora las Demandantes repentinamente cambian de opinión al afirmar que su alegación abarca los derechos de propiedad respecto de la tierra:

"Resulta obvio que la postura de los Demandantes no es que su 'inversión' consistía únicamente en los 'permisos de construcción'. En lugar de ello, poseían derechos de propiedad sobre un terreno, cuyo uso se amplió con el otorgamiento de varios certificados y permisos".

1029. Además, cabe destacar que en esta etapa avanzada de los propios procedimientos de las Demandantes sigue habiendo una articulación poco clara de lo que la inversión supuestamente comprende. Las Demandantes no se explayaron en ningún argumento en relación con una supuesta expropiación de derechos respecto del terreno. De hecho, cuando aplicaron la ley al caso en cuestión para dar contenido a la reclamación de expropiación, se refirieron en particular a la conducta de la Sra. Vargas, de la Sra. Díaz, del Sr. Martínez y del Sr. Bogantes en relación con los procedimientos iniciados como consecuencia de los permisos necesarios para desarrollar su proyecto, los cuales fueron suspendidos¹⁰⁴³. No se presentaron argumentos en relación con la *posesión* de la tierra. Esto podría deberse a los abismos presentes en la cadena titulativa planteados por la

¹⁰⁴⁰ *Ibíd.*,

¹⁰⁴¹ Memorial de las Demandantes, párr. 409.

¹⁰⁴² Memorial de las Demandantes, párr. 409.

¹⁰⁴³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 389-390.

Demandada en este caso. La única alegación a este respecto es que, aunque conservan el título, los ocupantes ilegales lo convierten en algo más que una simple realidad.* No obstante, como se indicara *supra*, las Demandantes son exclusivamente responsables por tales circunstancias.

1030. Debido a que las supuestas medidas expropiatorias adoptadas por Costa Rica se referían a la autorización necesaria para desarrollar su Proyecto, el argumento de expropiación planteado por las Demandantes no se refiere a la tierra, sino a los permisos de construcción que fueron suspendidos.

2. **Los permisos de construcción no pueden considerarse una inversión**

1031. Según la nota al pie N.º 10 del Artículo 10.28 del Tratado, el hecho de que un tipo particular de permiso tenga las características de una inversión *depende* de la extensión de los derechos de los cuales goza el titular en virtud del derecho de tal Parte. En particular, el artículo subraya que si el permiso no crea ningún derecho protegido en virtud del derecho nacional, entonces no constituirá una inversión.

1032. Esta disposición ordena entonces la aplicación de la ley de Costa Rica. En virtud del derecho costarricense, tales permisos están sujetos al escrutinio riguroso de que la actividad que permitirían no afecta al medio ambiente.

1033. En el presente caso, dichos permisos infringirían las leyes ambientales. Los permisos de construcción no otorgan a las Demandantes un derecho a violar la ley ambiental de Costa Rica, y si lo hicieran, deben ser suspendidos inmediatamente debido al principio precautorio. Por lo tanto, ¿qué acto de expropiación indirecta puede tener lugar si lo único que hizo la Demandada fue suspender las actividades de construcción violatorias de las leyes ambientales?

1034. En tal sentido, se puede concluir lógicamente que no puede haber tenido lugar una expropiación donde un derecho no existe en virtud del derecho interno. Los permisos de construcción de las Demandantes están sujetos al estricto cumplimiento de la ley ambiental obligatoria; y cuando el cumplimiento con dicha ley no resulta posible, dichos permisos no pueden mantenerse y no existirá ningún derecho al desarrollo. Consecuentemente, los permisos de construcción no pueden ser considerados una inversión en los términos de la nota al pie N.º 10 del Artículo 10.28.

1035. Asimismo, las Demandantes alegan que la Demandada omitió intencionalmente mencionar la VA, cuando tal permiso constituye una condición "...*sine qua non de embarque de su proceso de concesión inmobiliaria*"¹⁰⁴⁴ ...

1036. Por el contrario, la VA es irrelevante para tal argumento. Tal como señalara el Dr. Jurado, en virtud del derecho costarricense, una VA es un acto administrativo preliminar que no otorga derechos subjetivos a los titulares y, por lo tanto, no puede considerarse una inversión protegida por el DR-CAFTA:

"La viabilidad ambiental que emite SETENA se enmarca dentro de las características que describen al acto preparatorio, en el contexto de las autorizaciones que debe obtener el desarrollador para iniciar un proyecto. Éste se encuentra subordinado a la emisión de un acto final, que se materializa con el permiso de construcción por parte de la Municipalidad que corresponda.

Esta subordinación ante el permiso municipal que se otorgue es precisamente lo que caracteriza a la viabilidad ambiental como un acto preparatorio, ya que su sola emisión no le permite al administrado iniciar la actividad, obra o proyecto para la que presentó el estudio de impacto ambiental.

Es decir, el obtener la viabilidad ambiental por sí misma, no genera ningún efecto jurídico, ya que no crea derechos a favor del administrado sino que forma parte del proceso autorizador, y por lo tanto puede ser catalogada como un acto preparatorio sin efectos propios"¹⁰⁴⁵.

1037. En definitiva, debido a que la inversión de la que las Demandantes supuestamente fueron expropiadas son los permisos de construcción que, cuando resultan violatorios de la legislación ambiental, no conceden ningún derecho en virtud al derecho interno, ninguna inversión está cubierta por el DR-CAFTA. Incluso si la VA se considerara como una inversión, tal como se indica, no concederá ningún derecho en virtud de la legislación de Costa Rica.

D. Las acciones de Costa Rica están cubiertas por la excepción establecida en el Inciso 4(b) del Anexo 10-C del DR-CAFTA

1. El carácter precedente de la excepción

1038. Las Demandantes consideran que la Demandada "...*intenta reinventar la metodología estándar para determinar si se ha producido o no una expropiación indirecta*"¹⁰⁴⁶ ... y que la disposición establecida en el Anexo 10-C(4)(b) del Tratado no podría aplicarse antes de que el Tribunal determine si se ha producido una expropiación. En tal sentido, alegan que

¹⁰⁴⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 383.

¹⁰⁴⁵ Segunda Declaración Testimonial del Dr. Julio Jurado, párrs. 9, 12, 13.

¹⁰⁴⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 88.

la postura de la Demandada es "...incompatible con las prácticas estadounidenses en materia de tratados, que conforman el modelo de tratado sobre el cual se basa el DR-CAFTA"¹⁰⁴⁷.

1039. Las Demandantes insisten en la lectura del DR-CAFTA basada en doctrinarios que se refieren a "prácticas estadounidenses en materia de tratados de protección de inversiones"¹⁰⁴⁸ (Modelo TBI-EE.UU.) en lugar de concentrarse en el Tratado aplicable al caso en cuestión, el cual incluye un capítulo completo sobre cuestiones ambientales. Es a la luz de tal circunstancia que el Anexo 10-C(4)(b) debe interpretarse como una excepción a las medidas de expropiación.

1040. Al respecto, debido a su carácter de excepción, el Anexo 10-C (4)(b) debe ser aplicado con anticipación a cualquier determinación de expropiación:

"[...] su efecto no es excluir la indemnización sino, más sencillamente, excluir una calificación de expropiación. Además, esta doctrina ha progresivamente permeado la redacción de los tratados modelo de inversión en los últimos años y, como se observará a continuación, también ha sido analizada y aplicada en el contexto específico de las regulaciones ambientales adversas a los intereses de los inversionistas extranjeros"¹⁰⁴⁹. (énfasis agregado) [Traducción libre]

1041. En la misma línea de razonamiento, se ha considerado que:

"[...] el inciso 4 (b) del Anexo 10-C del DR-CAFTA también emplea un lenguaje diferente al del TLCAN respecto de los actos regulatorios no discriminatorios de un gobierno. El tribunal del caso *Methanex* adoptó una fuerte presunción a favor del gobierno regulador al limitar la excepción a los casos en que existían 'compromisos específicos' asumidos por el Estado en relación con el inversionista privado en contra de las normas impuestas. Por el contrario, el DR-CAFTA emplea un término más general, 'circunstancias excepcionales', para crear una excepción a la misma presunción. Dada la naturaleza laxa del término 'circunstancias excepcionales', podría constituir una excepción comparativamente amplia a la presunción a favor de 'los actos regulatorios no discriminatorios'"¹⁰⁵⁰. (énfasis agregado) [Traducción libre]

1042. Por ende, el análisis de si una conducta está comprendida en la excepción debe realizarse con anticipación a cualquier categorización de la expropiación. Si la respuesta es "no", serán aplicables las reglas para determinar si ha ocurrido una expropiación.

¹⁰⁴⁷ Íd., párr. 90.

¹⁰⁴⁸ Íd., párrs. 90-91.

¹⁰⁴⁹ **RLA-83**, Jorge E. Vinuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge University Press 2012) 83, 369.

¹⁰⁵⁰ **RLA-71**, Rachel D. Edsall, "Indirect Expropriation Under NAFTA and DR-CAFTA: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulations" (2006) 86(4) Boston University Law Review 931, 958.

2. La aplicación de la doctrina de los poderes de policía

1043. De manera adicional a estos argumentos, las Demandantes sugieren que la doctrina del poder de policía incluida en el inciso (4) del Anexo 10-C "...no constituye la "excepción" al pago de una indemnización por la expropiación indirecta tal como espera el Demandado"¹⁰⁵¹... En tal sentido, las Demandantes consideran que la doctrina del poder de policía se encuentra establecida, por el contrario, en el propio Artículo 10.7 "...el cual dispone que la conducta expropiatoria sólo debería ejercerse de manera tal que no fuera discriminatoria, se hiciera para un fin público (válido) y guardara congruencia con las normas mínimas del tratamiento en virtud del derecho internacional que fueran aplicables"¹⁰⁵².
1044. En base a dicho argumento, las Demandantes no identifican la razón por la cual los redactores del DR-CAFTA pretendieron incluir la excepción contenida en el inciso (4)(b) del Anexo 10-C. Si no fuera por casos como el presente, ¿cuál sería la razón para acordar esta disposición?
1045. En particular, las disposiciones tales como el inciso (4)(b) del Anexo 10-C han sido consideradas disposiciones que, con fundamento en los poderes de policía, excluyen toda responsabilidad:
- "El derecho internacional reconoce que los actos regulatorios de un estado que resultan violatorios de los derechos de propiedad de un tercero no implican ninguna responsabilidad si son de buena fe y no discriminatorios, ya que tales actos regulatorios están dentro de los poderes de policía de dicho estado. Por consiguiente, es probable que los actos regulatorios sancionados en beneficio del interés público no estén limitados por las obligaciones de los tratados de inversión. ..."¹⁰⁵³. [Traducción libre]
1046. Las Demandantes insisten en que la conducta de la Demandada sólo podría clasificarse bajo el Artículo 1.7. No obstante, dicho artículo sólo establece las condiciones en el supuesto de que el Estado receptor decida expropiar *sin* motivos de bienestar público. En el presente caso, la aplicación por parte de Costa Rica de sus normas ambientales en relación con el proyecto de las Demandantes, al ordenar la suspensión de las obras, sólo puede interpretarse como la ejecución de su poder de policía en materia ambiental, lo cual excluye toda responsabilidad al respecto. De hecho, las cuestiones ambientales fueron contempladas expresamente en la excepción.

¹⁰⁵¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 387.

¹⁰⁵² Íd., párr. 388.

¹⁰⁵³ **RLA-73**, Barnali Choudhury, "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?" (2008) 41(3) Vanderbilt Journal of Transnational Law 775, 827-828.

1047. Por último, las Demandantes se refieren a la conducta del Sr. Martínez, al alegar que "[...] la manera arbitraria en que lleva adelante subsiguientemente la causa contra el Sr. Aven lo lleva fuera de los límites de un fin público y válido, y resultó adicionalmente discriminatorio *per se*"¹⁰⁵⁴ ... Además, afirman que el supuesto soborno solicitado por el Sr. Bogantes ignora de la doctrina del poder de policía¹⁰⁵⁵.
1048. Debido a que las Demandantes se basan en sus argumentos respecto del Artículo 10.5 del DR-CAFTA para fundamentar su reclamación de expropiación, la Demandada defiende los argumentos expuestos *supra* en relación con la ausencia de un abuso de derechos y el cumplimiento con la obligación de no denegar el acceso a la justicia.
1049. En síntesis, las alegaciones de las Demandantes sobre expropiación no resisten la evaluación establecida en el Tratado para determinar la existencia de una expropiación. En primer lugar, la supuesta inversión de las Demandantes no se encuentra protegida en virtud del DR-CAFTA. En segundo lugar, Costa Rica no ha privado a las Demandantes del valor o del control de su inversión. Por último, las acciones de Costa Rica están cubiertas por la excepción establecida en el Inciso 4(b) del Anexo 10-C del DR-CAFTA.

X. LAS DEMANDANTES NO TIENEN DERECHO A RECIBIR COMPENSACIÓN ALGUNA

A. La cuantificación de las pérdidas de las Demandantes realizada por el Dr. Abdala se basa en premisas equivocadas

1. El modelo DCF disimulado como “enfoque combinado” es inapropiado

1050. Las Demandantes afirman en su Escrito de Respuesta que la valuación del Dr. Abdala no puede describirse correctamente como “basada” en un modelo de flujo de fondos descontados (“DCF”, por sus siglas en inglés) ni que se trate de un “enfoque basado en los ingresos”¹⁰⁵⁶, como si se lamentaran del elemento de metodología ya propuesto en el Primer Informe Abdala, tal vez motivado en los defectos planteados por la Demandada en su Memorial de Contestación y el Primer Informe de Hart.
1051. Ahora las Demandantes intentan enmascarar el modelo DCF al sugerir que "...de hecho, es uno de los elementos de la valuación del Dr. Abdala, pero no es el único utilizado"¹⁰⁵⁷. Tal como estableciera el Dr. Hart, lo que hizo el Dr. Abdala en su Segundo Informe es modificar determinadas entradas en su modelo de valuación, sin embargo, no cambió su

¹⁰⁵⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 389.

¹⁰⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁵⁶ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 394.

¹⁰⁵⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 394, 397.

metodología, que en esencia sigue siendo un modelo DCF basado en una probabilidad de éxito y fracaso¹⁰⁵⁸, ya que es el elemento que tiene mayor impacto en el valor.

1052. Para proporcionar sustento al supuesto enfoque combinado, las Demandantes indican que se encuentra respaldado por la literatura en materia de valuación, incluido el Profesor Damoradan, en quien se basó en gran medida el Dr. Abdala¹⁰⁵⁹. Sin embargo, el Dr. Abdala eligió determinadas secciones de un artículo escrito por él, intentando evitar cualquier alusión que hiciera el autor a la precaución que se debe tener cuando se aplica un criterio probabilístico¹⁰⁶⁰.
1053. Las Demandantes sostienen que el "enfoque de valuación combinada" "*...reflej[a] con mayor precisión el verdadero valor de mercado de la inversión en el momento pertinente*"¹⁰⁶¹. Un modelo DCF sería perfectamente aplicable a un escenario de un proyecto en curso, porque el eventual comprador estima los flujos de fondo y los descuenta a la fecha de valuación, aplicando una tasa de descuento que dé cuenta de las diversas clases de riesgo a los que están sujetos los flujos de fondo, así como al valor tiempo del dinero¹⁰⁶². Sin embargo, los caudales de fondos futuros de un proyecto deberán estimarse con un grado de certeza razonable¹⁰⁶³.
1054. No existe certeza en el caso que nos ocupa debido a la etapa del proyecto. El Ecosistema Las Olas no podría calificarse, desde ningún punto de vista, como un proyecto en curso. Por el contrario, se trata de proyecto nuevo en la fase pre-operacional, y como tal, las estimaciones de flujos de fondo no pueden ser razonablemente ciertas y serían especulativas, lo que no es confiable para una valuación DCF¹⁰⁶⁴.
1055. Las Demandantes alegan asimismo que el enfoque del Dr. Abdala "...es el mismo enfoque adoptado por los potenciales compradores en la vida real"¹⁰⁶⁵. Sin embargo, un potencial comprador no haría el mismo cálculo:

"Cualquier comprador razonable consideraría los diversos cambios en los planes comerciales, la falta de operaciones históricas y la falta de experiencia de la gerencia al momento de decidir si invertir en este proyecto o no. El comprador no aplicaría mecánicamente una probabilidad de éxito a una valuación de FCD sin fundamento preparada en función de datos de personas inexpertas"¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁵⁸ Segundo Informe Hart, párr. 104.

¹⁰⁵⁹ Segundo Informe Abdala, párr. 13.

¹⁰⁶⁰ Segundo Informe Hart, párr. 104.

¹⁰⁶¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 397.

¹⁰⁶² Segundo Informe Hart, párr. 106.

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ Segundo Informe Hart, párrs. 106, 108.

¹⁰⁶⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 400.

¹⁰⁶⁶ Segundo Informe Hart, párr. 105.

1056. El Dr. Hart señaló, en aras de demostrar cuán ilógico es utilizar un criterio probabilístico, que en virtud de este criterio cualquier potencial comprador, incluso si el proyecto implica un fracaso, aún pagaría 68% de los flujos de fondo que nunca se lograron¹⁰⁶⁷. Las Demandantes consideran que esta afirmación es errónea ya que “[e]l hipotético comprador, por definición, está comprando la inversión antes de saber si tendrá éxito o no”¹⁰⁶⁸ y el Dr. Abdala alega que el Dr. Hart confundió la valuación *ex-ante* con la *ex-post*¹⁰⁶⁹.

1057. Las Demandantes y el Dr. Abdala tergiversan la afirmación del Dr. Hart:

“Una valuación *ex-ante* se determina antes de un hecho específico, mientras que una valuación *ex-post* se puede realizar una vez que ocurrió el hecho específico. Mi comentario acerca de pagar el 68% de los flujos de caja de un proyecto fallido no pretendía ser una valuación *ex-post*. Se trata simplemente de una indicación de lo ilógico que es usar un enfoque probabilístico para valorar un proyecto como Las Olas”¹⁰⁷⁰.

1058. Por lo tanto, sea como metodología en sí misma o como elemento de una supuesta metodología combinada, debe ignorarse el DCF en el presente caso, y no puede utilizarse para interpretar una evaluación en lo que se refiere a la valuación de los supuestos daños.

1059. Las Demandantes y el Dr. Abdala intentan invocar el caso *Unglaube c. Costa Rica*, donde el Tribunal aplicó como principio de valuación el “mayor y mejor uso del terreno”, a una propiedad que no se trata de una empresa comercial en curso¹⁰⁷¹. En este sentido, las Demandantes alegan que dicho caso presenta similitudes con el caso que nos ocupa. Sin embargo, estas similitudes que podrían haber justificado la decisión del tribunal no existen. Mientras que en *Unglaube c. Costa Rica* había una segunda fase del proyecto que se encontraba contigua a la primera fase (y que las partes estaban de acuerdo en que era exitosa), no existen historiales de éxito adyacentes en el presente caso. Además, el tribunal basó su análisis en el valor de las propiedades en la región, que no se encuentran presentes en el caso que nos ocupa. Estas diferencias naturalmente tienen impacto en la decisión del tribunal de aplicar un análisis basado en los ingresos, y el hecho de que no estén presentes en este caso vuelve a la decisión inaplicable.

1060. En efecto, la jurisprudencia internacional ha reaccionado en contra de la aplicación del método DCF, no sólo en el contexto del lucro cesante¹⁰⁷², sino también en escenarios tales

¹⁰⁶⁷ Primer Informe Hart, Sección 8.4.

¹⁰⁶⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 401.

¹⁰⁶⁹ Segundo Informe Abdala, párr. 21.

¹⁰⁷⁰ Segundo Informe Hart, párr. 105.

¹⁰⁷¹ CLA-105, párr. 309.

¹⁰⁷² Memorial de Contestación, párrs. 670-673.

como el caso que nos ocupa donde las demandantes pretenden obtener una indemnización por expropiación:

“En la opinión del Tribunal, el método DCF no es adecuado para determinar la compensación justa en este caso porque el proyecto no existió durante un período de tiempo suficiente para generar la información necesaria para un cálculo coherente. En el momento en que se canceló el proyecto, se habían vendido sólo 386 lotes--o alrededor de 6 por ciento del total. Todas las demás ventas de lotes que subyacen las proyecciones de ingresos en los cálculos de DCF son hipotéticas. El proyecto se encontraba en sus inicios y hay muy poco historial en el que basar los ingresos proyectados”¹⁰⁷³. [Traducción libre].

“En estas circunstancias, la aplicación del método DCF resultaría, en la opinión del Tribunal, en la adjudicación de un daño posible, aunque eventual e indeterminado que, de conformidad con la jurisprudencia de los tribunales de arbitraje, no puede tenerse en cuenta”. [Traducción libre]. (Caso de la Fábrica de Chorzów, Serie A, N.º 17, 1928, en la pág. 51). Tal como lo observara el tribunal en el caso Amoco: “Una de las normas con mayor arraigo del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados es que no puede adjudicarse reparación para un daño especulativo o incierto”¹⁰⁷⁴. [Traducción libre]

1061. Así, estos casos demuestran que la tendencia en el contexto de los arbitrajes en materia de inversión no basa sus cálculos en un método que es especulativo ni pone demasiado peso a la probabilidad (tal como el método DCF o el supuesto enfoque combinado) con respecto a proyectos que aún no cuentan con un historial sustancial de operaciones y ganancias ya percibidas.

2. El método del enfoque sobre el costo del Dr. Hart es aplicable a la valuación del Proyecto Las Olas

1062. Las Demandantes alegan, en coincidencia con el Dr. Abdala, que el enfoque basado en los costos sugerido por el Dr. Hart “...no es un método aceptado para calcular el valor de mercado, dado que no lograr [sic] reconocer el valor al cual puede negociarse el activo, el cual casi nunca equivale a los fondos ya invertidos en el mismo”¹⁰⁷⁵.

1063. Por el contrario, y tal como explicara el Dr. Hart:

“En general, se considera que el enfoque de costos brinda la mejor indicación del valor de mercado cuando la propiedad en cuestión es nueva y tiene un uso apropiado (el más alto y el mejor). En el sector inmobiliario, el enfoque de costos es ideal para las nuevas

¹⁰⁷³ CLA-38, Southern Pacific Properties (Medio Oriente) c Egipto, Laudo de fecha día 20 de mayo de 1992, (1995) 3 Informes del CIADI 189, párr. 188.

¹⁰⁷⁴ CLA-38, párr. 189.

¹⁰⁷⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 404 y Segundo Informe Abdala, párr. 7.

propiedades, en las que los flujos de caja futuros son desconocidos o inciertos, como ocurre en este caso”¹⁰⁷⁶.

“Dado que el Proyecto Las Olas estaba en una fase preoperativa, sin ningún tipo de desempeño histórico sobre el que basar alguna proyección y, por ende, con flujos de caja futuros inciertos, y que el plan de negocios que se usó como base para la valuación fue preparado por personas sin experiencia, mantengo mi opinión que el enfoque de costos brinda la medida de valor menos especulativa”¹⁰⁷⁷.

1064. La absoluta ignorancia de las Demandantes de cómo funciona un proyecto inmobiliario se refleja en la analogía infundada que proporcionan: “[e]llo queda claro desde la simple analogía de la compra de un bien inmueble residencial: el valor de mercado de la vivienda no tiene casi nada que ver con los costos de su construcción”¹⁰⁷⁸. Mediante esta afirmación, las Demandantes comparan manzanas con naranjas, ya que ciertamente, un proyecto inmobiliario tal como el que intentan desarrollar no tiene punto de comparación con una “vivienda”.

1065. Efectivamente, el Dr. Hart sostiene que:

“El Dr. Abdala indica en su Primer Informe que asumió que la venta del hotel a un tercero tendría el mismo margen de ganancia que la venta de las casas construidas. Esto no es completamente cierto, ya que el Dr. Abdala, de hecho, asumió que la venta del hotel tendría el mismo margen de utilidades que la venta de los lotes y las casas construidas en conjunto”¹⁰⁷⁹.

1066. Además, las Demandantes sugieren que el Dr. Hart tergiversa la metodología propuesta en tanto los costos de dinero incurridos históricamente por el inversor, no equivalen al valor del activo¹⁰⁸⁰. Queda claro que el argumento de las Demandantes constituye una excusa para evitar cualquier uso de los costos de dinero incurridos históricamente ya que, tal como fuera dado a conocer por el Dr. Hart, no han planteado una reclamación de costos ni los detalles complementarios necesarios en este sentido:

“Para identificar los costos adecuados para incluir en la demanda, la Parte Demandante debe haber presentado todo el historial de costos, por mes y tipo. Deben haberse proporcionado constancias de los pagos y otros documentos contables que respalden la demanda. En respuesta a esta solicitud, la Parte Demandante presentó copias de diversos contratos, facturas, cheques y recibos de una forma desorganizada. Algunos de estos estaban en inglés, otros en español, algunos escritos a mano y otros incluso ilegibles. Además, los montos mostrados no están en una moneda consistente, algunos cotizados en dólares estadounidenses y otros en colones costarricenses, lo que dificulta la vinculación de contratos, facturas y pagos. Debo mencionar

¹⁰⁷⁶ Segundo Informe Hart, párr. 217.

¹⁰⁷⁷ Segundo Informe Hart, párr. 218.

¹⁰⁷⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 405.

¹⁰⁷⁹ Segundo Informe Hart, párr. 166.

¹⁰⁸⁰ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 406.

que es altamente inusual que la Parte Demandante no haya presentado libros ni contabilidad fiscal para esta inversión, lo que sugiere que la inversión no se divulgó apropiadamente a las autoridades tributarias de los Estados Unidos”.

1067. Tal como señalara el Dr. Hart, un enfoque sobre los costos según se deriva del enfoque de activos, exige tener en cuenta el monto real erogado en el proyecto, y no, como intentan fundarse las Demandantes el "...valor de tasación del terreno"¹⁰⁸¹:

“Como se explica en mi Primer Informe, una derivación del enfoque de activos, el enfoque de costos, se emplea generalmente en las valuaciones inmobiliarias. El enfoque de costos es *“una forma general de determinar un indicador del valor de un activo individual mediante la cuantificación del monto de dinero necesario para reemplazar la capacidad de funcionamiento futuro de ese activo”*. El enfoque de costos mide **el monto real gastado en el proyecto hasta la fecha y evalúa las contribuciones al valor hechas por estos fondos**. Al aplicar el enfoque de costos, existe una suposición de que el valor de la propiedad tiene una correlación directa con los fondos gastados”¹⁰⁸².
(énfasis agregado)

1068. Las Demandantes insistieron en este sentido en que la tasación del terreno que debería tenerse en cuenta debería ser aquella realizada por el Sr. Calderón. En el caso de que se tenga en cuenta la tasación del terreno para la metodología del enfoque sobre el costo, la tasación elaborada por el Sr. Calderón no se condice con el plan de negocios, ya que se realizó con anterioridad al último plan de negocios desarrollado para el Proyecto Las Olas¹⁰⁸³.

1069. Tal como quedara demostrado, la metodología propuesta por el Dr. Hart resiste las críticas que efectuaran las Demandantes, y debería ser aplicada por el Tribunal a la luz del estadió del Proyecto Las Olas.

3. El Tribunal no debería verse persuadido por los supuestos formulados por el Dr. Abdala

1070. Las Demandantes consideran que el Dr. Hart "plantea una cantidad de críticas sobre los supuestos subyacentes en la valuación del Dr. Abdala, muchos de los cuales o bien representan incorrectamente la postura del Dr. Abdala o bien son de hecho incorrectos"¹⁰⁸⁴. Tal como quedará demostrado, cada uno de los supuestos formulados por el Dr. Abdala carecen de fundamento, tal como acertadamente señalara el Dr. Hart.

¹⁰⁸¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 407.

¹⁰⁸² Segundo Informe Hart, párr. 217.

¹⁰⁸³ Segundo Informe Hart, párr. 188.

¹⁰⁸⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 413.

1071. Primero, las Demandantes alegan que "...en ningún lugar en Abdala 1, el Dr. Abdala reclama que Los Sueños sea comparable con Las Olas en el sentido de que el precio de mercado de las propiedades de Las Olas sea igual a aquel de las propiedades de Los Sueños"¹⁰⁸⁵. Ahora las Demandantes tratan de separarse de Los Sueños, al sugerir que el Dr. Abdala no basa ninguno de los valores en su modelo, y el Dr. Abdala actuó en consecuencia en su Segundo Informe:

"[...] el Dr. Abdala ahora intenta defender su probabilidad del 68% de éxito al traer a la discusión el caso de complejos turísticos exitosos comparables del área. Curiosamente, ahora no menciona Los Sueños, que se mencionaba varias veces en el Primer Informe de Abdala"¹⁰⁸⁶.

1072. Tal vez persuadido por los argumentos de la Demandada y el primer informe del Dr. Hart de que Las Olas no es comparable con Los Sueños, las Demandantes hacen hincapié en que el valor de los lotes se calcula utilizando información de Remax y de los desarrollos El Místico y Málaga Residences¹⁰⁸⁷.

1073. Tal como resaltara el Dr. Hart, los desarrollos El Místico y Málaga Residences no podrían considerarse comparables con Las Olas desde ningún punto de vista. Estas diferencias se pusieron en evidencia en la Tabla 7.4 del Segundo Informe de Hart. La diferencia más llamativa entre las propiedades es la sociedad desarrollista de cada una de estas:

"[...] la Parte Demandante no tiene la trayectoria adecuada para dirigir un complejo turístico en Costa Rica, por lo que una probabilidad de éxito del 68% es bastante alta. En contraste, ambos El Místico y Residencias Málaga son dirigidos por empresas de bienes raíces establecidas y con experiencia. De esa manera, no es adecuado que el Dr. Abdala asuma que Las Olas tendrá éxito solo porque estas otras dos propiedades han tenido éxito en el área"¹⁰⁸⁸.

1074. Con respecto a Remax, el Dr. Abdala cometió numerosos errores:

- El Dr. Abdala convierte los listados de Remax del mes de noviembre de 2015 al mes de mayo de 2011 utilizando la tasa de inflación y la modificación en la tasa de cambio. El Dr. Abdala omitió considerar los cambios en el mercado inmobiliario y/u otros factores posibles que podrían influenciar los valores de las propiedades entre los dos períodos¹⁰⁸⁹.
- De la página Web de REMAX, el Dr. Abdala utilizó el promedio de precios USD/m² para lotes de tamaños inferiores a los 1.000 m², supuestamente para ser

¹⁰⁸⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 415.

¹⁰⁸⁶ Segundo Informe Hart, párr. 196.

¹⁰⁸⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 416.

¹⁰⁸⁸ Segundo Informe Hart, párr. 198.

¹⁰⁸⁹ Segundo Informe Hart, párr. 201.

coherente con el tamaño promedio original del lote de Las Olas de 600m². Sin embargo, el precio para estos lotes varió ampliamente, desde un mínimo de USD 46/m² a un máximo de USD 779/m² y el Dr. Abdala no respondió a esto, en cambio, agregó información irrelevante a una muestra. Esto no lo vuelve “más preciso”, sólo aumenta el número de aportes dudosos que ya se estaban considerando¹⁰⁹⁰.

- El Cuadro sinóptico 15 del Dr. Abdala enumera el tamaño de la vivienda promedio en 279 m² con un precio promedio de USD 497.401. Esto redunda en un precio/m² promedio de USD 1.783, no USD 1.872 que el Dr. Abdala utilizó como su promedio. El Dr. Abdala afirma en su Informe Complementario que el valor por m² del Cuadro 15 es el resultado de promediar el precio por m² de todas las propiedades incluidas en la muestra, y que el cálculo del Dr. Hart sólo divide el precio promedio de la vivienda por el tamaño promedio de la vivienda, que es menos exacto. Por el contrario, según el Dr. Hart, un promedio ponderado, ponderado por metraje cuadrado, es más preciso, y, por lo tanto, el cálculo del Dr. Abdala es demasiado simplista y no factora diferencias de precios en base al metraje cuadrado¹⁰⁹¹.
- El Dr. Abdala intentó mostrar los costos asociados con alquilar las propiedades basándose en su listado de REMAX. Sin embargo, dicho listado no muestra los gastos de los propietarios de las viviendas ni de los desarrolladores del centro turístico¹⁰⁹².
- El Dr. Abdala calculó un nivel de precio de los apartamentos en el año 2011 de USD 318.248 promediando la información de apartamentos a la venta obtenida de REMAX. Aunque el tamaño promedio de su apartamento de REMAX “comparable” es 169m², parece que Dr. Abdala no revisó minuciosamente su muestra. Por ejemplo, dos de los apartamentos en su muestra se inscriben a 1.790m² y 1.850m². Claramente, estos apartamentos: (1) se inscribieron de manera errónea, o (2) muestran realmente la superficie cuadrada. Adoptando el último supuesto, el tamaño promedio del apartamento de REMAX “comparable” del Dr. Abdala es 119m², o 27% menor que la superficie supuesta por el Dr. Abdala¹⁰⁹³.

¹⁰⁹⁰ Segundo Informe Hart, párr. 123.

¹⁰⁹¹ Segundo Informe Hart, párr. 139.

¹⁰⁹² Segundo Informe Hart, párr. 142.

¹⁰⁹³ Segundo Informe Hart, párr. 147.

1075. De lo que antecede, puede arribarse a la conclusión de que la dependencia de las Demandantes y del Dr. Abdala en información de Remax no es precisa y, por lo tanto, no debería utilizarse en ningún cálculo de los lotes en el Proyecto Las Olas.
1076. Segundo, las Demandantes desestiman las críticas del Dr. Hart respecto de la dependencia del Dr. Abdala en un plan comercial del año 2010 preparado por las Demandantes, al afirmar que "...es razonable que el plan comercial para el desarrollo del bien inmueble cambiara"¹⁰⁹⁴. La afirmación de las Demandantes no emerge como una crítica constructiva, y por esta razón, la Demandada ratifica sus argumentos desarrollados en su Memorial de Contestación con relación al fundamento de pertinencia del Plan de Negocios del mes de diciembre de 2010¹⁰⁹⁵.
1077. Tercero, las Demandantes afirman que el Dr. Abdala no se basó en cifras incluidas dentro del Plan de Negocios del mes de diciembre de 2010 para la venta de los lotes y que realizó un análisis independiente utilizando información de mercado.
1078. El Dr. Abdala ahora afirma que no basó sus cálculos de los precios en el plan de negocios, sino en valores de mercado producidos a partir de su propia investigación independiente, y que considera eso "...más adecuado que lo que había pronosticado la dirección para reflejar los precios a los que el proyecto iba a poder vender los lotes"¹⁰⁹⁶. Tal como explicara el Dr. Hart:

"...esta declaración contradice directamente el argumento del Dr. Abdala de que los planes del negocio evolucionaron para ajustarse al ambiente de negocios en esa época. Si esto fuera correcto, el plan de negocios de 2010 sería más preciso que los precios de mercado de propiedades cuestionablemente comparables de cinco años más tarde. La decisión del Dr. Abdala de elegir y decidir cuál información toma del plan de negocios de 2010 desacredita cualquier suposición que haga y pone en duda la fiabilidad de su modelo en su totalidad. Si Las Olas fuera un proyecto legítimo desarrollado por desarrolladores auténticos, el plan del negocio hubiera estado apoyado por un archivo de precios que mostrara los valores contemporáneos de la propiedad, junto con una larga lista de preventas pagadas y comprometidas, y no tendríamos el intento mal adaptado del Dr. Abdala para los valores de los lotes. Sin embargo, como queda claro, Las Olas fue un proyecto especulativo de amigos y familia, no el trabajo de desarrolladores profesionales con una comprensión de los precios de mercado e historiales de éxito verdaderos"¹⁰⁹⁷. (énfasis agregado)

1079. Cuarto, las Demandantes sostienen que el Dr. Abdala no se equivocó al tener en cuenta los costos de infraestructura, y, por el contrario, aumentó su supuesto en lo que se refiere a los costos de infraestructura de aquellos que figuran en el Plan de Negocios del mes de

¹⁰⁹⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 417.

¹⁰⁹⁵ Memorial de Contestación, párrs. 683-685.

¹⁰⁹⁶ Segundo Informe Abdala, párr. 35.

¹⁰⁹⁷ Segundo Informe Hart, párr. 125.

diciembre de 2010 para dar cuenta del presupuesto elaborado por el ingeniero Manuel Calvo Navarro¹⁰⁹⁸.

1080. El Dr. Abdala afirma en este sentido que: “[a]l igual que lo hice con los precios de [los lotes], no basé mis cálculos de los costos en el plan de negocios sino, en cambio, en el presupuesto de desarrollo elaborado por el ingeniero Manuel Calvo Navarro en octubre de 2010 para los costos de infraestructura necesarios para convertir el terreno en lotes individuales para su venta”¹⁰⁹⁹. En pos de estimar los costos de infraestructura, dedujo USD 2,9 millones de costos que ya se habían incurrido con anterioridad al año 2011 del total de presupuesto de USD 8,9 millones que fuera delineado por el Dr. Calvo¹¹⁰⁰. Tal como lo señalara correctamente el Dr. Hart, se trata de un ejemplo en el que el Dr. Abdala se desvía del plan de negocios, aunque argumenta, como se afirmara *supra*, que el plan evolucionó y se adaptó al mercado¹¹⁰¹.
1081. Quinto, en lo que se refiere al margen de ganancias calculado por el Dr. Abdala, las Demandantes sostienen que “el Dr. Abdala ha corroborado con sensatez la valuación calculando el valor implícito por habitación y en comparación con la venta de otros hoteles en la región en general”¹¹⁰².
1082. En el Segundo Informe Abdala, comparó el valor de venta implícito por habitación del Hotel Las Olas con un análisis de HVS Consulting and Valuation Services de 14 operaciones con hoteles en México y América Central entre los años 2005 y 2010¹¹⁰³. El Informe de HVS afirma que se trata de hoteles que pueden compararse con la propiedad de referencia en una o más áreas fundamentales. De hecho, las propiedades se consideran comparables con el hotel panameño al que el Dr. Abdala hiciera alusión en su Primer Informe y no al propio Hotel Las Olas:

“No parece que el Dr. Abdala haya realizado las investigaciones debidas para determinar si estos hoteles en particular son comparables o no al hotel planificado en Las Olas. Según el Dr. Abdala, “el valor promedio por habitación fue \$228.324 y la mediana fue \$182.508. El valor implícito por habitación para el hotel de Las Olas como un proyecto en marcha es un 22% más bajo que el promedio y un 2,4% más bajo que el valor de la mediana por habitación de este conjunto de comparables”. Con base en el modelo del Dr. Abdala, sin embargo, parece ser que él, de nuevo, aplicó cálculos dudosos para llevar a las cifras indicadas arriba. Para empezar, agrupó tres hoteles Hilton independientes sin ningún motivo aparente. Con solo corregir este error, el valor promedio por habitación

¹⁰⁹⁸ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 419.

¹⁰⁹⁹ Segundo Informe Abdala, párr. 52.

¹¹⁰⁰ Segundo Informe Abdala, párr. 52.

¹¹⁰¹ Segundo Informe Hart, párr. 132.

¹¹⁰² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 420.

¹¹⁰³ Segundo Informe Abdala, párr. 65.

desciende a \$209.679 y la mediana a \$131.612. Además, el cálculo de un valor promedio ponderado por habitación, ponderado por el número de habitaciones, resulta en un valor promedio de \$198.169. Al usar las cifras actualizadas, el valor implícito por habitación para el hotel de Las Olas es un 35% más alto que el valor de la mediana por habitación y solamente 10% más bajo que el promedio ponderado¹¹⁰⁴. (énfasis agregado)

1083. Sexto, las Demandantes alegan que las únicas razones dadas por el Dr. Hart en cuanto a la crítica del cálculo de la probabilidad de éxito son la fuente de datos —, y el período utilizado —a lo que alega que el índice de supervivencia del sexto año es consistente en el transcurso del tiempo—¹¹⁰⁵.
1084. Tal como se estableciera *supra*, hay numerosos errores en el cálculo del Dr. Abdala en cuanto a la probabilidad de éxito, la utilización de información fuente de los EE. UU. y el índice de supervivencia del sexto año son sólo ejemplos. En este sentido, el Dr. Abala basó su análisis en información de los EE. UU., e insistió en una “*amplia evidencia estadística de supervivencia*”¹¹⁰⁶. No obstante, no pudo presentar fuentes nuevas y “... continúa basándose en datos de la Oficina de Trabajo y Estadísticas (que son datos de los EE. UU. que no son comparables con los datos de las empresas en Costa Rica) ”¹¹⁰⁷. Admite que “[s]i bien para determinar la probabilidad de éxito de Las Olas sería preferible utilizar datos sobre las tasas de supervivencia de la industria inmobiliaria que fueran específicos para Costa Rica, no se dispone para este país de datos tales en la forma y con el nivel de detalle que ofrece la BLS”¹¹⁰⁸. Por lo tanto, simplemente reitera su análisis del Primer Informe Abdala.
1085. Además, afirma que no pudo encontrar ningún índice de precios inmobiliarios específicos para Costa Rica ni otras fuentes privadas o públicas que muestren información histórica respecto del mercado inmobiliario de Costa Rica¹¹⁰⁹. El Dr. Hart acertadamente señala que:

“Indica que no pudo encontrar un índice de precios de bienes raíces específico para Costa Rica o cualquier otra fuente privada o pública que mostrara datos históricos del mercado de bienes raíces de Costa Rica, por lo tanto, se conformó con la tasa de inflación y devaluación general. Dada la crisis financiera global, el mercado de los lotes se vio afectado más que solo por la inflación y la devaluación de la moneda. Además, es muy común que la inflación de los bienes raíces difiera en gran medida del costo de los artículos

¹¹⁰⁴ Segundo Informe Hart, párr. 167.

¹¹⁰⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 421.

¹¹⁰⁶ Segundo Informe Abdala, Sección II.3.1.

¹¹⁰⁷ Segundo Informe Hart, párr. 195.

¹¹⁰⁸ Segundo Informe Abdala, párr. 97.

¹¹⁰⁹ Segundo Informe Abdala, párr. 32.

normales de uso diario como los alimentos y la energía, que impulsan gran parte de la inflación"¹¹¹⁰. (énfasis agregado)

1086. Esto demuestra la debilidad del cálculo de la probabilidad de éxito del Dr. Abdala, y sólo reconfirma que es especulativa y defectuosa.

1087. Por último, las Demandantes señalan que el Dr. Abdala actualizó una serie de supuestos, sin brindar explicación razonable alguna¹¹¹¹:

- “actualicé de 10,0% a 7,8% el descuento [que se aplica a mi modelo] para derivar los precios de venta”: en sustento de esta modificación, el Dr. Abdala expresa que “[...]para este informe ampli[ó] la investigación y di[o] con información más precisa sobre la relación entre las cotizaciones y los precios efectivos de venta en 2015...”¹¹¹². Tal como afirmara el Dr. Hart, el informe “*ampliado*” del Dr. Abdala se compone de una única fuente de información, *Coldwell Banker’s Florida Keys Real Estate Market Comparison*, que proporciona propiedades en venta ubicadas en un antiguo pueblo en una parte exclusiva de la Florida, que no son comparables con desarrollos en etapa pre-operativa completamente nuevos en Las Olas y en las propiedades costarricenses en general¹¹¹³.
- “aumenté el tamaño promedio de los lotes a 649 m²”: El Dr. Abdala aumentó el tamaño promedio de los lotes en base al Plan Maestro de las Obras¹¹¹⁴. Por lo tanto, el Dr. Abdala no utilizó el plan de negocios para calcular las ventas, lo que contradice sus afirmaciones respecto de la evolución del plan de negocios para adaptarse al entorno comercial actual¹¹¹⁵.
- “Utilizó datos de un tiempo compartido de un informe específico para Costa Rica”: tal como explicara el Dr. Hart, los datos que utilizó el Dr. Abdala son entre 26-35% inferiores que aquellos utilizados en su Primer Informe. Además, sus precios más bajos son las sumas que ajusta por la inflación minorista para el período a partir del año 2015. Por ende, "Esto demuestra cuán poco confinable es la información basada en las propiedades para vacaciones de EE. UU. Cuando se trata de propiedades en Costa Rica y desacredita el análisis efectuado por el Dr. Abdala basado únicamente en datos de EE. UU. "¹¹¹⁶.

¹¹¹⁰ Segundo Informe Hart, párr. 122.

¹¹¹¹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 422.

¹¹¹² Segundo Informe Abdala, párrs. 113, 115.

¹¹¹³ Segundo Informe Hart, párr. 127.

¹¹¹⁴ Segundo Informe Abdala, párr. 118.

¹¹¹⁵ Segundo Informe Hart, párr. 125.

¹¹¹⁶ Segundo Informe Hart, párr. 155.

1088. En síntesis, los ajustes que realizara el Dr. Abdala demuestran una vez más las inconsistencias e inconvenientes en su análisis, lo que refuerza los argumentos de la Demandada de que el Tribunal debería aplicar el enfoque basado en los costos.

4. La valuación del Dr. Hart se basó en la falta de documentación adecuada proporcionada por las Demandantes

1089. Además, las Demandantes consideran que "...el enfoque del Sr. Hart no es involucrarse en lo sustancial de la valuación del Dr. Abdala y en plantear su propia valuación" y que "[p]or lo tanto, no le ha brindado al Tribunal ninguna asistencia en cuanto a la valuación de las pérdidas de los Demandantes"¹¹¹⁷. El Dr. Hart se abocó al cálculo de la compensación, aunque basándose en la falta de documentación adecuada proporcionada por las Demandantes.

1090. Le corresponde a las Demandantes la carga de presentar una reclamación adecuada y proporcionar el respaldo y documentación adecuados:

"[...] las Demandantes no han proporcionado la documentación necesaria para realizar un cálculo de daños según el enfoque de costos. En su lugar, proporcionaron cientos de páginas de copias de acuerdos, facturas, cheques, recibos, etc., que se asemeja a un sistema de contabilidad de caja de zapatos. No he visto estados financieros completos para ninguna de las entidades de los Demandantes"¹¹¹⁸.

1091. Aunque las Demandantes no cumplieron con su carga de la prueba, el Dr. Hart hizo sus mejores esfuerzos en pos de calcular el monto de la compensación:

"Entre los documentos proporcionados, pude identificar un acuerdo de opción para la venta y compra de la propiedad, así como un acuerdo de venta-compra y acuerdo de aprobación y transferencia de acciones. Observo que este último no contiene ninguna firma. Estos documentos respaldan la declaración del Sr. Aven de que el precio de compra original de toda la propiedad fue de \$ 1.647.000. También identifiqué un total de \$1.840.385 en costos que parecen estar legítimamente relacionados con el Proyecto Las Olas"¹¹¹⁹.

"...sin embargo, sólo puedo confirmar el precio de compra original y los costos mencionados anteriormente. Por lo tanto, mi mejor estimación de los costos invertidos es la suma del precio de compra original más los \$1,8 millones en costos que identifiqué, por un total de \$3.487.385"¹¹²⁰.

¹¹¹⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 414.

¹¹¹⁸ Segundo Informe Hart, párr. 229.

¹¹¹⁹ Segundo Informe Hart, párr. 230.

¹¹²⁰ Segundo Informe Hart, párr. 231.

5. En cualquier caso, debería reducirse cualquier compensación por el valor de las propiedades que no son de titularidad de las Demandantes

1092. Las afirmaciones falaces respecto de la titularidad de las tierras que efectivamente le pertenecen a las Empresas tienen un efecto sustancial en la valuación de sus supuestas pérdidas.

1093. El Segundo Informe de Hart muestra que:

“El mapa de Las Olas se asemeja a la forma de un embudo, con la punta del embudo canalizando hacia la playa. Como tal, se puede suponer que los lotes más valiosos son aquellos hacia la mitad inferior del embudo. Sin embargo, muchos de los lotes en esta área en realidad no son propiedad de la Parte Demandante. Específicamente, las dos grandes áreas en la punta del embudo, están entre aquellos lotes que no son propiedad de la Parte Demandante. La Parte Demandante ha admitido que no es propietaria del sitio comercial/turístico y existe una discusión sobre si la Parte Demandante es o no propietaria del área de concesión de La Canícula. El hecho que la Parte Demandante no posee estos lotes debe tenerse en cuenta al determinar los daños y perjuicios según el método de costo, ya que cualquier costo relacionado con estos lotes debe ser excluido.

Dado que la Parte Demandante no ha proporcionado los costos detallados por lote, puedo estimar que los daños deben ser reducidos por un 22% como mínimo, en base a la proporción de los metros cuadrados de estos lotes no pertenecientes a la Parte Demandante. Además, creo que los daños deben reducirse incluso más del 22%, suponiendo que estos lotes son más valiosos que la mayoría de los demás en la propiedad dados los lugares específicos. Sin embargo, no puedo cuantificar un aumento a este porcentaje con los datos proporcionados. **Por lo tanto, mi estimación final de daños es \$2.720.160.**¹¹²¹. (énfasis agregado)

6. La fecha de valuación para el cálculo de los daños tiene que ser el mes de mayo de 2011

1094. Las Demandantes alegan que *"[e]l Demandado no logra plantear ninguna impugnación a la explicación de los Demandantes de por qué, desde la perspectiva legal, la fecha del laudo es la fecha de valuación que corresponde, y no logra plantear, a través del Sr. Hart, ninguna crítica a la valuación del Dr. Abada realizada a esa fecha"*¹¹²².

1095. La Demandada reafirma que la fecha de valuación para el cálculo de daños debe ser el mes de mayo de 2011 que se corresponde con la fecha en la cual las Demandantes consideraron que la suspensión de los trabajos en el Proyecto Las Olas surtió efecto y no,

¹¹²¹ Segundo Informe Hart, párrs. 232-233.

¹¹²² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 411.

tal como fuera la intención de las Demandantes, la fecha del laudo que el Dr. Abdala actualizara ahora al mes de julio de 2016¹¹²³.

1096. Resulta materia de controversia que las Demandantes argumenten, por un lado, que "...[e]l Demandado no logra plantear, a través del Sr. Hart, ninguna crítica a la valuación del Dr. Abada realizada a esa fecha"¹¹²⁴ y, por otro lado, que ello "...es una cuestión legal bastante clara, no se trata de una cuestión contable y financiera"¹¹²⁵. Si fuera verdaderamente sólo una cuestión legal, ¿cómo es que las Demandantes esperan una crítica por parte del Sr. Hart?

1097. En efecto, la fecha de valuación considerada por el Dr. Abdala resulta de las instrucciones de V&E sin que medie ningún análisis en su Primer y Segundo Informe. Tal como señalara el Dr. Hart:

"... y él no lo comentó en su Informe complementario. El Dr. Abdala simplemente reiteró que V&E le indicó que usara dos fechas de valuación alternativas."¹¹²⁶

1098. La fecha de valuación del caso que nos ocupa debe ser a partir del mes de mayo de 2011, tal como fuera explicado por el Dr. Hart en su informe:

"[...] si la Parte Demandante reclama que Costa Rica causó que detuvieran todos los trabajos futuros en el Proyecto Las Olas en mayo de 2011, esta debería ser la fecha para valuar el proyecto. Según la propia explicación del Dr. Abdala, él calculó el valor justo de mercado justo antes de las supuestas Medidas, lo cual sería mayo de 2011, no julio de 2016. No existe relación entre la fecha de valuación de julio de 2016 y el supuesto acto dañino que causó los daños reclamados"¹¹²⁷.

" El intento de la Parte Demandante por valorar Las Olas a la fecha actual carece de fundamentos y simplemente sirve para aumentar los daños reclamados, ya que las suposiciones del Dr. Abdala resultan en un valor más alto para el proyecto antes de agregar cualquier interés previo a la sentencia. Para actualizar correctamente la valuación a una fecha actual, el interés previo a la sentencia debe agregarse desde la fecha de la valuación hasta la fecha de entrega. En la Sección 7.8 se discute el interés previo a la sentencia."¹¹²⁸.

1099. En consecuencia, la explicación del Dr. Hart respalda el argumento de la Demandada respecto de que la fecha de valuación para determinar el valor de la inversión se corresponde con la fecha en la cual Costa Rica adoptó las medidas alegadas. Debido a que las Demandantes alegan que Costa Rica generó que ellas suspendieran sus trabajos

¹¹²³ Segundo Informe Abdala, Sección III.

¹¹²⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 411.

¹¹²⁵ *Ibíd.*

¹¹²⁶ Segundo Informe Hart, párr. 115

¹¹²⁷ Segundo Informe Hart, párr. 116

¹¹²⁸ Segundo Informe Hart, párr. 117

en Las Olas en el mes de mayo de 2011, dicha fecha debería ser la fecha de valuación utilizada para todo análisis de daños relacionados y para el cálculo del interés hasta la fecha del laudo.

B. El importe de la compensación debería ser reducido dada la negligencia concurrente de las Demandantes

1100. Las Demandantes deberían solventar parte de los daños respecto de los cuales reclaman compensación y, por lo tanto, se debería deducir un cierto porcentaje del importe a otorgar. Resulta un principio bien establecido en el ámbito del derecho internacional que el importe de los daños sea reducido en caso de que la parte damnificada haya actuado *per se* de forma negligente contribuyendo con la ocurrencia del daño:

"En aquellos casos en los que a raíz de la falta de las demandantes ellas mismas agregaron (es decir, contribuyeron) de forma sustancial con la pérdida o daño debido a la conducta de la demandada, el importe de la compensación debe reducirse en consecuencia. Esta es una manifestación de la teoría de las causas concurrentes y de la posición en la cual se atribuirá responsabilidad a la demandada sólo por las consecuencias de su propia conducta"¹¹²⁹. [Traducción libre]

1101. Ello fue reconocido por los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado que admiten, en su Artículo 39, la relevancia de la culpa que contribuyó en la determinación de la reparación. A saber:

"Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación".

1102. En el ámbito del derecho internacional de inversión, el concepto de culpa concurrente fue tenido en cuenta por los tribunales para la determinación del daño. En MTD c. Chile¹¹³⁰, el tribunal de arbitraje resolvió que el Estado demandado había violado su obligación de trato justo y equitativo contemplado en el TBI aplicable, pero a los efectos del cálculo de los daños, consideró que la conducta del inversionista no había sido la correspondiente a un inversionista sabio.

1103. Tal como explicara Ripinsky:

"En dicho caso, el tribunal de arbitraje debió evaluar la situación de la supuesta falta negligente del inversionista para considerar las regulaciones y las políticas urbanas pertinentes de Chile. Los hechos

¹¹²⁹ **RLA-111**, Sergey Ripinsky, "Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect" (2009) 10(1) Journal of World Investment and Trade <<http://ssrn.com/abstract=1547089>> accedido el día 25 de octubre de 2016, 15.

¹¹³⁰ CLA-59, MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA c. Chile, Caso CIADI N.º ARB/01/7, 25 de mayo de 2004, Laudo, párr. 245.

del caso demostraron que el proyecto de inversión (la construcción de una nueva ciudad en Chile), a pesar de haber sido aprobado por la Comisión de Inversión Extranjera de Chile, no daba cumplimiento a la normativa urbanística de Chile. En consecuencia, el inversionista finalmente no pudo obtener el permiso necesario para comenzar la construcción. Si bien el Tribunal resolvió que la conducta del Estado demandado incumplía el estándar de trato justo y equitativo, **reconoció, asimismo, que el inversionista había contribuido a su perjuicio al no haber llevado a cabo per se la 'debida diligencia' pertinente a fin de investigar si podría obtener las diversas licencias y aprobaciones necesarias para la concreción de la inversión**"¹¹³¹. (énfasis agregado) [Traducción libre]

1104. Tal como ocurriera en el caso *MTD c. Chile*, las Demandantes habían contribuido con los daños alegados. En efecto, y tal como se indicara *supra*, su propia conducta las condujo a la situación por la cual reclaman. A saber:

- Las Demandantes no llevaron a cabo la 'debida diligencia' pertinente al contratar localmente profesionales técnicos y legales lamentables;
- Las Demandantes ocultaron información a las entidades de Costa Rica en virtud de la existencia de humedales y bosques;
- Las Demandantes abandonaron los procedimientos penales iniciados en Costa Rica, y no objetaron - cuando tuvieron la oportunidad - la Medida Cautelar del TAA.

1105. Si dichas conductas - descritas *supra* - no resultaran suficientes para que el Tribunal considere que el reclamo es infundado, entonces deben ser consideradas para ordenar que las Demandantes solventen parte de los daños por los cuales reclaman compensación.

C. El Sr. Aven no tiene derecho a recibir una indemnización por daño moral

1106. Con el propósito de respaldar su reclamo en materia de daño moral en favor del Sr. Aven, las Demandantes se fundan en tres casos excepcionales que confirieron daño moral a los inversionistas: *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, *Desert Line Projects LLC c. Yemén* y *Al-Kharafi & Sons c. Libia*¹¹³². Ninguno de estos casos es aplicable a los reclamos del Sr. Aven por los siguientes motivos:

- La decisión en *Benvenuti & Bonfant c. Congo* no puede transferirse como precedente ya que fue pronunciada *ex aequo et bono* por medio del acuerdo de las partes y, por lo tanto, el tribunal confirió daño moral como un resarcimiento

¹¹³¹ RLA-111, 16.

¹¹³² Memorial de las Demandantes, párrs. 484-484.

conforme al sistema de *equity* en base a medidas carentes de definición en contra de la demandante¹¹³³;

- El tribunal en *Desert Line c. Yemén* confirió especialmente daño moral ya que (i) el inversionista estuvo expuesto a violencia física y (ii) la violación del tratado por parte de Yemén fue considerada maliciosa¹¹³⁴. No es materia de controversia que el Sr. Aven nunca haya sido objeto de violencia física por parte de ningún funcionario de la Demandada, ni tampoco se consideró la conducta de Costa Rica como maliciosa o intencional; y
- El tribunal en *Al-Kharafi & Sons c. Libia* no puede ser considerado precedente ya que la controversia fue resuelta de forma exclusiva al aplicar la legislación de Libia en lugar del derecho internacional público. De forma aún más específica, el tribunal basó su laudo en virtud de daño moral al fundarse solamente en el Código Civil de Libia y no consideró ninguna fuente de derecho internacional¹¹³⁵.

1107. Así, ni *Benvenuti* ni *Al-Kharafi* reflejan o contienen ningún estándar aplicable conforme al derecho internacional al cual el Tribunal podría adherir para decidir la presente reclamación.

1108. Asimismo, las Demandantes argumentan que el criterio de "circunstancias excepcionales" no resulta aplicable para la compensación de daño moral; pero sólo para la determinación de la forma o el grado de reparación requieren y citan la opinión de Borzu Sabahi¹¹³⁶. Sin embargo, las Demandantes se contradicen a sí mismas ya que *Desert Line c. Yemén*, sobre el cual se fundan, aplicó el "criterio de circunstancias excepcionales" para decidir en materia de daños intangibles en favor de la demandante en el caso referido.

1109. La Demandada reafirma que el criterio de "circunstancias excepcionales" constituye el estándar legal aplicable para la determinación de daños en un arbitraje en materia de inversiones. Al establecer este criterio, el tribunal en *Lemire c. Ucrania* analizó las decisiones en *Desert Line c. Yemén*, los casos *Lusitania* y *Siag c. Egipto*. Asimismo, el criterio *Lemire* también fue adoptado por el tribunal en *Tza Yap Shum c. Perú*, quien reconoció de forma expresa que *Lemire* había establecido "el estándar

¹¹³³ CLA-25, *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. República Popular del Congo*, Caso CIADI N.º ARB/77/2, Laudo, 8 de agosto de 1980.

¹¹³⁴ CLA-85, *Desert Line Projects LLC c. La República de Yemén*, Caso CIADI N.º ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008.

¹¹³⁵ CLA-110, *Mohammed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. Libia y otros*, conforme al Acuerdo unificado de inversión de capital árabe en los Estados árabes, Laudo Arbitral Definitivo, 22 de marzo de 2013.

¹¹³⁶ Memorial de las Demandantes, párr. 486.

internacional para considerar que las circunstancias son generadoras de un daño moral"¹¹³⁷.

1110. Tanto en *Lemire* como en *Tza Yap Shum*, los tribunales concluyeron que, en virtud de los hechos ante ellos presentados, las demandantes no satisfacían los requisitos conforme al criterio de "circunstancias excepcionales".
1111. En virtud de *Lemire*, "[t]anto la causa como el efecto deben ser graves y sustanciales". A los efectos de la causa, es decir, cualquier acto adverso por parte del estado, el tribunal en *Lemire* entendió que aquellas son situaciones que "contravienen las normas conforme a las cuales se espera que actúen las naciones civilizadas"¹¹³⁸[Traducción libre]. En su Memorial de Contestación, la Demandada presentó de forma previa la forma en la cual las acciones de Costa Rica respecto de la exigibilidad de su legislación ambiental fueron llevadas a cabo de igual forma en la que serían llevadas a cabo por otras naciones civilizadas.
1112. Las Demandantes se oponen, asimismo, a la referencia que hace la Demandada respecto de *Europe Cement*¹¹³⁹. La Demandada reconoce que los hechos de dicho caso difieren de la situación del Sr. Aven pero nunca fue la intención de la Demandada aplicar los referidos hechos al caso del Sr. Aven tal como sugieren las Demandantes. La Demandada hace referencia al razonamiento del tribunal en *Europe Cement* para demostrar la forma en la cual el tribunal en dicho caso aceptó el criterio de "circunstancias excepcionales" con el propósito de analizar el reclamo de daño moral en un arbitraje inversionista-estado y la forma en que consideró la violencia física como uno de los pocos fundamentos que justifican una decisión en materia de daño moral¹¹⁴⁰.

1. Las acciones de Costa Rica no pueden considerarse como "circunstancias excepcionales"

1113. Ninguna de las "situaciones" que enfrentara el Sr. Aven puede ser considerada como que satisfacen el criterio establecido en *Lemire* o en cualquier otro caso en el cual se haya decidido en materia de daño moral en favor del inversionista tal como en *Desert Line*, donde el tribunal confirió especialmente daño moral dado que (i) el inversionista estaba expuesto a violencia física y (ii) la violación del tratado por parte de Yemén fue considerada maliciosa¹¹⁴¹. Asimismo, la decisión en *Desert Line* ha sido considerada como

¹¹³⁷ **RLA-82**, *Mr Tza Yap Shum c. La República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011, párr. 281.

¹¹³⁸ CLA-102, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/06/18, párr. 333.

¹¹³⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 435-236.

¹¹⁴⁰ RLA-27, *Europe Cement Investment & Trade S.A. c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/07/2, Laudo, 13 de agosto de 2009, párrs. 177-181.

¹¹⁴¹ **CLA-85**, párrs. 284-291.

que requiere que la conducta del estado sea grave, ya que el Tribunal resolvió que las acciones del estado eran maliciosas y se basaban en el incumplimiento de sus obligaciones ¹¹⁴². Si bien las Demandantes se fundan en *Desert Line*, no han probado que la conducta de Costa Rica fuera *maliciosa*.

1114. El trato conferido al Sr. Aven por parte de la Demandada fue razonable, racional y legítimo. En el párrafo 427 de su Escrito de Respuesta, las Demandantes enumeran las siguientes acciones como los supuestos actos de la Demandada que deberían justificar una resolución por daño moral en favor del Sr. Aven:

"[El Sr. Aven] ha sido acusado de un delito penal grave en circunstancias en las que la acción adecuada era la impugnación del otorgamiento de los permisos que obtuvo por parte de las agencias gubernamentales adecuadas".

1115. Tal como explicaran el Sr. Martínez y la Jueza Chinchilla ¹¹⁴³, el fiscal no tenía obligación alguna de objetar los permisos ante las entidades administrativas debido a que ello excede el alcance de su función.

"[E]l fiscal, al interponer estos cargos, sabía que no tenía pruebas de la intención del Sr. Aven de cometer ningún delito en primer lugar".

1116. La Jueza Chinchilla confirmó que el Sr. Martínez disponía de varios elementos para probar la intención del Sr. Aven de cometer el delito del cual se lo acusaba. Asimismo, el juez del estadio intermedio coincidió con el Sr. Martínez y elevó el caso a juicio. En cualquier caso, esta es una decisión que sólo puede adoptar un juez de Costa Rica del fuero penal y aún no ha procedido en tal sentido.

"Al haber proseguido con el caso de todas formas, después de que todos los testigos presentaron pruebas que no beneficiaron su caso, el fiscal aprovechó una norma de procedimiento diseñada para proteger a los demandados (y que el Sr. Aven no deseaba ejercer) para dar lugar a un nuevo juicio por completo; y así obtener una segunda oportunidad en el caso y someter al Sr. Aven a una mayor incertidumbre y a un estrés innecesarios."

1117. La decisión del Sr. Martínez de no renunciar a la norma de 10 días se fundó en un precedente válido y el representante de la Fiscalía General pronunció su acuerdo en tal sentido. La Jueza Chinchilla confirmó también que la decisión del Sr. Martínez no fue caprichosa o arbitraria tal como alegan las Demandantes.

"Por último, la respuesta del Gobierno a la incapacidad del Sr. Aven de asistir al nuevo juicio como consecuencia de una cirugía en los Estados Unidos, fue colocar su nombre en la Lista de Notificaciones Rojas de INTERPOL".

1118. La notificación de INTERPOL indicaba de forma razonable que pesaba sobre el Sr. Aven la acusación de haber cometido un "*delito grave*" tal como admitieran las propias

¹¹⁴² Íd., para. 290.

¹¹⁴³ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 45.

Demandadas. La Jueza Chinchilla explicó que conforme a las Regulaciones de INTERPOL, el delito por el cual se acusa al Sr. Aven ameritaba una solicitud de OATRI (Oficina de Asesoría Técnica y Relaciones Internacionales) a INTERPOL para emitir la notificación roja en contra del Sr. Aven¹¹⁴⁴.

1119. Por último, la Demandada presenta la decisión adoptada recientemente en *Pey Casado c. Chile*, en la cual el tribunal rechazó los reclamos de la demandante en materia de daño moral incluso cuando dicho daño comprendía "[e]l trato recibido por el Sr. Pey Casado al momento del golpe de estado (con inclusión de la difamación violenta del Sr. Pey Casado), su exilio en el exterior y una posterior campaña de denigración"¹¹⁴⁵. Resulta evidente que la situación del Sr. Aven no satisface ninguna de dichas circunstancias en las cuales el tribunal deniega cualquier daño moral a la demandante.

2. Las Demandantes no han rendido pruebas adecuadas a fin de demostrar cualquier daño moral causado al Sr. Aven

1120. Las Demandantes alegan que las medidas de la Demandada han dañado la salud y la reputación del Sr. Aven.

1121. En cuanto a la primera, la Demandada niega la existencia de causalidad entre los actos de sus agencias y los efectos en la salud del Sr. Aven. Si bien puede que la Demandada reconozca que el Sr. Aven podría haber sufrido estrés o ansiedad a raíz del proceso penal y de la notificación de INTERPOL, ello no puede atribuírsele de manera alguna ni a Costa Rica ni a ninguna de sus agencias. El propio acto ilícito del Sr. Aven fue el que dio lugar a su procesamiento penal y su huida de Costa Rica justificó la emisión de la notificación de INTERPOL.

1122. Asimismo, las pruebas que ofreció el Sr. Aven de su supuesta salud mental y física no pueden en sí mismas sustentar un otorgamiento de indemnización por daño moral. El relato interesado por parte del Sr. Aven del supuesto daño moral que sufrió posteriormente respaldado por su psiquiatra no alcanza el estándar requerido en virtud del derecho internacional. Tal como admitieran las Demandantes en el párrafo 437 de su Escrito de Respuesta, el tribunal del caso *Arif c. Moldavia* desestimó expresamente las reclamaciones de daño moral del inversionista cuando las acciones del Estado "*solamente habían provocado estrés y ansiedad*"¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁴ Informe de Experto de Rosaura Chinchilla, párr. 86.

¹¹⁴⁵ **RLA-91**, *Victor Pey Casado y Fundación "Presidente Allende" c. La República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/98/2, Laudo, 13 de septiembre de 2016, párrs. 241-243.

¹¹⁴⁶ **RLA-28**, *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI N.º ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013.

1123. El tribunal del caso *Tza Yap Shum c. Perú* ignoró una certificación según la cual el demandante sufrió hipertensión dos años después de las supuestas medidas adversas del Estado, al sostener que este hecho no revestía la gravedad necesaria como para sustentar una reclamación de daño moral¹¹⁴⁷. De modo similar, las Demandantes han presentado una carta del Sr. Cosma, que afirma que el Sr. Aven inició un tratamiento el día 23 de junio de 2013, también dos años después de la "paralización del proyecto" y que experimentaba *"ansiedad, se sentía inquieto, nervioso, se fatigaba fácilmente, tenía dificultades para concentrarse y no estaba durmiendo bien"*¹¹⁴⁸. [Traducción libre]
1124. Segundo, en cuanto a los supuestos daños causados a la reputación empresarial del Sr. Aven, los tribunales han analizado la reputación comercial del inversionista, con anterioridad a las presuntas medidas adversas del Estado, a fin de otorgar una indemnización por daño moral. Las Demandantes no han rendido prueba alguna del renombre o la reputación empresarial del Sr. Aven en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, con excepción del testimonio interesado del Sr. Aven.
1125. Por último, el Tribunal no puede considerar la supuesta pérdida por parte del Sr. Aven de una oportunidad en Google parte de una compensación por daño moral. En su Primera Declaración Testimonial, el Sr. Aven afirma lo siguiente:
- "Una compañía de la que soy socio tiene valiosos derechos en una aplicación muy popular para los dispositivos iPhone y Android. Tuve la oportunidad de asociarme con Google y Facebook lo que me habría producido millones en descargas de esta aplicación. La aplicación actualmente se vende en las tiendas de aplicaciones en US\$ 19.99. Google y Facebook podrían haber ganado US\$ 4.00 en cada venta y nuestra compañía habría ganado US\$ 12.00. Las proyecciones de Google indicaban que podrían haber vendido 20 millones de descargas al año"¹¹⁴⁹.
1126. La compañía a que se refiere el Sr. Aven es Litchfield Associates, una de las múltiples empresas en que el Sr. Aven participó en calidad de nacional italiano. En la segunda presentación de las Demandantes, el Sr. Valecourt explica que, en el verano del año 2012, el Sr. Aven se le acercó con la idea de asociarse con Google en aras de promover una aplicación relacionada con la Biblia¹¹⁵⁰.
1127. Las expectativas y proyecciones por parte del Sr. Aven respecto de esta supuesta pérdida de oportunidad son totalmente exageradas y magnificadas, tal como explicara el Dr. Tim Hart:

¹¹⁴⁷ RLA-88, Sr. *Tza Yap Shum c. La República del Perú*, Caso CIADI N.º ARB/07/6, 11 de julio de 2011, Laudo, párrs. 283-284.

¹¹⁴⁸ C-270.

¹¹⁴⁹ Primera Declaración Testimonial de David Aven, párr. 244.

¹¹⁵⁰ Declaración Testimonial de Ohryn Valecourt, párr. 7.

"Samuel Aven firmó un contrato en nombre de Litchfield Associates con David Aven, con fecha de 15 de agosto de 2015, para promocionar la venta de la aplicación "You Bible" en la plataforma Google Play. Observo que este contrato sugiere que sería un acuerdo nuevo con Google, sin embargo, el contrato tiene fecha de agosto de 2015, y la aplicación comenzó a estar disponible en Google Play el 6 de marzo de 2015, cinco meses antes del acuerdo propuesto. También noto que, a poco más de un año de estar disponible en la tienda de Google Play, la aplicación apenas alcanzó las 1.000 descargas, lo cual se contradice bastante con la declaración de David Aven de que tendría 40 millones de descargas por año como mínimo. A mi entender, esta era una expectativa absurda, ya que hay cientos de versiones gratuitas de la Biblia disponibles en la tienda de Google Play. Observo, asimismo, que la comisión de 20% que se suponía que recibiría David Aven no era un contrato especial, dado que Litchfield Associates le ofrece el mismo acuerdo a todos los que promocionan la venta de su producto en un sitio web independiente."¹¹⁵¹. (énfasis agregado)

1128. Esta es la razón por la cual el lucro cesante reclamado en contextos de daño moral ha sido catalogado como especulativo en el marco del derecho internacional público¹¹⁵². La intención de las Demandantes de sacar provecho de un acuerdo falso debe desestimarse.

1129. En conclusión, ni la conducta de la Demandada ni los supuestos daños causados a la salud y la reputación del Sr. Aven sustentan un otorgamiento de indemnización por daño moral.

D. Intereses

1130. Las Demandantes alegan que la tasa de interés aplicable sería 6,8% desde el mes de mayo de 2011 hasta el mes de julio de 2016¹¹⁵³. Insinúan que modificaron levemente el cálculo para tener en cuenta el aumento esperado en el valor de la tierra y el costo de oportunidad de hacer negocios¹¹⁵⁴. Sin embargo, existe una inconsistencia en su petitorio, en el que solicitan intereses posteriores al laudo a la tasa WACC calculada por el Dr. Abdala. Volviendo a la Tabla XI del Segundo Informe Abdala, esta cifra es 7,6%, y no 6,8%, lo que supone una contradicción por parte de las Demandantes.

1131. Las Demandantes insisten en solicitar una tasa de interés que es excesiva e inapropiada. Tal como aseverara el Dr. Hart:

" En mi opinión, las tres tasas están infladas y son inapropiadas. Tal como lo expresé en mi Primer Informe, debido a que el DR-CAFTA no

¹¹⁵¹ Segundo Informe Hart, párr. 83.

¹¹⁵² **RLA-84**, Ingeborg Schwenzer, Moral Damages in International Investment Arbitration en Stefan Michael Kroll, Loukas A. Mistelis, Pilar Perales Viscasillas y Vikki M. Rogers (eds), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Kluwer Law International 2011) 425.

¹¹⁵³ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 444.

¹¹⁵⁴ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 443.

especifica cuál tasa de interés se debe aplicar en caso de que se otorgue la compensación a cualquiera de las partes, recomendando que sea la tasa del Tesoro de EE. UU. a 10 años o la tasa LIBOR+2% a 6 meses. "1155.

1132. Tal como demostrara el Dr. Hart en su Segundo Informe, la aplicación de cualquiera de las tasas propuestas por el Dr. Abdala aumentaría los daños en forma artificial¹¹⁵⁶.
1133. Además, las Demandantes también solicitan que se les otorguen intereses posteriores al laudo, al WACC de 7,6% calculado por el Dr. Abdala, acumulados desde la fecha del laudo hasta la recepción del pago efectivo¹¹⁵⁷. No obstante, el Dr. Hart explica que nunca ha estado involucrado en un caso en el que el WACC se otorgara en concepto de intereses posteriores al laudo, y, por ende, esta solicitud le parece inadecuada¹¹⁵⁸. En efecto, en el caso *Tenaris c- Venezuela*¹¹⁵⁹ (en que el perito de las Demandantes se desempeñó como experto en materia de daños), el Tribunal rechazó intereses basados en el WACC.
1134. Por lo tanto, las Demandantes deberían recibir compensación exclusivamente por los intereses anteriores al laudo a la Tasa del Tesoro de los EE. UU. a 10 años o a la tasa LIBOR+2% a 6 meses.

¹¹⁵⁵ Segundo Informe Hart, párr. 214.

¹¹⁵⁶ Segundo Informe Hart, párr. 215.

¹¹⁵⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, Solicitud de Reparación (8).

¹¹⁵⁸ Segundo Informe Hart, párr. 216.

¹¹⁵⁹ RLA-35.

XI. LA DEMANDADA TIENE DERECHO A RECLAMAR LA RESTAURACIÓN DE LAS TIERRAS

1135. En su Memorial de Contestación, la Demandada alega que las Demandantes llevaron a cabo obras que tuvieron un impacto negativo en el Sitio del Proyecto y causaron un daño ambiental considerable¹¹⁶⁰. En consecuencia, la Demandada le solicita al Tribunal que concluya que las Demandantes deberían reparar los daños causados por su actividad¹¹⁶¹.
1136. Las Demandantes ahora intentan eludir su incuestionable responsabilidad argumentando que el DR-CAFTA no comprende las reconvenciones¹¹⁶² y que, en cualquier caso, la Demandada no demostró que ellas le causaran daño al Sitio del Proyecto¹¹⁶³.
1137. Por el contrario, la Demandada alega lo siguiente: (A) que el Capítulo 10 del DR-CAFTA prevé las reconvenciones planteadas por los Estados demandados; y (B) que la Demandada ha probado la existencia de daños a los ecosistemas en el Sitio del Proyecto. Por lo tanto, la Demandada tiene derecho a reclamar la restauración de las tierras que las Demandantes deberían reparar.

A. El Capítulo 10 del DR-CAFTA prevé las reconvenciones por parte de los Estados demandados

1138. Las Demandantes alegan que el DR-CAFTA no contempla reconvenciones. En este sentido, argumentan que, a partir de la lectura del Artículo 10.26 del DR-CAFTA, en particular, los párrafos 1 y 8, podría deducirse que "...el demandante-inversor no puede interpretarse también como un 'demandado'"¹¹⁶⁴ y que "[p]or lo tanto, es imposible que un 'demandado' [...] sea otra cosa que un País anfitrión"¹¹⁶⁵.
1139. Sorprende la valentía de las Demandantes al afirmar que, a partir de dichos párrafos, debería interpretarse que las reconvenciones no están permitidas en virtud del Tratado, cuando una lectura cuidadosa demuestra que se encuentran comprendidas en el DR-CAFTA. Por consiguiente, corresponde enfocarse en la redacción de estas disposiciones.
1140. El Artículo 10.26.1. dispone lo siguiente:

"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;

¹¹⁶⁰ Memorial de Contestación, párrs. 647-655.

¹¹⁶¹ Íd., párrs. 656-658, 661-662.

¹¹⁶² Escrito de Respuesta de los Demandantes, párrs. 446-448.

¹¹⁶³ Íd., párr. 449.

¹¹⁶⁴ Íd., párr. 446.

¹¹⁶⁵ Íd., párr. 447.

(b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución.

Un tribunal podrá también conceder costas y honorarios de abogado de conformidad con esta Sección y con las reglas de arbitraje aplicables. (énfasis agregado)

1141. A su vez, el Artículo 10.26.8 establece lo siguiente:

"Cuando el **demandado incumpla o no acate un laudo definitivo**, a la entrega de una solicitud de la Parte del demandante, se establecerá un panel de conformidad con el Artículo 20.6 (Solicitud de un Grupo Arbitral). La Parte solicitante podrá invocar dichos procedimientos para:

(a) una determinación en el sentido de que el incumplimiento o desacato de los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este Tratado; y

(b) de conformidad con los procedimientos establecidos en el Artículo 20.13 (Informe Inicial), una recomendación en el sentido de que el demandado acate o cumpla el laudo definitivo". (énfasis agregado)

1142. Ninguno de los párrafos mencionados *supra* describe al "demandado" como el inversionista o el Estado receptor. Si la intención de las Partes en el DR-CAFTA hubiera sido excluir completamente las reconvenções por parte de Estados receptores, habrían reemplazado "demandado" por "Estado receptor". En este aspecto, cabe destacar que, en casos de reconvenções, los roles de las partes en el procedimiento se invierten, dado que la reconvenção se plantea como reclamación independiente, y no como defensa¹¹⁶⁶. Por ende, el rol de demandado podría ser desempeñado perfectamente tanto por el inversionista como por el Estado receptor. Además, "la Parte del demandante" no es concluyente para considerar que hace referencia exclusiva al inversionista.

1143. Por consiguiente, el "demandado" del Artículo 10.26.1 puede reflejar fácilmente tanto al inversionista como al Estado receptor. La alegación de las Demandantes de que "...[e]l Tribunal carecería de la facultad necesaria para otorgar la restitución forzada..." no tiene fundamento jurídico, en tanto, muy por el contrario, la redacción del Artículo 10.26.1 no excluye las reconvenções.

1144. El Artículo 10.20.7 del DR-CAFTA también respalda la jurisdicción del Tribunal para entender en la reconvenção planteada por la Demandada.

1145. Las Demandantes consideran que el Artículo 10.20.7 "...[n]o contempla, ni jamás tuvo la intención de contemplar, la presentación de reconvenções que no estén relacionadas

¹¹⁶⁶ **RLA-79**, *Caso Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia)* (Demandas Reconvençonales), Providencia de fecha 17 de diciembre de 1996, Informes de la CIJ. 1997, 256, párr. 27.

con la indemnización por pérdidas de inversiones por parte del País anfitrión en función a un tratado de inversión basado en el Modelo de los Estados Unidos"¹¹⁶⁷.

1146. Las Demandantes explicaron en su Escrito de Respuesta cuál sería el propósito de la cláusula, aunque no plantearon ningún argumento acerca de la postura de la Demandada según la cual su reconvención no se encuentra comprendida en la excepción del Tratado. De hecho, si las partes en el DR-CAFTA decidieran incluir una disposición expresa que abordara el tipo de reclamaciones que están excluidas, puede deducirse de manera lógica que las reconvenciones que no están comprendidas en la excepción se encuentran dentro de la jurisdicción del Tribunal.

1147. Asimismo, la jurisdicción del Tribunal respecto de las reconvenciones se justifica por razones de economía y eficacia procesal. En este sentido, se ha considerado que, al momento de rechazar las reconvenciones, los tribunales hacen lo siguiente:

"[...] forzosamente instruye[n] al Estado demandado a perseguir sus reclamaciones en sus propios tribunales cuando el propio inversionista que había solicitado un foro fuera del aparato del Estado ahora se encuentra obligado a convertirse en demandado. (Y, si obtiene una sentencia adversa, ese antiguo demandado bien podría transformarse en demandante otra vez, planteando otra reclamación en virtud del TBI). Además de la duplicación y la ineficacia, los tipos de costos de transacción que intentan evitar los procedimientos de reconvención y compensación, se trata de un resultado irónico, si no absurdo, contrario, en mi opinión, a los objetivos del derecho internacional de inversiones"¹¹⁶⁸. [Traducción libre]

1148. En síntesis, no hay excepciones fundadas en cuanto a la jurisdicción de este Tribunal para pronunciarse respecto de la reconvención planteada por la Demandada, puesto que el texto del DR-CAFTA autoriza tales reclamaciones.

B. La Demandada ha probado la existencia de daños a los ecosistemas en el Sitio del Proyecto

1149. Las Demandantes simplemente alegan que "*[e]l Demandado no ha podido demostrar (más allá de la mera afirmación por parte del Sr. Erwin en su Dictamen pericial) que las Demandadas han provocado daños al medio ambiente*" y que "*[...] [e]l Demandado no ha intentado explicar cómo cualquiera de las supuestas actividades perjudiciales... pueden atribuirse a las acciones de los Demandantes, ni ha demostrado el supuesto daño al medio ambiente como resultado*"¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁷ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 448.

¹¹⁶⁸ RLA-99, *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/06/1, Opinión Separada de Michael Reisman, 28 de noviembre de 2011.

¹¹⁶⁹ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 449.

1150. Muy por el contrario, el Primer y el Segundo Informes KECE hablan por sí solos en cuanto al daño que las Demandantes le causaron al Sitio del Proyecto.
1151. Primero, KECE detalló las obras que las Demandantes realizaron en el Sitio del Proyecto que tuvieron un efecto adverso en el Ecosistema Las Olas mediante el terraplenamiento, drenaje y relleno de humedales, así como la tala de árboles del bosque¹¹⁷⁰, todo lo cual tuvo un gran impacto en el Sitio del Proyecto y causó un daño ambiental considerable¹¹⁷¹. Si no hubiera sido por Costa Rica que, actuando en virtud del principio precautorio, suspendió el proyecto en forma oportuna, el daño habría sido irreparable.
1152. Las Demandantes supieron con anticipación que había condiciones de humedales en el Sitio del Proyecto¹¹⁷² y que se trataba de un área boscosa¹¹⁷³. Si estas eran las condiciones antes de que las Demandantes iniciaran su desarrollo y, después de las actividades que realizaron, los peritos concluyeron que los humedales fueron perforados y rellenados, y los bosques fueron talados, es evidente que tal daño se debió a la actividad de las Demandantes ¿Quién más sino las Demandantes, a quienes pertenecía (parte) de la propiedad, causó ese daño?
- "[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 una única familia en un humedal rellenado"¹¹⁷⁴.
1153. Como si las conclusiones mencionadas *supra* por sí solas no fueran suficientes, KECE también describió el modo en que el Humedal N.º 1 se ha visto impactado y propone las medidas correctas que deben adoptarse a fin de restaurarlo a sus condiciones físicas originales.
1154. Las Demandantes insisten en una supuesta ausencia de pruebas y en que la Demandada realiza acusaciones radicales¹¹⁷⁵. Sin embargo, la Demandada ratifica que no hay prueba más decisiva que las conclusiones acerca de las condiciones reales del Sitio del Proyecto.
1155. 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 Contestación¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁰ Prime Informe KECE, Sección IV.

¹¹⁷¹ Íd., párrs. 67-68.

¹¹⁷² R-11, Estudio Geológico Hidrogeológico Formulario D1 confeccionado por Roberto Protti, julio de 2007.

¹¹⁷³ Prime Informe KECE, párr. 52.

¹¹⁷⁴ Íd., Anexo C.

¹¹⁷⁵ Escrito de Respuesta de los Demandantes, párr. 449.

¹¹⁷⁶ Memorial de Contestación, párrs. 661-662., 657-659.

XII. PETITORIO

1156. Por las razones expuestas *supra*, Costa Rica solicita respetuosamente que el Tribunal:

1. Declare que la falta de legitimación del Sr. Aven con motivo de su nacionalidad priva al Tribunal de jurisdicción respecto del presente arbitraje *vis-à-vis* el Sr. Aven y, por ende, impide que el Sr. Aven solicite reparación al amparo del Tratado;
2. Declare que el Tribunal carece de jurisdicción respecto de las propiedades que no pertenecen a las Demandantes sobre la base de que no reúnen los requisitos para ser consideradas una inversión cubierta al amparo del DR-CAFTA;
3. Declare que el Tribunal carece de jurisdicción respecto de la Concesión o el sitio de la Concesión;
4. Declare que las reclamaciones de las Demandantes son inadmisibles sobre la base de las ilegalidades aquí enunciadas y, por consiguiente, las Demandantes no pueden solicitar reparación al amparo del Tratado;

En subsidio:

5. Desestime todas las reclamaciones en su totalidad y declare que no hay factor de atribución de responsabilidad en contra de la Demandada como consecuencia de lo siguiente:
 - 5.1. Cualquier alegación de violación por parte de Costa Rica de los Artículos 10.5 y 10.7 del DR-CAFTA;
 - 5.2. Cualquier alegación según la cual las Demandantes sufrieron pérdidas por las que Costa Rica podría ser responsable; o
 - 5.3. Cualquier alegación de interferencia por parte del Tribunal en el proceso penal del Sr. Aven que tramita ante los tribunales de Costa Rica;
6. Asimismo, declare que las Demandantes le han causado daños ambientales a Costa Rica;
7. Ordene a las Demandantes que le paguen a la Demandada una indemnización por daños en lugar de la reparación del daño ambiental que las Demandantes le ocasionaron al Ecosistema Las Olas;
8. Ordene a las Demandantes que le paguen a la Demandada todos los costos vinculados al procedimiento que nos ocupa, incluidos los costos del arbitraje y todos

los desembolsos y honorarios profesionales, al igual que los honorarios del tribunal de arbitraje; y

En subsidio y en tanto corresponda:

9. Rechace la valuación por parte de las Demandantes de sus supuestas pérdidas por considerarla excesiva e injustificada, así como la metodología adoptada por las Demandantes en cuanto a la tasa de interés que sería aplicable a cualquier laudo monetario que pudiera dictar este Tribunal; y
 10. Ordene cualquier otro tipo de reparación que el Tribunal considere pertinente.
1157. La Demandada se reserva el derecho de enmendar o, de otro modo, suplementar o modificar su defensa, reconvencción y argumentos en la medida necesaria, hasta tanto el procedimiento se declare cerrado.

Herbert Smith Freehills New York LLP

Herbert Smith Freehills New York LLP

MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR DE COSTA RICA

ANEXO I: ÍNDICE DE DEFINICIONES Y ABREVIACIONES

- **"Informe DeGA de Abril de 2009"** significa el Anexo de la Demandada R-26, Informe de Inspección DeGA-049-2009 de fecha 26 de abril de 2009
- **"Escrito de Respuesta de los Demandantes"** significa el Escrito de Respuesta de los Demandantes de fecha 5 de agosto de 2016
- **"Metodología para la Clasificación de la Tierra"** significa el Anexo de la Demandada R-401, la Metodología Oficial para la Clasificación de la Tierra contenida en el Decreto N.º 20501-MAG-MIRENEM de fecha 5 de mayo de 1991
- **"Memorial de Contestación"** significa el Memorial de Contestación de la Demandada presentado el día 8 de abril de 2016
- **"Informe Green Roots"** significa el Informe de Suelos presentado por los Dres. Johan Perret y B.K. Singh el día 14 de octubre de 2016
- **"Informe Hernández"** significa el Protocolo Ambiental Físico preparado por el Sr. Eduardo Hernández de Geoambiente S.A. que fue presentado por las Demandantes como parte de su Formulario D-1
- **"Medida Cautelar Judicial"** significa el Anexo de las Demandantes C-187, la medida cautelar penal dictada por el tribunal penal de Quepos el día 30 de noviembre de 2011
- **"OATRI"** significa la Oficina de Asesoría Técnica y Relaciones Internacionales, que forma parte de la Fiscalía de Costa Rica
- **"Segundo Informe Abdala"** significa la Valuación de los Daños causados a las Inversiones de David Aven y otros en Costa Rica, presentado por el Dr. Manuel Abdala, de fecha 5 de agosto de 2016
- **"Segundo Informe Hart"** significa la Valuación de los Daños de fecha 28 octubre de 2016, presentada por el Dr. Tim Hart, de fecha 28 de octubre de 2016
- **"Segundo Informe KECE"** significa el Informe Pericial presentado por Kevin Erwin Consulting Ecologist, Inc. de fecha 28 de octubre de 2016
- **"Medida Cautelar de la SETENA"** significa el Anexo de las Demandantes C-, la medida cautelar dictada por la SETENA el día
- **"Informe Siel Siel"** significa el Apéndice F del Segundo Informe KECE, presentado por Siel Siel S.A., de fecha 28 de octubre de 2016

ANEXO II: LISTA DE PROPIEDADES DEL PROYECTO LAS OLAS

A. Propiedades que las Demandantes incluyeron en forma ilícita como parte de su supuesta inversión

1. Propiedades ubicadas en el sitio del Condominio

	Propiedad N.º	Propietario según el Registro Público	Fecha de Inscripción	Superficie Total de la Propiedad (m²)	Anexo
1	P-1420836-2010	Maes Family Corp Sociedad de Responsabilidad Limitada	05/07/2010	739,14	R-392
2	P-1419602-2010	Las Olas y los Árboles Diez Sociedad de Responsabilidad Limitada	22/09/2010	900	R-392
3	P-1469410-2010	Las Olas Más Bellas Seis Sociedad de Responsabilidad Limitada	03/02/2011	718	R-392
4	P-1426019-2010	Puerata Aaul Al Mar Uno Sociedad de Responsabilidad Limitada	23/02/2011	673,82	R-392
5	P-1425913-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	01/04/2013	505	R-392
6	P-1426016-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	01/04/2013	505	R-392
7	P-1426763-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	01/04/2013	505	R-392
8	P-1426080-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	01/04/2013	510	R-392
9	P-1426079-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	01/04/2013	509	R-392
10	P-1426084-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	01/04/2013	508,69	R-392
11	P-1425993-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	30/05/2013	507,97	R-392

	Propiedad N.º	Propietario según el Registro Público	Fecha de Inscripción	Superficie Total de la Propiedad (m²)	Anexo
12	P-1425995-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	30/05/2013	511,58	R-392
13	P-1430641-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	30/05/2013	510,1	R-392
14	P-1427220-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	30/05/2013	720,11	R-392
15	P-1427219-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	30/05/2013	713,50	R-392
16	P-1426732-2010	Three Oceans International Sociedad de Responsabilidad Limitada	30/05/2013	602,75	R-392
17	P-1427221-2010	DW Blue Group Sociedad Anónima	29/05/2013	694,96	R-392
18	P-1427222-2010	DW Blue Group Sociedad Anónima	29/05/2013	615,87	R-392
19	P-1430271-2010	DW Blue Group Sociedad Anónima	29/05/2013	502,12	R-392
20	P-1427207-2010	Puerta Azul al Mar Uno Sociedad de Responsabilidad Limitada	28/03/2011	724,27	R-392
21	P-1427206-2010	Isla Maui Internacional Sociedad Anónima	24/06/2011	632	R-392
22	P-1427205-2010	Andata De La Playa Cero Uno Sociedad de Responsabilidad Limitada	06/06/2011	576,74	R-392
23	P-1425986-2010	DW Blue Group Sociedad Anónima	29/05/2013	614,45	R-392
24	P-1425987-2010	DW Blue Group Sociedad Anónima	29/05/2013	694,25	R-392
25	P-1425984-2010	DW Blue Group Sociedad Anónima	29/05/2013	686,71	R-392
26	P-1432587-2010	Laurence De Respino	17/03/2015	652	R-392
27	P-1432586-2010	The Dull's Investment Sociedad de Responsabilidad Limitada	14/03/2011	652	R-392
28	P-1431045-2010	Las Olas y Los Mangos Ocho Sociedad de Responsabilidad Limitada	21/11/2012	642	R-392

2. Propiedades ubicadas en el sitio de Servidumbres y otros lotes

	Propiedad N.º	Propietario según el Registro Público	Fecha de Inscripción	Superficie Total de la Propiedad (m²)	Anexo
1	162482-000	Three Oceans International	04/07/2013	548,55	R-322
2	162483-000	Three Oceans International	04/07/2013	595,96	R-322
3	162484-000	Three Oceans International	04/07/2013	550	R-322
4	162485-000	Three Oceans International	04/07/2013	549,90	R-322
5	162486-000	Three Oceans International	04/07/2013	549,90	R-322
6	162487-000	Three Oceans International	04/07/2013	560,66	R-322
7	159552-000	Manuel Rojas	19/01/2012	520	R-322
8	159553-000	Sand Group Investments	29/04/2013	513,20	R-322
9	159554-000	Sand Group Investments	29/04/2013	513,20	R-322
10	159555-000	Samuel Bermúdez	20/01/2014	565,03	R-322
11	159556-000	Sand Group Investments	29/04/2013	582,54	R-322
12	159557-000	Soluciones Unicas Fiesta	08/05/2015	509,61	R-322
13	159558-000	Soluciones Unicas Fiesta	08/05/2015	509,24	R-322
14	159559-000	Soluciones Unicas Fiesta	08/05/2015	511,87	R-322
15	159607-000	Sand Group Investments	29/04/2013	504,11	R-322
16	159608-000	Sand Group Investments	29/04/2013	509,33	R-322
17	159609-000	Sand Group Investments	29/04/2013	550	R-322
18	159610-000	Famosos de visita en el trópico	28/01/2010	559,37	R-322
19	159611-000	Coastal life properties	26/04/2010	501,08	R-322
20	159612-000	Noelani Costa Can S.A.	11/05/2010	562,11	R-322
21	159847-000	Samuel Bermúdez	11/12/2013	545	R-322
22	159848-000	Las Olas Monos Tres	09/12/2010	514,43	R-322
23	159849-000	Las Olas y La Selva Cuatro	30/11/2010	445,19	R-322
24	159850-000	Bandera de Mar Dos	25/02/2011	537,21	R-322
25	159851-000	Bandera de Mar Dos	19/01/2015	613,98	R-322
26	159852-000	Rolando Solano Romero	12/05/2015	487,44	R-322

	Propiedad N.º	Propietario según el Registro Público	Fecha de Inscripción	Superficie Total de la Propiedad (m²)	Anexo
27	159853-000	Rolando Solano Romero	12/05/2015	550,91	R-322
28	159854-000	Rolando Solano Romero	12/05/2015	626,19	R-322
29	158408-000	Honorable Cartulario Nocturno	04/05/2012	819,88	R-322
30	158411-000	Vistas de Esterillos	02/07/2009	548,22	R-322
31	158412-000	CRG Group Holdings	11/01/2013	551,83	R-322
32	158413-000	CRG Group Holdings	11/01/2013	463,47	R-322
33	158414-000	Las Olas Limpias Cinco	13/08/2010	478,08	R-322
34	158415-000	Corazón de la tierra en Esterillos	07/05/2015	494,94	R-322
35	158360-000	Pozas tranquilas de Esterillos	02/10/2009	592,19	R-322
36	158361-000	LO Esterillos nueve	12/08/2010	544,53	R-322
37	158362-000	Leon & Mussio S.A.	11/12/2008	523,94	R-322
38	158363-000	Carosomu noventa y tres	21/05/08	550	R-322
39	158364-000	Paisajes de Esterillos	31/03/08	559,11	R-322
40	158365-000	Paisajes de Esterillos	31/03/08	470,69	R-322
41	158366-000	LO con guacamayas siete	02/09/10	489,90	R-322
42	158367-000	Las Olas beach resort	01/10/09	455,87	R-322

B. Propiedades cuya titularidad cambió desde el Memorial de las Demandantes

	Propiedad N.º	Propietario según el Registro Público	Fecha de Inscripción	Superficie Total de la Propiedad (m²)	Anexo
43	162394-000	Luis Felipe Gutiérrez	09/09/2015	362	R-323
44	162395-000	Yessenia Venegas	22/06/2015	714,85	R-323
45	162396-000	Yessenia Venegas	16/03/2016	538,14	R-323
46	162399-000	Yessenia Venegas	16/03/2016	501,05	R-323
47	162400-000	Yessenia Venegas	07/05/2015	544,25	R-323
48	159930-000	Yessenia Venegas	08/05/2015	495,02	R-323
49	162480-000	Corazón de la tierra en esterillos	22/06/2015	537,53	R-323
50	156491-000	Costa Rica Dream Esterillos One S.A.	12/05/2016	1846,81	R-323

C. Propiedades de las Demandantes cuya titularidad fue probada en el Memorial de las Demandantes

	Propiedad N.º	Propietario según el Registro Público	Fecha de Inscripción	Superficie Total de la Propiedad (m²)	Anexo
51	156477-000	Las Olas Lapas Uno	13/10/2010	27.809,60	C-5
52	156478-000	Iguanas de Esterillos Oeste	18/02/2008	7.239,04	C-5
53	162397-000	Mis Mejores Años Vividos	20/06/2008	669,13	C-5
54	162398-000	Mis Mejores Años Vividos	02/09/2008	656,96	C-5
55	159931-000	Mis Mejores Años Vividos	05/06/2008	510,58	C-5
56	159932-000	Mis Mejores Años Vividos	05/06/2008	510,58	C-5
57	159933-000	Mis Mejores Años Vividos	08/05/2008	573,74	C-5
58	159934-000	Mis Mejores Años Vividos	08/05/2008	542,35	C-5
59	159935-000	Mis Mejores Años Vividos	08/05/2008	512,82	C-5
60	159936-000	Mis Mejores Años Vividos	08/05/2008	512,82	C-5
61	159937-000	Mis Mejores Años Vividos	05/06/2008	527,24	C-5
62	162481-000	Mis Mejores Años Vividos	08/09/2008	548,55	C-5
63	159795-000	Cerros de Esterillos del Oeste	29/05/2008	458,94	C-5
64	159796-000	Cerros de Esterillos del Oeste	29/05/2008	491,17	C-5
65	159797-000	Cerros de Esterillos del Oeste	29/05/2008	503,64	C-5
66	159798-000	Cerros de Esterillos del Oeste	29/05/2008	583,94	C-5
67	159799-000	Cerros de Esterillos del Oeste	29/05/2008	540,90	C-5
68	159800-000	Cerros de Esterillos del Oeste	29/05/2008	501,73	C-5
69	159801-000	Cerros de Esterillos del Oeste	29/05/2008	501,73	C-5
70	159802-000	Cerros de Esterillos del Oeste	29/05/2008	524,46	C-5
71	158409-000	Mis Mejores Años Vividos	01/04/2008	566,69	C-5
72	158410-000	Mis Mejores Años Vividos	01/04/2008	545,38	C-5

D. Propiedades de las Demandantes cuya titularidad fue probada en el Escrito de Respuesta de los Demandantes

	Propiedad N.º	Propietario según el Registro Público	Fecha de Inscripción	Superficie Total de la Propiedad (m²)	Anexo
73	156479-000	Mis Mejores Años Vividos	08/05/2008	357,34	C-273
74	156480-000	Mis Mejores Años Vividos	29/02/2008	353,68	C-273
75	156481-000	Mis Mejores Años Vividos	17/06/2008	366,54	C-273
76	156482-000	Mis Mejores Años Vividos	03/03/2008	360,75	C-273
77	156483-000	Cerros de Esterillos del Oeste	15/02/2008	358,33	C-274
78	156484-000	Mis Mejores Años Vividos	03/03/2008	255,47	C-273
79	156485-000	Mis Mejores Años Vividos	13/02/2008	355,09	C-273
80	156486-000	Mis Mejores Años Vividos	13/03/2009	352,39	C-273
81	156487-000	Paisajes de Esterillos	13/03/2009	343,03	C-275

E. Propiedades que las Demandantes admitieron que no les pertenecían

	Propiedad N.º	Propietario según el Registro Público	Fecha de Inscripción	Superficie Total de la Propiedad (m²)	Anexo
82	156488-000	3101479152, S.A.	30/05/2008	538,27	No disponible
83	156489-000	3-101-567250, S.A.	08/06/2009	545	No disponible
84	156490-000	Sand Group Investments	29/04/2013	13.676,18	No disponible