

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

Demandado

**MEMORIAL DEL DEMANDADO POSTERIOR A LA
AUDIENCIA**

Presentado en nombre del demandado por:

MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR DE COSTA RICA

Autopista Próspero 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, 14th Floor
New York, NY 10017
EE.UU.

13 de marzo de 2017

TABLA DE CONTENIDOS

I.	RESUMEN EJECUTIVO.....	9
II.	INTRODUCCIÓN.....	23
III.	CRONOLOGÍA DE COSTA RICA	24
	A. Decisión de la parte demandante de invertir en Costa Rica	25
	B. Conocimiento de la ley – asesoría al adquirir las tierras y posteriormente.....	28
	C. Perfil de Desarrollo - Fases	31
	D. Consultoría EDSA/NORTON.....	33
	E. El primer proceso de Solicitud de VA no se completó	37
	F. La carga de la prueba en el proceso de VA.....	40
	1. La ley no admite la interpretación que hace la parte demandante del Artículo 109.....	41
	2. Los testigos de la parte demandante reconocen que la carga era de la parte demandante	43
	G. Desarrollos en 2005 y 2006	47
	H. La parte demandante ejecutó ilegalmente la solicitud de la VA	49
	1. La fragmentación tal y como la realizó la parte demandante es ilegal.....	49
	2. Existieron banderas rojas relativas a la presencia de humedales.....	62
	a) Desarrollo del sitio Las Olas en 2007: Solicitud D1 (Sección de Condominio)	63
	b) El informe Protti	64
	i. Interpretación de la parte demandada del Informe Protti	65
	c) El Informe de Castro de la Torre	70
	I. El desarrollo en las Servidumbres era ilegal.....	71
	J. Las Servidumbres 8 y 9 nunca recibieron permisos de construcción.....	74
	"Se indica en el párrafo 11, frente a la denuncia con la fecha del 26 de abril de 2009. Entonces deseo corregir esa fecha al 27 de abril. Esto fue muy probable por un error en el momento de colocar la fecha, cual era una inspección que se realizó el día lunes. Entonces es para corregir al 27 de abril."	81
	K. La evidencia científica respalda la existencia o posible existencia de humedales	83
	L. Testimonio de experto de Costa Rica	85
	2. Green Roots.....	89
	3. Crítica de los expertos de la parte demandante (ref: Humedales): ERM, Barboza, Baillie	92
	a) Evidencia de ERM en los humedales identificados.....	92
	b) El Informe de ERM carece de análisis y de datos críticos y sin embargo, la conclusión sigue mostrando signos de humedales	94
	c) Fallo de ERM para opinar sobre el Principio Precautorio	97
	d) ERM confirma el desarrollo en las Servidumbres	97
	e) Conclusión relativa al Informe ERM	98
	4. El informe del Dr. Baillie sobre suelos confirma la presencia de suelos hídricos en el Proyecto Las Olas.....	98
	5. Informe de Barboza sobre la existencia de humedales en Las Olas.....	101
	M. Tala ilegal de árboles de la parte demandante en el Sitio del Proyecto	101
	N. Aplicación de las leyes de Costa Rica: emisión de medidas cautelares	103
	O. Trabajos ilegales después de las medidas cautelares.....	105
	P. El Sr. Aven huyó del país sin justificaciones razonables	106
	Q. Crítica de la parte demandada en el Arbitraje.....	107

IV.	LA LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA	110
A.	El Capítulo 10 del DR-CAFTA es aplicable junto con otros capítulos del Tratado y, en particular, el Capítulo 17	111
1.	Una interpretación adecuada del DR-CAFTA en el marco de la CVDT exige que el Tribunal haga una lectura balanceada del Capítulo 10 junto con otros Capítulos del Tratado	111
2.	La parte demandante no han podido demostrar que el Capítulo 10 del DR-CAFTA deba aplicarse de manera aislada.....	116
a)	La restrictiva interpretación de la parte demandante del Artículo 10.2(1) contradice expresamente el texto del DR-CAFTA	117
b)	La interpretación de las disposiciones del TLCAN a los efectos del Artículo 10.2(1) del es inapropiada en el contexto del DR-CAFTA	120
c)	Los nuevos documentos de la parte demandante sobre las presuntas interpretaciones de Costa Rica en relación con el Artículo 10.2(1)	121
B.	El Tribunal debe aplicar las reglas ambientales del derecho internacional	122
1.	Los principios ambientales derivados de las "normas del derecho internacional" son aplicables en virtud del Artículo 10.22 del DR-CAFTA	122
d)	Los principios ambientales contenidos en los acuerdos internacionales forman parte de la legislación aplicable	123
e)	El principio precautorio también se deriva del derecho internacional consuetudinario.....	125
C.	La legislación nacional ambiental de Costa Rica también es pertinente para la adjudicación del Tribunal.....	128
1.	Los principios ambientales derivados de las leyes de Costa Rica enmarcan los derechos y las obligaciones de la parte demandante y fundamentan el contenido de los compromisos contraídos por la demandada	128
2.	La parte demandante interpretan erróneamente el argumento de la demandada acerca del derecho interno como estrategia para desestimar las normas ambientales aplicables	130
3.	El contenido y el efecto de los principios ambientales en el marco de la legislación costarricense	132
f)	El principio precautorio es un principio fundamental del derecho ambiental costarricense.....	133
g)	El principio de prevención es la otra cara del principio precautorio que también deben fundamentar la decisión del Tribunal.....	136
h)	El principio de no regresión también es un instrumento para la interpretación de las leyes ambientales	137
D.	CONCLUSIÓN.....	138
V.	LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER LAS RECLAMACIONES	138
A.	El Sr. Aven no es un inversionista protegido en el marco del DR-CAFTA	139
B.	El Sr. Shiolen y el Sr. Raguso no poseen una inversión cubierta en el marco del DR-CAFTA.....	140
C.	El Tribunal no tiene jurisdicción sobre propiedades que no les pertenecen a la parte demandante	142
D.	El Tribunal no tiene jurisdicción sobre el sitio de la Concesión	142
1.	La defensa de la parte demandante confunde la competencia ratione materiae del Tribunal sobre el sitio de Concesión con asuntos de validez legal.....	143
2.	La parte demandante deben asumir la carga de probar la propiedad legítima de su inversión	148

3.	El señor Aven adquirió la totalidad de las acciones de La Canícula en violación de la Ley ZMT.....	150
4.	La falta de evidencia muestra que, a la fecha de terminación del Contrato de Fideicomiso, el señor Aven tenía en su poder la totalidad de las acciones de La Canícula, en violación de la Ley ZMT.....	153
5.	La constitucionalidad de la regla del 51% impide que la defensa de la parte demandante alegue una presunta discriminación contra extranjeros.....	156
6.	La parte demandante evadieron el procedimiento apropiado para adquirir sus participaciones en La Canícula.....	158
7.	Conclusión.....	160
VI.	ADMISIBILIDAD DE LOS RECLAMACIONES.....	161
A.	La conducta ilícita e ilegal de la parte demandante en la operación de su presunta inversión convierte en inadmisibles sus reclamaciones.....	161
1.	El derecho internacional no defiende la protección de reclamaciones ilegales.....	161
2.	Los argumentos de la parte demandante no han logrado camuflar las ilegalidades incontestables asociadas a su inversión.....	164
i)	La " <i>teoría jurisdiccional innovadora</i> " de la demandada.....	164
j)	La alegación de la parte demandante de que el DR-CAFTA no incorpora una defensa por motivo de admisibilidad.....	164
k)	El malentendido de la parte demandante respecto del "cumplimiento de la legislación local".....	165
3.	Nada le impide a la demandada traer a colación las ilegalidades de la parte demandante.....	167
B.	La parte demandante no han presentado una solicitud de protección y seguridad plenas y el Tribunal debe rechazar cualquier intento de hacerlo.....	169
VII.	LA PARTE DEMANDANTE HAN PRESENTADO RECLAMACIONES AJENAS AL ALCANCE DEL ARTÍCULO 10.5 DEL TRATADO.....	172
A.	El artículo 10.5 del DR-CAFTA no establece las normas de protección que la demandada presuntamente infringió.....	172
1.	Las expectativas legítimas no están incorporadas en la norma de protección de trato justo y equitativo.....	175
2.	La prohibición contra la arbitrariedad y el abuso de autoridad.....	176
3.	De acuerdo con el DR-CAFTA, el debido proceso no es una norma independiente.....	177
4.	Conclusión.....	178
B.	Los esfuerzos de la parte demandante por extender la protección contenida en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA son infructuosos.....	179
VIII.	POR OTRA PARTE, COSTA RICA CUMPLIÓ EN TODO MOMENTO CON EL ARTÍCULO 10.5.....	183
A.	La parte demandante no han podido demostrar su reclamación de que la demandada frustró sus expectativas legítimas.....	183
1.	La parte demandante no satisfacen los elementos de una reclamación de expectativas legítimas en el marco del derecho internacional.....	183
l)	La parte demandante admiten que sus expectativas legítimas eran que Costa Rica aplicaría sus leyes ambientales.....	184
m)	Las presuntas expectativas de la parte demandante deben evaluadas en el momento en que se realizó la inversión.....	184
n)	La parte demandante basó sus presuntas expectativas en un análisis subjetivo inapropiado.....	187

o)	La concesión de viabilidad ambiental o permisos de construcción no sirve de base para la reclamación de la parte demandante de ver frustradas sus expectativas legítimas.....	188
p)	La parte demandante no han podido demostrar que su confianza en los permisos de viabilidad ambiental y construcción para evadir la protección ambiental era "legítima".....	190
q)	La ignorancia de la ley por parte de la parte demandante no es excusa para que proceda una reclamación por expectativas legítimas	191
2.	Costa Rica aplicó su legislación ambiental de manera coherente con el DR-CAFTA	194
r)	Lo que la parte demandante debían saber cuando decidieron invertir en Costa Rica.....	195
s)	No era necesario que las medidas cautelares observaran el plazo de 15 días.....	196
t)	El comportamiento de la demandada fue coherente con los principios de buena fe del ordenamiento jurídico de Costa Rica.....	198
u)	Hasta la fecha, la parte demandante todavía cuentan con opciones disponibles	201
v)	Los nuevos argumentos de la parte demandante sobre violaciones a leyes administrativas no se sostienen según las leyes de Costa Rica	205
B.	La parte demandante no han podido hacer valer su alegato de denegación de justicia.....	207
1.	La reclamación encubierta de denegación de justicia interpuesta en virtud de 10.5 debe fallar	207
2.	A la parte demandante se les otorgó el debido proceso en todo momento	208
w)	El Proyecto Las Olas no se ha clausurado sin una decisión administrativa definitiva	208
x)	La señora Díaz y la señora Vargas no actuaron 'de manera completamente no transparente'	209
y)	Los órganos costarricenses no ignoraron las determinaciones previas de otros organismos.....	211
z)	Las recomendaciones del señor Briceño al Concejo Municipal no muestran violaciones al debido proceso	213
i.	Las recomendaciones del señor Briceño al Concejo Municipal no guardan ninguna relación con la responsabilidad de Costa Rica conforme al DR-CAFTA.....	213
ii.	La posición de la parte demandante sobre las recomendaciones del señor Briceño	215
iii.	Conclusión.....	220
3.	El señor Martínez no demostró un comportamiento arbitrario	220
aa)	El Tribunal no puede confiar en la comprensión errónea del señor Morera del derecho penal costarricense	222
bb)	La supuesta "venganza personal" del señor Bucelato y la falta de calificaciones técnicas	225
cc)	El señor Martínez tenía suficientes elementos para demostrar la intencionalidad del señor Aven.....	226
dd)	El señor Martínez imputó al señor Aven conforme a la ley correcta	228
ee)	El señor Martínez no hizo caso omiso de los informes contradictorios; más bien, sopesó la evidencia disponible para proceder a la formulación de cargos penales	230

	i.	El informe del INTA	230
	ii.	El Informe del SINAC de julio de 2010.....	232
	ff)	El señor Martínez llevó a cabo una investigación adecuada de la autoría y el uso del documento falso	234
	gg)	El señor Martínez investigó las obras de la Municipalidad fuera del sitio del proyecto Las Olas.	235
	hh)	La negativa del señor Martínez de extender el juicio fue legítima	236
	ii)	El señor Martínez no 'ignoró' las directrices del Ministerio Público al realizar su investigación.....	238
	jj)	El señor Martínez actuó de manera razonable cuando solicitó una orden internacional de detención contra el señor Aven.....	239
	kk)	La parte demandante contaban con una variedad de recursos administrativos y judiciales para presentar una querrela	240
	ll)	Los procesos penales están en curso y la parte demandante cuentan con diversas vías a las que aún no han recurrido.....	241
	mm)	Conclusión	242
C.		La demandada no abusó de sus derechos ni de la autoridad contra la parte demandante.....	242
	1.	Las acusaciones de soborno de la parte demandante no se han comprobado, por lo cual no pueden respaldar el reclamo de abuso de derechos de parte de la parte demandante	242
	2.	La solicitud de Costa Rica de una notificación roja de INTERPOL no implicaba un abuso de derechos	244
IX.		COSTA RICA NO EXPROPIÓ NINGUNA DE LAS SUPUESTAS INVERSIONES DE LA PARTE DEMANDANTE	246
	A.	¿Cuál es la inversión de la parte demandante conforme al artículo 10.28 del DR-CAFTA?.....	246
		1. La supuesta inversión de la parte demandante comprende terreno sin construir que hasta la fecha es de su propiedad.....	247
		2. Las VA y los permisos de construcción de la parte demandante no son inversiones cubiertas susceptibles de ser objeto de expropiación indirecta	247
	B.	La conducta de la demandada está comprendida en la excepción establecida en el inciso 4(b) del Anexo C-10.....	251
	C.	Como alternativa, el Tribunal tendría que aplicar el inciso 4(a) del Anexo C-10.....	253
		1. La demandada no ha privado en forma permanente a la parte demandante del valor ni el control de su supuesta inversión.....	253
		2. Las acciones de la demandada no interfirieron con ninguna "expectativa razonable de inversión"	255
		3. Las acciones de la demandada se han de caracterizar como el ejercicio de buena fe de competencias policiales que no respaldan una reclamación por expropiación indirecta en virtud del Tratado	256
	D.	Para efectos de indemnización, el Tribunal debe considerar si una medida expropiatoria era ilegal	256
	E.	Conclusión.....	257
X.		DAÑOS Y PERJUICIOS	258
	A.	La cuantificación de los daños de la parte demandante debería basarse en un método de costos	260
		1. El enfoque de costos del Dr. Hart es el método apropiado para la valoración del Proyecto Las Olas	261

2.	El “enfoque híbrido” del Dr. Abdala es completamente defectuoso	263
nn)	El enfoque del Dr. Abdala es completamente especulativo	263
oo)	El Dr. Abdala omitió información crucial en su cálculo de los daños.....	267
B.	El señor Aven no tiene derecho a un resarcimiento por daño moral	271
XI.	CONTRADEMANDA: LA PARTE DEMANDANTE SON RESPONSABLES POR DAÑOS AMBIENTALES Y, POR TANTO, DEBEN RESTAURAR EL ECOSISTEMA DE LAS OLAS.....	272
A.	El Tribunal tiene jurisdicción sobre las contrademandas en virtud del DR-CAFTA.....	272
1.	El texto del DR-CAFTA prevé la posibilidad de que los Estados demandados interpongan contrademandas contra los inversionistas	272
2.	Las razones de economía y eficacia procesal justifican que la demanda y su contrademanda se resuelvan en el mismo procedimiento.....	273
B.	La demandada ha demostrado la existencia de daños a los ecosistemas en el Sitio del Proyecto.....	275
1.	La parte demandante afectaron ilícitamente un humedal, lo cual causó daños ambientales en el Sitio del Proyecto	275
2.	La parte demandante debe reparar el daño causado al ecosistema	280
XII.	PRAYER OF RELIEF	283
	ANEXO I.....	285
	ANEXO II.....	292
	ANEXO III.....	298

PREGUNTAS DEL TRIBUNAL

Pregunta del Tribunal	Párrafos
1. ¿Cuál es la "inversión" hecha por la parte demandante que está protegida según el Capítulo Diez del DR-CAFTA?	74 - 80; 997 – 1009
2. ¿Ha incumplido la parte demandada con sus acciones y/u omisiones al derecho internacional o, es la legislación costarricense la que ha sido transgredida?	776 – 1038
3. ¿Cuál es la naturaleza de la demanda que presentó la parte demandante? ¿Se trata de una demanda por "negación de justicia"? ¿Una desviación del principio del debido proceso constituye una "negación de justicia"?	751 - 757; 865 – 871
4. ¿Dispone la parte demandante de recursos locales (procedimientos administrativos y / o judiciales) en Costa Rica para abordar los problemas actuales? ¿Es pertinente para este caso que estos recursos se encuentren disponibles?	66 - 67; 843 - 857; 970 - 975; 1023 – 1027
5. A la luz del Artículo 10.22 DR-CAFTA, ¿se debería aplicar la legislación de Costa Rica de alguna forma para decidir el caso?	552 – 591
6. ¿Se han puesto de acuerdo las Partes en cuanto a la descripción y el análisis preparado por el Sr. Weiler, abogado de la parte demandante, comparando las cuestiones planteadas en diferentes presentaciones hechas por el Gobierno de los Estados Unidos de América en los casos del DR-CAFTA?	Pendiente respuesta de la parte demandante. La parte demandada se reserva el derecho de responder de conformidad.
7. La parte demandada presentó como parte de su Declaración Inicial (página 19) en la Audiencia celebrada el 5 de diciembre de 2016, la estructura de la titularidad de propiedad de la parte demandante como resultado de su investigación al tratar de desenredar la confusa descripción de la parte demandante. La parte demandante no parece haber objetado la estructura. ¿Está la parte demandante de acuerdo con tal descripción? ¿Cuáles son las propiedades de los inversionistas? ¿Cómo son las diferentes propiedades que poseen?	Pendiente respuesta de la parte demandante. La parte demandada se reserva el derecho de responder de conformidad.
8. La parte demandante debe confirmar qué lotes dentro de todo el proyecto se han vendido, antes y después del Aviso de Arbitraje.	Pendiente respuesta de la parte demandante. La parte demandada se reserva el derecho de

	responder de conformidad.
9. La parte demandada alega que titularidad de La Canícula ha infringido el Art. 47 de la Ley ZMT. ¿Por qué la parte demandada no inició el procedimiento pertinente para anular la concesión o la venta de las acciones por parte del Sr. Monge?	666 - 675
10. ¿Cuál es la jerarquía entre las agencias de Costa Rica para determinar las cuestiones ambientales que afectan a los humedales? En aquellos casos en los que pudiera haber responsabilidades compartidas, ¿quién tiene la autoridad final?	883 – 887
11. ¿Puede una orden emitida por una autoridad (administrativa o judicial) ser revocada por las conclusiones de otra?	438 – 440
12. La Solicitud D1 (R-13) presentada para la Sección de Condominio contenía adjunta el estudio geotécnico de Tecnocontrol S.A. de fecha 18 de junio de 2007. Durante la audiencia se planteó que este estudio puede referirse a un desarrollo separado (diferente al de Las Olas). ¿Se presentó este informe por error en la solicitud D1? ¿Se preparó uno para el proyecto del Condominio Las Olas? ¿Alguna vez se presentó?	Pendiente respuesta de la parte demandante.

I. RESUMEN EJECUTIVO

1. El caso de la parte demandante se fundamenta en el alegato de que Costa Rica interrumpió ilegalmente el trabajo de construcción del Proyecto las Olas. Durante las presentaciones de cierre de la parte demandante, el abogado de la parte demandante hizo énfasis en que las consideraciones testimoniales y de prueba relativos a las "*cuestiones ambientales/las cuestiones legales costarricenses*" eran "*irrelevantes.*"¹ Continuó diciendo que el análisis de dichas cuestiones fue "*ex post facto*" – una "*reformulación de lo que pasó.*"² En su lugar, la parte demandante enmarcó su caso como aquel "*sobre los permisos que se solicitaron, se expidieron y se utilizaron.*"³
2. El intento de la parte demandante de reformular el caso es poco útil y poco realista por evitar lo que sin lugar a dudas es la cuestión de este arbitraje. Lo que la parte demandante caracteriza como "irrelevante" es precisamente la legalidad de los permisos que dice haber obtenido y en los que se apoyó. Necesariamente, el argumento de la parte demandante de que este caso es "sobre los permisos que se solicitaron, emitieron y utilizaron" debe estar basado en su legalidad. Y la legalidad de dichos permisos es precisamente lo que Costa Rica objeta.
3. Los permisos no sólo se obtuvieron ilícitamente y por lo tanto se utilizaron infundadamente, sino que la ilegalidad que se le atribuye a estos permisos se derivó de la propia conducta y engaño de la parte demandante. Por ende, los permisos solicitados, se solicitaron y obtuvieron contraviniendo la legislación costarricense, en primer lugar.
4. En segundo lugar, los permisos expedidos (y no existe un juego completo de permisos que corresponda a las obras efectivamente emprendidas) no se obtuvieron legalmente y, por lo tanto, no constituyen una base *bona fide* para las obras emprendidas.
5. En tercer lugar, la parte demandante no tenía derecho a hacer uso de los permisos. Además, cuando se descubrió su deficiente legalidad, las autoridades actuaron de forma más que competentes y lograron suspenderlos. Es por ello que toda confianza legítima en los permisos de la parte demandante sólo duró el tiempo en el que su ilegalidad no se había detectado.
6. No es de sorprender que la parte demandante solicite al Tribunal ignorar muchos días de testimonio y muchos cientos de páginas de evidencia, cuando dicha evidencia es tan contundente. ¿Por qué más intentaría la parte demandante cambiar el enfoque del Tribunal, si no fuera por el hecho de que la evidencia identifica tan claramente las obras ilegales?

¹ Declaración Final de la parte demandante, Transcripción Día 6, 2004:14-15.

² Declaración Final de la parte demandante, Transcripción Día 6, 2004:16-17.

³ Declaración Final de la parte demandante, Transcripción Día 6, 2004:18-19.

7. En el presente memorial posterior a la Audiencia, mostraremos y consolidaremos que la evidencia muestra claramente que la parte demandante sabía o debía saber que había humedales y árboles protegidos en Las Olas. Una ilustración rotunda, por supuesto, no es el grado de prueba necesario a satisfacer ante este Tribunal – y la parte demandada mantiene que existe suficiente grado de prueba de estas ilegalidades para que el Tribunal rechace con confianza los reclamos de la parte demandante.
8. La parte demandante procedió con el trabajo de construcción *a pesar de* las banderas rojas que indicaban que había problemas, y en ignorancia o en oposición directa a sus obligaciones imperantes, siguió adelante con las Evaluaciones de Viabilidad Ambiental que pasaron por alto los ecosistemas en el sitio.
9. Adicionalmente, cortaron árboles sin la debida autorización.
10. La parte demandante literalmente enterró la evidencia – los humedales en la esquina suroeste de la propiedad – sus arquitectos y contratistas locales sin duda consideraron las repercusiones de haber tenido que trabajar alrededor de los humedales. Ciertamente, la parte demandante, por medio del Sr. Aven, estaba sin duda desorientada en cuanto a lo que se requería de ella.
11. Todos los permisos se obtuvieron ilícitamente. La parte demandante tenía la responsabilidad de buscar, identificar y revelar la existencia (o incluso la posible existencia) de humedales. Fallaron. El testimonio de la Audiencia demostró que la parte demandante enterró su cabeza en la arena, o que fracasó estrepitosamente en cuanto a tomar en serio los posibles ecosistemas que hoy día sabemos existían en ese tiempo.
12. La parte demandante afirmó que SETENA tenía la responsabilidad de revisar el sitio, pero el testimonio ante este Tribunal demuestra lo contrario, al igual que lo hace la legislación costarricense. Además, aunque se hubiera cometido un error por parte de algunas de las agencias costarricenses no prestando atención a los humedales (como parece ser el caso en parte), o determinando que no existía ninguno cuando lo hicieron – esto también es incidental a la justa conclusión a la que llegaron las autoridades costarricenses.
13. Los permisos que la parte demandante dice haber obtenido no otorgaron derechos inalienables. En ningún momento fueron incapaces de ser suspendidos, en las circunstancias en que se descubrieron los ecosistemas protegidos – como en efecto ocurrió. Resumiremos la posición de la legislación costarricense en este sentido, tal y como claramente lo avala el Fiscal General del país.
14. La legislación costarricense (en el momento en que la parte demandante hizo su inversión en el 2002, y continuamente a partir de ahí), se basaba claramente en que las autoridades podían cambiar su posición y revocar cualquier permiso o revisar su evaluación sobre la existencia de humedales, obviamente siguiendo el debido proceso. Esta habría sido la

legítima expectativa en la medida en que necesita ser identificado en virtud del derecho internacional aplicable.

15. En este informe posterior a la Audiencia trataremos los temas relevantes ante este Tribunal. En la siguiente sección resumiremos los hechos de relevancia así como precisamente las ilegalidades que han sido claramente probadas durante la Audiencia. En la medida en que en este informe posterior a la Audiencia no se ha incluido un resumen, referiremos al Tribunal a los alegatos de la parte demandada, ya que siguen siendo el pilar de la defensa y la contrademanda de la parte demandada.

Sitio	VA	CPs
Primer Condominio	Sí	No
Concesión	Sí	Si
Condominio	Sí (pero obtenidos ilícitamente)	Sí (pero obtenidos ilícitamente)
Servidumbres	No	Sólo 7/9 (pero <u>los 7</u> obtenidos ilícitamente)

16. Si el caso de la parte demandante es "acerca de los permisos que se solicitaron, emitieron y utilizaron " (tal y como concluyó el Sr. Burn durante la Audiencia) – entonces el punto de partida necesario es revisar y concluir qué permisos deberá considerar este Tribunal.
17. La evidencia ante este Tribunal confirma definitivamente que el cuadro anterior es un resumen del estado de situación. Este cuadro fue presentado al Tribunal durante la Declaración Inicial y hoy día sigue siendo un reflejo exacto de la evidencia en el expediente – tal y como muestra el testimonio de los testigos de la parte demandante.
18. La atención del Tribunal debería centrarse en la Sección de Condominio y las Servidumbres. La Sección de Condominio comprende el cuerpo principal del sitio Las Olas, donde se construirían 288 casas y condominios. Esto constituía la mayor parte del proyecto Las Olas. Esto se ilustra en el mapa que se incluye a continuación.



19. La Sección de Servidumbres comprende los tramos a lo largo de la carretera occidental.



20. Debido al posicionamiento de los humedales que fueron identificados por expertos de la parte demandada - y que se discuten en detalle más adelante - las Servidumbres son un área particularmente importante en la cual el Tribunal debería enfocarse. Por ejemplo, no fue por coincidencia que el sitio en donde se ubican los humedales fuera el primer sitio a desarrollar - y que fue desarrollado en ausencia de un permiso de construcción.
21. Además de probar la ilegalidad del trabajo de desarrollo realizado por la parte demandante tanto en la Sección de Condominio como en la Servidumbre, identificamos también la forma en que la parte demandante abordó la VA y las solicitudes de permisos de construcción fragmentando el sitio del Proyecto Las Olas en estas diferentes partes. Esto fue parte de un esfuerzo concertado para evitar el proceso adecuado.
22. El término "fragmentación" se usó inconsistentemente durante la Audiencia (junto a fraccionamiento), y podría haber causado cierta confusión en algunos puntos. En este memorial posterior a la Audiencia, vamos a aclarar la terminología adecuada y su significado legal para el derecho costarricense y para este Tribunal.⁶

⁴ Memorial de la parte demandante, p. 18.

⁵ Id., p. 16.

⁶ Consultar Sección III.H.1.

23. La ventaja para la parte demandante de la fragmentación de todo el sitio en las secciones de Condominio y Servidumbre (además de las secciones de la Concesión y Comercial) fue que la parte demandante minimizó sus obligaciones de presentación de informes y de evaluación de viabilidad ambiental. Sin embargo, las minimizaron en violación de la legislación costarricense. La Sra. Priscilla Vargas testificó en este sentido en su informe así como en su presentación durante la Audiencia. Esto se sigue considerando más adelante.
24. No hubo coincidencia en cuanto a que la parte demandante fragmentara todo el sitio del proyecto Las Olas de la forma en que lo hizo. Además, el proceso de fragmentación fue aprovechado muy específicamente por la parte demandante en relación a su uso de una Viabilidad Ambiental aplicable a la sección de Condominio cuando estaban tratando de obtener los permisos de construcción para la sección de Servidumbres – tal y como el Sr. Bermúdez admitiera libremente durante el conainterrogatorio. Esto es ilegal en virtud de la legislación costarricense y el testimonio del Sr. Bermúdez al respecto es de suma importancia para las deliberaciones del Tribunal.
25. Este enfoque de fragmentar las tierras en grandes secciones efectivamente permitió a la parte demandante eludir la legislación costarricense– y facilitó sus esfuerzos para esquivar las revelaciones que se debieron haber hecho en cuanto a los humedales.
26. En nuestra Declaración Inicial planteamos la pregunta retórica de ¿por qué hicieron esto? La respuesta no es necesariamente para que el Tribunal pueda emitir un fallo, aunque la respuesta ahora es muy clara: rapidez, dinero y el deseo de evitar controles ambientales. Ciertamente, el Sr. Aven mostró una absoluta falta de conocimiento del régimen de permisos ambientales pertinentes – a pesar de haber testificado al contrario en su primera declaración testimonial. Por lo tanto, toda la responsabilidad del proceso de fragmentación quedó en las manos de dos personas (Sr. Juan Carlos Esquivel y Sr Gavridge Pérez), abogados locales de la parte demandante que no fueron presentados como testigos en este arbitraje, a pesar de que se había ofrecido varios otros testigos.
27. La parte demandante se quejó en este arbitraje porque algunos funcionarios de bajo nivel no fueron presentados como testigos por la parte demandada. La parte demandada abordó esta crítica vacía durante las presentaciones de apertura y de cierre en la Audiencia. Los documentos hablan por sí solos y las conclusiones provisionales logradas fueron lo que esos documentos muestran. Se han presentado acusaciones penales contra ciertas personas y, por lo tanto, no es de sorprender que nadie considere inapropiado que se examinen en un contexto en el cual el poder policial sobre la parte demandante no es tan sólido como un tribunal penal costarricense. Ciertamente como hemos visto en este arbitraje, el respeto mostrado por la parte demandante a sus obligaciones de divulgación ha sido seriamente deficiente.

28. No obstante lo que la parte demandante no ha explicado es por qué en una demanda de US\$100 millones, en la cual es relevante una interpretación adecuada de la legislación costarricense, los únicos dos abogados que aparentemente asesoraron al Sr. Aven y a la parte demandante durante el período pertinente sobre fragmentación, obligaciones de divulgación y regímenes de permiso ambiental –los señores Juan Carlos Esquivel y Gavridge Pérez– no estuvieron disponibles para ofrecer ningún testimonio. No existe evidencia de su negación a testificar (lo cual si hubiera sido el caso, el Sr. Aven hubiera sido rápido en señalar cuando se mencionaron sus nombres en virtud del contrainterrogatorio), por lo tanto, podemos asumir con toda seguridad que la parte demandante no les solicitó testificar. Esto al menos es consistente con la conducta de la parte demandante, ya que ningún abogado tampoco ha revelado asesoría escrita u oral.
29. El Sr. Mussio, en su testimonio durante la Audiencia, también evitó preguntas relativas a la Solicitud D1, diciendo que estos temas técnicos se dejaron en manos de Geoambiente. Una vez más nadie de Geoambiente fue presentado para testificar, con lo que ello significa para la carga de la prueba.⁷ El socio del Sr. Mussio, el Sr. Madrigal, tampoco fue presentado para declarar, pese a haber sido el único de los dos socios de la empresa del Sr. Mussio que revisara el informe de Geoambiente.⁸ En el momento apropiado del contra interrogatorio, el Sr. Mussio se lavó las manos de cualquier conocimiento directo de la solicitud D1. Las evasivas del Sr. Madrigal para declarar podrían tener algo que ver con la decisión dictada en su contra por conducta no ética, junto con el señor Mussio.⁹
30. La parte demandante quería que su proyecto fuera lo más rentable posible, y necesitaba agilizar el desarrollo de las Servidumbres con el objeto de evitar las consecuencias ambientales que se hubieran producido si se hubieran identificado humedales en las Servidumbres y en algunas secciones de la sección de Condominio.
31. En su trabajo, literalmente, arrastraron toneladas de tierra fresca sobre los humedales, enterrándolos - algo que fue descubierto desde el punto de vista forense por los doctores Perret y Singh en su informe pericial, el cual sigue sin ser desmentido por los peritos de la parte demandante. Los doctores Perret y Singh literalmente identificaron unas capas de

⁷ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 411:14-21. La importancia de Geoambiente fue enfatizada por el Sr. Mussio en respuesta a la pregunta del Sr. Baker cuando el Sr. Mussio enumeró la experticia que se requería aportar en la Solicitud D1.

Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2 502:7-13."P: *Entonces a excepcion del ingeniero civil y – creo que usted dijo Vargas – tendría que mirar, pero el segundo caballero, que usted tenía estos otros expertos en su empresa, ¿Correcto? r: No, señor. Geoambiente los propocionaba."*

⁸ Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 390:7-12.

⁹ **R-412**, El CFIA sanciona a Mussio Madrigal por empezar obras sin una VA, 22 de febrero de 2016; Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 447-6-448:14. En este sentido la parte demandada incluyó en el Anexo III del Informe un resumen de las múltiples contradicciones del Sr Mussio durante su declaración en la Audiencia.

material de humedal a una profundidad significativa por debajo de la tierra que había sido trasladada allí.

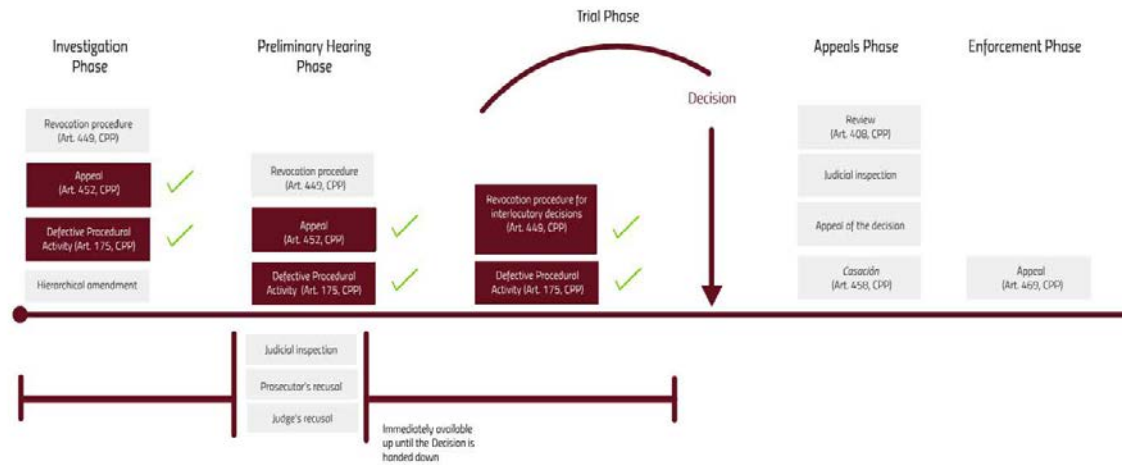
32. Claro que, el motivo de la parte demandante es irrelevante para cualquier fallo. Lo que la prueba documental muestra, junto con la declaración testimonial ofrecida por los testigos de la parte demandante, se resume en este memorial posterior a la Audiencia.
33. Sabemos - por referencia de la prueba documental - lo que la parte demandante conocía con respecto a la existencia de los humedales. Sabemos de las banderas rojas que la parte demandante admitió. Sabemos de la aceptación actual de posibles humedales por parte de los propios expertos de la parte demandante. También sabemos de los tipos de suelo admitidos por los peritos de la parte demandante que, de hecho, prueban que los humedales existen. También sabemos que estos son los mismos humedales que los peritos de la parte demandada identifican como existentes en el sitio hoy día.
34. Esto es de primordial importancia. Los peritos de la parte demandante han admitido la existencia o posible existencia de humedales. Sus testigos hicieron lo mismo. El presente caso está repleto de banderas rojas que los testigos de la parte demandante reconocen.
35. Consideramos las conclusiones del Dr. Baillie, pero un análisis de suelo más riguroso de los Drs, Perret y Singh, de modo exhaustivo demostró que una evaluación relativamente poco profunda de suelos (como la realizada por el Dr. Baillie), pasó completamente por alto el suelo cubierto de humedales.
36. El abogado de la parte demandante intenta hacer adoptar al Tribunal un enfoque restrictivo - independientemente de los hechos - y cavar a una cierta profundidad prescrita. No obstante, dicha profundidad es irrelevante cuando se ha colocado relleno en los terrenos en cuestión. Los terrenos fueron manipulados y el apego a una profundidad predeterminada de análisis de suelo sólo sería un sólido punto de referencia cuando no existe tal actividad.
37. Después de no haber cumplido con su responsabilidad de investigar y revelar todos y cada uno de los problemas ambientales pertinentes - se presentó una solicitud a las autoridades reteniendo u ocultando información crítica. La parte demandante se opuso a esta caracterización. Sin embargo, ¿qué otra descripción existe para un fracaso afirmativo de comunicar información relevante que estaba en su poder en ese momento?
38. La parte demandante presentó información de forma ilícita - y sabiendo esto, realizó trabajos para ocultar los humedales. La parte demandante alega a este Tribunal que ellos obtuvieron legalmente todas las VA y permisos de construcción necesarios. Se trata de una flagrante tergiversación del registro documental.
39. Habiendo obtenido algunos permisos de construcción y VA de forma ilegal - ciertas autoridades que empezaron a cuestionar la integridad ambiental del proyecto abordaron a

la parte demandante. Si, está claro que algunos comunicados oficiales de agencias involucradas indicaron ausencia de humedales. Pero si la parte demandante había realmente ignorado los humedales en primera instancia - este cuestionamiento era una oportunidad para trabajar con las autoridades y resolver cómo integrar y acomodar los ecosistemas sensibles.

40. No lo hizo.
41. Del mismo modo, si los funcionarios que investigaron a la parte demandante hubieran estado genuinamente equivocados, éste era también el momento en que la parte demandante debió haberse involucrado abiertamente con ellos para ayudar en sus investigaciones.
42. No lo hizo.
43. Sin embargo, cuando se confrontó a la parte demandante en una etapa posterior en 2011, una vez que la evidencia se había acumulado indicando la existencia de los humedales y la tala inadmisibles, - *sólo entonces* la parte demandante propuso un plan correctivo - pero requirió del espectro del proceso penal para obtener esa concesión.
44. No obstante, en ese punto, la parte demandante aún se oponía a las investigaciones y solicitudes de las autoridades. Parece difícil de creer que la parte demandante considerara aceptable el recurso de ignorar a las mismas autoridades que si les agradó utilizar cuando previamente recibieron informes útiles de esas autoridades.
45. La parte demandante ignoró a las autoridades - ignoró y rechazó las denuncias y al hacerlo – inició su propia campaña de demonización de los funcionarios encargados de hacer dichas investigaciones. El Tribunal escuchó de la reputación de los testigos de la parte demandada: Mónica Vargas; Luis Martínez; y Hazel Díaz, todos atacados. Esto es infundado.
46. La Sra. Mónica Vargas mostró al Tribunal que ella es una funcionaria pública modesta, de voz suave y diligente, encargada de gestionar las quejas ambientales. En el cumplimiento de este rol, ella tenía que presentar denuncias de forma tal que para los completamente incultos podría parecer que ella estaba fomentando una demanda. Sin embargo, cualquier persona con un mínimo de conocimiento jurídico hubiera sabido que no era la denuncia de Mónica Vargas, sino de la parte demandante subyacente.
47. A pesar de que la parte demandante pasa por alto el más básico principio de la práctica legal, la parte demandante continúa con el mismo argumento (ya sea por ignorancia o por insistencia) de que Mónica Vargas conspira de alguna manera en contra de la parte demandante. (Nosotros sólo podemos asumir que este argumento se plantea por insistencia de la parte demandante, ya que es un punto obvio para abogados calificados como el abogado de la parte demandante).

48. No existen pruebas disponibles para apoyar esta absurda demanda. Aparte de la no evidencia, la parte demandante no ganó nada con el interrogatorio de la Sra. Vargas.
49. Lo mismo aplica a la Sra. Díaz –quien respondió ampliamente todas las preguntas de la parte demandante - durante el interrogatorio el cual no reveló nada que preocupara a este Tribunal.
50. Finalmente, el Sr. Martínez pasó un buen tiempo respondiendo las preguntas de la parte demandante y del Tribunal durante el interrogatorio. Lo hizo de manera desapasionada y refleja el hecho de que no fue el Sr. Martínez quien tomó la decisión final. En efecto, como dijo el Sr. Martínez, y avaló la condecorada Jueza Chinchilla, corresponde al juez penal decidir qué medidas adoptar. A continuación nos ocuparemos de la declaración del Sr. Martínez en detalle – aunque nuevamente, la parte demandante persigue su propia sombra.
51. La decisión del Sr. Martínez de entablar una acción penal no tenía que cumplir el mismo estándar de prueba que el juez tiene que respetar. Esto es coherente con la legislación costarricense. Esto quería decir que el Sr. Martínez podría basarse en indicios que existían como una plataforma de lanzamiento para la investigación. La parte demandante hace una acusación que está tan fundamentalmente viciada que es una vergüenza dado el foro en el cual se está llevando a cabo el arbitraje. La parte demandante alega que al hacer su trabajo, el Sr. Martínez estaba de alguna manera llevando a cabo una campaña personal en contra de la parte demandante.
52. Los ecos de la paranoia del Sr. Aven son notorios. Y sin embargo, la parte demandante no ofreció ni un solo indicio para probar que algo que el Sr. Martínez hubiera hecho haya estado motivado por razones personales. Durante su interrogatorio, la parte demandante tuvo la oportunidad de revelar cualquier venganza personal y sin embargo no se reveló nada.
53. El Sr. Martínez y los otros funcionarios estaban haciendo su trabajo – y no tenían ninguna venganza personal en contra de ningún miembro de la parte demandante. Si la parte demandante sostiene que en cierta forma hubo fallas, ellos tenían (y en muchos aspectos siguen teniendo) todo el aparato estatal para utilizar en procedimientos civiles, administrativos y penales. Pero sorprendentemente, como identificó la parte demandada con los gráficos mostrados durante las Presentaciones de Cierre, casi ninguno de los pasos de los que se pudieron haber seguido se aplicó.

Remedial Options in the Criminal Process

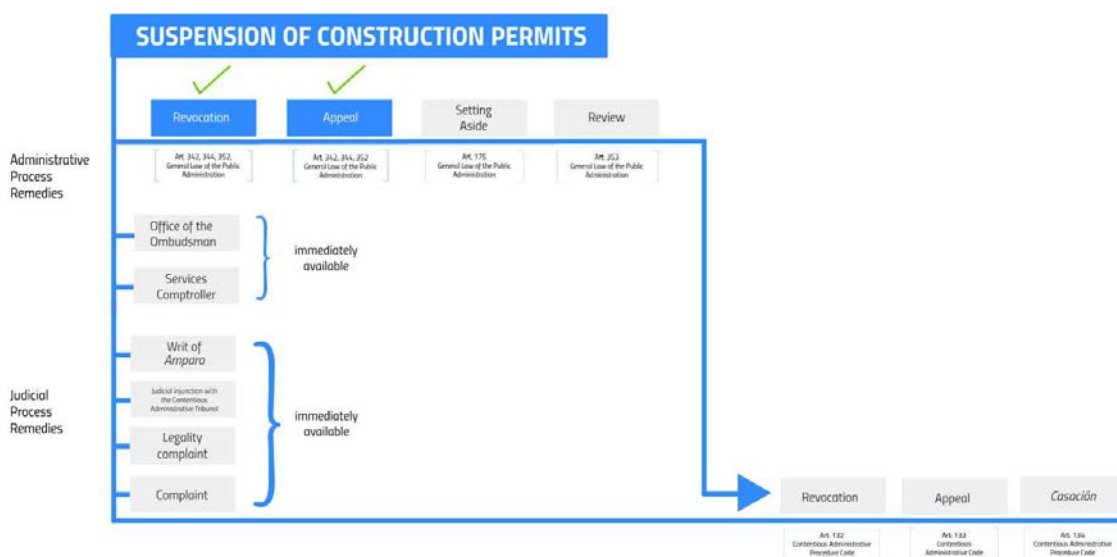
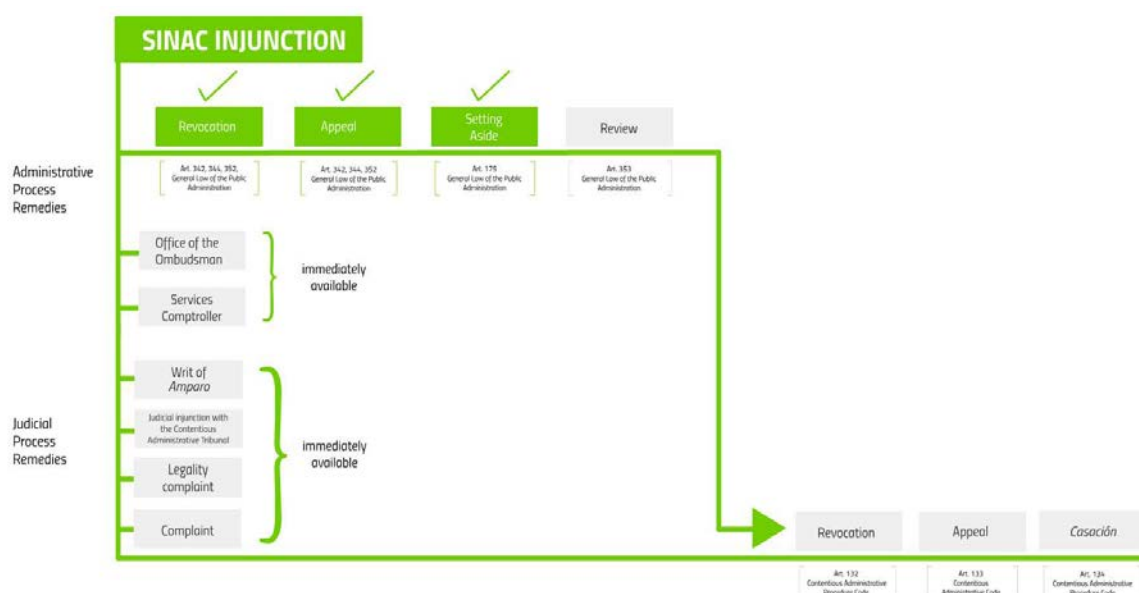


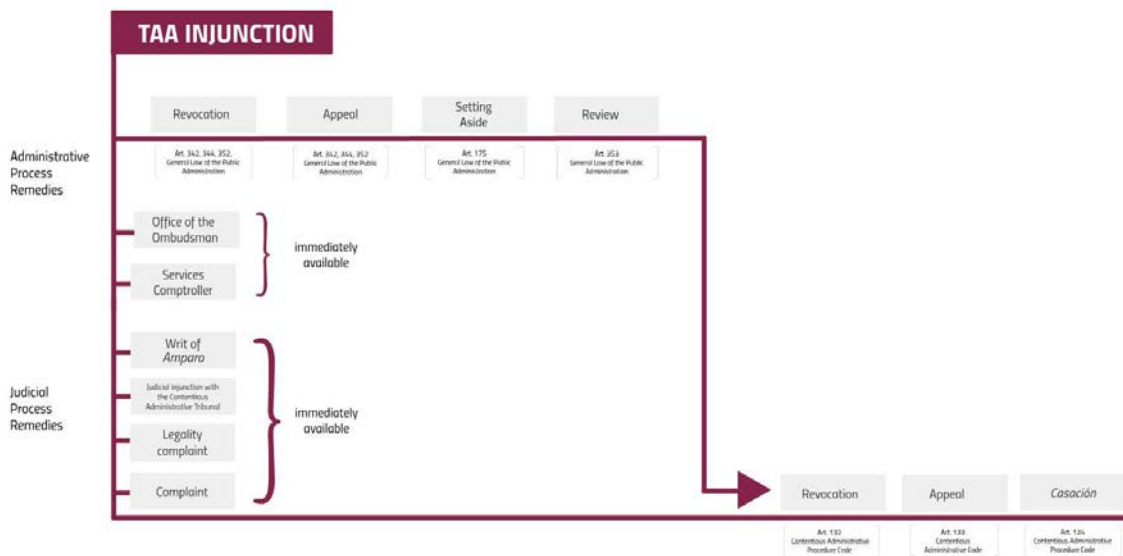
54. Para Costa Rica es una ofensa tener que comparecer ante un tribunal internacional con el consiguiente daño a su reputación, cuando la parte demandante si acaso levantó un dedo para buscar soluciones legítimas en Costa Rica.
55. Cumpliendo con la ley se emitieron medidas cautelares – para proteger los ecosistemas – fundamentados en el principio precautorio que ha sido bien aceptado en virtud del derecho costarricense y del derecho internacional. En efecto, la parte demandante no ha ofrecido ninguna evidencia para oponerse a la existencia y aplicación del principio precautorio bajo la legislación costarricense. De hecho, los mismos testigos de la parte demandante confirmaron la existencia y operación del principio precautorio.¹⁰
56. El principio precautorio no sólo permitió sino que **obligó** a los funcionarios a actuar responsablemente – al menor indicio de una amenaza al ecosistema protegido.
57. Se escuchó el testimonio del Fiscal General de Costa Rica, Dr. Julio Jurado – quien testificó sobre lo que dice la legislación costarricense a este respecto. Si alguna vez hubo una “batalla de expertos” presentándose en este Tribunal, la parte demandada respetuosamente sostiene que no hay disputa entre el Fiscal General Dr. Jurado y el Sr. Ortiz. Como testificó el Dr. Jurado, estas medidas cautelares son permisibles y dadas las circunstancias, fueron necesarias para proteger los humedales. Vale la pena recordar al Tribunal que el Dr. Jurado anteriormente había desempeñado el cargo de director ejecutivo del SINAC – y por lo tanto tiene amplia experiencia en materia de derecho ambiental.

¹⁰ Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 535:22; 536:1-7. "P: ¿Y usted conoce la medida precautelar—precautoria, perdón? R: Si." "P: [...] ¿Y el principio precautorio requiere que la persona que desea realizar una actividad, que demuestre que no va a causar daño al medioambiente? R: Sí."

58. Más o menos por el mismo tiempo, algunas personas presentaron denuncias y así comenzaron las investigaciones. Cualquier persona normal pararía en seco – con miedo de haber transgredido las leyes ambientales y de posiblemente ser considerada culpable de actos delictivos. En ningún momento de este proceso la parte demandante presentó una base creíble o justificable del por qué siguió adelante a pesar de lo que las autoridades les había advertido. Si hubieran consultado con abogados, se les hubiera advertido que la revisión de las conclusiones anteriores de los humedales no fue totalmente legítima. La legislación costarricense no hace que el sistema sea inalterable y que una primera conclusión quede como escrita en piedra y no se pueda revisar para fines ambientales.
59. El Sr. Aven dijo haber consultado a un asesor jurídico externo y recibir asesoría legal, y sin embargo, el registro documental sugiere lo contrario. Este Tribunal no cuenta con pruebas (documentales o de otro tipo) para indicar qué tipo de asesoramiento recibió o para indicar que su oposición al ejercicio del principio precautorio estaba bien razonada o justificada en ese momento.
60. Ante las denuncias penales y otras denuncias, ¿por qué el Sr. Aven no buscó asesoramiento jurídico por escrito - sobre todo para brindar alivio adecuado a sus presuntos inversores? No existe asesoramiento por escrito. El expediente evidencia una carencia de una consulta legal apropiada. Por lo tanto, en medio de molestias, y sin fundamentar su reacción en una apreciación de la ley, en lugar de aceptar las preocupaciones que las mismas agencias presentaron a la parte demandante, se duplicaron y declararon que no había humedales.
61. Esta arrogancia es notoria. La parte demandante había tenido una buena cantidad de documentación con banderas rojas y existencia de humedales. Sin embargo al no prestar atención a esas advertencias y emprender sus propias obras de construcción ilegales cubriendo los mismos humedales, la parte demandante sintió que podía protestar a su manera durante este período.
62. Fracasaron. Fueron atrapados y confrontados por los funcionarios.
63. Las investigaciones penales comenzaron – en contra del Sr. Aven y del Sr. Damjanac en el 2011. Las cosas se empezaron a poner serias y aún así la parte demandante mostró un desdén total por el sistema legal que no tenían problema en apoyar cuando el fallo era a su favor.
64. De hecho, durante toda la Audiencia, la parte demandante pasó de una situación en la que se mantuvo la credibilidad de las agencias costarricenses cuando apoyaban su causa, a condenarlas en el momento en que surgieron desafíos o decisiones adversas. En última instancia la parte demandante protestó diciendo que toda la estructura del sistema jurídico de Costa Rica se había roto – un sistema que nunca utilizó.

65. Ante la investigación penal, el Sr. Aven no permaneció en el país para defenderse e impugnar cualquier alegato. Se fugó – violando la ley penal costarricense y desencadenando un proceso que dio como resultado la necesidad de contar con Alertas de la Interpol.
66. Como resultado, las medidas cautelares siguen vigentes y el *status quo* de los permisos de construcción sigue sin cambios en espera de su regreso. La protección de los derechos del debido proceso del Sr. Aven por parte de la ley costarricense es el motivo por el cual se suspendieron las medidas cautelares - ya que no se pueden tomar decisiones penales sin avanzar en el proceso penal, y eso sólo puede ocurrir con su participación. Sin embargo, en todos los frentes, la parte demandante mostró una notable falta de progreso de la defensa o contraposición aplicando la gran variedad de opciones disponibles para ella en el sistema legal costarricense.





67. Se presentaron ilustraciones de todas las opciones de la parte demandante que fueron ignoradas por completo. También resultó evidente que al haber buscado la protección personal del Estado a través del proceso equivocado (y por lo tanto haber recibido un rechazo inevitable), el Sr. Aven no pudo buscar su propia seguridad a pesar de haberlo hecho correctamente en anteriores oportunidades.¹¹ Por lo tanto, no existe justificación razonable para que el Sr. Aven haya huido de Costa Rica.
68. Asimismo no hay una denuncia creíble por parte de la parte demandante. Había humedales y ellos lo sabían o debieron haberlo sabido. Ignoraron la ley costarricense y a la fecha, ignoraron las opciones que ofrece y sigue ofreciendo el sistema administrativo, penal y judicial costarricense.
69. La parte demandante sigue siendo la dueña de las tierras y aun así reclama US\$100 millones por daños y perjuicios en una creativa demanda que no tiene precedente bajo el derecho internacional. La parte demandada respetuosamente solicita al Tribunal desestimar todas las demandas en su contra y ordenar la adjudicación correspondiente de costas en favor de la parte demandada por los gastos relacionados con el proceso judicial que nunca debió haber sido presentado en primer lugar. Además, la parte demandada solicita al Tribunal le adjudique los costos razonables que se necesitarán para restablecer los humedales, a falta de que la parte demandante lo haga.
70. Finalmente, durante las presentaciones de cierre de la parte demandada en la audiencia de diciembre, se hizo referencia a las implicaciones de un fallo a favor de la parte demandante. Repetimos esas profundas preocupaciones. Un fallo a favor de la parte demandante redefiniría el derecho internacional de una forma nunca antes vista. Las compuertas que se abrirían serían monumentales. Este Tribunal estaría anunciando al

¹¹ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 842: 3-22: 843: 1-2.

mundo una lista preocupante de circunstancias que podrían pasarse por alto con el objeto de sostener una enorme demanda por compensación. Dichas circunstancias incluirían:

- Ninguna prueba de propiedad por parte de los autoproclamados inversionistas;
- Conducta ilegal en la preparación y ejecución de desarrollo de la propiedad en contravención de la legislación nacional;
- Construcción en completa ausencia de permisos de construcción (así como evaluaciones de viabilidad ambiental);
- Rechazo ilícito de un proceso penal;
- Se haría caso omiso de la legislación local en muchos aspectos ambientales por no haber realizado la completa debida diligencia;
- Destrucción intencional y ocultamiento de los árboles y ecosistemas protegidos.
- Sin participación significativa en los procesos civiles, penales y administrativos internos.

71. Está de más decir que la falta de toda autoridad que apoye el caso de la parte demandante no es coincidencia. No existe precedente para este tipo de demanda en este tipo de circunstancias y que este Tribunal conceda la demanda de la parte demandante sería una severa desviación de la jurisprudencia existente. Además, cualquier adjudicación de compensación daría licencia a los promotores en ciernes (pero totalmente por demostrar) para improvisar un endeble plan de negocios, solicitando testificar a expertos para actualizarlo y luego obtener una adjudicación de varios millones de dólares – todo lo cual podría lograrse en ausencia de *algún* historial de logro. Para cualquier economista esto constituiría una preocupante distorsión de los mercados y fomentaría la demanda judicial en una forma nunca antes vista. Nuevamente, dichas demandas por compensación como la hecha en el presente caso, no tienen precedentes- tal y como se ilustra por la total falta de autoridad ofrecida por la parte demandante para su demanda totalmente inflada.

II. INTRODUCCIÓN

72. De conformidad con el párrafo 20 de la Orden de Procedimiento N° 5, de fecha 25 de noviembre de 2016, la República de Costa Rica ("**Costa Rica**" o "**Parte demandada**") respetuosamente presenta este Memorial Posterior a la Audiencia (el "**Memorial**") en apoyo de su defensa contra las actuaciones arbitrales iniciadas 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 Shiolen, el Sr. David Alan Janney y el Sr. Roger Raguso ("**Parte demandante**"), de conformidad con los artículos 10.16 y 10.28 del Tratado de Libre Comercio Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana ("**DR-CAFTA**" o el "**Tratado**").
73. La parte demandada se basa en las exposiciones y autoridades legales de los índices adjuntos. Las autoridades legales y exposiciones se presentan en respuesta a las exposiciones y autoridades legales presentadas por la parte demandante el primer día de la Audiencia en materia de Jurisdicción y Méritos (la "**Audiencia**") que la parte demandante no objetó.¹²

¹² Intercambio entre abogados, Transcripción Día 1, 14:20-22; 15:1-22; 16:1-22; 17:1.

"SR. LEATHLEY: Muchas gracias. Me complace mucho ver estos documentos. Me parece que tendrían que haber sido enviados por adelantado, antes de la fecha de hoy, especialmente C-295 que se mencionó hace dos semanas

*La carta del 10 de abril sí se sugirió que deberíamos haber dado a luz pero nos parece que deberíamos verlo antes de que llegue a manos del Tribunal. **En cuanto a documentos jurídicos, nos complace mucho que se presenten, pero también deberíamos tener el tiempo de responder en nuestros argumentos.** Es un argumento jurídico adicional por parte del caso de la parte demanante que debio haberse hecho en sus dos presentaciones sustanciales hasta ahora. No es nuestro reclamo sino es el reclamo de ellos. Entonces simplemente pido que se nos de la oportunidad de responder de ser necesario en los escritos.*

PRESIDENTE SIQUEIROS: Bien, antes que estos documentos sean presentados al Tribunal, les pediría que compartan con la demandada – que los comparta con la demandada. Si hay alguna objeción, la demandada podrá reaccionar. Entiendo que estos documentos jurídicos que quieren incorporar son además de los que ya constan en actas.

*SR. BURN: Si, correcto. Surgeny quiero aclarar esto, de nuevos argumentos juridicos que fueron resentados en la dúplica. Entonces hay un camino natural que hemos tenido que seguir y nos ha llevado a este material adicional. Por supuesto no hay régimen. **A diferencia de los documentos, no hay régimen que aplique a esto. Y nosotros como abogados debemos estar seguros que todo el material necesario sea presentado al Tribunal.***

PRESIDENT SIQUEIROS: Bien, gracias.

MR. BURN: Pero en cuanto a las observaciones hechas por el señor Leathley, no tenemos ninguna objeción de que él mire los tres documentos a los cuales acabmos de referimos. No objetamos que tenga también la oportunidad en esta audiencia o a posterior de poder reaccionar en cuanto a los documentos jurídicos presentados.

III. CRONOLOGÍA DE COSTA RICA

74. En las presentaciones escritas y la Declaración de Apertura de la parte demandada en la Audiencia se presentó un cronograma que nos parece podría ayudar al Tribunal a orientarse con las varias líneas de investigación fácticas. Sin duda existe una cierta complejidad en los informes y conclusiones de las diversas agencias así como en los procedimientos paralelos. Como el Sr. Mussio reconoció rápidamente, todos los proyectos cumplen con ciertos retos.¹³ Sin embargo, para entender el cronograma y los hechos superpuestos es necesario entender la audacia del arbitraje de la parte demandante.
75. Nuestro cronograma empieza en el 2002 cuando la parte demandante adquirió el terreno conocido como Las Olas. La "inversión" de la parte demandante en Costa Rica fue la adquisición de las tierras. Y sin embargo, mediante el invento del abogado, Dr. Weiler, en su presentación de apertura, se intentó en vano sugerir otra cosa. El Dr Weiler dijo que "*su inversión...es el mantenimiento del Proyecto Las Olas.*"¹⁴ Su "*inversión en el país,*" argumentó, fue "*el Proyecto Las Olas.*"¹⁵
76. El argumento del Dr Weiler es tan creativo como defectuoso dado que fue debilitado de un modo exhaustivo por los propios testigos de la parte demandante. El proyecto no fue la inversión – fue el terreno adquirido.¹⁶
77. Es importante tener en cuenta la opinión de la parte demandante en cuanto a la forma en que vio su propia inversión contraria a la del Dr Weiler, por tres razones. Primero, es importante enmarcar cuáles fueron las supuestas expectativas legítimas. A continuación y según lo respalda la presentación de los Estados Unidos de América, se examina si este Tribunal tiene incluso que considerar el concepto de expectativas legítimas. Tal y como se estableció en nuestra presentación de apertura, no tiene que hacerlo. Pero incluso si lo hiciera, serían las expectativas objetivamente recabadas por la parte demandante en el momento en que se adquirió el terreno – en concreto en 2002.¹⁷ A continuación exponemos lo que éstas incluirían.
78. Segundo, es importante definir la inversión como el terreno adquirido porque va al centro de las protecciones exigidas. Se da protección a la inversión (es decir, la tierra). Las tierras adquiridas incluían los humedales y bosques, y por lo tanto, formaban parte integrante de su relación con el Estado, de conformidad con el DR-CAFTA según el cual se otorgaría protección ambiental a la inversión. También consideramos esto más adelante en la sección de derecho aplicable.

¹³ Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 394:2-6.

¹⁴ Declaración de Apertura de la parte demandante, Transcripción Día 1, 120:18-19.

¹⁵ Declaración de Apertura de la parte demandante, Transcripción Día 1 120:6-7.

¹⁶ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción del Día 3, 852:8-22; 853:1-22; Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción del Día 3, 894:6-16.

¹⁷ Es necesario señalar que no todos los Demandantes pretendieron invertir al mismo tiempo y se urge al Tribunal a ser cauto para anotar las respectivas fechas cuando los respectivos Demandantes reclamen haber hecho su inversión.

79. Tercero, es importante definir adecuadamente la "inversión" porque la parte demandante hace un intento por argumentar que su inversión fue expropiada. Claramente no lo fue. El título de propiedad de las tierras (en la medida en que la parte demandante haya podido establecer el título legítimo) sigue estando a su nombre (s). La suspensión de las obras debido a las medidas cautelares y otras medidas son producto de la legítima aplicación de las leyes de Costa Rica. Sin embargo, no existe una falta sustancial ni permanente de la inversión de la parte demandante. La parte demandante puede manejar asuntos de forma que se pueda retornar para construir en las tierras a condición que cumplan con el derecho penal y civil costarricense. Esto difícilmente es una clara imposición por parte del Estado.
80. En consecuencia, la parte demandante pueden regresar para desarrollar las tierras mientras concilia las demandas del medio ambiente. Este punto simple pero crítico ha sido pasado por alto por el Dr. Abdala, quien apoya una demanda de dinero nueva y gigantesca al mismo tiempo que la parte demandante conserva el título de las tierras.¹⁸

A. Decisión de la parte demandante de invertir en Costa Rica

81. La parte demandante decidió adquirir las tierras durante un viaje de misión que realizó el Sr. Janney.¹⁹ Durante este viaje, el Sr. Aven lo acompañó a mirar algunos sitios. Al responder preguntas del Sr. Baker en la Audiencia, el Sr. Aven confirmó que después de ver la tierra y de estimar el número de visitantes de los Estados Unidos y Canadá a Costa Rica, la "inversión" para adquirir las tierras fue de *"poco esfuerzo."*²⁰
82. El Sr. Aven confirmó inmediatamente después en la Audiencia que esa breve evaluación de los visitantes fue *"la base de nuestro razonamiento y la debida diligencia que realizamos comparando lo que estaba en dos horas de Costa Rica y el hecho de que las personas viajaban ahí."*²¹
83. El Sr. Baker presionó, *"...¿contrató usted a alguien o tuvo alguna consultoría con alguien antes de que la comprara para ver cuáles eran las restricciones o para el desarrollo de tierras en Costa Rica o eso se realizó después de que se hizo la compra?"*²² El Sr. Aven respondió *"Creo que antes ...de comprar."*²³ Continuó *"usted no invierte esa clase de dinero sin hacer su debida diligencia."*²⁴ Y sin embargo el registro sugiere precisamente lo

¹⁸ Esto es sin perjuicio de las objeciones jurisdiccionales hechas en el transcurso de este arbitraje.

¹⁹ "P: Ahora bien, en los párrafos 13 y 14, usted indica que el viaje durante el cual usted identificó la propiedad de Las Olas con el Sr. Aven fue un viaje que estaba haciendo para su obra de caridad, World Hope; ¿Correcto?
R: No era para World Hope, pero sí era trabajo de misionero." Contrainterrogatorio de David Janney, Transcripción Día 2, 339:3-8.

²⁰ Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción del Día 3, 895:7.

²¹ Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción del Día 3, 895:9-12.

²² Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción del Día 3, 896:8-12.

²³ Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción del Día 3, 896:13-14.

²⁴ Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 896:15-16.

opuesto. No hay evidencia de tales consultas antes de la adquisición de las tierras. Esta es probablemente la razón por la cual el Sr. Aven estaba tan inseguro en su respuesta.

84. El Sr. Aven se refiere a "*conversaciones*"²⁵ que sostuvo, pero a la luz de su declaración al principio de este interrogatorio – que él "generalmente" recibió asesoría "*por escrito*"²⁶ – existe una total falta de asesoramiento, ya sea legal, ambiental u otro asesoramiento regulatorio pertinente y necesario. Lo que es más, incluso si dicho asesoramiento hubiera sido impartido verbalmente, no existe testimonio alguno de quienes brindaron la asesoría y mucho menos un relato creíble de cualquiera de la parte demandante en cuanto a lo que ese asesoramiento comprendía.
85. En términos probatorios, dicho asesoramiento no existe. O bien ha sido retenido inadecuadamente de este Tribunal por parte de la parte demandante durante la fase de divulgación, o bien nunca se brindó en primer lugar. Incluso si se hubiera brindado verbalmente, fue aparentemente brindado únicamente al Sr. Aven, un no hispanoparlante.
86. El Sr. Aven se quejó de que sus archivos y computadora fueron robados en un momento dado.²⁷ Sin embargo, al volver a consultar sus registros – algo que él o su abogado habrían querido presumiblemente hacer al enfrentar sanciones penales y civiles en Costa Rica – o cuando se tuvo que explicar las terribles circunstancias a los inversionistas el Sr. Aven estaba tan interesado en hablar durante la Audiencia -o cuando presentó su demanda ante este Tribunal- el Sr. Aven pudo haber vuelto a los diversos "asesores" que pretende haber consultado. Dichos asesores (que casi de seguro hubieran conservado duplicados en sus computadores, archivos o emails) pudieron haberle permitido reconstruir su historial de asesoramiento.
87. Esto no se realizó.
88. Esto pone en tela de duda la existencia de dicho asesoramiento en primer lugar. Ciertamente, lo que este Tribunal puede concluir cómodamente es que no existe prueba de asesoramiento. No obstante, al afrontar la perspectiva de medidas cautelares que suspendió las obras de construcción, el Sr. Aven y la parte demandante seguramente hubieran querido verificar el asesoramiento, conclusiones y recomendaciones recibidas en ese momento – nada más que para responsabilizar a sus propios asesores con base en su seguro de indemnización profesional. Y sin embargo, aparentemente no se hizo ningún esfuerzo. Esta falta de evidencia escrita es una prueba condenatoria de la falta de debida diligencia y de conocimiento de la normativa pertinente de Costa Rica que afecta sus tierras.

²⁵ Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 896:17.

²⁶ Interrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 814:13.

²⁷ Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 869: 10-14.

89. Cualquier persona razonable que haya iniciado un arbitraje inversionista-Estado por aproximadamente US \$ 100 millones, con (lo que pretende la parte demandante) una presunta serie de opiniones jurídicas útiles o informes de consultoría, automáticamente regeneraría dicho registro volviendo a esos asesores. La parte demandante, en particular, no han hecho nada de este tipo. La parte demandante insta al Tribunal a ver esto como lo que es – una falta total de investigación relevante realizada por la parte demandante.
90. La parte demandante admite haber adquirido las tierras sin ningún "*plan específico*"²⁸ en cuanto a cómo iba a desarrollar las tierras. Este modo de adquirir las tierras es característico de la desorganización en el enfoque comercial adoptado por la parte demandante y que se continuó por muchos años. En el primer viaje identificaron la parcela, pero su debida diligencia (que dicen haber realizado posteriormente) no fue un estándar que coincida con la sofisticación que pretenden exhibir.
91. En primer lugar falló claramente en obtener la asesoría legal adecuada o la asesoría ambiental cuando consideraron las tierras a adquirir. En segundo lugar, su debida diligencia a partir de entonces fue una triste carencia – particularmente como ilustra el testimonio del Sr. Aven en la Audiencia. En tercer lugar, el Tribunal no debe perder de vista el principal obstáculo bajo el cual operaron. El Sr. Aven, el principal inversionista no hablaba español en ningún momento durante el período pertinente de este arbitraje – y aún no lo habla. El Sr. Aven admitió que no entendía nada de español y que firmó documentos sin siquiera saber lo que se incluía en ellos:

"P: ¿Pero el contenido se le explicó antes de que usted la firmara?

R: No, no se me explicó."

Interrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 787:21-22; 788:1.

"R: Él la envió y la escribió. Yo no escribí esta carta. Como usted sabe, yo no escribo ni hablo español.

Una vez más, esta es una situación en la que yo estoy dependiendo de abogados. ¿De acuerdo? Ahora quizás lo mejor que debería haber hecho es darme una traducción en inglés y decirme: "David, lee esto en su totalidad y asegúrate de que lo entiendas totalmente y luego lo firmas."

Interrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 789:12-20.

"No lo hizo. Sencillamente lo escribió y me dijo, una vez más, confirmando lo que dije antes, que en general esto era lo que los abogados me decían. Me lo decían verbalmente. Quizás no querían tomarse el tiempo para explicarlo, para hacer la traducción del español al inglés y explicarme las cosas — sencillamente me presentaban el documento y me decían verbalmente cuál era el contenido de los documentos y yo los firmaba y él los enviaba."

Interrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 789:20-22; 790:1-7.

²⁸ Primera Declaración Testimonial de David Aven, para. 21.

B. Conocimiento de la ley – asesoría al adquirir las tierras y posteriormente

92. El Sr. Aven testificó al inicio de su interrogatorio que recibió asesoramiento jurídico y que lo obtuvo por escrito. También testificó que como no habla español, los intercambios que tuvo con las autoridades, fueron traducido al inglés, "*generalmente por escrito.*"²⁹
93. Cuando se le presionó durante el interrogatorio, el Sr. Aven, no pudo identificar ningún documento en el que se mostrara la traducción de la asesoría que supuestamente recibió. Cuando se le presentó el registro de privilegios que muestra el único documento presentado por los abogados de la parte demandante ofreciendo asesoramiento jurídico, el Sr. Aven cambió a una nueva posición. "*... [M]i respuesta es que casi todo el asesoramiento que recibí de mis abogados fue oral.*"³⁰
94. Presionado de nuevo, el Sr. Aven continuó "*Esta es mi respuesta. El único asesoramiento jurídico legal que recuerdo haber recibido es este aquí – este documento mencionado en este registro.*"³¹ Y aún más, cuando se le preguntó sin rodeos "*¿ningún asesoramiento jurídico escrito para usted o sus colegas inversionistas?*" la respuesta "*sólo oral.*"³²
95. Es poco probable que uno presencie una serie más clara de contradicciones que esta. El Sr. Aven es un testigo poco fiable y nos ofrece un testimonio poco fiable. El Tribunal deberá marginar el peso que otorga al testimonio del Sr. Aven en este arbitraje (escrito y verbal), puesto que el Sr. Aven no ofreció relatos veraces en sus declaraciones testimoniales tal y como se ilustra a continuación. La parte demandada solicita además que toda la credibilidad de este arbitraje sea tratada con el mismo escepticismo dado que el Sr. Aven es el arquitecto de esta demanda.
96. Podemos concluir que o bien faltó la búsqueda de documentos por parte de la parte demandante en respuesta a sus obligaciones de divulgación, el abogado retuvo documentos (lo cual da el beneficio de la duda a un abogado oponente, pero por cortesía profesional, no suponemos que este sea el caso),³³ o bien nunca existieron en primer lugar.
97. De cualquier manera, cualquiera de estas opciones representa la realidad, el Tribunal es capaz de derivar (y debería derivar) una inferencia adversa – particularmente en lo que respecta a la diligencia empleada por la parte demandante cuando adquirió las tierras y las administró a partir de ese momento por varios años.

²⁹ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 814:13.

³⁰ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 833:2-3. (Se agregó la negrita)

³¹ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 833:14-17.

³² Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 847:12-14.

³³ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 825:7-10. "P: *¿Usted ha dado conocer todos los documentos a sus abogados que le han pedido que les de en este Arbitraje?* R: *Creo que sí.*"

98. A modo de ejemplo, el Sr. Aven se refirió a una "enorme caja de documentos" que aparentemente envió al Sr. Burn.³⁴ Esto no sugiere una empresa bien organizada o bien administrada. Lo mismo ocurre con su sistema contable, en el que todos sus gastos se agruparon en una forma desorganizada – como lo vio el Tribunal en la Audiencia de Febrero.³⁵
99. El Sr. Aven testificó además que su abogado era "una persona clave."³⁶ Y sin embargo, a pesar de ser este el caso de la parte demandante y siendo el Sr. Aven el Demandante principal, como se afirmó, no presentaron al Sr. Juan Carlos Esquivel como testigo en este proceso.
100. El Sr. Esquivel pudo haber testificado en las numerosas reuniones que el Sr. Aven quiso hacernos creer que celebró durante las cuales el Sr. Esquivel pudo haber explicado el marco jurídico y regulatorio en Costa Rica, así como las obligaciones ambientales bajo las cuales estaba el Sr. Aven y sus co-inversionistas.³⁷ No se hizo ningún intento y no existe ninguna evidencia de dichas reuniones. El Sr. Esquivel pudo haber presentado este asesoramiento jurídico por escrito – del cual el Sr. Aven inicialmente declaró que "generalmente" se brindaba por escrito. Las exenciones de privilegio podrían haberse evitado fácilmente con suficiente reserva de derechos (y el acuerdo de la parte demandada) – como es habitual en el arbitraje internacional.
101. El Sr. Aven no menciona a ningún otro abogado como "una persona clave", y por lo tanto, presumiblemente el Sr. Esquivel es el cerebro institucional detrás de la estrategia legal de la parte demandante para el desarrollo del sitio.
102. Invitamos al Tribunal a preguntarse ¿no habría sido pertinente ofrecer como testigo al abogado cuyo asesoramiento sostiene ahora el Sr. Aven que usó para basar todos los aspectos relevantes de su adquisición y desarrollo de las tierras? ¿No sería este el único testigo que mostraría definitivamente el nivel de debida diligencia supuestamente realizada antes y después de la adquisición de las tierras?
103. Además, si el Sr. Aven insiste en que todo fue bien considerado y realizado legalmente, dada la incapacidad absoluta del Sr. Aven de relatar ese asesoramiento o estrategia, ¿no tendría la parte demandante prisa por asegurarse de que el Sr. Esquivel fuese oído y visto por el Tribunal en estos procesos judiciales?

³⁴ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción del Día 3, 829:16.

³⁵ Documentos AVE 14.9 y AVE 14.15 tal y como se referencia en el párrafo 220 del Segundo Informe Hart.

³⁶ Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 897:4-5.

³⁷ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 831:13-19. "Lo que yo recuerdo es que sí reconozco esto, este documento [siendo el único documento referenciado en el Registro de Privilegio Redfern]. Y no recuerdo ningún otro documento de haber recibido de un abogado. Quizás los recibí pero no los recuerdo como asesoramiento por escrito. Generalmente, los abogados con los cuales yo traté me daban simplemente su asesoramiento en forma oral y sus instrucciones en forma oral."

104. La falta de testimonio o evidencia que respalda las demandas del Sr. Aven es fenomenal. El Sr. Aven prosigue una demanda por US\$ 100 millones contra un estado soberano y aun así no hay ni una pizca de evidencia (oral o escrita) de que haya realizado incluso las investigaciones más básicas de las circunstancias legales y regulatorias que subyacen en los planes de desarrollo de la parte demandante. Las simples y amplias garantías ofrecidas por el Sr. Aven en el interrogatorio son totalmente insuficientes y poco convincentes.
105. No se proporcionan notas de diario, ni minutas de las reuniones, ni correos electrónicos del Sr. Aven que transmitan este asesoramiento a sus colegas inversores. En resumidas cuentas – no existe nada que muestre ninguna debida diligencia o asesoramiento legal al momento de la inversión, o a partir de ese momento durante una serie de denuncias legales. La parte demandada sólo puede invitar al Tribunal a obtener la única conclusión (adversa) que está disponible.
106. Asimismo, una vez que el Sr. Aven fue confrontado por las autoridades costarricenses para enmendar sus posibles violaciones a la ley costarricense, no hay ni una pizca de evidencia que muestre que el Sr. Aven o algún otro inversionista haya tomado medidas para enterarse de la situación real. No se ha presentado a la parte demandada ninguna contraposición contemporánea a lo que el Sr. Aven enfrentó de las autoridades costarricenses. La parte demandada plantea que esto es porque no existe.
107. Tal y como evidenció el testimonio del Sr. Aven durante la Audiencia, el Sr. Aven operó y sigue operando en un mar de confusión.³⁸

"...Yo dependía de estos profesionales. En ningún momento estuve realmente involucrado y dependía totalmente en los profesionales."

Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 771:19-22.

108. Rápido para culpar, lento para aprender, aparentemente reacio para aceptar errores e insistente en cuanto a que el mundo está afuera para perseguirlo. Estas son las características de un empresario que confió (probablemente demasiado)³⁹ en asesores antes de una evaluación fría, objetiva e independiente de en lo que él y sus co-inversionistas se estaban metiendo realmente.
109. No menos importante, el Sr. Aven en la Audiencia se describió a sí mismo y su nivel de conocimiento en términos muy diferentes de cómo se retrató a sí mismo en su primera declaración testimonial. En su declaración testimonial, el Sr. Aven declara "[e]n las

³⁸ Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 824:21-22; 825:1. "No estoy negando haber recibido esos consejos; simplemente que no recuerdo cada documento que firmé o revisé."

³⁹ Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 871:11-12. "Dependo de los profesionales que contraté para realizar tareas para mí."

primeras etapas del proyecto, yo estaba muy consciente de las demandas del régimen de permisos ambientales en Costa Rica."⁴⁰ En cambio, en la Audiencia, el Sr. Aven insistió en el contexto del proceso de permisos ambientales *"Dependo de los profesionales que contraté para realizar tareas para mí."*⁴¹ Una vez más, se trata de una contradicción absoluta, que minimiza completamente cualquier confianza de que el testimonio escrito del Sr. Aven sea en absoluto creíble.

110. Bajo juramento, el Sr. Aven reveló que sabía poco y que dependía de otros. La importancia absoluta de esta debida diligencia es doble. La posición de los otros Demandantes es incluso más problemática a ese respecto ya que el Sr. Shiolen y el Sr. Janney admitieron en la audiencia que ellos confiaron en la evaluación del Sr. Aven y no realizaron ninguna debida diligencia independiente.⁴² Primero, como cuestión de hecho y evidencia, muestra que la parte demandante no tenía conocimiento de los requerimientos. No ha probado su entendimiento de la ley costarricense y no evidenció una posición contraria racional, jurídicamente razonada para justificar su conducta de lo que era.
111. Segundo, va al centro de sus legítimas expectativas. Como explicamos a continuación – incluso asumiendo que legítimas expectativas es un estándar aplicable (lo cual no es admitido) – la parte demandante no mostró ningún conocimiento de la ley. Las débiles referencias a “conversaciones” en ausencia de pruebas documentales minimizan la conclusión de que estaban al tanto de las obligaciones bajo las cuales estaban.
112. A su vez, el desconocimiento de la ley no es defensa, y cualquier expectativa razonable, objetiva, legítima en el 2002 fue precisamente lo que proporcionaron los estatutos costarricenses. Las expectativas objetivas de cualquier inversionista son anticipar que su inversión estará sujeta a y será tratada de conformidad con la ley costarricense. No existen excepciones, ya que crear una haría que la expectativa se vuelva subjetiva. Además, el derecho internacional es bastante claro en este punto.⁴³

C. Perfil de Desarrollo - Fases

113. Si la parte demandante hubiera realizado alguna debida diligencia, se hubiera percatado de que no podía desarrollar en áreas cubiertas por humedales o destruir árboles sin los permisos adecuados. También hubiera sabido que no podía fragmentar las tierras en parcelas para evitar las evaluaciones de viabilidad ambiental exigidas por la ley costarricense.
114. Este Tribunal no ha visto ningún asesoramiento legal escrito que respalde el argumento de la parte demandante de que su conducta fue legal porque no existe y no pudo existir. La

⁴⁰ Primera Declaración Testimonial de David Aven, para.54.

⁴¹ Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 871:11-12.

⁴² Contrainterrogatorio de Jeffrey Shiolen, Transcripción Día 2, 370:8-12; Contrainterrogatorio de David Janney, Transcripción Día 2, 353:6-9.

⁴³ **RLA-136**, *Charanne v Reindo de España*, SCC, Fallo, 21 de enero 2016, paras. 493, 504, 511.

ley costarricense no respalda la posición de la parte demandante. Tal vez por esta razón, su ausencia de material probatorio no es sorprendente. Aun así, el obstáculo que la ley costarricense colocó ante la parte demandante para desarrollar las tierras de forma fragmentada no fue tomado en cuenta.

115. La parte demandante planificó el desarrollo en una serie de etapas – algo que encajaría perfectamente con el deseo de soslayar la onerosa debida diligencia ambiental y divulgación que la legislación costarricense exige. Las pruebas presentadas ante el Tribunal son bastante claras en este sentido.
116. En la primera declaración testimonial del Sr. Aven, en el párrafo 60, describe: “*Habrán cinco etapas de desarrollo.*” La primera incluye los 72 lotes que terminan en las Servidumbres que van a Las Olas. La segunda etapa es el club de playa, la tercera la Sección de Condominio, la cuarta etapa el hotel y lote frente al club de playa mientras que la quinta etapa serían los tiempos compartidos de condominio/comercial en la parte más grande de las tierras que fueron excluidas de los Parques de Condominio.
117. Esta orden no tiene ningún sentido comercial, tal y como identificó el Sr. Tim Hart en la Audiencia.⁴⁴ La atracción obvia que el Sr. Aven y la parte demandante estaban vendiendo al mercado era la playa y las amenidades del club de playa, el tiempo compartido que los dueños de la propiedad se suponía iban a disfrutar.⁴⁵ Aun así el club de playa sólo estaba planeado para desarrollarse *después* de las Servidumbres. Esto no fue coincidencia.
118. Se relleno la tierra en las Servidumbres, con el objeto de enterrar los principales humedales que existían en el sitio Las Olas. Esto se considerará con más detalle más adelante. Sin embargo, el imperativo para moverse rápidamente a fin de cubrir estos humedales resultó obvio. Una vez eliminados los humedales, sería posible que la construcción en curso pasara sin problema. Únicamente gracias al Informe de Green Roots es que ahora sabemos que los humedales de KECE, Humedal No. 1 fueron literalmente enterrados.
119. En las siguientes secciones que se incluyen a continuación, volveremos a llevar al Tribunal a través de la cronología pertinente – crítica para apreciar precisamente cómo la parte demandante no sólo ignoró una serie de regulaciones, sino que actuó afirmativamente para evitar las protecciones ambientales que de otra forma comprometerían los planes de la parte demandante de alguna manera.
120. Además, la importancia jurídica de esto para el Tribunal es que los permisos que ellos pretendían se les habían otorgado (y en los cuales insisten que pueden basarse), fueron obtenidos ilícitamente – y en violación de las medidas que se deberían haber tomado.

⁴⁴ Interrogatorio de Tim Hart, Transcripción Día 7, 2311: 12-17; 2335:1-11.

⁴⁵ Segundo Informe de Hart, para. 75, fn. 103.

D. Consultoría EDSA/NORTON

121. A pesar de no tener ningún plan específico cuando la parte demandante originalmente hizo su inversión en Costa Rica, en el 2004 buscaron asesoramiento de los planificadores territoriales EDSA/Norton, para dar a la parte demandante *"una lectura inicial de lo que posiblemente se podría hacer con las tierras."*⁴⁶

"Q: ¿Cuándo ustedes ofrecieron comprar la propiedad, usted y el Sr. Aven, pues, idearon un plan de acción?

A: Sí, es cuando contratamos a Norton Consulting y EDSA, para ayudarnos en el proceso. Ya sabíamos bastante sobre lo que pasaba, por ejemplo, Los Sueños Marina, que estaban al lado, sabíamos que era apto para proyectos de condominio de tiempo compartido."

Interrogatorio de David Janney, Transcripción Día 2, 325:16-22; 326:1-3.

122. La parte demandante contrató a EDSA/Norton Consulting en el 2004 para brindar una evaluación del uso del suelo, así como un estudio comparativo de otros resorts de la región. El Sr. Janney testificó que eran *"una de las empresas más prominentes en el manejo de uso de la tierra y conocimiento de los temas ambientales."*⁴⁷
123. Es por lo tanto importante destacar que EDSA/Norton Consulting identificó enormes masas de agua a desarrollar precisamente en los mismos lugares en donde se identificaron los humedales. Por ejemplo, en la diapositiva 43 del informe de EDSA/Norton Consulting, identificó *"esta es la integración propuesta de las masas de agua en el plan de tierras."*⁴⁸ Integración no suele ser un término usado en lugar de inicio, y sugiere fuertemente que ya existían masas de agua de algún tipo.
124. Estas masas de agua son grandes áreas cuyo mantenimiento se habría producido a costa del desarrollo de un valioso espacio terrestre. Si no había humedales subyacentes ¿por qué tales masas de agua fueron sugeridas por estos experimentados expertos? Si la tierra no contenía agua naturalmente como sugiere la parte demandante, ¿por qué EDSA/Norton Consulting recomendaría un concepto que (en el caso de la parte demandante) requeriría medidas enormes para garantizar la retención de agua – como plástico o concreto de algún tipo? Además el Proyecto Las Olas estaba a pocos metros de la costa y del club de playa propuesto con piscina. ¿Por qué el sitio habría requerido dichas masas de agua si el Océano Pacífico estaba tan cerca?
125. La parte demandada argumenta que la evaluación de las masas de agua de EDSA/Norton Consulting no fue coincidencia. Estos experimentados consultores fueron capaces de identificar masas de agua – particularmente humedales – cuando proponían cómo la parte

⁴⁶ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 857:15-16.

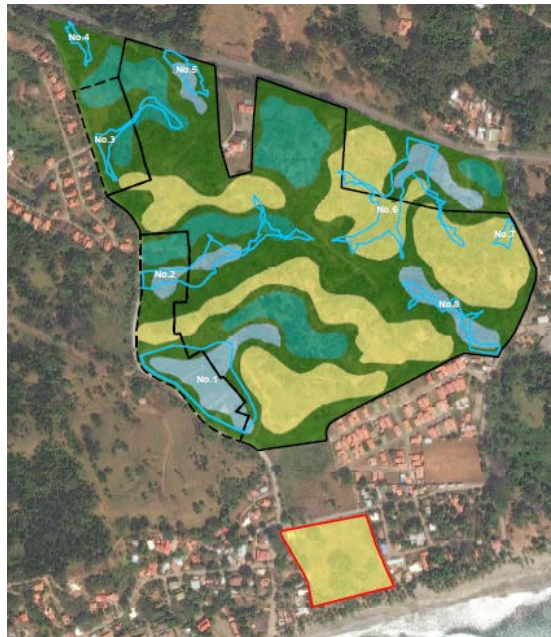
⁴⁷ Contrainterrogatorio de David Janney, Transcripción Día 2, 350:18-20.

⁴⁸ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 865:3-4. (Se agregó la negrita.)

demandante debía formular el desarrollo de la propiedad. Hicieron coincidir características naturales con la configuración propuesta. Tal vez por esta razón, la portada de este informe hacía gala de las masas de agua naturales de que gozaba la propiedad, tales como la playa y lo que parece ser un humedal.



126. El siguiente gráfico muestra que lo que los profesionales de EDSA vieron en el 2004 aún está ahí hoy en día y fue encontrado e identificado por KECE en el 2016:



Superposición de masas de agua y lagunas de EDSA y humedales de KECE

127. Además, una de las imágenes adjuntas al Informe Norton/EDSA, muestra un humedal y una fauna característica de humedales, muy similar a las imágenes que aparecen en el informe de la Sra. Vargas de abril de 2009:



50

Informe de Norton/EDSA



51

Informe de DeGa de abril de 2009

128. El Sr. Aven testificó sólo que no estaba de acuerdo con que hubiera humedales, aunque no tuvo ninguna explicación de por qué el Informe de EDSA/Norton Consulting propuso grandes y múltiples masas de agua precisamente en los lugares de humedales que KECE (y ERM/Dr Baillie, en parte) identificó. El Sr Aven pagó una suma de seis cifras en dólares por el informe, pero aparentemente no sabía nada acerca de por qué EDSA/Norton Consulting había recomendado que grandes extensiones de tierra fueran ocupadas por masas de agua en lugar de casas.
129. Sin embargo, el registro documental no apoya ninguna conclusión de que la parte demandante investigara y pudiera concluir que no había humedales. Como explicamos a continuación, prueba lo opuesto – y había amplia evidencia de humedales o de sospecha de humedales.
130. Sobre este tema, el Sr. Janey dijo que él no podía decir cuántos estudios ambientales se realizaron en la propiedad. Esta es una admisión notable de quien supuestamente era el desarrollador clave de la propiedad entre la parte demandante. El Sr. Janey se enorgullece de ser alguien que *“tenía mucha experiencia en materia de desarrollos*

⁵⁰ C-30.

⁵¹ R-26, Informe de Inspección (DeGA-049-2009), 26 de abril de 2009.

residenciales ⁵² – sin embargo no tenía conocimiento de ningún informe de evaluación ambiental.

131. Como un supuesto desarrollador, esta es una respuesta insostenible.

"Nos dimos cuenta que íbamos a tener que depender de estos profesionales para hacer todo el trabajo necesario para pasar el proyecto por todo el trámite de permisos que en última instancia nos conseguiría los permisos de construcción."⁵³

132. Depender de que otros realizaran dicho trabajo no significa que se abandone el conocimiento de si dichos informes se realizaron y si lo fueron cuáles fueron sus conclusiones. El Sr. Janney tampoco pudo declarar ningún contacto con asesores legales (a pesar de que aparentemente era un asunto estándar para que el Sr. Janney buscara abogado).⁵⁴ Nuevamente, esta es una posición que carece de toda credibilidad dada la relativa experiencia que manifiesta en materia de desarrollo de tierras. Además, es inconsistente con su primera declaración testimonial en donde señaló que:

"David y yo viajábamos a Costa Rica con frecuencia y nos reuníamos con abogados, arquitectos, equipos de diseñadores de interiores, especialistas en mercadeo y otros profesionales."

"Pasamos mucho tiempo en Esterillos Oeste con diferentes personas y conversando sobre el mejor plan de desarrollo para el sitio."⁵⁵

133. El Sr Janney testificó en su primera declaración testimonial que él también supo *"sobre la importancia de asegurarnos que no hubiera problemas ambientales con el terreno ..."*⁵⁶ *"...quedamos satisfechos de que no había problemas ambientales en el sitio del proyecto Las Olas."*⁵⁷

134. Una vez más, los testimonios de la parte demandante se apartan significativamente de lo que prueba la documentación probatoria. Como se analiza a continuación, los estudios ambientales realizados demuestran que había *"problemas"* con el terreno – como lo confirman otros testigos de la parte demandante.

135. El Sr Janney carece de credibilidad, y esto es cierto independientemente de su increíble testimonio proporcionado en contrainterrogatorio. El Sr Janney – que pone en cuestionamiento su propia credibilidad en su primera declaración testimonial⁵⁸ tanto en términos personales como profesionales no pudo traer a la atención del Tribunal su

⁵² Primera Declaración Testimonial de David Janney, para.12.

⁵³ Primera Declaración Testimonial de David Janney, para.15.

⁵⁴ Contrainterrogatorio de David Janney, Transcripción Día 2, 353:15-20 "P: ... ¿contrató a expertos y asesores jurídicos? R: No puedo hablar, no puedo hablar sobre ese tema. P:¿Porque no se acuerda? R: Sí, porque no sé."

⁵⁵ Primera Declaración Testimonial de David Janney, para.16.

⁵⁶ Primera Declaración Testimonial de David Janney, para.21.

⁵⁷ Primera Declaración Testimonial de David Janney, para.21.

⁵⁸ Primera Declaración Testimonial de David Janney, para.25.

involucramiento en escándalos en su propia Iglesia, así como su proceso judicial de bancarrota personal.⁵⁹

136. La respuesta del Sr. Janney fue que muchos empresarios caen en bancarrota, pero que esto no lo inmuniza a él de ser caracterizado similarmente como un mal empresario debido a su incapacidad para evitar la bancarrota personal. Sin embargo, cuando al Sr. Janney en su segunda declaración testimonial se le presentó la oportunidad de aclarar este hecho relevante, decidió no hacerlo.
137. El Sr. Janney presenta su trabajo humanitario presumiblemente para tranquilizar al Tribunal de que es un hombre en el que se puede creer. No obstante, no revelar su bancarrota personal y su contradictorio testimonio bajo juramento sugieren lo contrario. Lo que también sugiere otra cosa es el fallo de la parte demandante desde el principio para realizar las evaluaciones de Viabilidad Ambiental (VA) adecuadas— a pesar de que el Sr. Janney testificara que él *"estaba bastante familiarizado con el proceso de tramitación de permisos para desarrollos residenciales."*⁶⁰

E. El primer proceso de Solicitud de VA no se completó

138. La parte demandante presentó solicitud para la primera VA el 30 de setiembre de 2002. Esta fue la primera solicitud de VA realizada en relación con el sitio del Primer Condominio. Como podrá recordar el Tribunal, lo llamamos "primera" porque el sitio cambió con el tiempo. Originalmente fue un desarrollo de 48 unidades, sin embargo una vez que el Sr. Mussio se involucrara, aumentó a 288 unidades.
139. Aunque hubiera sido necesario en las circunstancias, no se envió **ningún** estudio biológico que abordara la presencia de humedales o bosques. El material probatorio no le da al Tribunal ninguna encuesta de este tipo, y la parte demandante no dio ninguna explicación en la Audiencia.
140. El 23 de noviembre de 2004, SETENA otorgó la primera VA para el sitio del Primer Condominio. La VA para el sitio del Primer Condominio venció el 27 de febrero del 2007 – lo que significa que se tuvo que hacer una nueva solicitud. Tal y como se explica a continuación, esta VA no releva a la parte demandante de su responsabilidad original y SETENA no es responsable de salvaguardar los fallos de la parte demandante.
141. La parte demandante usa esta y las otras ocasiones posteriores de una VA otorgada como prueba de su derecho a desarrollar la propiedad. Dice que le corresponde al Estado controlar su aplicación y también dice que le corresponde al Estado visitar la propiedad y verificar doblemente lo que se ha revelado en la solicitud.

⁵⁹ Contrainterrogatorio de David Janney, Transcripción Día 2, 345:14-20.

⁶⁰ Primera Declaración Testimonial de David Janney, para.21.

142. A diferencia de los alegatos del Sr. Ortiz⁶¹ y del Sr. Bermúdez⁶² en cuanto a que SETENA tiene la obligación de visitar el sitio, el, Dr Jurado explicó que no se trata de una obligación sino de un poder que tiene SETENA y que puede ejercer a su entera discreción:

"Repito, no es una obligación y ni está establecido siquiera en el reglamento de reorganización de la SETENA como una obligación. En ese artículo, en este reglamento que ha sido citado aquí de lo que se dicen que son las funciones de la SETENA.

Y entre las diversas funciones que tiene obviamente –obviamente- verificar si lo que el desarrollador está diciendo es o no correcto, pero lo hace cuando tiene alguna duda razonable, el proyecto es especialmente importante o alguna causa de ese tipo. Y no es una obligación porque sería un poco absurdo pensar de que toda solicitud de una viabilidad ambiental requiera que haya una inspección in situ.

Hay muchísimas solicitudes que se hacen anualmente en la SETENA, muchísimos expedientes que se tramitan. Si a cada solicitud que se haga tiene la SETENA que ir a verificar si lo que el administrado le esta diciendo bajo juramento que es cierto, primero, no tendría sentido lo haga bajo juramento y segundo, no daría abasto para poder tramitar todas las evaluaciones ambientales que le están solicitando, es decir, todas las viabilidades ambientales que le están solicitando.

Es obvio que tienen que decidir qué solicitudes ameritan una inspección. Estaría obligada si hay una inspección, si hay una denuncia. Ahí si tiene que ir a hacer una inspección, pero en el trámite inicial, sobre todo si está partiendo de lo que le están dando como información está dado bajo juramento y además de que hay una relación de confianza con el desarrollador que tiene la obligación de dar la correcta información sobre los impactos de su proyecto, qe no va a ir a cada proyecto a verificar si todo lo que le habían dicho es correcto o no.

El sistema estaría organizado de otra forma. Estaría organizado de una manera en que nada más se presenta una solicitud y a partir de ahí la SETENA tiene que ir a levantar toda la información."

Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción Día 5, 1066:10-22; 1067:1-22; 1068:1-7.

143. Sobre esta base, afirma la parte demandante, el Estado no identificó los humedales en lugar de la parte demandante.⁶³ Esto es absurdo. Cuando un contribuyente presenta su declaración de impuestos, el mismo está bajo la obligación de revelar todo el material relevante. La carga recae sobre ellos. Es evidente que no se puede esperar que las autoridades tributarias vigilen el pago de cada persona. Por supuesto, si se identifica una discrepancia y hay una investigación o auditoría fiscal de algún tipo, entonces el Estado tiene derecho a desentrañar la presentación e imponer sanciones o solicitar reparación del contribuyente por la no investigación o no divulgación. El proceso ambiental es precisamente igual. El estado costarricense no asume responsabilidad alguna por la divulgación y solicitud del desarrollador. El estado costarricense no renuncia expresa o implícitamente a ningún derecho de objeción, suspensión o enjuiciamiento, simplemente porque se otorgue una VA (con base en la solicitud/presentación del desarrollador).

⁶¹ Contrainterrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción Día 5, 1398:14-18.

⁶² Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 543: 9-14.

⁶³ Memoria de Respuesta de la parte demandante, paras. 235-236.

144. La posición de la parte demandante es una lúbrica distorsión de las obligaciones de la ley costarricense colocada sobre la parte demandante. Además, el testimonio tanto del Dr. Jurado como de la Sra. Priscilla Vargas deberían eliminar cualquier duda del Tribunal a este respecto. Las aseveraciones de la parte demandante están equivocadas en cuanto a una cuestión del derecho ambiental costarricense.
145. La carga recaía únicamente en la parte demandante: tenía que investigar y revelar sensibilidades ambientales/humedales/bosques; y si no lo hizo, entonces sus solicitudes se concederían con un carácter ilícito – con la posibilidad de ser revocadas posteriormente.
146. Este tema atrajo considerable debate durante la Audiencia y dada la observación de cierre del Sr. Burn en la Audiencia, es importante para las deliberaciones del Tribunal.
147. Si la parte demandante afirmara que este caso es simplemente “*sobre los permisos que fueron solicitados, expedidos y utilizados*”⁶⁴ (tal y como afirmó el Sr. Burn en su Presentación de Cierre) la parte demandante tenía que haber redefinido las obligaciones bajo las cuales estaba cuando estaba buscando dichos permisos. La parte demandante tendrá que mostrar que tenía derecho a no hacer nada y a efectivamente permanecer en ignorancia con respecto a la ley y pasiva durante el proceso para obtener un permiso de construcción.
148. Específicamente, el parafraseo anterior del Sr. Burn del caso de la parte demandante se basa completamente en un abandono total de todo tipo de obligación. Dichas obligaciones incluyen el deber de investigar, el deber de revelar o el deber de acatar las normas de la ley ambiental costarricense. Estas son precisamente las obligaciones que la ley costarricense impone a la parte demandante.
149. La parte demandante tendría que demostrar a este Tribunal que en cierta forma, la ley costarricense de hecho los libera de toda obligación de averiguar o investigar, o que los libera de toda obligación de presentar una solicitud completa y precisa de VA. Tendrá que demostrar a este Tribunal que la ley costarricense los libera de toda necesidad de evitar engañar a las autoridades en cuanto a la existencia de humedales cuando se les descubre.
150. La posición de la parte demandada es que tal intento por redefinir las obligaciones de la parte demandante es una ficción total. La ley costarricense coloca claramente la obligación de indagar en la parte demandante. El proceso de solicitud de VA impone a la parte demandante una obligación de revelar todo lo que sea de relevancia. Además, la ley costarricense no permite a los desarrolladores la opción ya sea de ignorar la ley o bien de mantenerse pasivos en relación a su conocimiento del medioambiente en el cual esperan

⁶⁴ Declaración Final de la parte demandante, Transcripción Día 6, 2004:18-19.

construir. Y esto está de acuerdo con la norma. ¿Cómo podría funcionar adecuadamente la protección ambiental si dichas obligaciones fueran discrecionales (como parece afirmar la parte demandante) o inexistentes?

151. ¿Cómo podría protegerse efectivamente el medio ambiente si la parte demandante pudiera escoger no revelar informes que indican que existen ecosistemas sensibles y protegidos (o incluso que posiblemente existen) en el sitio? Además, ¿cómo podría recaer en el estado la vigilancia de la conducta no sólo de la parte demandante (de los cuales podría no estar al tanto sin un poder policial para abrir e investigar los expedientes de la parte demandante) sino también la conducta de cada desarrollador de tierras en todo el país con respecto a cada acre de tierra? Dicha obligación requeriría un ejército permanente de funcionarios ambientales que Costa Rica no podría costear o mantener.
152. Y sin embargo la propuesta de la parte demandante es que es necesaria y que el hecho de que el Estado no identifique los ecosistemas protegidos debería dejar a la parte demandante libre de toda responsabilidad y el Estado asumir las consecuencias.
153. ¿Qué régimen de protección ambiental pretende la parte demandante debería operar en Costa Rica donde los ecosistemas pueden ser destruidos y siguen siendo destruidos, y en donde el Estado debe mirar impotentemente a causa de un permiso de construcción que se expidió erróneamente de forma anticipada (debido a los fallos o errores intencionales de la parte demandante) debería mejorar el medioambiente? Este enfoque sería una burla a la protección ambiental. Pero por encima de todo, esto no es lo que estipula la ley costarricense.
154. En algunas ocasiones, en relación con las secciones de Las Olas, la parte demandante obtuvo las VA. Sin embargo, tal y como demostró y resumirá a continuación la parte demandada, esas VA se obtuvieron ilícitamente en razón del abandono de las obligaciones de la parte demandante – y en razón de descripciones incorrectas hechas a las autoridades.
155. Como resultado la parte demandante siempre se corrió el riesgo de que sus esfuerzos por desarrollar la propiedad pudieran ser cancelados cuando la verdad saliera a flote.

F. La carga de la prueba en el proceso de VA

156. El punto de partida para el proceso de VA es la carga de la prueba. Esto corresponde a la parte demandante. La parte demandante objeta esto. El Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad de 1998 estipula que:

"La **carga** de probar **la ausencia** de contaminación, degradación o impacto no autorizado, **recae en el solicitante de una aprobación o permiso**, así como en la parte acusada de haber causado daño ambiental."
157. La parte demandada mantiene que esta disposición determina que cuando se hace una solicitud (como la solicitud D1 realizada por la parte demandante) la carga de identificar los

humedales o cualquier otro hecho relevante para la solicitud D1 recae en la parte demandante. La parte demandante protestó, identificando el Artículo 109 como ubicado en el Capítulo IX de la Ley de Biodiversidad, titulado, "Procedimientos, Procesos y Penalidades Generales".⁶⁵ Esto, según la parte demandante, ilustra cómo debe interpretarse esta disposición.

158. El Sr. Burn, durante el conainterrogatorio del Sr. Mussio, identificó el Artículo 105 de la Ley de Biodiversidad que establece, "*Toda persona estará legitimada para accionar en sede administrativa o jurisdiccional, en defensa y protección de la biodiversidad.*" El Sr Burn plantea que este era el precursor necesario del Artículo 109 – como la de la carga de prueba contenida en él – era únicamente relevante para sanciones o casos sometidos bajo el Artículo 105. En resumen, la parte demandante argumenta que la carga de la prueba es únicamente relevante después del evento, si se presentara una demanda.⁶⁶
159. La interpretación de la parte demandante no es acertada. La ley no lo admite y más específicamente, los expertos y los propios testigos de la parte demandante no están de acuerdo con esto.

1. La ley no admite la interpretación que hace la parte demandante del Artículo 109

160. El hecho de que el Artículo 109 se pueda encontrar en la sección que plantea procedimientos no altera la interpretación de la parte demandada. La única diferencia es la contemporaneidad de la carga. La parte demandante acepta que la carga corresponde a la parte demandante en el caso de una acción.⁶⁷ Sin embargo, esto – sostienen ellos – no significa que la carga también aplique a la parte demandante cuando se está buscando una aprobación o permiso. Esto pasa por alto la realidad práctica de lo que requeriría el Artículo 109 – incluso en la lectura preferida de la parte demandante.
161. En caso de que se tratara de una demanda para sancionar un daño ambiental, la parte demandante debe demostrar la ausencia de contaminación, degradación o impacto no autorizado. Para que la parte demandante demuestre la ausencia de impacto, tendría que probar la ausencia del daño, o del ecosistema que atraería la protección ambiental en primer lugar. En este caso, eso se traduce en exigir a la parte demandante que demuestre la ausencia de un humedal ya que el daño es claramente el desarrollo en el humedal.
162. Demostrar la ausencia de un humedal en el momento de la acción/proceso judicial es sólo parte de la tarea de la parte demandante, ya que, obviamente, la parte demandante

⁶⁵ C-207.

⁶⁶ Consultar por ejemplo, el Reinterrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción Día 4, 1273:7-22; 1274:1-12.

⁶⁷ Por lo demás, se trata de una admisión digna de mencionar, ya que desde el primer momento que se planteó una denuncia ambiental, si en efecto la parte demandante sabía que tenía la carga de la prueba, es aún más asombroso que el Sr. Aven no haya pensado en reconstruir sus expedientes "robados" con el objeto de verificar las investigaciones realizadas o el asesoramiento recibido durante el proceso de otorgamiento de permisos.

también tendría que demostrar que los humedales no existían justo antes del momento en que se infligió daño al sitio (es decir, antes de que el desarrollo comenzara).

163. Con el objeto de hacer esto, es bastante distinto demostrar si un humedal existe hoy en día en comparación con una serie de meses o años atrás. En efecto, la parte demandante hace lo imposible por incluir esta distinción en sus alegatos – aduciendo que la existencia de un humedal hoy día no necesariamente significa que existiera un humedal cuando el desarrollo comenzó.⁶⁸
164. Por esta razón, la única evidencia definitiva (con el objeto de descargar la carga de la prueba de la parte demandante) es que la parte demandante pueda demostrar que en el tiempo antes de que se fueran a desarrollar las tierras, no había humedales. Evidentemente, si nunca se interpusieron acciones legales contra la parte demandante, ellos podrían argumentar que podrían escaparse de la obligación de probar la ausencia de un humedal antes de que comenzaran las obras. Sin embargo, un enfoque como ese estaría lleno de riesgos – ya que ningún desarrollador puede anticipar si es posible plantear una acusación de daño ambiental. De hecho el Sr. Mussio testificó eso:⁶⁹

"Todo proyecto tiene un impacto. La idea es a través de las herramientas ambientales que SETENA pide, que pueden ser varias, hay unas más elaboradas con estudios más profundos; hay otras que son más sencillas de acuerdo con el impacto que va a generar el proyecto."

Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 372:5-10.

165. En este caso, es un riesgo que sólo se puede evitar si el desarrollador está 100% seguro de que no hay humedales – algo que sólo se les puede probar a ellos mismos investigando definitivamente la existencia o no existencia de humedales, en primer lugar. Pero el riesgo legal y práctico es que sin verificar la ausencia de un humedal antes del desarrollo, dicho desarrollador sería condenado inmediatamente por no cumplir la carga que el Artículo 109 les impone en una etapa posterior, en circunstancias en las que se planteaba una denuncia o una sanción contra ellos.
166. En todo caso, aquí, existe una denuncia de daño. Por lo tanto corresponde a la parte demandante demostrar que no había humedales antes de que empezaran el desarrollo. En consecuencia, esto colocó la carga en la parte demandante en el momento en que estaban planeando su desarrollo, para estar seguros de que no había humedal.

⁶⁸ Declaración de Apertura de la parte Demandante, Transcripción Día 1, 19:17-22; 20:1-21.

⁶⁹ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 465:14-18; 20-21. El Sr. Mussio continuó en el reinterrogatorio, "...un proyecto, equis proyecto siempre va tener gente que está a favor y gente que está en contra." "No conocía este artículo en sí [109 de la Ley de Biodiversidad sobre carga de la prueba] pero sabía que existía el hecho de que una persona puede llegar y prácticamente poner en vulnerabilidad de un proyecto que está totalmente a derecho ...[C]ualquier persona puede llegar y decir: hay un peligro ambiental!"

167. El otro factor legal que garantiza que el Artículo 109 coloca la carga de la prueba sobre los desarrolladores desde el principio es la operación práctica del principio precautorio. Como testificó el Sr. Bermúdez (Regente Ambiental):

"Q: [...] ¿Y el principio precautorio requiere que la persona que desea realizar una actividad que demuestre que no va a causar daño al medioambiente?

A: Sí."

Contrainterrogatorio de Esteban Bermudez, Transcripción Día 2, 506:14-17.

168. El Dr Jurado también testificó que:

"Tenemos una institución, un organismo del ambiente, en el ministerio del MINAE, que es la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, que es la que les decía que tramita las Evaluaciones de Impacto Ambiental. Pero el funcionamiento de este principio, [Artículo 109] es un funcionamiento que supone que el sujeto particular también tiene obligaciones para la defensa del ambiente y que tiene la obligación de dar a la administración la información necesaria relacionada con sus actividades que pueden ser potencialmente dañinas para el ambiente."

Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción Día 5, 1063:22; 1064:1-10.

"La función de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental es ver si el diagnóstico está adecuado y si los compromisos de mitigación, de reducción del daño, de compensación o de reparación son correspondientes a la valoración que está haciendo sobre los posibles daños. Obviamente se está partiendo de que el desarrollador está dando información sobre su actividad en el ámbito del posible daño que tiene veracidad. Por eso se le pide que haga la declaración bajo juramento."

Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción Día 5, 1064:8-22; 1065:1-4.

169. Finalmente, el juramento que se requiere en la solicitud D1 obliga a hacer la revelación completa antes de la solicitud, enfatizando así la carga sobre los desarrolladores. Este juramento se relata a continuación.
170. En conclusión, la realidad jurídica es que la carga contenida en el Artículo 109 se traslada al inicio del desarrollo.

2. Los testigos de la parte demandante reconocen que la carga era de la parte demandante

171. Además, la otra autoridad para apoyar la interpretación y aplicación del Artículo 109 de la parte demandada son los expertos y testigos de la parte demandante. Aunque su testimonio era muy deficiente en algunos aspectos, como identificamos a continuación, el Sr. Ortiz fue claro acerca de este principio básico de la carga de la prueba.
172. Al Sr. Ortiz originalmente se le preguntó:

"P: ...¿está de acuerdo en que la solicitud para la viabilidad, la solicitud de la Viabilidad Ambiental, tiene – incluye una declaración jurada sobre las condiciones en el terreno y que esas condiciones tienen que ser lo que ha dicho el promotor; correcto?

A: Sí."

Contrainterrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción Día 5, 969:17-21.

"P: ...sin importar el principio precautorio o el principio de buena fe, ¿no está de acuerdo que es un deber del promotor en Costa Rica? Que en Costa Rica el promotor tiene que hacer una representación minuciosa y verídica y completa sobre su proyecto cuando presenta información ante una agencia ambiental?

A: Sí."

Contrainterrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción Día 5, 968:17-22; 969:1-4.

173. Esto se basa en las cuestiones prácticas identificadas anteriormente y también en el principio de buena fe.

"Q: Así que la administración – o su papel en otorgar la viabilidad ambiental, la Viabilidad Ambiental, su papel no es intentar pues indagar o no tiene por qué investigar lo que ha manifestado el promotor. Se espera que el promotor va a decir la verdad, va a actuar con buena fe. ¿Ese es correcto, sí?

A: Sí."

Contrainterrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción Día 5 970:21-222; 971:1-5.

174. Todo esto pone de relieve la necesidad de que la parte demandante realice investigaciones y ofrezca todos los estudios y conclusiones como parte de la solicitud D1. Esto también es una admisión por parte de la parte demandante de que la carga de la prueba recae sobre la parte demandante.

175. La mencionada declaración de la verdad contenida en la solicitud D1 se puede encontrar en la parte del frente de la Prueba Documental R-13. Indica:

"Nosotros, los abajo firmantes, declaramos bajo juramento que toda la información suministrada en este formulario es verdadera **y actual** y se proporciona de conformidad con los conocimientos técnicos disponibles. Lo anterior, bajo las penas que establece la ley por el delito de perjurio y consciente de la siguiente cláusula de responsabilidad ambiental:

El consultor ambiental y el promotor firmantes del documento D1 serán directamente responsables de la información técnica científica que proporcionan en él. Como resultado, SETENA como autoridad ambiental del Estado costarricense supervisará que el documento presentado cumpla con los lineamientos técnicos establecidos por la guía de llenado y, si se cumplen, acepta la información presentada como **veraz**, como una declaración jurada. Con base en los datos suministrados, SETENA podrá tomar decisiones sobre la Viabilidad Ambiental de la actividad, obra o proyecto propuesto, por lo que en el caso de que se facilite información **falsa o errónea, los firmantes no sólo serán responsables de ese delito, sino también de las**

consecuencias de las decisiones en las que SETENA haya incurrido al confiar en esos datos. (Se agregó la negrita).

176. Esta es una clara afirmación que requiere información completa y precisa – y consistente con la opinión del Sr. Ortiz, la carga recae en la parte demandante para garantizar que la información sea precisa. Además, como se aclara en la última frase, la parte demandante también se dio cuenta (y aceptó) el hecho de que si hubiera una declaración falsa o engañosa que alterara el tratamiento de SETENA sobre el proceso de otorgamiento de permisos, entonces las consecuencias recaerían sobre la parte demandante.
177. Sin embargo, la referencia a SETENA no impone a SETENA la obligación de verificar todas las presentaciones. Esto simplemente no corresponde con la forma en que el sistema funciona. El Dr. Jurado fue muy claro en su testimonio sobre este punto:

"No es que la administración tiene que ir a verificar si ese proyecto genera o no esas afectaciones.

Por eso es que al desarrollador se le piden todos los estudios. Si no fuese así, la administración haría los estudios directamente. Se le pide al desarrollador que aporte los estudios y la administración tiene la confianza de que esos estudios están hechos por profesionales capacitados y que lo que le está diciendo el desarrollador, cualquiera que sea en cualquier campo, es lo correcto."

Interrogatorio de Julio Jurado, Transcripción Día 5, 1069:16-22; 1070:1-4.

178. Los propios testigos de la parte demandante confirmaron que, incluso durante el proceso de construcción, no es usual (y por lo tanto no es obligatorio) que SETENA inspeccione el Sitio del Proyecto porque se basa en el Regente Ambiental:

"COÁRBITRO BAKER: ¿Es poco usual de que un regente no tenga una visita en el sitio o que no tenga una visita o inspección personal de la institución ambiental?

SEÑOR BERMUDEZ: Es usual de que SETENA no visite a menos de que exista una denuncia o una queja. Si el proyecto a veces pasa por todo el periodo de construcción sin quejas o cosas que SETENA tenga que revisar, entonces no tienen necesidad de ir al sitio.

COÁRBITRO BAKER: **Y el motivo es porque en principio dependen de los informes que ustedes remiten mensualmente.**

SEÑOR BERMUDEZ: **Sí."**

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 569:15-22; 570:1-7. (Se agregó la negrita.)

179. Esto está en consonancia con la explicación del Dr. Jurado acerca del funcionamiento de SETENA.
180. Además del Sr. Ortiz, experto de la parte demandante, el Sr. Barboza también avaló la interpretación de la parte demandada en cuanto a la carga de la prueba, durante la fase de solicitud:

"P: Y está usted de acuerdo conmigo cuando digo que en realidad le toca a ese promotor examinar y asegurarse de que antes de que haga una solicitud D1, si existe evidencia de un posible humedal, pues que ese tipo de evaluación cualitativa o cuantitativa que usted identifica que debe hacerse según su experiencia, usted le asesoría que se realice. ¿No es así?

R: Es correcto."

Contrainterrogatorio de Gerardo Barboza, Transcripción Día 6, 1607:21-22; 1608:1-7.

181. El Sr. Bermúdez, Regente Ambiental de la parte demandante, también aceptó que la carga de la prueba recae en la parte demandante.

"P: Y según el Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, les corresponde a las demandantes, como desarrolladores, demostrar algún impacto potencial al medio ambiente y esto tendría que constar en su aplicación, ¿Correcto?

R: Sí."

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 506:19-22; 507:1-2.

"P: ¿Y entonces usted está familiarizado con el principio precautorio?

R: Sí."

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 506:11-13.

"P: Y el principio precautorio requiere que la persona que desea realizar una actividad, que demuestre que no va a causar daño al medioambiente.

R: Sí."

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 506:14-17.

"P: En el párrafo 8 de su segunda declaración usted dice –y cito– que la responsabilidad de presentar todos los estudios necesarios es compartida entre el desarrollador y el consultor ambiental". Lo leí hace un momento y necesario. Vuelvo a leer entonces: "La responsabilidad de presentar todos los estudios necesarios, es compartida por el desarrollador y el consultor ambiental entre los informes necesarios para demostrar la ausencia de contaminación y degradación o impacto no autorizado". ¿Los incluye a usted?

R: Sí.

[...]

P: Y "necesario" incluye informar acerca de humedales en el caso de existir.

R: Sí.

P: Y como el principio precautorio se aplica aún si no hay certeza científica, entonces sería necesario, aún si no tiene motivos de sospechar la existencia de un humedal. ¿Correcto?

R: Correcto."

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 508:21-22; 509:1-22; 510:1.

182. El Sr. Bermúdez más que cualquier otro de los testigos de hecho de la parte demandante que comparecieron ante el Tribunal se encontraba en una buena posición para saber esto, como consultor ambiental de DEPPAT. En efecto, testificó en nombre de la parte demandante en su primera declaración testimonial que parte de su rol era ayudar “a redactar las solicitudes para los permisos medioambientales.”⁷⁰ También declaró, “Este es un proceso complejo que implica seguir distintos pasos en las distintas instituciones, pero me siento cómodo al navegar entre las distintas agencias.”⁷¹
183. No obstante, el Sr. Bermúdez, declara también “conozco muy bien las leyes, y los reglamentos costarricenses relativos al medio ambiente.”⁷²
184. El Sr. Bermúdez declaró repetidamente sobre la carga de la prueba:

P: "O sea [SETENA] si así lo desea puede visitar el sitio. Pero la obligación, como dijo usted, como declaró hace un momento, es que sí es una obligación por parte de los desarrolladores. ¿Correcto? O sea que la obligación es de los desarrolladores. En última instancia la responsabilidad reside en los promotores, como usted declaró hace un momento. ¿Correcto?"

R: Sí."

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 515:11-19.

185. Por lo tanto, la posición es clara – la parte demandante tenía la carga de probar que no había humedales y que sus planes de desarrollo no impactarían ningún ecosistema protegido. Fallaron.
186. El Sr. Burn dijo que este caso es acerca de obtener permisos, pero en su primer paso, la evidencia muestra que no pudieron obtenerlo por medios transparentes y legales, como se ilustra más abajo.

G. Desarrollos en 2005 y 2006

187. El 26 de enero de 2005, La Canícula aplicó para la obtención de una VA para la Concesión. Se contrató a DEPPAT como Regente Ambiental. El 20 de enero de 2006, SINAC emitió confirmación de que la Concesión no estaba dentro de un Área de Vida Silvestre Protegida – o WPA (por sus siglas en inglés). Una WPA es una categorización nacional de la tierra. De modo sorprendente, esto se convirtió en un problema durante la Audiencia,⁷³ aunque confiamos en que el Tribunal tenga una apreciación exacta de la importancia (o para los fines presentes, irrelevancia) de la caracterización.

⁷⁰ Primera Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, para.8.

⁷¹ Primera Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, para.8.

⁷² Primera Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez, para.11.

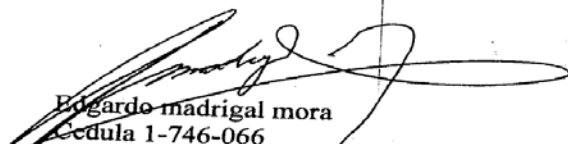
⁷³ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción Día 4, 1057 - 1068:1-11.

188. Una WPA es una región protegida, como un parque nacional, sin embargo, simplemente porque una extensión de tierra (como Las Olas) no está categorizada como una WPA, no significa que ya no se aplique protección total a los humedales.
189. Entonces, sólo porque la Concesión (o en efecto cualquier otra parte de Las Olas) no es una WPA – no significa que la parte demandante pudiera ignorar la existencia potencial de humedales. Todavía estaban sujetos a las estrictas leyes de protección ambiental de Costa Rica. Si existieran humedales – como en Las Olas, la misma protección aplica. La protección de los humedales es completamente independiente de la caracterización que puede dar el Estado a un área determinada como una WPA.⁷⁴
190. Más de un año después de la solicitud de la VA para el sitio de Concesión, SETENA emitió la VA el 17 de marzo de 2006. Como se declaró durante la Audiencia, la parte demandada no tiene ninguna queja que plantear con respecto a la información proporcionada para obtener la VA en relación con la Concesión – que no sea la objeción jurisdiccional de la parte demandada.
191. Por otro lado, en relación con la confirmación del SINAC de que no hay WPA en el sitio del Condominio, durante el interrogatorio del Sr. Martínez, el Profesor Nikken tenía curiosidad por entender el contexto en el cual se emitió la confirmación del SINAC del 2 de abril de 2008 que certificó que no había una WPA en el sitio del Condominio (Prueba C-48).⁷⁵ La carta que Mussio Madrigal envió al SINAC el 14 de marzo de 2008 solicitaba una confirmación de que la propiedad asignada al sitio del Condominio no era una WPA, como requisito para la emisión de una VA para el sitio del Condominio:

Estimados señores:

Por medio de la presente misiva me permito saludarlos y a la vez solicitarles de la manera mas atenta me extiendan una certificación u oficio donde indique que la propiedad perteneciente a la sociedad Inversiones Cotsco C&T S.A. cedula jurídica N 3-101-289111, plano catastrado N P-1244761-2007, no esta inmersa dentro de ninguna área silvestre protegida, esto debido a que SETENA lo requiere para poder seguir con el tramite de la viabilidad ambiental, la cual es de suma importancia para poder ejecutar el proyecto de manera tal que se cumpla con todos los lineamientos técnicos y legales que deben, por obligación llevar este tipo de proyectos.

No omito indicar que para cualquier notificación acuso el numero 25-88-01-23


Edgardo madrigal mora
Cedula 1-746-066

76

⁷⁴ Reinterrogatorio de Luis Martinez, Transcripción Día 4, 1059: 15-20.

⁷⁵ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción Día 4, 1129:1-22.

⁷⁶ C-45.

192. Contrario a lo que la parte demandante trató de insinuar durante el contrainterrogatorio del Sr. Martínez, Mussio Madrigal no solicitó al SINAC confirmar que no había humedales o bosques en el área. Ni la parte demandante ni sus asesores pueden inferir de la certificación del SINAC que las *"este terreno, en cuanto a la agencia pertinente no contiene un humedal"*⁷⁷ o que la agencia *"ha confirmado que no tiene un humedal, no ha identificado un humedal específico."*⁷⁸ En la carta en respuesta a la petición del Sr. Mussio Madrigal, SINAC confirma que el área del proyecto no estaba dentro de una WPA, lo que significa que no fue categorizada bajo ningún tipo de WPA (*categoría de manejo*) en virtud del Artículo 70 del Reglamento a la Ley de Biodiversidad.⁷⁹

H. La parte demandante ejecutó ilegalmente la solicitud de la VA

193. En Abril del 2007, se contrató a la empresa del arquitecto Mussio Madrigal que se encargó de realizar estudios en preparación para la solicitud de la VA para la sección de Condominio. Tal y como se estipuló, la sección de Condominio se desarrolló hasta tener 288 unidades. Mauricio Mussio se encargó de preparar el Plan Maestro del Sitio – y elaboró un plan para fragmentar.⁸⁰ La posición de la parte demandada es que la fragmentación se llevó a cabo de forma ilegal debido a la forma en que se llevó a cabo.

1. La fragmentación tal y como la realizó la parte demandante es ilegal

194. Tal y como se estipuló anteriormente, durante la Audiencia el Tribunal tuvo que tratar el tema de la fragmentación o fraccionamiento – un tema de relevancia vital en cuanto a la legalidad del comportamiento de la parte demandante. Obviamente, la parte demandante argumentaría que esto resulta irrelevante dado que a fin de cuenta los permisos si se expidieron. Esto sería para ignorar la aplicación adecuada de la ley costarricense.
195. Se utilizó el término fraccionamiento pero, de hecho, en la terminología técnica, el término es fragmentación. Se trata del proceso de subdividir la propiedad en secciones para, posteriormente, tratar cada una de ellas como si se tratara de un proyecto separado. Al hacerlo así, la parte demandante trató como mutuamente excluyente (cuando les favorecía a ellos) cada una de las secciones del sitio del proyecto Las Olas.
196. Las secciones que se fragmentaron eran las secciones principales identificadas anteriormente y también identificadas en el programa de cinco etapas que el Sr. Aven estableció en el párrafo 60 de su primera declaración testimonial. Por lo tanto, por ejemplo, las servidumbres se dividieron de la Sección de Condominios, que a su vez también se dividió de la Concesión, etc.

⁷⁷ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción Día 4, 1064:11-19.

⁷⁸ Id., 1065:6-8.

⁷⁹ **R-15**, Regulaciones a la Ley de Biodiversidad, 11 de marzo de 2008.

⁸⁰ C-54.

197. La evidencia muestra que la parte demandante dividió el sitio Las Olas en estas secciones y adicionalmente, solicitó la VA solamente para algunas y no para todas. Además, cuando una VA era solicitada, no se hacía referencia al plan general del proyecto Las Olas. Por lo tanto, las autoridades costarricenses no habrían podido ser capaces de considerar el proyecto Las Olas en su totalidad en un único punto en el tiempo.
198. Esto es ilegal y los permisos se obtuvieron de forma engañosa. La parte demandante debió haber aplicado para un único VA, relacionado con todo el proyecto Las Olas – revelando el plan general y por lo tanto el impacto global para el sitio y su medioambiente. No lo hicieron – y ellos realizaron esta fragmentación con total conocimiento de su ilegalidad.⁸¹
199. En efecto, aunque pudieron haber explotado un talón de Aquiles administrativo de la municipalidad (que al final de cuentas era la entidad que expedía los permisos), eso no absuelve a la parte demandante de su conducta ilegal – y ciertamente no exime al estado de subsanar esta ilegalidad por medio de sus investigaciones y conducta posteriores.
200. El Sr Bermúdez confirmó que la Municipalidad podría no haber estado al tanto de las diferentes sub secciones del proyecto Las Olas. Aunque el Sr. Aven estaba claro en cuanto a su programa de cinco etapas, él utilizó diferentes empresas (por razones desconocidas) para adquirir la Sección de Servidumbres y la Sección de Condominio. Por lo tanto, las solicitudes de VA y los permisos de construcción provenían de empresas separadas:

	No.	Empresa al momento de otorgar el permiso	Empresa que posee el permiso hoy día
Permisos de construcción para las Servidumbres (C-14)	15679	Amaneceres de Esterillos Oeste S.A.	Mis Mejores Años Vividos, S.A.
	15680	Altos de Esterillos S.A.	Mis Mejores Años Vividos, S.A.
	15681	Caminos de Esterillos Oeste S.A.	Mis Mejores Años Vividos, S.A.
	15682	Noches de Esterillos S.A.,	Mis Mejores Años Vividos, S.A.
	15683	Cerros de Esterillos Oeste S.A.	Cerros de Esterillos Oeste S.A.
	15684	Atardeceres Cálidos de Esterillos Oeste S.A.	Mis Mejores Años Vividos, S.A.
	15685	Atardeceres Cálidos de	Mis Mejores Años Vividos, S.A.

⁸¹ Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 567:4-568:10. El Sr. Bermúdez confirmó que la fragmentación es ilegal.

		Esterillos Oeste S.A.	
Permiso de construcción para el Condominio (C-85)	130-10	Inversiones Cotsco S.A.	Inversiones Cotsco S.A.

201. En consecuencia, de la misma manera en que el Sr. Bermúdez no sabía que la sección de Servidumbres pertenecía al mismo proyecto que la sección de Condominio, se podría decir lo mismo de la Municipalidad. Si dos empresas separadas se presentan a la Municipalidad en relación a dos parcelas separadas que la Municipalidad no puede saber que formaban parte del mismo proyecto Las Olas completo – la supervisión es bastante fácil de realizar.
202. En el reinterrogatorio el Sr. Burn preguntó al Sr. Bermúdez:

"P: En cuanto a relación con la Municipalidad, cree usted que ellos sabrían que existía relación entre las secciones de servidumbres y condominio?

R: No."

Reinterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 559:19-22; 560:1.

203. El Sr. Burn continuó:

"P: ¿Cree usted que SETENA lo conocería?

R: ¿Relación en qué forma?

P: De que el proyecto se estaba desarrollando en una parte, en la parte de Condominios. Pero que también existía la parte de servidumbres. Cree usted que esas instituciones sabrían que estos distintos proyectos estaban sucediendo al mismo tiempo?

R: No."

Reinterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2 560:2-10.

204. Precisamente por esta razón, la fragmentación no está permitida.
205. Durante la Audiencia nos enteramos de la génesis de la fragmentación. El Sr. Aven testificó que la idea de la separación de los lotes vino de su abogado el Sr. Gavridge Pérez.⁸² Es extraño e inexplicable que el mismo abogado aparezca además como abogado penal del Sr. Aven en 2011.⁸³

⁸² Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 935:19-22; 936:1-2.

⁸³ R-161, Múltiples citas del abogado penal.

"COÁRBITRO BAKER: [...] ¿Puede comentar del plan Mussio de fraccionar, fragmentar, o como quiera uno decirle?"

SEÑOR AVEN: En realidad, Mussio fue el que -- o sea, no sé por qué se le ocurrió pero mi abogado fue el que recomendó -- bueno yo no soy abogado así que no sé a diferencia entre fraccionamiento y fragmentación. No tengo ni idea, Es por eso que estaba recurriendo a abogados en todo momento [...]."

Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 843:21-22;844:1-7.

206. La separación del proyecto Las Olas en secciones fue un segundo paso una vez que Mussio Madrigal llegara con el diseño global de Las Olas. El Sr. Shioleno, el Sr Mussio y el Sr. Aven admitieron que la empresa Mussio Madrigal fue la que estuvo a cargo del diseño del proyecto:

"Mussio Madrigal es la empresa que hizo el diseño para Olas."

Interrogatorio de Jeffrey Shioleno, Transcripción Día 2, 380:19-20.

"...así que a Mussio mejor dicho se le ocurrió el diseño conceptual del proyecto de Condominio. Se ha hablado mucho de las Servidumbres y he escuchado toda la conversación. El señor Nikken estaba hacienda preguntas al respecto..."

Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 839:9-14:

"Así que esas parcelas estaban subdivididas a lo largo de la carretera principal. Una vez subdivididas, Mussio hizo la solicitud para obtener el permiso de condominio. Preparó el concepto, el plan maestro del sitio del proyecto y esto fue lo que se presentó."

Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 840:14-19.

207. Esta cita final ilustra perfectamente la ilegalidad cometida por la parte demandante – subdividiendo la sección de Servidumbres del sitio Las Olas completo, pero únicamente buscando una VA para la Sección de Condominio.⁸⁴
208. El Sr. Aven no pudo explicar cuál era la justificación empresarial para la fragmentación del Proyecto Las Olas:

⁸⁴ Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 541:20-22; 542:1. Esto fue confirmado por el Sr. Bermúdez durante el contrainterrogatorio quien dijo: "P: Y esa fue la solicitud D1 para la sección de Condominio. ¿Correcto? R: Si."

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 559:19-21. el Sr. Bermúdez continuó "P: O sea, que no hay viabilidad ambiental que cubra la sección de [Servidumbre] – esta sección; correcto? R: No que yo sepa."

"PRESIDENTE SIQUEIROS: ...¿Cuál era, digamos, la lógica empresarial?

SEÑOR AVEN: Creo que es una buena pregunta.

PRESIDENTE SIQUEIROS: Bueno, esto es un tema que se ha planteado en el procedimiento arbitral.

SEÑOR AVEN: Desde luego."

Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 870:1-9.

Así con Gabridge Pérez y dice que si la ley dice que si uno tienen propiedad que da al camino principal lo puede fraccionar y no hace falta preocuparse por la viabilidad ambiental porque da al camino principal, y con el camino principal hay acceso al camino, a electricidad, a agua, la tubería de agua va por ese camino. No es lo mismo, pues, desarrollar algo en el interior donde hay que hacer la infraestructura, caminos, electricidad de manera subterránea y plantas de depuración de aguas. Por eso, fue el motivo pero a partir de consejos de un abogado, consejos jurídicos y por lo que yo supiera era totalmente legal..."

Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción Día 3, 871:19-22; 872:1-9.

209. Sin embargo, el Sr. Aven estaba equivocado o mal aconsejado. No era "perfectamente legal". Además la respuesta del Sr. Aven faltó al punto de la pregunta del Presidente. El Sr. Aven estaba respondiendo a cómo es que funcionan las servidumbres en sí mismas. Al respecto, el tribunal escuchó testimonios de los Sres. Ortiz y Priscilla Vargas en cuanto al tratamiento de las servidumbres según la ley costarricense – y al número de parcelas que se pueden construir de cada servidumbre (calle).
210. Sin embargo, esto es menos relevante para los fines presentes. La pregunta del Presidente iba más por el tema de porqué la sección de Servidumbres (es decir, toda la sección occidental que consta de 72 lotes) fue separada de la sección de Condominio, por ejemplo, y del resto del sitio Las Olas.
211. La confusión penetró también este tema en otras ocasiones durante la Audiencia. Por ejemplo, durante el contrainterrogatorio del Sr. Mussio, en respuesta a las preguntas del Sr. Baker, se le preguntó al Sr. Mussio si él había consultado a la Municipalidad en lo que respecta a la fragmentación. La respuesta fue, "Si"⁸⁵ Sin embargo, la fragmentación a la que se refería el Sr. Mussio no era la fragmentación que se invocó ilegalmente. Por el contrario, se trató del tipo legal de fraccionamiento o segregación de tierra que permite que se desarrollen 6 lotes con una única servidumbre (calle).⁸⁶ Esto es aparente de la respuesta específica que el Sr. Mussio dio al Sr. Baker, cuando estaban hablando de tener un lote frente a una calle pública.⁸⁷

⁸⁵ Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 505:13.

⁸⁶ La Sra Priscilla Vargas también presentó sobre este tipo de fragmentación incontrovertible. Tenga presente que para constituir los 72 lotes a desarrollar en la Sección de Servidumbres, se tenían que crear 8 lotes en cada una de las 9 subsecciones de servidumbre.

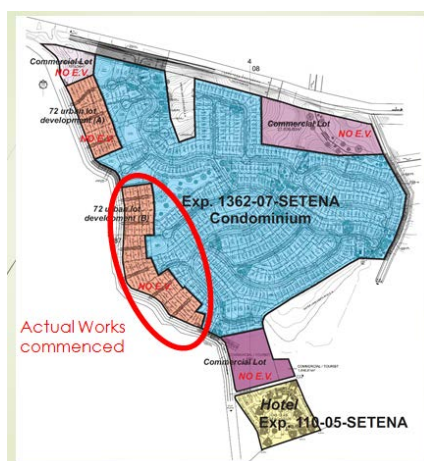
⁸⁷ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 505:19-22. "...si la próxima semana un cliente llega y dice: "Mauricio, tengo un lote frente a calle pública, quiero hacer un fraccionamiento", se puede hacer." Esto claramente se refiere al proceso de dividir un lote en 8 sublotos, en vez de dividir la Sección

212. La ley costarricense no permitió que la parte demandante lo realizara. La. Sra. Priscilla Vargas dejó esto claro en su presentación durante la Audiencia:

"Y si vemos al Proyecto Las Olas completo, naturalmente tendría que ser categoría A, [solicitud tipo D1], que es evaluación de impacto ambiental o estudio de impacto ambiental, perdón, que es el instrumento más complejo de evaluación ambiental que tenemos en el país. Llegamos entonces a un tema del que se ha discutido bastante, que es la fragmentación que se hizo de la evaluación del impacto ambiental porque no hubo mención a los 72 lotes, no hubo mención a los otros lotes comerciales que son los que les ponía en rojo en la primer lámina o en diferentes tonos de rojo aparte de las -- de los 72 lotes, y además, aún cuando no hubiera habido lotes comerciales o los 72 lotes urbanos, la evaluación debió hacerse integral entre el hotel y el desarrollo condominial si eran un solo proyecto, como está establecido que es un solo proyecto. La evaluación ambiental debió haber sido integral desde el inicio en cuanto a su espacio geográfico, que es el punto que alude esta lámina. Además de ser integral en cuanto a su espacio geográfico, debió haber sido integral o comprensiva en cuanto a los sistemas presentes en ese sitio."

Interrogatorio de Priscilla Vargas, Transcripción Día 6, 1808:16-22; 1809:1-18.

213. La Sra. Vargas se refería a esta figura en su presentación:



214. El meollo de la preocupación es tal y como continuó la Sra. Priscilla Vargas para describir lo siguiente:

"...no podemos comprender la riqueza, el valor, la dinámica o los posibles impactos sobre un ecosistema si lo fraccionamos, si lo partimos y si lo hacemos ver como pequeñas cosas desconectadas adonde el valor integral no se llega a apreciar.."

Consultar Interrogatorio de Priscilla Vargas, Transcripción Día 6, 1810:3-7.

El Sr. Mussio aceptó este principio cuando respondió las preguntas del Sr. Baker, en cuanto a que el proceso de "depende del tamaño del proyecto."

Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 464:18.

215. La fragmentación viola el Artículo 94 de la Ley de Biodiversidad así como el proceso correcto para una evaluación ambiental.⁸⁸ El artículo 94 estipula:

"La evaluación del impacto ambiental en materia de biodiversidad debe efectuarse **en su totalidad**, aun cuando el proyecto este programado para realizarse en etapas."⁸⁹

216. La frase "*en su totalidad*" no es redundante – obliga a la parte demandante a adoptar (y ofrecer a las autoridades) la visión general de su desarrollo propuesto. El hecho de que pueda ser capaz de dividirse en cinco etapas (una elección meramente de la parte demandante) no significa que el proceso de permisos deba dividirse en cinco etapas. El Sr. Bermúdez confirmó que la decisión de "dividir un proyecto en etapas" corresponde únicamente al desarrollador:

"P: Volvamos a la redacción del artículo 94. ¿Puede usted volver a leerlo para ver cómo lo interpreta usted?

R: Si, lo leí, lo conozco; conozco ese artículo. Esto lo que quiere decir es que uno no puede dividir un proyecto en fracciones más pequeñas. Por ejemplo, si el desarrollador quiere desarrollar el proyecto de Condominio de la Olas en diferentes etapas, una parte ahora y otra parte después, igual debe presentar el proyecto en su totalidad porque ese es un proyecto..."

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 535:1-11.

"P: Entonces ¿quién define si es el mismo proyecto o no? ¿Son los promotores?

R: Si, los promotores."

[...]

"P: ...pero SETENA realmente no le dice al señor Aven y sus colegas de cómo dividir el proyecto de las Olas. Esa es decisión de los dueños ¿Correcto?—

R: ...

P: Perdón, usted asintió con la cabeza y quería estar seguro de que efectivamente...

R: ...

(Asintió.)"

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 536:3-21.

217. Además, como indica el informe de experto de Siel Siel, de fecha 28 de octubre 2016 en el párrafo 68, el Artículo 94 es ampliamente aplicado por SETENA y por el Tribunal Ambiental Administrativo. La fragmentación no está permitida, incluso si los planes son desarrollar toda la propiedad en etapas.⁹⁰

218. Tal y como escribió la Sra. Vargas en ese mismo informe:

⁸⁸ Interrogatorio de Priscilla Vargas, Transcripción Día 6, 1834:8-11.

⁸⁹ C-207.

⁹⁰ Informe Siel Siel, para.68.

"La fragmentación no debe confundirse con desarrollar un proyecto en fases, una práctica perfectamente lícita. Sin embargo, un proyecto que vaya a desarrollarse en fases igualmente debe evaluarse de manera integral, tomando en cuenta la totalidad del sitio del proyecto y todas sus fases, la suma de todos los impactos, la totalidad de todas las áreas de construcción, los impactos acumulados y sinérgicos de las diferentes fases, las áreas de influencia de todos los subproyectos, y otros aspectos. Todos y cada uno de los aspectos de cada fase debe declararse y evaluarse de forma integral, lo que incluye aspectos de distribución de tiempo (tanto para las obras como para los impactos), así como las medidas de mitigación."⁹¹

219. La Sra. Priscilla Vargas también explicó que la conducta de la parte demandante infringió el Artículo 2 del Reglamento General para la Evaluación de Impacto Ambiental.⁹² Este 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."⁹³ (Se agregó la negrita)

220. En términos simples, esto obligó a la parte demandante a solicitar una EIA con respecto a la agregación de la Sección de Servidumbres, Sección de Condominio y Sección Comercial y la Concesión. La solicitud D1 presentada por la parte demandante (y referenciada frecuentemente durante la Audiencia como Prueba R-13) correspondió únicamente a la Sección de Condominio. No se presentó en relación a las Servidumbres e incluso a las obras iniciadas en las Servidumbres en marzo de 2009 sin que la parte demandante hubieran obtenido una VA.⁹⁴
221. Además, no se realizó ninguna solicitud que pusiera de relieve las "áreas sensibles" identificadas por el Sr. Mussio – algo considerado más adelante, junto con la consideración del informe de Protti y otros informes - cada uno indicando la existencia o posible existencia de humedales.
222. Por ende, la sub-división del sitio del proyecto Las Olas completo permitió a la parte demandante un medio de evadir la evaluación tipo EIA completa (Categoría A) de los planes de desarrollo de Las Olas. Esto es claramente ilegal, y por consiguiente, todos los permisos expedidos conforme a la VA relativos a la Sección de Condominios se obtuvieron ilegalmente. Además, todos los permisos obtenidos en relación con la Sección de Servidumbres también eran ilegales porque no estaban fundamentados en una VA.

⁹¹ Informe Siel Siel, para.73.

⁹² C-208.

⁹³ Id.

⁹⁴ La VA para el sitio de Concesión se obtuvo en 2005, pero el sitio nunca se desarrolló. Informe Siel Siel de 28 de octubre de 2016, para.76.

223. Los testigos de la parte demandante avalan estas opiniones. El Sr. Bermúdez confirmó el principio de un estudio EIA completo en virtud de la legislación costarricense:

"P: ...la evaluación del impacto ambiental en lo que se refiere a la biodiversidad, en realidad la evaluación ambiental debe llevarse a cabo en su totalidad, como un todo, aún si el proyecto ha sido programado para que se lleve a cabo en etapas. ¿Correcto?

R: Sí."

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 530:14-20.

224. El Sr. Baker consultó en donde estaba la línea cuando se está planificando un proyecto en etapas y como esto podría impactar el proceso de solicitud de VA. Según respondió la Sra. Vargas, el informe de EDSA/Norton Consulting identificó todo el sitio del Proyecto Las Olas como un área a desarrollarse. Además, tal y como identifica la primera declaración testimonial del Sr. Aven, cuando estaban planificando desarrollar la etapa uno, la parte demandante ya sabían qué tendría la etapa cinco.
225. Por esta razón, las partes hipotéticas del Sr. Baker no necesitan ponerse a prueba, y este caso es un ejemplo en donde se pudo hacer y debió haberse hecho una única solicitud de VA pero no fue así. El punto de concepción, no el de ejecución es clave.⁹⁵ La parte demandante sabía que su desarrollo abarcaría todo el sitio Las Olas y no había justificación para la metodología de divide y vencerás que el Sr. Pérez concibió.
-
226. Las deficiencias de la parte demandante se ven mejor en el plan maestro, presentado como parte de la solicitud D1.⁹⁶ Esto se produjo en el 2007 con la asistencia del Sr. Mussio. Y sin embargo el plan maestro claramente excluye otras secciones aparte de la sección de Condominio. En efecto, la sección de Servidumbres que debía desarrollarse primero, como parte de la etapa uno, está excluida el mapa. Esto es muy engañoso y una clara violación del Artículo 94 de la ley de Biodiversidad.
227. Finalmente la Sra. Vargas dejó claro que las exoneraciones de SETENA no aplican.⁹⁷ Por lo tanto, la solicitud de VA fue deficiente dado que falló en identificar las 72 parcelas a construirse en la sección de Servidumbres, falló en mencionar las otras parcelas comerciales, falló en levantar las banderas rojas que existían y que la parte demandante conocía en ese momento, y falló en declarar la relación existente con el Hotel Colinas del Mar File asignado al desarrollo del sitio de la Concesión.⁹⁸ El Hotel Colinas del Mar era el hotel que la parte demandante buscó desarrollar en la sección de Concesión como una de las etapas del Proyecto Las Olas. En vez de incluir el desarrollo de la Concesión, las servidumbres, los sitios Comerciales y el Condominio en su solicitud inicial de VA, la

⁹⁵ Interrogatorio de Priscilla Vargas, Transcripción Día 6, 1853:5-9.

⁹⁶ C-222.

⁹⁷ Interrogatorio de Priscilla Vargas, Transcripción Día 6, 1828:9-22; 1831:1-9.

⁹⁸ C-223.

parte demandante decidió fragmentar el proyecto y presentar por separado las VA en diferentes momentos.

228. En su informe, el Sr. Ortiz mencionó las Resoluciones de SETENA que se relacionan con las exoneraciones para obtener una VA.⁹⁹ Aunque el Sr. Ortiz mencionó únicamente estas Resoluciones como parte de las regulaciones aplicables al régimen de viabilidad ambiental, la Sra. Vargas analizó si alguna de las exoneraciones aplicaba o no a las obras de la parte demandante en el sitio de Servidumbres en los párrafos 85 a 95 del informe Siel Siel.¹⁰⁰ La conclusión es que la parte demandante no objetó ninguna de las exoneraciones prescritas por SETENA aplicadas al pavimentado de calles para crear las Servidumbres 8 y 9.
229. Durante la Audiencia, la defensa del Sr. Ortiz por la fragmentación ilegal y por no obtener las VA por parte de la parte demandante fue triple:
- Primero, se refirió en términos generales a las resoluciones de SETENA del 2008 las cuales *"lo que hicieron estas resoluciones fue definir técnicamente el tipo de proyecto que sería eximido o exento de eso. SETENA, como es común, puede haber cambiado de idea "*¹⁰¹
 - Segundo, el Sr. Ortiz sugirió que como la construcción aún no había iniciado y *"el desarrollador quizás no sabía si iba realmente a desarrollar", "entonces, el supuesto establecido por la Ley Orgánica para obtener una viabilidad ambiental no ha sido cumplida."*¹⁰²
 - Tercero, *"si en efecto la VA fuera necesaria, entonces puede ser que la municipalidad no hubiese dado su visado ambiental"*¹⁰³ o el *"INVU no hubiera prestado atención al visado y la Municipalidad tampoco hubiera prestado atención al visado, y después había que presentar estos al catastro nacional y el registro público."*¹⁰⁴
230. Primero que nada, el Artículo 98 de la Ley de Biodiversidad ha estado vigente desde 1998 y su meta era promover el compromiso de estudios de impacto ambiental completos y por ende, disuadir la fragmentación. El Sr. Ortiz sugiere que como la parte demandada presentó como prueba Resoluciones de SETENA del 2015 que interpretan esa

⁹⁹ Informe de experto de Luis Ortiz, para. 34.

¹⁰⁰ Tenga presente que en el párrafo 34, el Sr. Ortiz se refiere a la Resolución de SETENA N° 2370-2004, del 7 de diciembre de 2004. El demandado señala que el Informe Siel Siel no se refirió a esa resolución, aplicable al inicio de las obras antes del 13 de marzo de 2008 cuando se emitió la Resolución N° 583-2008. En todo caso, en virtud de las Resoluciones de SETENA de 2004 y 2008, no se exoneró de una VA a las obras de la parte demandante en las Servidumbres. Las exoneraciones son generalmente las mismas en ambos instrumentos y las exoneraciones relevantes no eran aplicables a las obras de la parte demandante.

¹⁰¹ Contrainterrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción Día 5, 1348:2-4.

¹⁰² Id. 1348:9-17.

¹⁰³ Id. 1351:3-12.

¹⁰⁴ Id. 1352:8-9.

disposición contra la fragmentación de estudios de impacto para proyectos de desarrollo, esas no son aplicables a lo que SETENA hizo en el 2008.¹⁰⁵

231. Esto no tiene ningún sentido. La parte demandada ya demostró que en virtud de las resoluciones del 2008 a las cuales se refiere constantemente el Sr. Ortiz, los trabajos de la parte demandante en las Servidumbres no estaban permitidos sin un VA. Si el 2008 es tan importante para el Sr. Ortiz, la parte demandada solicita al Tribunal que ponga atención a la decisión de sanción del TAA contra el Proyecto Costa Montaña, de fecha 1 de diciembre del 2009, que desarrolla exactamente la misma interpretación del artículo 98 repudiando la fragmentación del estudio del impacto ambiental de ese proyecto de desarrollo.¹⁰⁶ Finalmente, como se mencionó, la referencia del Sr. Ortiz a las resoluciones de SETENA del 2008 sin explicar bajo cual actividad exonerada recaen las servidumbres, debe descartarse.

232. Segundo, no es cierto que los desarrolladores no supieran si iban a desarrollar su proyecto y como iban a hacerlo. Nuevamente esto no es lo que lo que las pruebas muestran. El 25 de abril del 2007, la parte demandante contrató a Mussio Madrigal para *“diseñar y producir Documentos de Infraestructura de Construcción en un lote en Esterillos Oeste.”*¹⁰⁷ El contrato muestra que para ese momento, la parte demandante sabía exactamente que iba a fragmentar la sección de Servidumbres de la sección de Condominio. La etapa No. 1 del contrato establece:

Etapa 1, será la segregación al frente de calle pública. El detalle del alcance es el anteriormente descrito. Para este proceso los honorarios profesionales son de \$ 70,000.00, subdivididos como sigue:

233. A su vez la Etapa No. 2 incluiría la fase de construcción del sitio de Condominio:

Etapa 2, será una sub división de Condominio. Para este proceso los honorarios profesionales son de \$ 125,900.00. Nuestra recomendación es empezar esta etapa lo más pronto posible, esto nos dará la posibilidad de dar solución a los diversos retos técnicos debido a la naturaleza del proyecto total.

234. El contenido de este contrato refleja el párrafo 60 de la primera declaración testimonial del Sr. Aven, en donde describe las etapas que el proyecto Las Olas, tendría como un todo. Por ende, el Sr. Ortiz se equivoca al pensar que la parte demandante no sabía cómo desarrollar sus tierras.

¹⁰⁵ **R-344**, Fallo de SETENA sobre la fragmentación en el Proyecto Río Coronado de Land Company, 2 de marzo de 2015;

R-345, Fallo de SETENA sobre fragmentación en el Proyecto de la Corporación Empresarial Rubi, 19 de marzo de 2015.

¹⁰⁶ **R-419**, Resolución de sanción TAA para el Proyecto Costa Montaña, 1 de diciembre de, 2009, p. 22.

¹⁰⁷ C-43.

235. Finalmente, con respecto a la defensa final del Sr. Ortiz, la parte demandada señala que la parte demandante no ha probado que las Servidumbres fueran aprobadas por el INVU, Catastro Nacional o Registro Nacional. No se obtuvo ningún permiso de construcción para las Servidumbres 8 y 9. La parte demandante no brindó ninguna evidencia de que ambas calles fueran aprobadas por alguna esas autoridades.
236. En cuanto a los permisos de construcción otorgados para las Servidumbres 1 a 7, la parte demandante sólo produjo los permisos de construcción pero no los planos aprobados para esas servidumbres por el INVU, Catastro Nacional o Registro Nacional. La única evidencia de información proporcionada a la Municipalidad es la carta del Sr. Bermúdez del 22 de Julio del 2010, que realmente confundió a la Municipalidad representando que las servidumbres estaban cubiertas por la VA otorgada para el sitio de Condominio.
237. Para evitar cualquier duda, la parte demandada quisiera aclarar que ninguna de las pruebas adjuntas a las declaraciones testimoniales del Sr. Mussio muestran “aprobación de las servidumbres” por parte del INVU, Catastro Nacional o Registro Nacional:
- El anexo C contiene planos que aprueban un área de protección de 15 metros desde el Aserradero Gulley. Este mapa aprueba ese “retiro” pero no trata de las servidumbres en el sitio.
 - El anexo D contiene una aprobación del Ministerio de Obras Públicas para un mapa que de hecho muestra el sitio del proyecto Las Olas en su totalidad, sin la segregación de las servidumbres.
 - El anexo E muestra el mapa de una servidumbre, sin embargo no queda claro cuál servidumbre está indicando, excepto por el hecho de que no se otorgaron permisos de construcción de ningún tipo para las Servidumbres 8 y 9.
238. La evidencia presentada por la parte demandada muestra que la parte demandante nunca tuvo la intención de cumplir con estas disposiciones sino que más bien las usó como “pase libre” para (i) evitar obtener una VA de SETENA, (ii) evitar pasar por el complejo proceso de obtener aprobación del desarrollo urbano de sus 72 lotes, y por tanto, (iii) construir en los Humedales Nos. 1, 2 y 3 ubicados en el sitio de Servidumbres.
239. Primero, La parte demandada mostrará que la concepción del plan maestro para el Proyecto Las Olas no cumplió los criterios del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamiento y Urbanizaciones del INVU (las “**Regulaciones del INVU**”). El Artículo II.2.1 de las Regulaciones del INVU establece que:

*"Todas las parcelas resultantes de un fraccionamiento tendrán acceso directo a la vía pública. **En casos calificados**, el INVU y las Municipalidades podrán admitir la sub división de lotes por medio de servidumbres de paso, siempre que se cumpla con las siguientes reglas:*

La servidumbre se aceptará en terrenos especiales en que por su ubicación o dimensión se demuestre que era imposible fraccionar con acceso

"P: Bien, ¿no sería también el caso que para un desarrollo de este tamaño, un desarrollo urbano, sería necesario, entiendo yo, habría que dedicar el 10 por ciento de la superficie para algún tipo de parque público, que habría que dedicarlo básicamente a la Municipalidad donde se realiza el desarrollo?"

R: Lo que entiendo yo es que en el caso de una urbanización sería correcto."

Contrainterrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción Día 5, 978:3-11.

244. De hecho, en ausencia del uso inadecuado de las servidumbres por parte de la parte demandante, la parte demandante tendría que haber ido al INVU y a la Municipalidad con un plan de urbanización en lugar del plan de servidumbres que la parte demandante presentó. En resumen, la parte demandante no sólo quiso evitar el largo proceso de obtener aprobación para una urbanización de 72 lotes y las obligaciones que conlleva dicha urbanización, sino que también quiso terminar el trabajo en la sección de Servidumbres lo más pronto posible para que los Humedales Nos. 1, 2, y 3 pasaran desapercibidos.

2. Existieron banderas rojas relativas a la presencia de humedales

245. El Sr. Burn manifestó en su Presentación de Cierre en la Audiencia de Diciembre:
- "...gran parte de esta audiencia, la mayoría, ha sido tomada por evidencia evidencia relativa a los argumentos planteados por la parte demandada, y ustedes recordarán que esto lo dije en mis comentarios iniciales, que es totalmente irrelevante. En el sentido estricto es totalmente irrelevante. Y hubiéramos podido decidir el no aceptar esto. Quizá cometimos un error al tratar de actuar con esto, porque se les presentó sobre la base de que hay algo que sí es pertinente, pero no, no es menor pertinente de lo que fue el lunes de la semana pasada, y las cuestiones ambientales y de derecho costarricense no son pertinentes ¿Por qué? Porque es ex post facto. Es el reformular lo que sucedió. Este caso, como lo dije al inicio, se trata de permisos que fueron solicitados, que fueron emitidos y sobre los cuales dependieron los promotores..."¹¹²
246. La parte demandada continúa hasta el día de hoy luchando con cómo es que esto está casi tan cerca de ser creíble. El Proyecto de la parte demandante fue investigado y suspendido porque se descubrió que tenía lugar en un terreno que contenía ecosistemas protegidos-humedales. La afirmación de que el análisis de si hubo y siguen habiendo humedales en el sitio Las Olas es irrelevante, es incomprensible.
247. La parte demandada entiende porque la parte demandante parece tan decidida a evitar esto, y es porque ahora ante este Tribunal hay evidencia científica definitiva de que los humedales existen tanto hoy día como cuando la parte demandante adquirió las tierras. Llevaremos al Tribunal por la evidencia - y cómo el Tribunal puede equilibrar las diferentes opiniones, a continuación.

¹¹² Presentación de Cierre de la parte demandante, Transcripción Día 6, 2004:3-19.

248. De lo que no hay duda es que la parte demandante sabía de los humedales antes de comenzar el Proyecto. Esto es, cuando solicitaron la VA en relación a la Sección de Condominio, de conformidad con la presentación de la Solicitud D1. Esto también significa antes del momento en que la parte demandante empezara a hacer trabajos en la Sección de Servidumbres – lo cual se hizo sin haber obtenido adecuadamente una VA como un precursor para recibir algunos (no todos) los permisos de construcción. Esto también se considera más adelante.
249. Por lo tanto, en esta sección, consideramos las banderas rojas que son evidentes como resultado del testimonio de “expertos y testigos de la parte demandante” durante la Audiencia.
- a) Desarrollo del sitio Las Olas en 2007: Solicitud D1 (Sección de Condominio)
250. Para el 2007, los planes de la parte demandante de desarrollar de manera significativa el sitio estaban avanzando. En junio de 2008, SETENA otorgó la VA para la Sección del Condominio. Sin embargo, éste se obtuvo ilegalmente. Específicamente, se obtuvo en violación de la obligación de informar requerida tanto por el Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad como por la declaración jurada realizada por representantes de la parte demandante (como agentes) en la Solicitud D1 preparada para obtener la VA de la Sección de Condominio.
251. La Solicitud D1 implica una ardua tarea en papel que requiere que los desarrolladores (es decir, la parte demandante únicamente) revele todas las condiciones físicas necesarias del sitio donde se va a desarrollar la actividad. Como se mencionó anteriormente, expertos y testigos de ambas partes coincidieron en que la carga recae en la parte demandante.
252. La parte demandada explica en su Memorial de Contestación en el párrafo 158 y siguientes los requisitos del proceso de Solicitud D1. La parte demandante no completó correctamente esta solicitud, en particular :
- No identificaron los humedales y bosques en la propiedad;
 - No presentaron un estudio biológico que pudiera identificar el número de especies en esos ecosistemas; y
 - Hubo múltiples errores – todos los cuales están identificados en el Informe Siel Siel.
253. No solo falló la Solicitud D1, sino que durante el curso de este arbitraje hemos descubierto un documento que existía desde junio del 2007 – que nunca fue incluido como parte de la solicitud D1. Esta omisión no es insignificante, e incluso el abogado de la parte demandante repetidamente trato de marginar el documento refiriéndose a él como al “presunto” informe Protti.

b) El informe Protti

254. Los hechos innegables son los siguientes. Roberto Protti es un hidrogeólogo que fue contratado por TecnoControl – una empresa a su vez contratada por Mussio Madrigal. La parte demandante buscó caracterizar al Sr. Protti únicamente como geólogo (y por lo tanto no calificado para informar sobre la existencia de humedales), pero según se indicó en la Prueba R-371, que es la lista del Colegio de Geólogos de Costa Rica, en la página 2 consta la lista de los hidrogeólogos entre los cuales está incluido al Sr. Protti. Durante la Audiencia, se mostró esto al Sr. Bermúdez, el regente ambiental (y biólogo)¹¹³ quien confirmó su exactitud.¹¹⁴
255. El Sr. Protti preparó su informe luego de una visita al sitio o antes de junio/julio de 2007. Nadie de la parte demandante ni ninguno de los testigos expertos presentados en este arbitraje acompañó al Sr. Protti en esta visita. Además, nadie de la parte demandante o ninguno de sus testigos expertos se involucró o estuvo en contacto con el Sr. Protti antes de la fecha de preparación de este informe.
256. El Sr. Protti entregó su reporte al contratista de Mussio Madrigal, Tecnocontrol, en julio de 2007, que es cuando está fechado el informe.¹¹⁵
257. El informe nunca vio la luz del día, y fue archivado. Por razones desconocidas no se presentó con la Solicitud D1.
258. La única forma en que la parte demandada lo encontró fue cuando el Sr. Aven lo reveló al SINAC en febrero de 2011 (no noviembre de 2007), y a su vez, la parte demandada consultó el archivo del SINAC durante este arbitraje. Febrero de 2011 es mucho después de la fecha en que se presentó la Solicitud D1, y después de la fecha en que se otorgó la VA para la Sección de Condominio.
259. En vez de enviar el informe Protti, la parte demandante presentó un estudio alternativo con la Solicitud D1. El informe alternativo era de la consultoría Geoambiente. Geoambiente está compuesto por hidrogeólogos – precisamente como el Sr. Protti.
260. No se ofreció ningún representante de Geoambiente para declarar en este arbitraje. Esto es a pesar del hecho de que, como declaró el Sr. Mussio, *“todo lo que es la formulación del D1, todo lo que es la preparación de la viabilidad ambiental se da a una empresa consultora, en este caso específico Geoambiente.”*¹¹⁶ Además, el Sr. Madrigal, la persona que el Sr. Mussio identificó de Mussio Madrigal como responsable de recopilar la Solicitud D1 (y por tanto presumiblemente de seleccionar a Geoambiente, y de escoger el informe

¹¹³ Contrainterrogatorio de Esteban Bermudez, Transcripción Día 2, 546:20-22; 547: 1-4.

¹¹⁴ Contrainterrogatorio de Esteban Bermudez, Transcripción Día, 547:5-7.

¹¹⁵ La empres Mussio Madrigal fue contratada por la parte demandante, y fueron sus agentes durante el proceso de solicitud de D1. De hecho, Mussio Madrigal firmó la solicitud D1 por arte de la parte demandante.

¹¹⁶ Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 411:18-20.

de Geoambiente por sobre el informe Protti), tampoco fue ofrecido como testigo en este proceso arbitral.

261. También parece que las partes están de acuerdo en cuanto al contenido del informe Protti – tanto la parte demandada como la parte demandante citan extractos de él repetidamente durante la Audiencia. Ciertamente, no hay ninguna impugnación de la parte demandante en cuanto a su autenticidad – o a las traducciones proporcionadas hasta entonces.
262. Sin embargo, las partes difieren en la manera de interpretar a Protti. La parte demandada mantiene que el informe Protti es (al menos) una “bandera roja” –una advertencia de que si se presentaba con la Solicitud D1 hubiera permitido a SETENA y a cualquier otra autoridad pertinente buscar la información contenida en él, y una línea de investigación se hubiera abierto– al menos para la parte demandante. La parte demandante rechaza esta interpretación, intentando desacreditar la experticia del Sr. Protti y sugiriendo que de ninguna forma indica la existencia (o posible existencia) de humedales.¹¹⁷

i. *Interpretación de la parte demandada del Informe Protti*

263. En primer lugar, el Sr. Protti es un científico, sin ninguna duda cuidadoso de la terminología, particularmente en el contexto de cómo fue contratado expresa y exclusivamente – para preparar un estudio ambiental para ser utilizado en la Solicitud D1 (tal y como establece el Informe Protti en la página 3). Por lo tanto, su claro mandato habría sido identificar cualquier elemento ambiental de interés para SETENA, con el objeto de permitir mayores líneas de investigación. El Sr. Protti no ha sido ofrecido como testigo por la parte demandante, y por lo tanto, la parte demandada no ha podido probar esto. Tal y como se indicó anteriormente, aunque el informe Protti no fue producido con el Memorial de la parte demandante, la parte demandada lo identificó en el Memorial de Contestación, otorgando así a los demandados una oportunidad de presentar al Sr. Protti como un testigo si así hubieran deseado hacerlo.
264. En segundo lugar, el Sr. Protti es un hidrogeólogo – alguien que es adepto a estudiar el flujo del agua a través del suelo y de las rocas. Sugerir que él no hubiera podido ser capaz de identificar al menos indicadores de humedales o ecosistemas que pudieran ser humedales es poco realista.
265. En tercer lugar, el Sr. Protti identificó humedales utilizando la terminología que la ley costarricense acepta al igual que lo hacen los propios expertos de la parte demandante – como indicativo de humedales. Por ejemplo, en la página 2 del informe, él anotó que hay “áreas anegadas de tipo pantanoso con pobre drenaje” – principalmente. En la sección

¹¹⁷ Memorial de Contestación de la parte demandante, para 241.

titulada “*riesgos naturales*”, se identificaron más áreas tipo pantanoso en la parte oeste de la propiedad. Lo mismo se menciona en las páginas 3 y 6.

266. Si este hubiera sido un informe para algún otro propósito, tal referencia podría ser inofensiva – pero dado el propósito preciso de que el Informe Protti fuera exclusivamente para la Solicitud D1, ésta es claramente una advertencia que merece atención.
267. "Los pantanos" son un tipo de humedal, de conformidad con la ley costarricense, ya que son “*áreas anegadas*.” Por lo tanto, la invocación de términos legales y técnicos no debería dejar ninguna duda que existe evidencia o de que se sospecha que existen humedales.
268. En efecto, el Sr. Barboza, experto en humedales de la parte demandante, incluye en su primer informe la lista derivada del Decreto del MINAE 35803-MINAET, 2010. El Decreto referenciado se refiere a los siguientes ecosistemas como humedales palustrinos:
- i. *Pantanos / esteros / charcas permanentes / salobres / alcalinos.*
 - ii. *Pantanos / esteros / charcas estacionales / intermitentes salinos / salobres / alcalinos.*
 - iii. *Pantanos / esteros / charcas permanentes de agua dulce; charcas (menos de 8 Ha),*
 - iv. *Pantanos y esteros sobre suelos inorgánicos, con vegetación emergente en agua al menos durante la mayor parte del período de crecimiento.*
 - v. *Pantanos / esteros / charcas estacionales / intermitentes de agua dulce sobre suelos inorgánicos; incluye depresiones inundadas (lagunas de carga y recarga), "potholes", praderas inundadas estacionalmente, pantanos de ciperáceas.*
 - vi. *Turberas no arboladas; incluye turberas arbustivas o abiertas ("bog"), turberas de gramíneas o carrizo ("fen"), bofedales, turberas bajas.*
 - vii. *Humedales boscosos de agua dulce; incluye bosques pantanosos de agua dulce; bosques inundados estacionalmente, pantanos arbolados; sobre suelos inorgánicos.*¹¹⁸
269. Para quien lea el informe Protti, el uso del término “*pantano*” debe de encender la alarma. De forma similar, la referencia a “*depresiones inundadas*” también debió haber alertado a Tecnocontrol (y por lo tanto a Mussio Madrigal y la parte demandante) de que había causa de preocupación, o como mínimo, causa para mayor investigación y deber de información.

¹¹⁸ Informe Barboza, p. 13.

270. En más de una ocasión se notaron áreas con malos drenajes y no calificados en forma alguna como para indicar al lector que había apariencia estacional, o alguna recolecta de agua incidental.
271. Con el beneficio de la exhaustiva investigación durante el transcurso de este arbitraje, la ubicación precisa de los humedales está ahora clara. La ilustración de Protti del paradero de la "zona anegada" está en el mismo lugar de los humedales Nos.1 and 2.
272. En el informe Protti se identifican otros indicadores. Tipos de suelos indicados como arcillosos – una bandera roja para suelos hídricos (uno de los posibles indicadores de humedales). El Sr. Protti también encontró una mala permeabilidad del suelo, habiendo hecho pruebas de suelo a una profundidad significativa de 6 metros.¹¹⁹ Esto le dice a cualquier persona con algún nivel de conocimiento ambiental que posiblemente existían humedales.
273. La parte demandante trató de representar la posición de la parte demandada como si el informe Protti fuera una prueba definitiva de humedales. Esto es erróneo. La parte demandada no pretende que esta sea prueba definitiva – sin embargo, es una prueba del hecho de que existe suficiente evidencia de que (en apoyo del Artículo 109 y del principio precautorio) debió haberse informado.
274. Además, la parte demandada admitió que la parte demandante y sus asesores aceptaron que el informe Protti no sólo es reflejo de lo que existía en ese momento en el 2007 sino que también es representativo de la condición que tiene la propiedad hoy día.

"SEÑOR MUSSIO: ...A la pregunta específica, la respuesta es igualmente específica. **Lo que el Señor Protti vio lo podemos ver ahora.**" (emphasis added)
Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 388:13-16.

275. Con base en estas conclusiones – (y la admisión de ERM de humedales potenciales en Las Olas) – cualquier desarrollador de buena fe no sólo lo hubiera informado, sino que hubiera investigado más precisamente la delimitación de los humedales identificados.
276. El Informe Geoambiente no presenta ninguna de estas conclusiones. Hay que resaltar que no existe evidencia o testimonio de la parte demandante, para sugerir que el Informe de Geoambiente fue más allá que el Informe Protti o en cierta forma desacredita las conclusiones del Sr. Protti. Tampoco existe evidencia que sugiera que Tecnocontrol, Mussio Madrigal o la parte demandante estuvieran de alguna forma descontentos con el trabajo del Sr. Protti. Por lo tanto, la evidencia esencialmente muestra que alguien fue discreto en la información volcada en el reporte dirigido a la parte demandante, de manera tal que (de facto) las conclusiones del Informe Protti no se incluyeron en la Solicitud D1.

¹¹⁹ R-11, Informe Protti, Julio de 2007.

277. Esto es crítico, ya que como reconoció el Sr. Mussio: “*el dar detalles falsos constituye mala fe.*”¹²⁰

"P: Sí, usted acaba de decir que el dar detalles falsos constituiría mala fe. Así que pregunto si eso presuntamente también incluye el dar información que a sabiendas es imprecisa e incompleta, si eso también constituiría mala fe.

R: A mi claro entender, sobre el punto específico, claro que sí.

Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 359:12-18.

278. La multitud de testigos y expertos de la parte demandante confirma que las demandantes estaban bajo una obligación de revelar estas conclusiones – incluso si hubieron preferido el reporte de Geoambiente.

"P: ...Nada se deja al azar, minimizando la incertidumbre y por ende bajando el riesgo..." [...]

R: Correcto."

Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 364:15-17, refiriéndose al párrafo 14 de la declaración testimonial del Sr. Bermúdez.

"P: Y no queda nada al azar, no se deja nada al azar porque si fuera a encontrarse un hueco eso tiene consecuencias evidentes para cualquier proyecto. ¿Correcto?

R: Correcto."

Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 364:17-21.

279. Si la Solicitud D1 se hubiera completado correctamente, hubiera activado un proceso bastante diferente. Todo el proceso instruye a SETENA para asignar puntuaciones a los resultados. Con base en el sistema de puntuación (que es un ejercicio de asignar valor de riesgo BETA) – el nivel de autorización ambiental cambia. La Sra. Priscilla Vargas testificó claramente a este respecto durante su presentación en su presentación.¹²¹

280. Como la parte demandante no identificó los humedales y bosques, evitó el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Más bien terminó yendo por el camino del proceso de plan de gestión ambiental, que es más sencillo. Este proceso se vuelve auto realizable.

281. El Informe Protti no es el único fallo identificado en el proceso de Solicitud D1. El Sr. Mussio en su declaración confirmó la falta de identificación a SETENA de “*áreas sensibles*”.

282. El Sr. Mussio en el párrafo 23(g) de su única declaración testimonial dice que:

"[e]s un absurdo alegar que hubo daño al ambiente cuando se obtiene el permiso para realizar una obra, no se hace ninguna actividad sin los permisos respectivos, y tampoco se impactó ninguna zona debidamente señalada por nosotros mismos como una zona "sensibles" de cuidado desde el punto de vista ambiental en el período que estuve contratado,

¹²⁰ Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 392:14-16.

¹²¹ Interrogatorio de Priscilla Vargas, Transcripción Día 6, 1848:3-22; 1849:1-13.

hay que recordar que para eso precisamente es el Plan de Gestión Ambiental. Reitero lo señalado anteriormente, durante el período que estuve contratado, en ningún momento se requirió ni por parte del SINAC-ACOPAC, ni por parte de la SETENA, una ampliación o aclaración de algún estudio presentado por la empresa Geoambiente para la obtención de los permisos ambientales (viabilidad ambiental), tampoco se indicó la existencia de un humedal o se indicó que existía algún impedimento para desarrollar el proyecto como fue inicialmente planteado tomando en cuenta las zonas "sensibles" de cuidado señaladas por nosotros mismos, con lo cual que nunca existió mala fe en el manejo de la información presentada ante SETENA."

283. El Sr. Mussio continúa diciendo en el párrafo 30 de su declaración testimonial: "[d]e nuestras visitas a la propiedad, se determinó que existían tres puntos de cuidado o bien podemos denominar "sensibles" o puntos de cuidado desde un punto ambiental en la propiedad". En este punto el Sr. Mussio muestra (como prueba B) un mapa con los tres círculos de áreas designando dichas áreas.



284. El testimonio del Sr. Mussio sería admirable, si sólo tuviera un elemento clave – la verdad. El Sr. Mussio no presentó este mapa, mostrando las tres "áreas sensibles" como parte de la Solicitud D1 – a pesar de estar a cargo de la Solicitud D1 y firmar el formulario D1.
285. En la Audiencia, él trató de responder que "la aplicación se fundamenta en la información que tenemos de las entidades del gobierno. Si las entidades del gobierno como tal no identificaron las zonas como tales pues, no – no – no entiendo por que se tienen que poner".¹²² Esto es un comentario peculiar, ya que el Sr. Bermúdez y el Sr. Ortiz aceptaron que la carga de la prueba recae en la parte demandante.
286. Sin embargo, independientemente de las opiniones del Sr. Mussio, el hecho incontestable es que la Solicitud D1 (que aparece en el expediente como Prueba C-222) no incluye el

¹²² Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 414:15-19.

mapa del Sr. Mussio (“áreas sensibles”), como sí aparece en la Prueba B de la declaración testimonial de Mussio.

287. En consecuencia, SETENA (o cualquier otra entidad) no hubiera colocado un aviso de estas áreas sensibles. De la respuesta evasiva del Sr. Mussio, queda bastante claro que esto no fue una omisión. En el mejor de los casos el Sr. Mussio falló en responder si a SETENA se le había presentado esta información o no:

"P: [...] Y la solicitud D1 que se presentó ante SETENA para proyectar Las Olas para la sección de condominios no identificó las zonas sensibles que fueron identificadas en su declaración testimonial.

R: Francaente no lo sé."

Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 383:4-9.

288. La Sra. Priscilla Vargas confirmó este hecho luego de revisar los expedientes de SETENA asignados al sitio de Condominio:

"[Y]o realmente entré en shock porque no podía creer cómo un profesional dice que entró a ver el sitio, que identificó esas áreas y esas áreas no se hace un disclosure, un reconocimiento ante SETENA, no se le indica a SETENA que esas áreas estaban."

Interrogatorio directo de Priscilla Vargas, Transcripción Día 6, 1811:4-8.

"Y yo no puedo concebir que eso se diga que tuvo evaluación de impacto ambiental. El diseño del sitio está presentado a SETENA? Sí, es correcto. Pero en ninguna parte se le dijo a SETENA que ese era un área ambientalmente frágil adonde los criterios de todos los expertos han coincidido en que hay características de fragilidad ambiental. Eso no es una evaluación ambiental aceptable en ningún país del mundo bajo ningún concepto."

Interrogatorio de Priscilla Vargas, Transcripción Día 6, 1814:18-22; 1815:1-6.

289. El Tribunal tiene todos estos documentos oficialmente, y puede verificar esto por su cuenta. Por lo tanto, nuevamente existe información relevante (relevante incluso para el propio arquitecto de la parte demandante y firmante de la solicitud D1) que no se reveló a las autoridades, en contravención de la ley costarricense.

c) El Informe de Castro de la Torre

290. Una tercera bandera roja plantada para beneficio de la parte demandante, aunque no aun divulgada es el Informe de Castro de la Torre, fechado 8 de Julio de 2002. El informe muestra “*capa freática extremadamente superficial*” de conformidad con la Sra. Priscilla Vargas – en el área que conocemos como humedal No.1.

I. El desarrollo en las Servidumbres era ilegal

291. La otra área de preocupación significativa y de relevancia inmediata para las deliberaciones del Tribunal es el trabajo ilegal realizado en la Sección de Servidumbres. Estas obras ilegales se pueden resumir en tres puntos:
- En primer lugar, no se obtuvo VA para la Sección de Servidumbres, infringiendo así el Artículo 94 de la ley de Biodiversidad, en razón de la fragmentación ilícita realizada. Esto ya fue descrito. Los pocos permisos que se obtuvieron como resultado de esta fragmentación fueron obtenidos ilegalmente.
 - En segundo lugar hubo sub divisiones dentro de la Sección de Servidumbres en donde el trabajo de construcción se estaba realizando, y las mismas no contaron con el permiso de construcción (obtenido legal o ilegalmente).
 - En tercer lugar, el trabajo realizado en ciertas sub divisiones dentro de la Sección de Servidumbres fue para cubrir humedales protegidos tal y como fue identificado por Green Roots.
292. Cada una de estas medidas fue una violación a la ley costarricense – y es difícil negar que estos puntos (si se prueban) no deberían tener una influencia directa sobre si la parte demandante podía o no depender de esos permisos.
293. Los humedales Nos. 1, 2 y 3 (tal y como los identificó KECE) están todos ubicados en la Sección de Servidumbres. Tal y como afirmó el Sr. Aven, hay 9 servidumbres dentro de la sección a la que nos referimos como Sección de Servidumbres. Las Servidumbres 8 y 9 están en la esquina sur oeste del sitio Las Olas. Las Servidumbres restantes 1-7 corren por la calle oeste tal y como indica este mapa.



294. La parte demandante alega que tienen permisos de construcción para las Servidumbres 1-7 – sin embargo, aunque tiene documentación que muestra que los permisos de construcción fueron expedidos por la Municipalidad, estos se obtuvieron sin una VA. Los Artículos 2 y 3 de las Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (2004) especifica (como explicó la Sra. Priscilla Vargas en su informe, en el párrafo 83) cualquier trabajo que está segregando proyectos urbanos necesita una VA.
295. La parte demandante dijo que no necesitaba una VA – esto es simplemente erróneo según la ley costarricense. Durante la Audiencia identificamos por qué la Municipalidad expidió permisos de construcción en ausencia de una VA de SETENA.
296. Respaldado por el testimonio del Sr. Bermúdez, la parte demandante dijo a la Municipalidad que los trabajos a realizar en las Servidumbres se podrían considerar como un trabajo en el sitio general – que se caracterizó como la Sección de Condominio. Esto es totalmente engañoso.
297. Esto aparece específicamente en el documento de DEPPAT (R-42) (un documento que la parte demandada identificó en la Municipalidad – pero que no fue compartido por la parte demandante). R-42 es un documento de DEPPAT (Sr. Bermúdez) dirigido a la Municipalidad. Se trata de un plan de contingencias ambientales para movimientos de tierra, de fecha 22 de julio de 2010.

298. El Sr Bermúdez preparó este documento y en la página 1 se indicó a la Municipalidad que el proyecto completo gozaba de un VA – y que ese trabajo a realizar en la Servidumbre estaba cubierto por la misma VA. Esto es una clara interpretación errónea.

299. La primera página del R-42 establece:

El presente documento contiene una evaluación ambiental para las obras de movimientos de tierra y construcción de servidumbres de acceso para el Proyecto Villas La Canícula (Expediente No. 484-2002-SETENA).

Es importante indicar que el proyecto en su totalidad cuenta con la viabilidad ambiental respectiva, otorgada por la SETENA, sin embargo, en este informe se evalúa únicamente uno de los componentes del proyecto, como lo son las servidumbres de acceso frente a la calle pública en el sector oeste de la propiedad.

300. Esto establece que el documento era una evaluación ambiental para el movimiento de tierras y de construcción en las Servidumbres y no en la Sección de Condominio. Este plan de contingencias ambientales de julio del 2010 fue requerido *“por la Municipalidad de Parrita antes de que pudiera comenzar la construcción”*, de conformidad con el párrafo 11 de la segunda declaración testimonial del Sr. Bermúdez.

301. Sin embargo, el Sr. Bermúdez durante su conainterrogatorio mostró un gran nivel de confusión con respecto al proyecto. *“En ese momento no estaba familiarizado con el proyecto de Condominio y el proyecto de las Servidumbres, así que me confundí cuando preparé el documento porque estaba empezando a familiarizarme con el proyecto.”*¹²⁴ Esta fue la justificación inicial para haberse referido a la VA de la Sección de Condominio cuando se estaba buscando un permiso en relación con la Sección de Servidumbres.

302. En esta comunicación a la Municipalidad esencialmente se le informó que la *“totalidad del proyecto tenía una VA del SETENA.”*

303. A pesar de que el Sr. Bermúdez aceptó que no había una VA para la Sección de Servidumbres, el Sr. Bermúdez testificó lo siguiente:

"P: ... Pero este plan de contingencia de julio de 2010 dice la Municipalidad totalmente lo contrario. ¿Correcto?

R: Como dije antes, fue un error porque pensaba que era un solo proyecto en su totalidad. Pero luego, cuando me familiaricé con el proyecto, me di cuenta que una cosa era el proyecto de Condominio y luego teníamos las Servidumbres y que la viabilidad ambiental solo incluía el Proyecto de Condominio."

Conainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2; 540:11-20

¹²⁴ Conainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 571:13-17.

304. A pesar de admitir su error, en el 2016, seis años más tarde, de un modo crítico, el Sr. Bermúdez admitió que no había corregido su malentendido en ningún momento. Declaró que no había “corrección a este informe.”¹²⁵

P: Bueno, pues en virtud de este plan, pues usted no corrigió el plan. Dice que estaba confundido pero no corrigió el informe, así que la Municipalidad hubiera seguido confundida.

R: Si, hubiera confusión.

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 541:4-8.

"CO-ARBITRO BAKER: ... pero él no le formuló la siguiente pregunta y por eso se la haré yo. Después de que se preparó este informe a la solicitud de las demandantes, como usted dijo, ¿alguna vez en forma personal usted habló, ya sea por teléfono o en persona, con alguien de la Municipalidad de Parrita que había recibido este informe?

SEÑOR BERMUDEZ: No, señor."

Reinterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 570:12-20.

305. El Sr. Bermúdez durante esta línea de cuestionamiento trató de insistir en que la Municipalidad podía haber hecho creer que “había proyecto de Condominio y luego Las Servidumbres.”¹²⁶ Sin embargo, no existe evidencia que respalde esta suposición.
306. Ciertamente, la Municipalidad debió estar tenida la autorización para basarse (en buena fe) en la precisión de la comunicación del Sr. Bermúdez. Además, la Municipalidad solo tuvo referencia de las entidades que pertenecían a la Sección de Condominio y Sección de Servidumbres, respectivamente. Como se mostró anteriormente, corporaciones **completamente diferentes** eran quienes poseían la Sección de Condominio y la Sección de Servidumbres, respectivamente.
307. Cabe destacar que, basándose en la tergiversación del Sr. Bermúdez, los permisos de construcción fueron otorgados por la Municipalidad, en relación con el trabajo que se llevaría a cabo en las Servidumbres 1-7.

J. Las Servidumbres 8 y 9 nunca recibieron permisos de construcción

308. Además de nunca buscar una VA, la parte demandante exhibió una conducta aún más flagrante cuando se trató de las Servidumbres 8 y 9. Estas eran las dos servidumbres que estaban en la esquina sur este del sitio del proyecto Las Olas – y directamente en el mismo lugar en donde KECE identificó el humedal No. 1.
309. La parte demandante insistió en que existían permisos de construcción para estas servidumbres, aunque el registro documental confirma que *no* había permiso de construcción para las Servidumbres 8 y 9. Las sanciones contra una construcción sin VA

¹²⁵ Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 574:6.

¹²⁶ Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 574:1-2.

están indicadas en los Artículos 93 y 103 de las Regulaciones Generales de los Procedimientos para Evaluación de Impacto Ambiental ¹²⁷ y las sanciones para construcciones sin permisos de construcción están establecidos en los Artículos 89 y 90 de la Ley de Construcción. ¹²⁸

310. Durante la Audiencia, la evidencia en apoyo de la falta de permisos de construcción se hizo aparente. Primero, los registros de las Municipalidades nos indican esto para 2008 y 2009. La Prueba R-521 es una carta que fue presentada al Sr. Mussio durante la Audiencia. Consta de dos cartas. La primera está fechada 9 de noviembre de 2016 (días antes del inicio de la Audiencia). La envió el abogado costarricense de la parte demandante, dirigida a la Municipalidad de Parrita. Solicita certificación de permisos de construcción para las Servidumbres en 2008 y 2009.

311. La segunda página de la Prueba R-521 es la respuesta de la Municipalidad de fecha 14 de noviembre de 2016. Confirma que no existe ningún permiso. Específicamente la carta dice:

"...le comunico que la misma no se puede emitir debido a que según nuestros registros en dichas fincas no se han aprobado permisos de construcción."

312. En el conainterrogatorio, el Sr. Mussio insistió en que había obtenido permisos de construcción para dos servidumbres. No especificó cuáles. El Sr. Mussio dijo:

"Tenemos lo que sacamos en el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. El Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos nos dio el permiso, que es el proceso, como he explicado, primero colegio y después la Municipalidad."

Conainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 402:18-22.

313. Cuando se le preguntó si podía mostrar al Tribunal evidencia documental de estos permisos de construcción, el Sr. Mussio no pudo. Cuando se le preguntó sobre los paraderos de esos permisos, el Sr. Mussio respondió, "*Desgraciadamente llegamos a -- vamos a ver, muy breve pero necesito contextualizar*". ¹²⁹ Cuando el abogado de la parte demandada insistió en si tenía o no esos permisos, el Sr. Mussio respondió, "*los permisos son muy viejos, o sea, son de diez años prácticamente*". ¹³⁰

314. Habiendo dicho que existían y siendo el arquitecto de la parte demandante, uno esperaría que el Sr. Mussio o Mussio Madrigal como empresa, hubieran conservado copia de los permisos de construcción, como es costumbre en cualquier país.

315. Curiosamente, si este fue su entendimiento en noviembre de 2016, pudo haber buscado en sus propios archivos para identificar los permisos de construcción de las servidumbres 8 y 9. Aparentemente no lo hizo, porque el abogado de la parte demandante consideró

¹²⁷ C-208.

¹²⁸ C-205.

¹²⁹ Conainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 436:6-7.

¹³⁰ Id., 436: 13-14.

necesario buscar una certificación en la Municipalidad y solicitar copia de los permisos de construcción.

316. En el contrainterrogatorio, en este punto, y sin verificar con el abogado de la parte demandante en cuanto si los documentos existían oficialmente o no, inmediatamente empezó a contar una historia con respecto a la inundación en la Municipalidad de Parrita. Dijo:

"...[la Municipalidad] definitivamente porque inclusive ellos tuvieron una pérdida de documentos muy grande para la inundación de la tormenta Alma. De hecho yo estaba en la zona y yo estoy seguro de que ellos perdieron muchos documentos.

Desgraciadamente yo no tengo el permiso como tal, le digo que fuimos sobre los documentos históricos y encontramos los permisos que sometimos al Colegio Fedeado de Ingenieros y Arquitectos...

Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 403:12-19.

317. A pesar de su cuento, ni Mussio Madrigal ni la parte demandante presentaron nunca a este Tribunal permisos de construcción para las Servidumbres 8 y 9.
318. Claramente no contento con el vacío probatorio dejado por la carta de la Municipalidad, de fecha 14 de noviembre de 2016 (Prueba R-521), la parte demandante trató de basarse en una carta de la Municipalidad, de fecha 29 de noviembre de 2016, que ellos escogieron nombrar C-295. Sin embargo es importante entender la estrategia de la parte demandante para revisar la correspondencia que se intercambió en las semanas previas a la Audiencia.
319. El Tribunal puede recordar una carta de la parte demandante, fechada 18 de noviembre de 2016, en donde ésta presentó una serie de documentos nuevos. Esto incluyó las Pruebas C-282 a C-294 con un índice acompañante. En el segundo párrafo de esa carta, la parte demandante escribió: *"adicionalmente, la parte demandante está actualmente en contacto con la Municipalidad de Parrita para obtener la prueba documental C-295 (la certificación de los permisos de construcción otorgados para las servidumbres de las Olas y otros lotes). Lo notificaremos al Tribunal y subiremos este documento tan pronto como esté disponible."*
320. En este punto la parte demandante ya estaba en posición de la respuesta de 14 de noviembre de 2016 de la Municipalidad, aunque no presentaron dicha carta porque no les daba su respuesta preferida. Habiendo obtenido una copia de la carta de 14 de noviembre de 2016 de la Municipalidad al abogado costarricense de la parte demandante, siendo tema de registro público, la parte demandada presentó este documento como C-295 (creyendo que éste era el documento al que se refirieron).
321. Muy claramente, esto no fue suficiente para la parte demandante. Luego de recibir la carta de 14 de noviembre de 2016, la parte demandante la regresó a la Municipalidad – bajo los auspicios de un representante de Mussio Madrigal que consultó con la funcionaria de la

Municipalidad Kathia Castro Hernández. La solicitud de seguimiento de Mussio Madrigal fue para una respuesta más genérica con respecto a los permisos de construcción obtenidos para la Sección de Condominio.

322. La parte demandante recibió entonces una carta, fechada 29 de noviembre de 2016, que, el Tribunal puede ubicar como Prueba C-295. Este, se supone tenemos que creer que es el documento al que la parte demandante se refería como carta del 18 de noviembre del 2016, a pesar de que ya habían recibido la carta del 14 de noviembre de 2016 de la Municipalidad referente a los permisos de construcción para las servidumbres.
323. En la carta del 29 de noviembre de 2016 de la Municipalidad figuraban fotocopias de los diversos expedientes que se habían solicitado. Los mismos expedientes no fueron presentados con C-295. Durante el contra interrogatorio del Sr. Mussio, él identificó la inundación de Parrita como una causa de la incapacidad para obtener los permisos de construcción para las servidumbres 8 y 9. El Sr Mussio fue llevado a la Prueba C-295 Y cuando se le presentó, continuó insistiendo en que los documentos se habían perdido en la inundación.
324. Sin embargo esto no es exacto. Como explicó la parte demandada durante la Declaración de Cierre en la Audiencia de diciembre, la carta del 29 de noviembre de 2016 tampoco ayuda a la parte demandante. La carta del 29 de noviembre de 2016 identifica varios archivos, y en el último punto, dice que el archivo con referencia No 154-2007 no se pudo encontrar debido a la inundación como resultado del Huracán Alma. Esto, es lo que el Sr. Mussio quería que creyéramos era la referencia de los permisos de construcción para las Servidumbres 8 y 9. Sin embargo, en una nueva revisión durante la Audiencia, la parte demandada confirmó no ser el caso.
325. Tal como se identificó en la presentación de la Declaración de Cierre, la parcela que lleva la referencia del permiso de construcción No. 154-2007 es propiedad de la Concesión bajo el nombre de La Canícula:

42, 455/05 09-07. C-40 0000370

MUNICIPALIDAD DE PARRITA

1. NOMBRE Y APELLIDOS DEL DUEÑO DE LA PROPIEDAD O PERSONA JURÍDICA La Canícula S.A.		CEDULA N° 3-101-096056	FECHA DE SOLICITUD: 09/08/2007
2. DIRECCIÓN ESCENA DEL PROPIETARIO Esterillos Oeste		TELÉFONO N° 588-01-23	PARA USO EXCLUSIVO DEL ÁREA DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS
3. NOMBRE Y APELLIDOS DEL SOLICITANTE Musio Madrigal		CEDULA N°	PROCESO N° 06
4. UBICACIÓN DEL TERRENO	PROVINCIA Puntarenas	CANTÓN Parrita	DISTRITO BOLITA
OTRAS SEÑAS Contiguo a la Escuela		MÉR. ARG.	
5. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO 6000100Z	FOLIO REAL (TOMO, FOLIO, NÚMERO Y ASIENTO) 165.94. m.l	ÁREA DEL TERRENO 20782.5. m2	N° PLANO CATASTRADO P-757379-2001
6. PERMISO PARA: <input checked="" type="radio"/> 1. CONSTRUIR <input type="radio"/> 2. AMPLIAR <input type="radio"/> 3. REPARAR <input type="radio"/> 4. OTRO		CANT. DET. 09-01	
7. CLASE DE OBRA		INDIQUE N° DE OBRAS: 1	

8. FORMIO

326. La Prueba C-40 es uno de los permisos de construcción oficiales, y este identifica la referencia No. 154-2007 como la Concesión. El dueño del lote No. 6000100Z aparece

como La Canícula S.A., que en el propio caso de la parte demandante nunca fue dueña de ninguna de las servidumbres. Solicitamos al Tribunal que tome nota de que la persona identificada como solicitante del permiso de construcción es Mussio Madrigal. Incluso las propias preferencias de la parte demandante apoyan esta conclusión.

construction, to ensure the project site was kept clean and tidy and attractive to potential purchasers and also to ensure the site did not become overgrown. As

Claimants' Memorial

- ⁶¹ *Id.* pp. 69-70
⁶² Exhibit C43, Mussio Madrigal Contract, April 25, 2007
⁶³ Exhibit C54, Master Site Plan, September 17, 2008
⁶⁴ Exhibit C190, Beach club rendering aerial view; Exhibit C189, Beach club site rendering
⁶⁵ Exhibit C40, Construction permits for the Concession, 2007

26

327. Por lo tanto, a pesar de que la parte demandante se esforzó por mejorar el deficiente material probatorio, la parte demandante, falló. Ellos y sus testigos también trataron de inducir a error a este Tribunal haciéndole creer que los permisos de construcción existían cuando no era así.
328. La otra evidencia oficial que muestra los permisos de construcción obtenidos (ilegalmente) es para las servidumbres 1 a 7 (Prueba C-71) y el sitio de Condominio (Prueba C-85). Hasta la fecha, no existe ninguna evidencia de que haya permisos de construcción para las servidumbres 8 y 9, y no existen pruebas que apoyen la afirmación del Sr. Mussio de que se perdieron en alguna inundación. De hecho es todo lo contrario. La evidencia documental confirma que solamente los documentos relativos a la concesión se perdieron en la inundación y mientras tanto la municipalidad confirmó afirmativamente el 14 de noviembre de 2016 que no existen permisos de construcción para las Servidumbres 8 y 9.
329. Además, si el 18 de noviembre de 2016 el documento que la parte demandante debía presentar como C-295 era un documento fechado 29 de noviembre de 2016, no había manera de que supieran de su existencia 11 días antes (y si iban a recibir una respuesta o no). Por lo tanto ¿cómo podrían atribuir un número de prueba a un a un documento que no existía en ese momento y respecto al cual no tenían ninguna garantía de recibir? Lo que sí está claro es que él C-295 fue presentado por la parte demandada (que luego se convirtió en R-521), pero en la segunda mitad de noviembre de 2016, la parte demandante estaban esperando la mejor respuesta (o una respuesta más ambigua de la municipalidad) lo cual les permitiría referenciarlo como prueba de la existencia (o destrucción) de los permisos de construcción para las Servidumbres 8 y 9.
330. Presuntamente la parte demandante también esperaba que nadie comprobara que la referencia No. 154-2007 perteneciera en efecto a la Concesión y no a la Sección de Servidumbres. Al descubrir que la historia de las inundaciones no podía atribuirse a los permisos de construcción para las Servidumbres 8 y 9, su ardid falló.

331. Cabe destacar que la parte demandante nunca presentó la carta del 14 de noviembre de 2016 de la municipalidad como su propia prueba (es decir R-521). Sustituyeron la C-295 (presentada por la parte demandada) con su C-295 (carta de fecha 29 de noviembre de 2016). Por lo tanto, la carta del 14 de noviembre de 2016 sólo queda en el expediente por haber sido presentada nuevamente por la parte demandada como prueba R-521 durante la Audiencia.
332. Ese juego y la lucha por la evidencia han sido característicos de este proceso arbitral. A lo largo de la Audiencia la parte demandante frecuentemente presentó más documentos, con la esperanza de mejorar una demanda fallida.
333. Lo que queda es una laguna enorme en el material probatorio, lo cual crea un problema para la parte demandante. Existe amplia evidencia de que se emprendieron obras en las Servidumbres 8 y 9. El Sr. Aven declaró que en el último trimestre de 2007 si habían obtenido permisos de construcción (dice él) para construir las dos primeras servidumbres. Lo que también sabemos es que el trabajo en las Servidumbres 8 y 9 se realizó y finalizó en marzo de 2009.
334. El Sr. Aven declaró en su primera declaración testimonial que para 2007, se habían construido caminos para las Servidumbres 8 y 9.¹³¹ La finalización de las dos carreteras también se identificó en (i) un informe de inspección del SINAC de octubre de 2008;¹³² (ii) el Informe de la Sra. Vargas de Abril de 2009;¹³³ y (iii) fotografía aérea de marzo de 2009.¹³⁴
335. Sin embargo, este arbitraje ha ayudado a explicar por qué el trabajo habría sido llevado a cabo por la parte demandante de forma tan rápida en las Servidumbres 8 y 9 y por qué se hizo sin el deseo de solicitar permisos de construcción. KECE y el informe de los Dres. Perret y Singh claramente indican que los humedales encontrados se ubican justo en el área de las Servidumbres 8 y 9.
336. La parte demandada considera a la luz de las pruebas presentadas que no es casualidad que el primer trabajo realizado en todo el sitio del proyecto Las Olas - se realizare en este rincón de las Servidumbres 8 y 9 en dónde están los humedales.
337. En primer lugar, la parte demandante ha mostrado una disposición a ignorar las leyes y reglamentos costarricenses con el objeto de perseguir su objetivo de trabajo de construcción. Ignoraron las banderas rojas cuando ellos se presentaron por medio de las áreas sensibles de Mussio y del Informe Protti. Si bien ésta podría haber sido la elección realizada por los asesores de la parte demandante, sigue siendo atribuible a la parte demandante como sus agentes.

¹³¹ Primera Declaración Testimonial de David Aven, para. 90.

¹³² **R-20**, Informe de Visita de ACOPAC (ACOPAC-SD-087-08), 1 de octubre de 2008.

¹³³ **R-26**, Informe de Inspección (DeGA-049-2009), 29 de abril de 2009.

¹³⁴ Segundo Informe de KECE, Anexo F.

338. En segundo lugar, resultó evidente que la parte demandante no tenía idea de cómo deben funcionar las cosas en Costa Rica. El Sr. Aven no habla español y nadie más con apariencia de conocimiento o apreciación del desarrollo de la tierra estaba administrando o supervisando a los asesores cuyo interés habría sido ver el proyecto llegar a buen término. El Sr. Damjanac, la otra única persona presente en Costa Rica, era un vendedor que vivía con el Sr. Aven.
339. En tercer lugar existe suficiente evidencia para confirmar que en relación con las servidumbres, el Sr. Bermúdez reconoció la construcción de las dos servidumbres antes de la fecha oficial de inicio de las obras.

"No, no que yo recuerde. Cuando llegué a la propiedad para mi primera inspección noté que había dos servidumbres ya construidas."

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 547-17-19.

"Cuando llegué en junio de 2010 me di cuenta de que ya se habían construido dos servidumbres y eso reforzó mi entender o mi conocimiento, vamos que era una subdivisión aparte que ya se había hecho, y que el proyecto de Condominio era otro proyecto que iba a comenzar en ese momento"

Contrainterrogatorio de Esteban Bermúdez, Transcripción Día 2, 548:13-18.

340. La señora Mónica Vargas también informó de la construcción en ambas servidumbres y el relleno de un humedal en abril de 2009 en el informe DeGA de abril de 2009.¹³⁵ Y seguido después de la Audiencia, la parte demandante intentó desacreditar los informes de la señora Vargas, los cuales deben ser desechados. Las observaciones del sitio por parte de la señora Vargas en el año 2009 fueron confirmadas durante su contra interrogatorio:

"R: Como se indica en el informe, estas fotos nos las dio la comunidad, ¿verdad? Precisamente esto es un acta de observación principalmente ahí se indica, ¿verdad? que es una observación de lo que se está haciendo y que es la comunidad la que entrega las fotografías. Sin embargo para las figuras 3,4 y 5, sí estuve en el lugar."

Contrainterrogatorio de Mónica Vargas, Transcripción Día 4, 1206: 20-22; 1207:1-5.

"P: Entonces usted categóricamente puede decir que estas son fotos tomadas del sitio Las Olas.

R: Sí, señor."

Contrainterrogatorio de Mónica Vargas, Transcripción Día 4, 1210:6-8.

341. Insinuaciones de la parte demandante de que las visitas de la Sra. Vargas sólo se realizaron de forma "remota":

"P: No sé si usted puede explicar, para beneficio del Tribunal que no ha visitado el terreno, qué se puede ver desde la calle pública?

SEÑORA VARGAS: Bueno, el terreno es totalmente abierto, no tiene paredes, no tiene verjas, ¿verdad? De la inspección, más o menos, donde uno está, podría ser esas mesas de acá y que está donde estaba la parte de los árboles y la quema es donde están ustedes. Igual, uno mete un pie y ya está en el Proyecto Las Olas, ¿verdad? Es bastante abierto y tiene visión en casi toda la periferia del proyecto. Es bastante visible.

Reinterrogatorio de Mónica Vargas, Transcripción Día 4, 1259:6-16.

342. Por último, la aclaración de la Sra. Vargas de que fue al sitio el 27 de abril de 2009 en vez del 26 de abril de 2009 (que de hecho fue un domingo) también desacredita cualquiera de las insinuaciones de la parte demandante de que los funcionarios públicos no trabajan los fines de semana:

"Se indica en el párrafo 11, frente a la denuncia con la fecha del 26 de abril de 2009. Entonces deseo corregir esa fecha al 27 de abril. Esto fue muy probable por un error en el momento de colocar la fecha, cual era una inspección que se realizó el día lunes. Entonces es para corregir al 27 de abril."

Interrogatorio de Mónica Vargas, Transcripción Día 4, 1201:20-22; 1202:1-3.

343. En cuarto lugar, la evidencia científica que apoya la existencia de humedales es considerable y este es el enfoque de la siguiente sección. La evidencia muestra que el Humedal No. 1 fue rellenado -precisamente en el lugar en donde se ubican las servidumbres 8 y 9, colocando tres capas de material sobre el humedal.

"El material de relleno ha sido traído por maquinaria y es muy reciente, de menos de diez años."

Interrogatorio de B.K. Singh y Johan S. Perret, Transcripción Día 6, 1950: 6-7.

"Hay un suelo enterrado a profundidad y este suelo es hídrico, definitivamente."

Interrogatorio de B.K. Singh y Johan S. Perret, Transcripción Día 6, 1950: 11-12.

"...crea una discontinuidad y esta discontinuidad— una vez más, el suelo tiene memoria—**nos muestra que el relleno se dividió en tres partes, se hizo el relleno en tres momentos diferentes**, y eso se debió a la reducción del perfil." (Se agregó la negrita).

Interrogatorio de B.K. Singh y Johan S. Perret, Transcripción Día 6, 1954:15-19.

344. La evidencia del relleno se encuentra en el testimonio de los Dres. Perret y Singh, el cual confirmó tres capas de relleno sobre el suelo natural.

345. Finalmente durante la Audiencia, la parte demandante intentó culpar a la Municipalidad por cualquier impacto al Humedal No. 1.¹³⁶ La parte demandante se basa en una carta emitida por la Municipalidad el 10 de abril de 2008 para aducir que fue la Municipalidad quien realizó las obras en el lado suroeste de la propiedad, donde se identificó el Humedal No.1.¹³⁷
346. En primer lugar, esta carta explícitamente se refiere a la propuesta de un canal a construir" en el perímetro de la propiedad" en lugar de in situ.¹³⁸
347. En segundo lugar cuando se hizo el contra interrogatorio sobre el contenido de esta carta, el Sr. Martínez explicó que (i) no fue presentado por el Sr. Aven durante el proceso penal; (ii) por su cara no quedó claro si la propuesta de la municipalidad fue aceptada o no por la parte demandante; y (iii) cuando visitó el Sitio del Proyecto durante su investigación, los trabajadores que vio y entrevistó fueron trabajadores privados (no funcionarios públicos de la municipalidad) que le dijeron que estaban realizando las obras según las instrucciones del Sr Aven.¹³⁹
348. En tercer lugar, durante su contra interrogatorio, el señor Erwin explicó que las alcantarillas, que drenaron el Humedal No. 1 fueron colocadas por el desarrollador durante la formación de las calles dentro del Sitio del Proyecto Las Olas.

"P: ¿Sabe usted quien creó estas alcantarillas?

R: El propietario.

P: ¿Qué prueba tiene usted de eso?

R: Bueno, las alcantarillas estaban debajo de las vías, del desarrollo de las vías del Sistema Las Olas. Entonces supongo que otro lo podría haber colocado ahí.

Pero las obras que yo vi estaban asociadas con las mejoras del sitio, del predio, que era parte del desarrollo de los lotes en Las Olas."

Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1907:2-12.

"P: -- Acepta usted que este tipo de documentación confirma que trabajos realizados en alcantarillas podrían, y en algunos casos era trabajo realizado por la Municipalidad o realizado en colaboración con la Municipalidad, está usted de acuerdo?

R: Sí, parece que fue hecho en asociación con el drenaje de la vía pública, para ser honesto con usted, y **no drenaje en el predio.** (Se agregó la negrita)

Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1909:14-22; 1910:1.

349. Además la parte demandante también se basa en el informe del SINAC de enero 2011 preparado por el señor Picado Cubillo que hace referencia a los comentarios de los vecinos sobre la instalación de un sistema de alcantarillado por parte de la municipalidad

¹³⁶ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción Día 4, 1028:16-20; 1029:8-15; Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1905:7-22; 1906-1909.

¹³⁷ C-296.

¹³⁸ Id.

¹³⁹ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción Día 4, 1028:5-1; 1029: 6-7; 1029:16-22; 1030:1-5.

unos dos meses antes.¹⁴⁰ El Sr Aven se refirió de hecho a esta construcción en su primera declaración testimonial como "*drenajes pluviales en dos caminos públicos que llegaban a Esterillos Oeste*" que los conectarían "*a los drenajes pluviales que salían de la propiedad Las Olas*", que de hecho se iban a colocar "*a lo largo de las caminos internos*" en el sitio del Proyecto las Olas.¹⁴¹ El propio testimonio del Sr. Aven descarta que la Municipalidad haya hecho obras en el Sitio del Proyecto Las Olas sino más bien en las **vías públicas**.

350. En resumen existe amplia evidencia que demuestra las ilegalidades cometidas antes de que las obras de construcción en las servidumbres 8 y 9 fueran representativas de una práctica de la parte demandante (o de sus asesores) para continuar el desarrollo independientemente del medio ambiente.
351. Los asesores de la parte demandante (asumiendo que fuera el responsable de todas las etapas del desarrollo) fueron suficientemente astutos para asegurar la fragmentación, los informes ambientales censurados como parte de la Solicitud D1, con el desarrollo cuidadosamente planificado en los humedales enfocándose primero en las servidumbres, y luego en el relleno de los humedales en las parcelas de la etapa uno aseguraría el avance de la construcción.

K. La evidencia científica respalda la existencia o posible existencia de humedales

352. A este tribunal se ha presentado una cantidad considerable de pruebas sobre la pregunta de si existen o no los humedales en el sitio del proyecto Las Olas. Además, la parte demandante ha tratado de establecer una distinción entre sí los humedales existen ahora y si existieron en el momento en que comenzaron los trabajos en el Sitio del Proyecto Las Olas.
353. La parte demandada sostiene que la evidencia presentada ante este Tribunal demuestra claramente que no sólo existen múltiples humedales en el Sitio del Proyecto Las Olas hoy día sino que también hay pruebas que muestran que existieron hace muchos años, y que fueron enterrados por actividades realizadas por el hombre. De acuerdo con los hallazgos científicos y cuando se interpreten junto con las otras pruebas mencionadas anteriormente, existe clara evidencia que apoya la conclusión de que los humedales existieron cuando se adquirió la tierra cuando se adquirieron las tierras.
354. KECE encontró 8 humedales en el sitio. El Sr. Erwin mostró al Tribunal que es un especialista experimentado, que ha pasado muchos años con un enfoque global en la identificación y protección de humedales. Fue categórico en su testimonio ante el tribunal de que lo que vio en el Sitio del Proyecto Las Olas fue una serie de humedales. El Sr.

¹⁴⁰ Declaración Inicial de la parte demandante, diapositiva 21.

¹⁴¹ Primera Declaración Testimonial de David Aven, para. 114.

Erwin no dudó en afirmar sus conclusiones escritas, mostrando absoluta confianza en sus hallazgos.

355. No necesitamos repetir las conclusiones de los informes de KECE en este informe posterior a la audiencia. El Sr Erwin no dio cuartel en su contrainterrogatorio y creemos que su testimonio ante el tribunal fue totalmente coherente con sus dos informes y la presentación que ofreció en lugar de un interrogatorio. En este sentido, instamos al Tribunal a revisar sus informes y la transcripción durante el contra interrogatorio en la audiencia.
356. Así como recordamos al Tribunal algunos de los puntos probatorios discutidos durante la Audiencia, también es importante definir el prisma a través del cual se debe considerar esta evidencia.
357. La parte demandante presentó esta demanda de arbitraje para alegar una violación del derecho internacional por parte de Costa Rica. Como parte de la defensa de la parte demandada, las ilegalidades cometidas por la parte demandante son de consideración relevante por dos razones. En primer lugar, como cuestión de derecho, las ilegalidades hacen inadmisibles las pretensiones de la parte demandante. En segundo lugar, como una cuestión de hecho, socavan la legalidad de los permisos de construcción que la parte demandante afirmó se obtuvieron y utilizaron – como una cuestión de la ley costarricense. Este último punto es importante en el contexto factual de lo que la parte demandante podía esperar que ocurriera (de conformidad con la ley costarricense) en virtud de su conducta ilegal.
358. Un hecho relevante de los alegatos de la parte demandada en materia de las ilegalidades de la parte demandante es la existencia de humedales, tanto en la época en que comenzó el desarrollo como ahora. La posición de la parte demandada es que si hoy día existen humedales, entonces existieron con certeza cuando la parte demandante adquirió las tierras.
359. Sin embargo, la existencia de humedales es ante todo una cuestión de hecho que podría y debería haber sido investigada por la parte demandante. El hecho de que haya indagado sobre esto antes de la Solicitud D1 (y cualquier otra obra en el Sitio del Proyecto Las Olas) no parece ser un asunto en discusión. Ciertamente, tal y como se indica arriba y abajo, los propios testigos y expertos de la parte demandante reconocen esta necesidad y la carga de la prueba que la parte demandante está obligada a honrar.
360. No obstante, lo que permanece en discusión es (i) si la parte demandante hizo algunas investigaciones o no; (ii) en caso de que se realizaran investigaciones, si estas fueron realizadas de forma suficiente; (iii) si se hicieron investigaciones, indicaron éstas la existencia o potencial existencia de humedales, y (iv) si dichas investigaciones indicaron la

existencia o potencial existencia de humedales, fueron comunicadas o debieron haber sido comunicados a las autoridades en ese tiempo.

361. Por lo tanto, en el supuesto de que la parte demandante acepte que siempre estuvo bajo la obligación de investigar la existencia (o no) de humedales, la pregunta entonces es qué estándar se debió haber aplicado. Tal y como se explicó anteriormente,¹⁴² la carga recayó sin duda sobre la parte demandante – y esta obligación era un deber permanente.
362. En consecuencia, la prueba en relación a los humedales era si la parte demandante demostraba o no que no había humedales. Esto es muy importante para los fines presentes. Porque, aunque la parte demandada confíe en que existe amplia evidencia oficial en este arbitraje que indica que los humedales si existen o si existieron, existe (en este arbitraje) una carga de la prueba comparable sobre la parte demandante para refutar su existencia –está acorde con la carga que tienen que probar (pero fallaron) al inicio del desarrollo.
363. En donde es útil enfocarse es en la aceptación de los humedales y el testimonio brindado por el Sr. Barboza y ERM así como por el Dr. Baillie.

L. Testimonio de experto de Costa Rica

KECE

364. Durante la Audiencia, el experto ambiental de la parte demandada, KECE, confirmó que los humedales si existen en la propiedad de Las Olas.¹⁴³ De hecho, KECE pudo encontrar ocho humedales que fueron mapeados in situ, incluyendo el Humedal No. 1.¹⁴⁴ Estas condiciones son relevantes para la caracterización de Las Olas como un ecosistema, ya que, como explicó KECE, los recursos de vida silvestre dependen de los humedales y de los bosques.¹⁴⁵
365. Para determinar la existencia de un humedal, KECE acató la definición de Costa Rica, que sigue la Convención RAMSAR.¹⁴⁶ La Convención establece un enfoque muy amplio, definiendo humedales como "*[a]reas de marismas, pantanos y turberas o superficies cubiertas de agua, sean estas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros*".¹⁴⁷ A pesar de la exhaustiva definición, KECE explicó que la Convención RAMSAR establece que existen diferentes *sistemas* de humedales, siendo los humedales palustrinos –marismas

¹⁴² Consultar, Sección III.F.

¹⁴³ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1865:5-8.

¹⁴⁴ Demostrativo de KECE, diapositivas 14-18.

¹⁴⁵ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1865:16-18.

¹⁴⁶ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1868:17-20.

¹⁴⁷ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1866:21-22; 1687:1-3.

pantanosas y ciénagas–, relevantes para este caso.¹⁴⁸ La Convención RAMSAR también clasifica humedales en diferentes *tipos*, y en el Ecosistema Las Olas se encontraron cuatro tipos: estacional, intermitente (no siempre inundado o seco) ríos irregulares, arroyos y riachuelos.¹⁴⁹

366. Desde su primera visita al Sitio del Proyecto, cual fue incluso durante la temporada seca, KECE pudo encontrar evidencias de los humedales. En su segunda visita, KECE –junto con un grupo de botánicos y biólogos – encontró que *"cada uno de los humedales, incluyendo el Número 1, [tenía] agua estancada."*¹⁵⁰ El tipo de morfología del paisaje, las depresiones de la tierra, el tipo de vegetación y la vida silvestre dependiente y aún más importante, la presencia de agua, confirmaron las conclusiones de KECE.¹⁵¹
367. En lo que respecta al tipo de vegetación, KECE explicó que muchas plantas encontradas en el Sitio del Proyecto se podrían considerar "facultativas," lo que significa que pueden aparecer en humedales así como en tierras montañosas. El hecho de que la vegetación sea facultativa confirma – en vez de descartar – la existencia de humedales: *"está en el manual del Cuerpo de Ingenieros del Ejército, respaldado por científicos y puesto a prueba en juicios contencioso administrativos, dos tercios de las veces dicen que estas plantas van a encontrarse en humedales si un tercio de las veces se encuentran en tierras altas. El hecho de que se encuentren en ambos lugares no significa que puedan descartarse y hacerse -- hacer caso omiso de ellas. Nadie ha nunca sugerido algo así."*¹⁵²
368. En relación al humedal No.1 KECE que se señaló que se había drenado y rellenado. KECE pudo encontrar material de relleno, *"la transición del relleno al terreno más natural es bastante más abrupta, y cuando se excavan pozos con calicatas, se encuentra suelo que no es nativo."*¹⁵³ Después de cavar algunos pozos o agujeros, fue capaz de encontrar *"profundidades de material de relleno iban de menos de 1 metro hasta poco más de 2 metros de profundidad. Y debajo de eso, los núcleos reflejaron condiciones de suelo hídrico."*¹⁵⁴ Los expertos en suelos de la parte demandada confirmaron dichos hallazgos.
369. Además el experto forestal de la parte demandante, Minor Arce, confirmó que los humedales 6, 7 y 8 de KECE (descritos como "Corrientes intermitentes") están protegidos bajo la ley costarricense:

¹⁴⁸ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1867:6-12.

¹⁴⁹ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1868:3-5.

¹⁵⁰ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1877:10-13.

¹⁵¹ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1878:1-14; KECE Hearing Demonstrative, "Wetland Dependent Wildlife", diapositivas 32 y 33.

¹⁵² Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1878:16-22; 1879:1-5.

¹⁵³ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1881:6-10.

¹⁵⁴ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción Día 6, 1882:15-18.

"La Ley Forestal establece diferentes tipos de áreas de protección, las cuales están indiscutiblemente protegidas, claro, y no se puede hacer intervención dentro de esas áreas de protección. Esto es totalmente correcto y es lo que manifiesto ahí. Está indicado en el Artículo 33 y 34 de la Ley Forestal 7575".

Contrainterrogatorio de Minor Arce, Transcripción Día 2, 621: 6-12.

"P. El Artículo 33(a) establece como áreas de protección las áreas que bordean – perdón el artículo 33(b) – una franja de quince metros en zona rural y de diez metros en zona urbana, medidas horizontalmente a ambos lados en las riberas de los ríos, quebradas o arroyos". ¿Correcto?

R. Sí, correcto."

Contrainterrogatorio de Minor Arce, Transcripción Día 2, 621:18-22; 622:1-2.

370. El Sr. Arce confirmó también que estas áreas están protegidas contra todo tipo de construcción o infraestructura:

"P. Sr. Arce, ¿usted nos podría explicar cuál es la importancia de la protección de estas áreas bajo la ley forestal?

R. La importancia de las áreas que indica la Ley Forestal, básicamente se compone de dos cosas. El afán de proteger parte del ambiente involucra esto: una, se crean unas franjas alrededor de las – de los flujos de aguas permanentes que aquí corresponden a 15 metros o inclusive pueden corresponder hasta 50 metros. Y estas franjas constituyen sitios donde va a permanecer biodiversidad y va a permanecer cierto tipo de flora y fauna que se requiera proteger. Parte de eso también constituye la protección de las aguas, la protección del recurso hídrico. Y otro aspecto fundamental y asociado principalmente con asuntos socioculturales, es que estas franjas constituyen también la protección contra avenidas o sea contra crecimiento de los flujos. Y entonces por eso es que se crepara qe no haya aí construcciones u otro tipo de infraestructura."

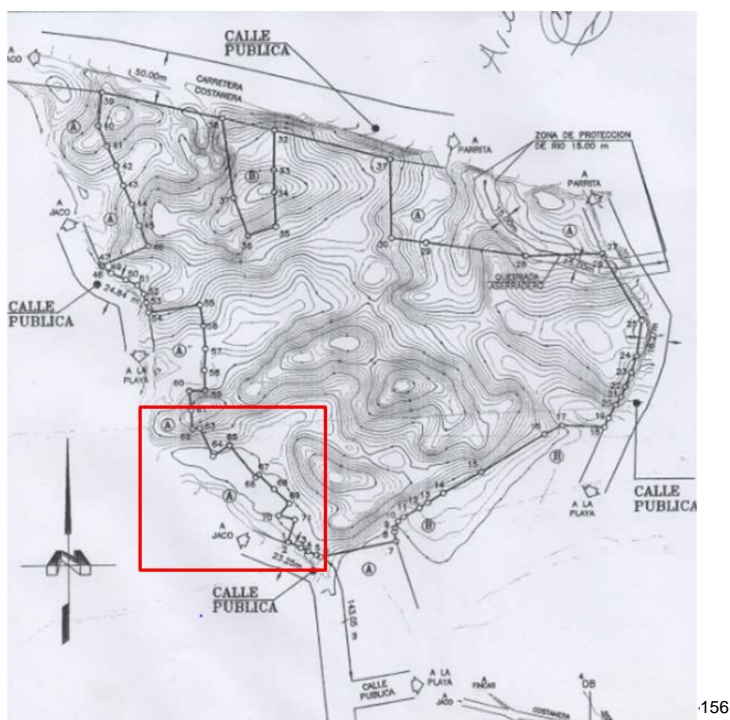
Contrainterrogatorio de Minor Arce, Transcripción Día 2, 623:18-22; 624:1-22; 625:1.

371. Durante la Audiencia, el Sr. Mussio confirmó que él estaba al tanto de la protección de estas áreas. Sin embargo decidió no prestarles atención cuando diseñó el plan maestro del sitio.

"O sea si el experto, el que nosotros contratamos, nos evidencia alguna situación especial, pues obviamente ya si viene a la part mía, que es la mesa de diseño. Entonces yo definitivamente sí -- lo contemplamos, lo aislamos, se deja. O en su defecto -- para poner, un ejemplo, las quebradas tienen una característica d protección, eso lo da el INVU, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, y técnicamente se entrega un juego de curvas de nivel, que es la diferencia l que hay entre el río y el punto más alto, y ahí se respeta el retiro. Pueden ser diez, pueden ser quince, pueden ser cincuenta metros. Eso lo dicta la ley y lo dicta un instituto como tal."

Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 403:1-11.

372. Finalmente, durante la Audiencia, el Sr. Mussio hizo un comentario extraño sugiriendo que "la falta de trabajos de mantenimiento" de la Municipalidad era la causa de las "inundaciones" en el área conocida como humedal No.1 de KECE.¹⁵⁵ Esto es una premisa totalmente infundada. Tal y como se describió en el párrafo 91 del segundo informe de KECE, el propio mapa topográfico de Mussio Madrigal de Las Olas muestra eso ya que debido a la baja topografía del humedal No.1 es físicamente imposible que una alcantarilla en la vía pública "atrape aguas superficiales":



373. Por lo tanto, el testimonio del Sr. Erwin no fue cuestionado por la parte demandante quienes no pudieron impugnar sus conclusiones sobre:

- Existen siete humedales (humedales Nos. 1 a 7) en el Sitio del Proyecto Las Olas, y estos han existido desde que la parte demandante adquirieron las tierras;
- Vegetación de humedal "facultativa" encontrada en el Sitio del Proyecto Las Olas confirma la existencia de humedales;
- El humedal No. 1 fue drenado y rellenado, tal y como se evidencia por el material de relleno encontrado;
- Los trabajos de la Municipalidad no relacionan el impacto del humedal No.1, dado que las alcantarillas para drenaje fueron colocadas por el desarrollador;
- Existen bosques en el Sitio del Proyecto Las Olas, y estos han existido desde que la parte demandante adquirieron la tierra;

¹⁵⁵ Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción Día 2, 499: 7-12.

¹⁵⁶ Declaración Testimonial de Mauricio Mussio, Anexo C.

- Existen recursos de vida Silvestre dependientes de los humedales y bosques en el Sitio del Proyecto Las Olas.

2. Green Roots

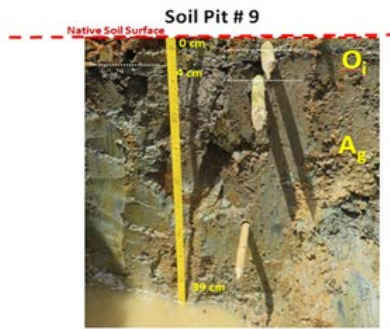
374. Dado que el tiempo y los recursos no lo permitieron y teniendo en cuenta que la relevancia de esta diferencia se centra el Humedal No.1, la parte demandada giró instrucciones a los Dres. Perret y Singh para que realizaran el muestreo de suelos en cada de uno de los humedales identificados por KECE. Durante la Audiencia, los Dres. Perret y Singh resumieron sus conclusiones científicas como parte de su testimonio de expertos:¹⁵⁷
- La profundidad del relleno en el Humedal No. 1 es mayor a 1 metro y abajo permanece suelo enterrado;
 - El material de relleno se trajo recientemente (menos de 10 años) con la ayuda de maquinaria o de herramientas manuales;
 - Al aplicar la definición de suelos hídricos según los indicadores de campo para suelos hídricos USDA,¹⁵⁸ el suelo natural enterrado es hídrico y por ende, los suelos en el humedal No. 1 son hídricos.
375. Primero, aparte de las muchas críticas que KECE y los Dres. Perret y Singh tienen del Informe Baillie,¹⁵⁹ la conclusión crucial de los Dres. Perret y Singh es algo que le faltó al Dr. Baillie: determinar la profundidad exacta del relleno.
376. En palabras sencillas el Dr. Baillie no fue lo suficientemente profundo para encontrar la superficie del suelo natural. Este es un requisito importante según el Artículo 5 del Decreto No. 35803 del MINAE cuya definición de suelos hídricos requiere mirar el suelo "*en sus condiciones naturales.*"¹⁶⁰ Como los Dres. Perret y Singh dirigieron sus esfuerzos a buscar esas condiciones naturales debajo del relleno, luego de cavar más de 1 metro pudieron encontrarlo
377. La siguiente imagen, que ignora el material de relleno encima, muestra exactamente como se veía la superficie del suelo antes de los trabajos de relleno de la parte demandante. Esta es la superficie que ambos expertos deben haber estado observando al realizar su muestreo:

¹⁵⁷ Demostrativo de Green Roots, diapositiva 4.

¹⁵⁸ **R-524**, Criterios de Lista de Suelos Hídricos de USDA, 2018.

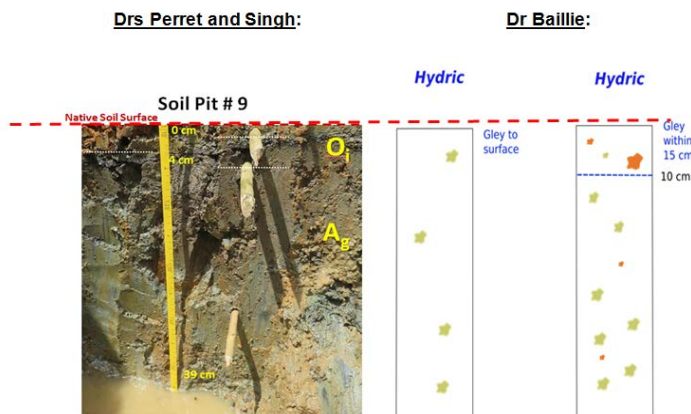
¹⁵⁹ Consultar, Segundo Informe de KECE, paras. 76-111; Interrogatorio de B.K. Singh y Johan S. Perret, Transcripción Día 6, 1940-1956.

¹⁶⁰ C-218.



161

378. Aunque el Tribunal acepte las teorías “únicas” del Dr. Baillie sobre la distinción de suelos hídricos / suelos hidromórficos (no respaldados por la legislación costarricense) y mal drenados / imperfectamente drenados; el Tribunal concluiría que el suelo natural enterrado se encuentra dentro de la categoría “suelos hídricos” del Dr. Baillie.
379. El Dr. Baillie testificó que *“los suelos hídricos tienen que ser gleyzados, o sea color gris principalmente, matriz gris, hasta un nivel muy cerca de la superficie del suelo.”*¹⁶² Esto es exactamente lo que los Dres. Perret y Singh encontraron inmediatamente debajo de la superficie del suelo natural. Además, el Dr. Baillie establece un límite de 15 cm debajo de la superficie de los suelos en donde debe ocurrir el gley para que los suelos hídricos existan. Bueno si el Tribunal acepta eso, entonces, las conclusiones de Green Roots recaen perfectamente dentro de la definición de suelos hídricos del Dr. Baillie. La figura que se incluye a continuación muestra exactamente como el suelo natural encontrado por los Dres. Perret y Singh cumple con las características de lo que el Dr. Baillie considera como suelos hídricos:



163

380. Segundo, Los Dres. Perret y Singh pudieron determinar la causa del relleno: hecho por el hombre.

¹⁶¹ Demostrativo de Green Roots, diapositiva 13.

¹⁶² Interrogatorio de Ian Baillie, Transcripción Día 6, 1666:20-22.

¹⁶³ Demostrativo de Green Roots, diapositiva 13; Demostrativo de Declaración de Apertura de la parte demandante, diapositiva 46.

381. Cuando se re interrogó sobre la causa de porqué existía un metro de material de relleno sobre el suelo natural, los Dres. Perret y Singh confirmaron que esos fueron movimientos de tierra realizados en tres ocasiones estacionales:

"P: Creo que sólo me restan dos preguntas para formularle. ¿Tiene usted prueba alguna de movimiento de tierra realizado por los inversores o dentro de los últimos diez años, en una escala requerida para quitar un metro de material en el Humedal 1? Y si tiene tal prueba, ¿me puede usted explicar de qué consta?"

Contrainterrogatorio de B.K. Singh y Johan S. Perret, Transcripción Día 6, 1982: 6-11.

SEÑOR SINGH: Primero, prueba. Es cómo llegó ahí ese material. ¿Cómo? Ese es el misterio. Bien, tratemos de resolverlo. Primero, no había tanto viento y generalmente no tenemos erosión de viento aquí que puede depositarlo un metro. Vimos las erupciones volcánicas, pero no hubo nada en los años recientes y eso traería limo. Eso es diferente. No hubo inundación de tal magnitud, no hubo tampoco desmoronamientos, no hubo nada. No sé...."

Contrainterrogatorio de B.K. Singh y Johan S. Perret, Transcripción Día 6, 1982:15-22; 1983:1-2.

"R: Creo que es muy claro cómo llegó ese material y es tan uniforme, muy suelto; tres actividades, definitivamente, hecho por el hombre."

Contrainterrogatorio de B.K. Singh y Johan S. Perret, Transcripción Día 6, 1983:4-5.

"ARBITRO BAKER: No podría ser una tormenta de viento, por ejemplo, un volcán, para usar el ejemplo que usted utilizó, o un deslizamiento de lodo, como ocurre en ese país también? Es algo que debe haber sido causado por el hombre, ¿correcto?"

SEÑOR PERRET: Al fijarse en la definición, sin ningún lugar a dudas. Al estar en el predio, en el Humedal número 1, es evidente, la lógica le indica a uno que todas las hipótesis que ve uno ahí, de deslizamiento de tierra, depósitos aluviales, etcétera, no, no, ninguna de esas posibilidades es correcta."

Contrainterrogatorio de B.K. Singh y Johan S. Perret, Transcripción Día 6, 1992:12-22.

382. En este punto debe ser obvio para el Tribunal que sólo la parte demandante realizó esas actividades de relleno. La fotografía aérea de marzo de 2009 muestra que el relleno ya estaba colocado sobre el Humedal No. 1.¹⁶⁴ Los testimonios de los Dres. Perret y Singh confirmaron que esas obras de llenado ocurrieron también en otras dos ocasiones en 2010 y 2011, lo cual se manifiesta en las discontinuidades que los Dres. Perret y Singh vieron en el perfil de suelo de tierra del Hoyo No. 9.
383. Tercero, Los Dres. Perret y Singh, científicos de suelo basados en Costa Rica (a diferencia del Dr. Baillie), confirmaron que el instrumento apropiado para determinar suelos hídricos en Costa Rica es los indicadores de campo para suelos hídricos de USDA, El cual forma

¹⁶⁴ Segundo Informe KECE, Figura 10.

parte de la taxonomía de suelo de USDA, que el Dr. Baillie usó para realizar su encuesta y su "sistema de clasificación oficial de suelo en Costa Rica" ¹⁶⁵

"[E]sta es una de las extensiones de la taxonomía de suelos. El Dr. Baillie dijo que la taxonomía de suelos de la USDA es el sistema que se usa oficialmente en Costa Rica. Estamos de acuerdo con eso. Sin embargo los indicadores de relleno de suelos hídricos forman parte de la metodología de la USDA. Si encuentran cualquier documento del USDA, está ahí, es un apéndice, si quieren describir suelos, suelos hídricos, forma parte del enfoque de la USDA."

Interrogatorio de B.K. Singh y Johan S. Perret, Transcripción Día 6, 1944:8-18.

384. Por lo tanto, los Dres. Perret y Singh fueron consistentes en su uso de los indicadores de campo para suelos hídricos de USDA como parte de la taxonomía de suelos de USDA, el sistema oficial de suelos en Costa Rica (tal y como admitieron los expertos de ambas partes).

3. Crítica de los expertos de la parte demandante (ref: Humedales): ERM, Barboza, Baillie

385. Tres de los humedales identificados por KECE fueron confirmados por los expertos de la parte demandante. Por ejemplo, cuando el Dr. Calvo de ERM fue reinterrogado él dijo:

"P: Y ven que esto corresponde, y creo que esto lo vamos a colocar en la pantalla para que lo puedan comparar con el informe de KECE. O sea que esto corresponde a lo que ellos señalan ahí. La figura 5 de KECE corresponde a la Depresión 3 y la figura 3 de KECE corresponde a la Depresión 2 y el Humedal 2 de KECE corresponde a la Depresión 1. ¿Esta de acuerdo con esto?"

R: (Dr. Calvo) Sí.

P: Y también hacen referencia -- o el doctor Baillie en su informe los llama Bajo B2, B4 B6. ¿Está de acuerdo en general con esto?"

R: (Dr. Calvo) Sí."

Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo & Dr. Robert Langstroff, Transcripción Día 6, 1780:2-13.

386. Esto no fue simplemente un ejercicio para atribuir etiquetas a ciertos lugares. El informe de ERM aceptó claramente la evidencia de que los humedales existieron.

a) Evidencia de ERM en los humedales identificados

387. ERM en su único informe, en el párrafo 37:

"En conclusión, las tres zonas al oeste y al noroeste del predio de Las Olas en las que hay presencia de depresiones en la superficie muestran **características de marisma de agua dulce, y podrían ser humedales según la definición costarricense de humedal**: 1) predominio del gamalote, que no establece por sí solo que la zona sea un humedal, y 2) evidencias de

¹⁶⁵ Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción Dí 6, 1688: 14- 18

inundación estacional. Aunque no se realizó ningún análisis sistemático de suelos, consideramos que los de estas depresiones están sujetos a empozamientos estacionales y a su correspondiente saturación, y podrían desarrollar características hídricas. No obstante, sería necesario realizar análisis de suelos a fin de llegar a una conclusión." (el resaltado no es del original)

388. "Potencial" significa que existe evidencia para sugerir que hay un humedal. ERM podría en efecto diferir de las autoridades costarricenses quienes tienen que determinar definitivamente la existencia o no de humedales, pero basándose en sus investigaciones, encontraron evidencias que indicaban la presencia de humedales (en contra posición a evidencias que rechazan claramente su existencia)
389. Durante el contrainterrogatorio de ERM, quedó suficientemente claro que el Dr. Calvo insistió en resistirse a admitir expresamente la existencia de humedales. Al confirmar la existencia de la hierba de corona mexicana, una hierba que se asocia con los humedales, el Dr. Calvo prefirió enfocarse en el hecho de que su presencia no prueba definitivamente que existan humedales. Sin embargo, al hacerlo así, el Dr. Calvo claramente estaba resistiéndose al corolario de esta conclusión que es que era un indicador de la posible existencia de humedales.

"P: Pero el paspalum fasciculatum o gamalote a veces crece en humedales, ¿no es cierto?

R: (Dr. Calvo) Si, pero también puede crecer en zonas que no sean humedal.

P: Entendido, señor.

R: (Dr. Calvo) Sí.

P: Pero para usted el vaso está medio vacío y para mí está medio lleno. ¿Está usted de acuerdo?

R: (Dr. Calvo) No estoy hablando de agua en vasos pero tenemos distintas interpretaciones, si."

Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1784:4-13.

390. El tema particular que el Tribunal debe tener en mente (junto con todos los otros datos científicos que indican la existencia de humedales), es el principio precautorio y la carga de la prueba que pesa sobre la parte demandante para mostrar que no hay humedales. Esto se ha expuesto extensamente antes y en los alegatos también.
391. En consecuencia, la carga de la prueba recae en la parte demandante con respecto a los humedales y al daño o impacto causado al ambiente, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad. No le corresponde a la parte demandada demostrar que existen los humedales. Por el contrario, corresponde a la parte demandante demostrar que no existen. Y con esta perspectiva tan importante en mente no hay

ninguna forma en la cual la parte demandante pueda manejar o lograr liberar su carga de la prueba.

392. Este punto estuvo bien ilustrado cuando ERM admitió que no se necesita de la preponderancia de vegetación hidrofila para identificar humedales – la mera existencia de alguna es suficiente.

"Estoy de acuerdo de que no se intenta en la legislación costarricense de declarar que tiene que haber un 51 por ciento ni ninguna otra cifra, ni preponderancia o dominancia numérica de una especie, sino que específicamente depende de un tipo de vegetación."

Recontrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1801:8-13.

393. Este punto también fue avalado por el Dr. Calvo cuando se le solicitó asumir el rol hipotético de un funcionario de gobierno – enfrentado con la evidencia de posibles humedales y si (cuando se invoque el principio precautorio) deben o no pecar por proteger el humedal o no:

"Creo yo que como funcionario del gobierno yo probablemente diría: "Muéstreme o demuéstreme de que no hay humedal, porque yo creo que hay un humedal dada la preponderancia de la información."

Recontrainterrogatorio de. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1805:18-22.

394. Por tanto, incluso el Dr. Calvo reconoció que la carga recae en la parte demandante para refutar la existencia de humedales, cuando la información y los datos sugieren que sí existen. Esto dio como resultado una admisión muy práctica por parte del Dr. Calvo, cuando además se le preguntó qué hubiera hecho si hubiera tenido que determinar la continuación o no de las obras de construcción en el supuesto humedal:

"R: No tomaría todavía la decisión en cuanto a las construcciones, esperaría.

P: ¿Entonces usted paralizaría la construcción?

R: Si ya están realizando construcción construcción, si, quizás haría eso."

Recontrainterrogatorio del Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1807:4-10.

- b) El Informe de ERM carece de análisis y de datos críticos y sin embargo, la conclusión sigue mostrando signos de humedales

395. El Informe ERM como una fuente de datos fiables para refutar la existencia de humedales es lamentablemente inexistente.

396. En primer lugar, el Dr. Calvo y el Dr. Langstroff admitieron que no realizaron un análisis exhaustivo para poder determinar si existían humedales o no, porque admitieron no haber

realizado un estudio de suelo. Esto aparentemente fue intencional, y el resultado es que no existe ninguna posibilidad para que ERM pudiera concluir que estos eran humedales, porque ellos mismos denegaron un punto de datos críticos necesarios para establecer dicho hecho.¹⁶⁶

397. Esto no obstante el hecho de que el alcance indicado del informe fuera *“si el sitio del proyecto Las Olas contiene, o ha contenido alguna vez humedales protegidos por la ley costarricense”*.¹⁶⁷
398. En segundo lugar, con el objeto de llegar a una conclusión relativa al alcance establecido para un periodo de 14 años, ERM admitió dedicar únicamente 13 páginas al análisis. Esto está lejos de ser riguroso. Además, la recopilación de datos para completar las 13 páginas tampoco existía. ERM consultó dos fotografías y cinco mapas de Google para los años 2002, 2012 y 2016. Por lo tanto con 3 años de fotografías aéreas y un poquito más, y ninguna ubicación graficada con GPS para verificar el informe KECE, ERM estableció este ejercicio. Ellos no proyectaron vistas más allá de un único vecino (presentado por la parte demandante – y por ende poco probable que fuera objetivo) y por lo tanto se basaron exclusivamente en su propia vista sombría y atrofiada de un sitio de 38 hectáreas. Cuando se cuestionó que estos puntos de datos eran insuficientes, el Dr. Calvo subrayó que ellos estuvieron en el sitio únicamente dos días.¹⁶⁸

"P: O sea que su informe es una fotografía si se quiere, de lo que ocurría en ese predio en julio de 2016.

R: (Dr. Calvo) Además de lo que aprendimos después de haber visto las tres – los tres estudios de series de tiempo.

P: Correcto. O sea que sobre la base de una foto de 2002 y una foto aérea de 2014 usted está determinando si en algún momento hubo ahí humedales o no, ¿Correcto??

R: (Dr. Calvo) Sí"

Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1776:9-17.

399. ERM admitió que esto fue por lo tanto únicamente una base para tratar de determinar la existencia contemporánea (de humedales), contrario a un análisis histórico.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1750:10-14. "P: Así que nunca, en ninguna versión de su informe, podría haber llegado a la conclusión de que había humedales. Usted se estaba atando las manos con respecto a esa conclusión. R: (Dr. Calvo) Para llegar a esa conclusión se puede – puede usted decir eso, sí."

¹⁶⁷ Informe ERM, para.1(b).

¹⁶⁸ Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1749: 22; 1750:1-3.

¹⁶⁹ Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1776:13-18.

400. Tercero, cuando se les presionó sobre qué datos se usaron para recopilar el informe, los Dres. Calvo y Langstroff aludieron a haber revisado muchos otros documentos relevantes para el arbitraje.¹⁷⁰ Estos no fueron presentados con su informe y por lo tanto, no son una base para evaluar si sus conclusiones estuvieron bien fundadas o no.
401. Cuatro, al enfrentársele en el arbitraje con los argumentos relativos al rellenado de tierra de los humedales, ERM también admitió no haber considerado un cambio topográfico del sitio.¹⁷¹

"P: O sea que el informe de ustedes no analiza ningún relleno de drenaje potencial en el Humedal 1, ¿no?"

R: (Dr. Calvo) No, no directamente."

Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1779:8-11.

402. Las consecuencias de estos fallos del informe de ERM no son para que la parte demandante se sienta cómoda – ya que pudo haber sido la intención. Y como se hubiera previsto. Más bien todo lo contrario. El hecho de que ERM no demostrara (según la norma de prueba aplicable) que los humedales no existen / o nunca existieron, es dejar de cumplir su carga de la prueba. Por lo tanto, mientras que la ley costarricense se aplique como una cuestión de hecho, el hecho es que la carga de la prueba recae en la parte demandante.
403. Casi a pesar de su deficiente análisis, como se mencionó anteriormente, ERM encontró evidencias que muestran “características de un pantano de agua dulce y son potencialmente humedales según la definición de humedal de Costa Rica”. Además ERM confirmó que aunque no hicieron un análisis de suelos, ellos emitieron observaciones de hidrología y análisis de vegetación, lo cual los llevó a la misma conclusión de que había evidencia de posibles humedales:

"P: Entonces, tenemos evidencia que indica que en dos de los dos elementos en virtud del artículo del decreto del MINAE hay señales que existen – que determinan que potencialmente podría haber humedales; está de acuerdo?"

R: (Dr. Calvo) Sí, potencialmente."

Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1767:14-18.

¹⁷⁰ Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1756: 17-22; 1757:1-9.

¹⁷¹ Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1775:7-13. "P: Pero usted no aborda este cambio y la posible causa de este cambio en su informe, ¿correcto? R: (Dr. Calvo) ¿Qué cambio? P: Bueno, cualquier cambio que se haya aducido en este arbitraje sobre el relleno de los humedales potenciales R: (Dr. Calvo) No, no lo abordo."

404. Aunque ERM no haya realizado un análisis de suelo, ellos confirmaron la terminología similar entre suelos hídricos y suelos hidromórficos:

"P: Así que esto dice [Decreto de MINAE, Artículo V] que los suelos hídricos se definen como una referencia a suelos hídricos e hidromórficos, ¿correcto?

R: (Dr. Langstroff) Los suelos hidromórficos según se utilizan aquí es básicamente un sinónimo, aquí en esta definición tal y como se utiliza en Costa Rica.

Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1770:6-12.

c) Fallo de ERM para opinar sobre el Principio Precautorio

405. Habiendo identificado la existencia de evidencias que indican humedales y habiendo concluido que eran **humedales potenciales**, ERM reconoció durante la Audiencia que a la luz del principio precautorio, las autoridades costarricenses tenían la obligación de protegerlos:

"(Dr. Langstroff). Sí estamos de acuerdo, Si hubiera evidencia de un potencial de humedal eso se debe tomar en serio y estamos de acuerdo con la importancia del derecho y obligación de Costa Rica de proteger los humedales de alto valor en materia de biodiversidad."

Contrainterrogatorio de Dr. Richard Calvo y Dr. Robert Langstroth, Transcripción Día 6, 1754:17-21.

d) ERM confirma el desarrollo en las Servidumbres

406. Cuando se le presentó el Plan Maestro, ERM no pudo hacer comentarios sobre el posicionamiento de los trabajos a realizar en relación con las áreas sensibles identificadas por Mussio Madrigal. Con respecto a ERM encontramos difícil de entender cómo esto no es un punto obvio con base en el traslape de planes presentado.



Map filed with SETENA in D-1 Form
(C-222)



Map identifying sensitive areas
(Annex B, Witness Statement of Mauricio Mussio)

407. La evidencia claramente muestra que las áreas sensibles identificadas por Mussio Madrigal (que tal y como se mencionó anteriormente, no se presentaron como parte de la Solicitud D1 a SETENA) estaban situadas precisamente en las áreas del Plan Maestro y Servidumbres en donde se había planificado el desarrollo.¹⁷²

e) Conclusión relativa al Informe ERM

408. La conclusión que el Tribunal puede derivar de la revisión del informe ERM y de la deliberación del testimonio proporcionado durante la Audiencia es que de haberse presentado este informe como parte de la Solicitud D1, entonces ciertamente la investigación hubiera sido más detallada y se hubieran descubierto los humedales. Si este informe también se hubiera presentado durante las obras, ERM también admitió a regañadientes que hubiera sido suficiente para suspenderlas.

409. Sin embargo, para los fines presentes, existe suficiente evidencia (incluso en las conclusiones afirmativas de ERM) para avalar los dos primeros de tres criterios que se requiere cumplir para concluir que los humedales existen (vegetación hidrofílica y condiciones hídricas) Por lo tanto el criterio final (suelos hídricos) recayó en el Dr. Baillie por cuenta de la parte demandante

4. El informe del Dr. Baillie sobre suelos confirma la presencia de suelos hídricos en el Proyecto Las Olas

410. El Dr. Baillie fue llevado ante la legislación costarricense, un país en donde él no había operado antes de este arbitraje y confirmó la interpretación del Decreto del MINAE que define las condiciones requeridas para identificar un humedal.

"Se define suelo hídrico o suelo hidromórfico a aquel que en sus condiciones naturales está saturado, inundado o represado con agua o empozado por largo tiempo, situación que permite desarrollar condiciones anaeróbicas en las secciones superiores del mismo."

P: Dr. Baillie, este hace una distinción entre suelo hídrico o hidromórfico ¿correcto?

R: Sí, eso me parece confuso.

P: Pero esta es la ley costarricense ¿correcto?

R: Correcto."

Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción Día 6, 1681:21-22; 1682:1-10.

411. Esto es consistente con las conclusiones que hiciera ERM durante su testimonio – al igual que Green Roots de parte del demandante.¹⁷³

¹⁷² Consultar, Anexos L-48 y L-49.

¹⁷³ Contrainterrogatorio, Transcripción Día 6, 1770:6-12.

412. El Dr. Baillie también confirmó que la Clasificación del Uso del Suelo (empleado por INTA), también fue de ayuda pero no necesariamente determinativo de la existencia (o no) de un humedal.

"P: Podemos pasar a la sección siguiente --- al párrafo siguiente del artículo 5.b que dice: "En base a la clasificación por capacidad de uso de las tierras, por lo general los suelos de los humedales corresponden a la clase 7 y 8." ¿Lo ve?

R. Lo veo.

P. El decreto no dice que se requiere que haya clase VII para que el suelo sea hídrico; ¿correcto?

R. Correcto, como expliqué antes, un suelo de Clase VII puede encontrarse en una pendiente abrupta de una montaña, así que clase VII no siempre es hídrico."

Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción Día 6, 1682:11-22.

413. Esto es también consistente con la redacción expresa del Decreto del MINAE que establece (tal y como se citó en el primer informe del Sr. Barboza en la nota de pie de página 3 de la página 11 de la versión en inglés):

"Suelos Hídricos: Se define un suelo hídrico o suelo hidromórfico aquel que en sus condiciones naturales está saturado, inundado o represado con agua o empozado por largo tiempo, situación que permite desarrollar condiciones anaeróbicas en las secciones superiores del mismo. La determinación de si un suelo tiene características hídricas puede ser muy importante para la cartografía, clasificación y delimitación de un humedal.

En base a la Clasificación por Capacidad de Uso de las Tierras (Decreto Ejecutivo N° 23214-MAG-MIRENEM) por lo general los suelos de los humedales corresponden a la Clase VII y VIII. Por lo tanto, estas tierras tienen utilidad sólo como zonas de preservación de flora y fauna, protección de áreas de recarga acuífera, reserva genética y belleza escénica."

414. El término "*en general*", o "*por lo general*" en español, es una clara referencia específica a lo que el Dr. Baillie estaba confirmando – que dichos suelos están usualmente asociados con Clase VII y VIII. pero no son en sí y por sí mismos el factor determinante. Dicho de manera sencilla, la clasificación puede indicar humedales, pero no limita la definición de humedales únicamente a suelos Clase VII y VIII
415. El acuerdo del Dr. Baillie con este punto es importante. La parte demandante ha gastado tiempo considerable, insistiendo en que la determinación de suelos tipo Clase VII u VIII significó que no había humedales. Ahora el Dr. Baillie pone esta interpretación equivocada en descanso.
416. La existencia o no de suelos hídricos fue obviamente el principal enfoque del testimonio del Dr. Baillie. El Dr. Baillie aceptó que no hay umbral mínimo para establecer la existencia de indicadores de suelo hídrico – lo que significa decir, que uno no necesita encontrar un cierto número de suelo hídrico – es suficiente si existe la más mínima indicación:

"P: ¿Sabía que usted que de acuerdo con la metodología de indicadores de campo de la USDA para ser identificado como hídrico un suelo por lo general debe tener uno o más indicadores?

R. Sí.

P. ¿Así que si uno de los indicadores está presente, tenemos suelo hídrico de acuerdo con esa metodología?

R. Sí."

Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción Día 6, 1689:11-18.

417. La conclusión del Dr. Baillie con respecto a la naturaleza hídrica del suelo en Bajo 1 / Humedal 1 de KECE fue caracterizarlo como "*marginalmente hídrico*."¹⁷⁴ El Dr. Baillie explicó que aunque este término no se encuentra en el Decreto del MINAE, el CRLE, tampoco se puede encontrar como un indicador de suelos hídricos en la taxonomía de suelos de USDA. El Dr. Baillie lo usó debido al relleno que se encontró en el estudio de suelos que realizó en el Sitio del Proyecto Las Olas.
418. Específicamente, el Dr. Baillie dijo cuando estaba explicando lo que significaba "*marginalmente hídrico*":

R: Sí, no están hidratados, no son hídricos actualmente. Son Clase V.

P: La pregunta es: ¿serían hídricos si descontáramos el supuesto relleno? Y marginalmente hídricos no aparece en el decreto 35803 del MINA, ¿correcto?

R. La razón por la que uso la palabra "marginal" es que depende del espesor del relleno..."

Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción Día 6, 1694:3-9.

419. Por lo tanto, al descontar el relleno, esto pondría de manifiesto los suelos hídricos que los Dres. Perret y Singh identificaron. Es de destacar que el Dr. Baillie admitió no haber perforado a la misma profundidad que hicieron los Dres. Perret y Singh— lo que produjo hallazgos de suelos gléyicos a una profundidad de 105 centímetros.¹⁷⁵
420. En definitiva, por supuesto cualquier cosa "marginal" es la confirmación de su existencia — pero simplemente sujeta a cantidad, esto es importante ya que tal como se estipuló, no existe requerimiento en virtud de la ley costarricense para que tenga que haber cierta cantidad de suelos hídricos afín de calificar positivamente, y por ende la identificación de suelos marginalmente hídricos es suficiente evidencia para indicar que en cierta forma existen suelos hídricos.
421. Así mismo el Dr. Baillie confirmó que el requisito de suelo hídrico en virtud de la ley costarricense se refiere a suelos en su condición natural:

¹⁷⁴ Informe Baillie, Figura 6.

¹⁷⁵ Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción Día 6, 1702:18-22; 1703:9.

"P: ...la definición de suelo hídrico en virtud del Artículo 5.B se refiere a las condiciones naturales del suelo, ¿correcto?

R. Correcto.

P. Usted ya nos ha dicho que se hicieron trabajos de desarrollo que destruyeron estas condiciones naturales de Bajo 1 o del suelo en Bajo1?

R. Se había hecho trabajo de desarrollo y por lo tanto tuvo efectos en los suelos.

P. Y estos trabajos de desarrollo hubieran afectado a las condiciones naturales del suelo ¿correcto?

R. Correcto."

Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción Día 6, 1703:15-22; 1704:1-4.

422. Esto brinda amplio apoyo a la elección de Green Roots de cavar a la profundidad que lo hicieron con el objeto de intentar identificar el suelo debajo del relleno que los contratistas de la parte demandante habían movido en su estado natural. No menos importante, el Dr. Baillie confirmó en el contrainterrogatorio que su intención era intentar identificar el estado del suelo natural debajo del relleno.¹⁷⁶

423. Al discutir el impacto del movimiento de suelos con el relleno el Dr. Baillie señaló que si hubieran habido suelos hídricos, el movimiento de suelos los hubiera impactado - de ahí su uso de la frase "*modificación de suelo de hídrico a no hídrico.*"¹⁷⁷

5. Informe de Barboza sobre la existencia de humedales en Las Olas

424. Los informes del Sr. Barboza fueron mucho menos útiles. El Sr. Barboza adujo en su primer (y por lo tanto, en el segundo) informe que no existían humedales en las tierras. Se llegó a esta conclusión sin haber visitado las tierras. El Dr. Baillie testificó que uno no puede decir si existe un humedal o no simplemente mirándolo – así las cosas, se considera que como el Sr. Barboza no llegó al punto de visitar el sitio, su opinión "experta" resulta casi inútil.

425. A la luz de una evaluación más científica de los otros expertos, es la posición de la parte demandante que no es posible otorgar algún peso o credibilidad a los informes del Sr. Barboza, e instamos al Tribunal a hacer lo mismo.

M. Tala ilegal de árboles de la parte demandante en el Sitio del Proyecto

426. Como parte del daño ambiental de la parte demandante al ecosistema Las Olas, ésta taló árboles sin permisos para hacerlo. La primera advertencia que se hizo a la parte demandante fue en la VA que obtuvieron para el sitio del Condominio. La VA estableció que para cortar **algún árbol** se requería un permiso del MINAE.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción Día 6, 1704:9-11.

¹⁷⁷ Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción Día 6, 1705:9.

¹⁷⁸ C-52.

427. Esto es consistente con la ley costarricense porque no sólo es un delito impactar un bosque sino que cortar un árbol sin permiso también lo es.¹⁷⁹ Este fue el delito por el que el Sr. Damjanac fue acusado penalmente.¹⁸⁰ Según la ley costarricense un “árbol” se define de la siguiente manera:

"Planta perenne, de tronco leñoso y elevado que se ramifica a mayor o menor altura del suelo, que es fuente de materia prima que origina industrias como aserraderos, fábricas de tableros, de chapas, de fósforos, de celulosa, de aceites esenciales, de resinas y taninos."¹⁸¹

428. No se hace ninguna distinción en cuanto al diámetro o altura del árbol, pero en general, todos los árboles están protegidos de tala sin permisos legales. Durante el desarrollo del Proyecto Las Olas, la parte demandante nunca obtuvo un solo permiso para cortar árboles. La parte demandante nunca contrató a un ingeniero forestal antes de solicitar una VA o durante el desarrollo del sitio de Condominio. La parte demandante sólo contrató al Sr. Arce para analizar el área suroeste de la propiedad (el sitio de la servidumbre) en septiembre de 2010¹⁸² En su informe, el Sr. Arce recomendó a la parte demandante que si iban a cortar más de 10 árboles, necesitaban obtener un permiso del MINAE.¹⁸³

429. No obstante, la fotografía aérea muestra que el 2010 fue el año en que la parte demandante se involucró en el más intenso desbroce del suelo en el sitio del Condominio para la construcción de calles internas, un hecho confirmado en los párrafos 124 – 126 de la primera declaración testimonial del Sr. Aven. Las fotografías aérea de 2010 y 2011 también muestra el cambio en el dosel debido a la construcción de rutas internas identificadas en el párrafo 125 de la declaración del Sr. Aven:

¹⁷⁹ C-170, Artículo 27, Artículo 61(a), Ley Forestal.

¹⁸⁰ C-142.

¹⁸¹ **R-567**, Artículo 3, Reglamento de Ley Forestal, 1997.

¹⁸² C-82.

¹⁸³ C-82.



2010



2011

184

430. Entonces, no es ninguna sorpresa que, en diciembre de 2010, el SINAC reportara impactos de lo que parecía ser un bosque,¹⁸⁵ y en julio de 2011, el SINAC confirmó el hecho al Sr. Martínez (reportando un tala selectiva de árboles el SINAC reportó una tala selectiva de árboles dentro de 7.5 hectáreas de un área boscosa).¹⁸⁶
431. Los intentos del Sr. Arce por desacreditar las conclusiones de estos informes deben descartarse porque durante la Audiencia él admitió;¹⁸⁷ que únicamente visitó el lado suroeste de la propiedad y no el lado este en donde SINAC encontró impactos a un bosque en 2011.¹⁸⁸

N. Aplicación de las leyes de Costa Rica: emisión de medidas cautelares

432. En vista de los riesgos de nuevos daños ambientales provocados por las actividades de la parte demandante, las autoridades aplicaron las leyes ambientales de Costa Rica y aplicaron el principio *in dubio pro natura* para impedir que la parte demandante continuara con sus actividades ambientalmente nocivas.
433. El SINAC fue la primera institución en emitir una medida cautelar el 4 de febrero de 2011 después de las conclusiones del informe de SINAC de 2010.¹⁸⁹ SINAC también presentó una denuncia ante el TAA el 2 de marzo de 2011 por impactos en los humedales y bosques en el Sitio del Proyecto.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Segundo Informe KECE.

¹⁸⁵ **R-66**, Denuncia penal presentda por SINAC (ACOPAC-CP-015-11-DEN), 28 de enero de, 2011.

¹⁸⁶ C-134.

¹⁸⁷ Contrainterrogatorio de Minor Arce, Transcripción Día 2, 637:13-22.

¹⁸⁸ C-134.

¹⁸⁹ C-112.

¹⁹⁰ **R-73**, Informe Policial (ACOPAC-CP-052-11-DEN), 1 de marzo de 2011.

434. Dadas las críticas conclusiones del informe de SINAC de enero de 2010, el Consejo Municipal también decidió suspender los permisos de construcción otorgados al Proyecto Las Olas e investigar aún más la situación en el proyecto.¹⁹¹ De hecho, la Municipalidad solicitó información al SINAC, ACOPAC y MINAE.¹⁹²
435. El TAA también presentó una medida cautelar el 14 de abril de 2011 suspendiendo las obras en el sitio del proyecto.¹⁹³ Esta medida cautelar está pendiente de una decisión final del TAA. Como se explicará a continuación, el TAA, entre otras entidades, está hoy día enfrentando el efecto escalofriante del inicio de este arbitraje. Ante el temor de emitir una decisión contradictoria que pudiera afectar la defensa de Costa Rica en este proceso judicial, las entidades costarricenses se han negado a continuar con sus procesos judiciales y a llegar a una decisión final.
436. Por último, el Tribunal Penal de Quepos emitió una medida cautelar el 30 de noviembre del 2011.¹⁹⁴ La parte demandada ha abordado los efectos obligatorios de esta medida cautelar sobre la suspensión de los permisos de construcción de la municipalidad en los párrafos 79-80 del Memorial de Respuesta. En suma, la Municipalidad tiene que acatar la medida cautelar y mantener la suspensión de los permisos de construcción hasta que el tribunal emita una decisión final.
437. Ahora, la parte demandante incluye como parte de las medidas cautelares adoptadas por las entidades costarricenses, el “aviso de cierre” (Prueba C-125) de la Municipalidad de fecha 11 de mayo de 2011.¹⁹⁵ La parte demandada aclararía que la Prueba C-125 que no es una medida cautelar emitida por la Municipalidad sino una orden de notificación de la medida cautelar de SETENA del 13 de abril de 2011.¹⁹⁶ A partir de ese momento, SETENA solicitó a la Municipalidad notificar a la parte demandada su medida cautelar, lo que a su vez la Municipalidad hizo el 11 de mayo de 2011.¹⁹⁷ La medida cautelar de SETENA fue revocada el 15 de noviembre de 2011¹⁹⁸ y, en consecuencia, la Municipalidad también levantó la orden de cumplimiento,¹⁹⁹ o lo que la parte demandante ha preferido llamar el “aviso de cierre”. Por lo tanto el “aviso de cierre” no era una medida cautelar sino la orden de cumplimiento de la Municipalidad con respecto a la medida cautelar de SETENA y ya no está vigente.

¹⁹¹ **R-75**, Acuerdo del Consejo Municipal solicitando a la Municipalidad suspender permisos (SM-2011-0172), 8 de marzo de 2011.

¹⁹² **R-79**, Carta de la Municipalidad para el MINAE, 4 de abril de 2011; **R-80**, Carta de la Municipalidad a ACOPAC, 4 de abril de 2011; **R-81**, Carta de la Municipalidad al SINAC, 4 de abril de 2011.

¹⁹³ C-121.

¹⁹⁴ C-146; **R-143**, Extensión de Medidas Cautelares, 26 de setiembre de 2013.

¹⁹⁵ Declaración Final de la parte Demandante Demonstrativo, Día 6, diapositiva 10.

¹⁹⁶ C-122.

¹⁹⁷ **R-92**, Carta de la Municipalidad a los Demandantes dando aviso de la medida cautelar (OIM No. 119-2011), 11 de mayo de 2011.

¹⁹⁸ C-144.

¹⁹⁹ **R-129**, Aprobación del Consejo Municipal para levantamiento de las medidas cautelares (SM-2012-802), 6 de noviembre de 2012.

438. Finalmente, con respecto a la pregunta sugerida del Tribunal sobre la jerarquía de las medidas cautelares, en virtud de la ley costarricense, no existe jerarquía entre medidas precautorias emitidas por diferentes agencias porque cada agencia puede emitir medidas precautorias dentro de su área de competencia específica y dentro del procedimiento de sanciones correspondiente. Por ejemplo:
- SETENA puede emitir medidas precautorias para iniciar una investigación y decidir si un VA debe o no ser anulada.
 - SINAC puede emitir medidas precautorias para suspender cualquier conducta o actividad que pueda potencialmente provocar daños al medio ambiente.
 - El TAA también puede emitir medidas cautelares con el propósito de prohibir la violación de cualquier disposición legal o de prevenir la posible comisión de daño o la continuación de acciones nocivas contra el medio ambiente.
439. Ni SETENA, SINAC ni el TAA son superiores uno al otro. Todos son entes administrativos que pertenecen al MINAE, con diferentes competencias asignadas.
440. Por otro lado la medida cautelar emitida por un juez tiene el poder de suspender una medida cautelar administrativa de otra agencia.²⁰⁰ Esto será explicado con más detalle a continuación,²⁰¹ pero, en términos generales, un usuario siempre puede impugnar la legalidad de una medida cautelar ante las cortes costarricenses y luego, la corte puede emitir una medida cautelar para suspender los efectos de la medida cautelar administrativa hasta que su legalidad sea determinada en los procesos judiciales.

O. Trabajos ilegales después de las medidas cautelares

441. La parte demandada ha detallado en sus peticiones, así como en la presentación de apertura, la cronología que es relevante para las deliberaciones del Tribunal. No tenemos la intención de repetirlo aquí más en aras de la eficiencia. Sin embargo, instamos al Tribunal a volver a revisar los detalles ofrecidos en esa cronología junto con la presentación realizada.
442. No obstante, la parte demandante siguió realizando obras ilegales en el sitio del proyecto a pesar de la medida cautelar del SINAC, la cual fue seguida por una medida cautelar de SETENA, emitida el 13 de abril de 2011 (la cual el Sr. Damjanac se negó a recibir²⁰²) y una medida cautelar del TAA también del 13 de abril de 2011.

²⁰⁰ R-248, Artículo 19, Código Contencioso Administrativo.

²⁰¹ Consultar, Sección VIII.A.2(d).

²⁰² El Sr Damjanac declare que él objetó la autenticidad de los documentos oficialmente producidos por el Estado. En las circunstancias en las que ningún documento del Estado hubiera sido formalmente impugnado por la parte demandante en términos de su autenticidad, la parte demandada considera dudoso que la acusación tardía del Sr. Damjanac esté bien fundada.

443. De los informes de las entidades sabemos que el trabajo continuó en violación de la medida cautelar del SINAC. Por ejemplo, el 12 de mayo de 2011, un día después de la *notificación* de la medida cautelar de SETENA, la Municipalidad reportó que se estaban realizando obras en el Sitio del Proyecto.
444. La parte demandante impugnó la autenticidad de estos informes. Prueba R-270. Sin embargo sus propias bitácoras de construcción muestran a la parte demandante involucrados en la construcción sustancial en mayo de 2011. La parte demandada puso las siguientes fotos que indican que las obras se realizaron en ese momento.²⁰³
445. Otros trabajos se realizaron el 9 de junio, 22 y 23 de junio y el 27 de junio. La parte demandante no atendió las medidas cautelares, prefiriendo su propia interpretación de la ley costarricense, que la ordenada por las autoridades legítimas. Simplemente no hay justificación para esto. La parte demandante no tiene derecho a tomar la ley en sus propias manos.

P. El Sr. Aven huyó del país sin justificaciones razonables

446. La parte demandante alega que la parte demandada rechazó la solicitud de seguridad del Sr. Aven en Costa Rica después del incidente de tiroteo.²⁰⁴ La verdad es que el Sr. Aven siempre estuvo representado y asistido por un asesor legal para aconsejarle sobre los recursos legales que tenía disponibles a fin de buscar la protección del estado. El Sr. Morera testificó para esto durante la Audiencia:

"P: Usted sabe que el señor Aven anteriormente tenía otros abogados.

R: Sí, el señor Aven siempre ha tenido representación letrada en este juicio."

Contrainterrogatorio de Néstor Morera, Transcripción Día 3, 704:11-14.

447. El Sr. Morera testificó que después del tiroteo buscó protección con el gobierno y de la Embajada Americana.²⁰⁵ Sin embargo, lo que el Sr. Morera no mencionó es que el no solicitó las medidas correctas para el Sr. Aven en la entidad correcta que pudo haberle otorgado las medidas de protección que buscaba.
448. El Sr. Morera buscó protección para el Sr. Aven como acusado en el proceso judicial penal, pero debió haber buscado esa protección como una víctima bajo la denuncia legal iniciada después del incidente del tiroteo en abril de 2013.²⁰⁶
449. En virtud del artículo 71 del código de procedimientos legales de Costa Rica y la ley de protección de víctimas, testigos y otros partes procesales, el Sr. Aven pudo haber

²⁰³ Consultar bitácora de construcción de la parte demandante, de fecha 2 de mayo de 2011 (R-512).

²⁰⁴ Declaración Final de la parte demandante Demonstrativo, Día 6, diapositiva 30.

²⁰⁵ Contrainterrogatorio de Néstor Morera, Transcripción del Día 3, 767:5-16.

²⁰⁶ C-162.

solicitado protección para el Sr. Aven durante su proceso judicial penal en curso con una oficina especializada dentro de la oficina de la fiscalía.²⁰⁷ Esta omisión muestra no solamente la calidad de asesoría legal que el Sr. Aven recibió de parte del Sr. Morera sino también la falta de interés que la parte demandante tenía para proseguir con los recursos disponibles en Costa Rica. Esta protección aún está disponible para el Sr. Aven en caso de que deseara regresar a Costa Rica. Si el Sr. Aven proporciona nueva evidencia o indicios relacionados con la denuncia penal que presentó por el incidente del tiroteo, el fiscal podría reabrir la investigación. Un juez tendrá también que decidir la prescripción ha operado o no. En ese caso el Sr. Aven, podría buscar protección del artículo 7 con la Oficina de Protección de víctimas en la oficina de la Procuraduría Pública.

450. Como el Sr. Aven recibió una asesoría legal inadecuada se vio obligado a contratar seguridad privada.²⁰⁸ El mero hecho de que el contratara seguridad privada muestra que el Sr. Aven tenía seguridad para sí mismo y que no había nada que le impidiera regresar a Costa Rica. Su seguridad era su preocupación y por tanto su responsabilidad. Él es responsable de su propia seguridad como todo ciudadano americano cuando viaja a Centroamérica. Incluso la Embajada Americana no consideró que el mereciera "un tratamiento especial."

Q. Crítica de la parte demandada en el Arbitraje

451. Durante la presentación de cierre de la parte demandada en la Audiencia, el Sr. Burn repitió ciertas críticas de la parte demandada en términos de como había avanzado el proceso arbitral, en particular el alegado incumplimiento o negativa de la parte demandada a presentar testigos que estuvieran personalmente involucrados en los informes oficiales que forman parte del expediente.
452. Habida cuenta de las reiteradas críticas, es necesario que la parte demandada se ocupe nuevamente de estas cuestiones.
453. Como ya se ha dicho, los documentos hablan por sí mismos, y las conclusiones son lo que muestran esos documentos. La parte demandada no cuestiona su autenticidad (excepto el Documento Falso), mientras que si cuestiona la observancia que se puede tener en esos informes por las diversas razones expuestas arriba y abajo. Sin embargo, es importante recordar al Tribunal una observación hecha durante la presentación de apertura de la parte demandada con respecto a las acusaciones de soborno.
454. Muchas de las críticas de la parte demandante se basan no en la información técnica que describen como pruebas "*irrelevantes*" y "*ex post facto*". En su lugar, se enfocan en los presuntos sobornos buscados por los funcionarios locales.

²⁰⁷ **R-421**, Artículo 71(2)(a), Código Procesal Penal; **R-560**, Artículo 7, Ley para la Protección de Víctimas, Testigos y Otras Partes Procesales, 4 de marzo de 2009.

²⁰⁸ Contrainterrogatorio de David Aven, Transcripción del Día 3, 841:20-22; 842; 843:1-2.

455. La parte demandada repite que no existe evidencia creíble alguna para demostrar que hubo soborno. Todo lo que tiene el Tribunal es el testimonio del Sr. Damjanac - quien dice que fue contactado por el Sr. Cristian Bogantes. No hay corroboración ni testigos de terceros.
456. Si se tratara de un tribunal penal, esas pruebas ni siquiera pasarían test alguno. Sin embargo, la parte demandante pretende que este Tribunal no sólo asuma (como si fuera un hecho probado de manera definitiva) que tal soborno ocurrió, para luego utilizar ese hecho como una plataforma de lanzamiento para una gran teoría de conspiración que llevó a que se investigaran y suspendieran los permisos de construcción de la parte demandante.
457. La parte demandante solicita al Tribunal aceptar esencialmente una especulación total sobre el hecho probado de que existen y siempre existieron humedales (como lo demuestra la evidencia documental). Esa es la razón por la que el proceso concluyó en una suspensión de las obras con el fin de proteger el medio ambiente.
458. Bloqueado en la mentalidad "impulsada por Aven" de que el mundo estaba ahí afuera para atraparlos, la parte demandante señala el hecho de que el Sr. Bogantes no fuera presentado como testigo para insinuar un cierto grado de incomodidad. Esto es infundado.
459. Si llegara existir una denuncia legítima de soborno, se puede plantear en Costa Rica en donde algún poder policial se asegurará de que efectivamente la declaración sea escuchada y probada adecuadamente. Los tribunales penales costarricenses también pueden aplicar las leyes de perjurio que no están en juego en este proceso judicial.
460. La parte demandante tuvo la oportunidad de presentar una denuncia formal **a tiempo** contra el Sr. Bogantes -pero ni el Sr. Damjanac ni el Sr. Aven aprovecharon el momento- como era habitual dado el incumplimiento total de la parte demandante de ejercer cualquiera de sus derechos penales, civiles o administrativos disponibles en Costa Rica.
461. La falta de puntualidad fue fatal para la denuncia tardía iniciada por el Sr. Aven. Esto no es una omisión insignificante dado cuánto ahora quieren confiar en la acusación en este proceso judicial. Sin embargo, sobre todo, la acusación de soborno no es relevante para las cuestiones en disputa **en este arbitraje**.
462. La denuncia de soborno planteada por el Sr. Aven fue rechazada - de acuerdo con el derecho y el procedimiento penal costarricenses. No es central en modo alguno la determinación del Tribunal sobre las cuestiones. No tiene relación con las reclamaciones de expropiación o FET. Sin embargo, es realmente fundamental mirar más allá de la acusación principal que hace la parte demandante.
463. La acusación de que un funcionario descontento que no está obteniendo un presunto soborno podría ser factible si fuera el caso de que no hubiera humedales. Por ejemplo, se

podría imaginar - al menos en teoría - que un funcionario podría originalmente redactar un informe diciendo que había un humedal, aunque no lo hubiera. Dicha conducta crearía circunstancias ideales para aprovechar un pago ilegal de la parte demandante para permitir que el proyecto prosiguiera. Habiendo bloqueado el proyecto, el funcionario podría pedir un soborno (para corregir el registro) - y si la parte demandante rechazara ese soborno, el funcionario podría entonces negarse a corregir el registro.

464. Sin embargo, ese apalancamiento existe si las circunstancias originales identifican un humedal cuando no hay ninguno. No obstante, en este caso, la declaración original en la que la parte demandante busca basarse fue la evaluación (obtenida ilegalmente) de que no había humedales.
465. Aquí es donde surge la falla de la teoría de la parte demandante -como muestran los datos científicos claros y sin obstáculos de Green Roots y KECE- hay y siempre ha habido humedales en la propiedad.
466. El Tribunal preguntó si había datos científicos sobre los suelos en relación con los otros humedales y, como se indica más adelante, el tiempo y los recursos no permitieron recopilar los análisis de suelos para todos los humedales del KECE. Sin embargo, el Humedal No.1 existe claramente y esto es fundamentalmente importante porque significa que la motivación más natural para un soborno (descrito anteriormente) no funciona.
467. ¿Qué podría haber amenazado Bogantes cuando supuestamente se le negó el pago? ¿Revelar la verdad habiendo fomentado previamente una mentira? Esto no tendría sentido, ya que la evidencia es clara – existen humedales. Por lo tanto, con todo lo que el Sr. Bogantes hubiera podido amenazar supuestamente era con revelar la verdad / la realidad.
468. Por lo tanto, basándose en la suposición de la parte demandante de que el Sr. Bogantes solicitó un soborno, esto significa una de dos cosas
469. En primer lugar, es posible que se haya cometido un verdadero error en las revisiones anteriores que se hicieron a las tierras, y los humedales (que sabemos que existen) fueron pasados por alto de alguna manera. Incluso si eso ocurriera (como hemos argumentado en este Arbitraje), esto no impide que las autoridades estatales vuelvan a revisar esta conclusión si hubiese una investigación posterior sobre los humedales para protegerlos - que es exactamente lo que ha sucedido- de acuerdo con legislación costarricense.
470. Alternativamente, desde el principio se sabía que había humedales y los funcionarios se hicieron de la vista gorda cuando debían haber sido declarados. Por supuesto, sabemos que este era el enfoque de la parte demandante, con base en la evidencia, y por lo tanto en esta alternativa, tal vez un funcionario cometió el mismo acto.

471. Sin embargo, aquí es donde se vuelve incómodo para la parte demandante. Porque si esto hubiera sido el caso, el Tribunal debería preguntar ¿cuál parte habría estado detrás de tal campaña para asegurarse de que los funcionarios estaban facilitando el ocultar humedales? ¿Qué "partes interesadas" habrían tenido un interés comercial para instar a los funcionarios a ignorar los humedales? La respuesta es bastante obvia - la parte demandante.
472. Por lo tanto, las críticas de la parte demandante al Sr. Bogantes deben fundamentarse necesariamente en la ilegalidad preexistente cometida por la parte demandante en forma de algún tipo de soborno de uno o más funcionarios.
473. Evidentemente no tenemos ninguna evidencia que sugiera esto, y la parte demandante (obviamente) no lo ha denunciado, lo cual finalmente lleva al Tribunal a la posición de que la evidencia debe (y debería) ordenar al Tribunal rechazar las denuncias de la parte demandante del supuesto soborno del Sr. Bogantes como no probado y carente de fundamento.

IV. LA LEY APLICABLE A LA CONTROVERSIA

474. Antes de discutir la falta de mérito de la reclamación de la parte demandante, conviene resumir las normas legales aplicables a esta controversia. Los hechos pertinentes deben ser examinados en el marco jurídico descrito en las siguientes subsecciones.
475. El arbitraje se realiza en el marco del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 (el "**Reglamento de la CNUDMI**"). El Artículo 35 (1) del Reglamento de la CNUDMI dispone que:
- "El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada." (énfasis añadido)**
476. Las Partes del DR-CAFTA acordaron en el Artículo 10.22(1) que las normas de derecho aplicables al fondo de la controversia serán:
- "1. Sujeto al párrafo 3, cuando una reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 10.16.1(a)(i)(A) o con el Artículo 10.16.1(b)(i)(A), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional."
477. La parte demandante y la demandada han discutido acerca de la ley aplicable en esta controversia. Esencialmente, la parte demandante sostienen que (i) el Capítulo 10 ("Inversión") del DR-CAFTA debe leerse de manera aislada de cualquier otro capítulo del Tratado; (ii) que del derecho internacional aplicable no se derivan principios de derecho ambiental; y (iii) que las leyes de Costa Rica no atañen a este arbitraje.
478. La demandada sostiene, en buena parte, lo contrario. El Tribunal debe leer el DR-CAFTA *in totum*, en particular con el Capítulo 17 del DR-CAFTA. La demandada explicará cómo

se aplican los principios ambientales, ya que son parte de las "normas aplicables del derecho internacional" mencionadas en el Artículo 10.22 del DR-CAFTA. Finalmente, la demandada mostrará que la legislación de Costa Rica es un elemento clave para la resolución del Tribunal.

A. El Capítulo 10 del DR-CAFTA es aplicable junto con otros capítulos del Tratado y, en particular, el Capítulo 17

479. El DR-CAFTA es un tratado de libre comercio ("**TLC**") que, a diferencia de los Tratados Bilaterales de Inversión ("**TBI**"), es multilateral, no se limita a la protección de la inversión y abarca una gran variedad de temas, tales como el comercio, las telecomunicaciones, los derechos de propiedad intelectual, asuntos laborales y el medio ambiente, entre otros. Por lo tanto, las consideraciones en materia de políticas que subyacen a la negociación de este TLC son bastante particulares porque plantean cuestiones más amplias o adicionales a las de cualquier otro TBI o IAI.²⁰⁹

480. Al respecto, en referencia a un TLC como el TLCAN, se ha sostenido que:

"[L]as disposiciones específicas de un Capítulo en particular deben ser leídas no sólo en relación con los demás, sino también en el contexto de toda la estructura del TLCAN si un intérprete quiere conocer y entender la forma y el contenido reales del acuerdo efectivamente establecido por las tres partes soberanas."²¹⁰

481. Siguiendo esta línea de razonamiento, la posición de la demandada en su Memorial de Contestación, en su dúplica y en la Audiencia²¹¹ ha sido que el Tribunal, al decidir sobre este caso, debe leer el Capítulo 10 junto con el Capítulo 17, titulado "Ambiental", a la luz de las preocupaciones ambientales derivadas de los hechos del caso.

1. Una interpretación adecuada del DR-CAFTA en el marco de la CVDT exige que el Tribunal haga una lectura balanceada del Capítulo 10 junto con otros Capítulos del Tratado

482. La posición de la demandada (en palabras de la parte demandante) se apoya en un "*análisis ortodoxo del enfoque de la Convención de Viena*"²¹² para el DR-CAFTA con el fin de determinar el contenido de la ley aplicable en este arbitraje.

483. El Artículo 10.22 (1) del Tratado dispone que el Tribunal debe decidir las cuestiones de conformidad con el DR-CAFTA y las normas de derecho internacional aplicables. Las normas de derecho internacional aplicables son aquellas fundamentadas en el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho. A los efectos de la

²⁰⁹ **RLA-141**, Kenneth J Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press (2010).

²¹⁰ **RLA-142**, *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award, 29 de enero de 2003, párr. 149

²¹¹ Contramemoria de la demandada, Párr. 434-472; Dúplica de la demandada, párr. 34-118.

²¹² Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 69: 15-16.

interpretación del DR-CAFTA, se aplican las normas de interpretación de tratados del derecho internacional consuetudinario. Las partes acuerdan que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (la "CVDT") refleja el derecho internacional consuetudinario, en particular los Artículos 31 y 32 sobre la interpretación de tratados.

484. El Artículo 31 de la CVDT dispone lo siguiente:

"Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

(a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

(b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

(a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

(b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

(c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes." (énfasis añadido)

485. Conforme al Artículo 31 de la CVDT, a partir de una interpretación literal del Artículo 10.22 del DR-CAFTA, un examen de otras disposiciones relacionadas del Tratado, el objeto y fin del DR-CAFTA en su conjunto, así como la consideración de la intención de las partes del DR-CAFTA, el Tribunal puede deducir que tanto el Capítulo 10 como el Capítulo 17 del Tratado son aplicables al caso en cuestión.

486. Primero, el Artículo 31(1) de la CVDT establece que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado. La cláusula de derecho aplicable incluida en el Capítulo 10 dispone que el tribunal decidirá las cuestiones en controversia "de conformidad con **este Tratado** y con las **normas aplicables del derecho internacional**" (énfasis añadido). Un análisis textual de esta disposición indica claramente que el Tribunal debe decidir la controversia de conformidad con el DR-CAFTA, sin limitar el derecho aplicable a "este Capítulo", que sería únicamente el Capítulo 10. Es evidente que ya se le está solicitando al Tribunal recurrir a otras

disposiciones fuera del Capítulo 10, y, por lo tanto, esta no es una desviación significativa de la posición existente de la parte demandante.²¹³

487. Segundo, el Artículo 31(1) exige además una interpretación que tome en cuenta el contexto de los términos sujetos a interpretación. Lógicamente, los términos de un tratado no deben interpretarse de manera abstracta o como si estuvieran en un vacío. En el caso que nos ocupa, un análisis de otras disposiciones conexas del Tratado debe llevar al Tribunal a la conclusión de que el Capítulo 10 debe leerse junto con el Capítulo 17. Esto es especialmente necesario si se tiene en cuenta que el Capítulo 10 se refiere expresamente a otros capítulos del DR-CAFTA, instruyendo al lector a contemplar el tratado en su conjunto.

488. En efecto, el Artículo 10.2(1) del Capítulo 10 del Tratado dispone que la protección a la inversión contenida en el mismo es aplicable siempre que sea compatible con otros capítulos del Tratado:

"Artículo 10.2: Relación con Otros Capítulos

1. En el caso de cualquier inconsistencia entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la inconsistencia."

489. La razón *de ser* de la disposición es establecer que el Capítulo 10 no es una sección autónoma del Tratado. Como se ha indicado, el DR-CAFTA abarca una amplia gama de consideraciones en materia de políticas, entre las cuales se encuentra un margen de actuación relacionado con el medio ambiente en el Capítulo 17.²¹⁴ Por lo tanto, en caso de que la protección de la inversión del Capítulo 10 entrara en conflicto con las preocupaciones medioambientales establecidas en el Capítulo 17, prevalecerán estas últimas.

490. Los Estados Unidos de América también han argumentado en este sentido en su presentación como Parte no contendiente, al resaltar la importancia fundamental que el DR-CAFTA asigna al medio ambiente:

"El Capítulo Diecisiete ofrece el contexto pertinente para la interpretación del Capítulo Diez, incluidos los Artículos 10.5 y 10.7. Como ha observado recientemente un tribunal, el Capítulo Diecisiete destaca en términos generales la importancia fundamental que les dieron las Partes del DR-CAFTA a garantizar el respeto a los niveles nacionales de protección del medio ambiente y su cumplimiento".²¹⁵ (énfasis añadido)

491. Esto significa claramente que, en circunstancias en las que existe un conflicto o tensión potencial entre el Capítulo 10 y el Capítulo 17, el Artículo 10.2(1) dispone que el medio ambiente prevalece:

²¹³ Véase, por ejemplo, Capítulo 1, Artículo 1.4 (Disposiciones Iniciales) y el Capítulo 2 (Definiciones Generales).

²¹⁴ Dúplica de la demandada, párr. 42.

²¹⁵ Presentación de los Estados Unidos de América, como Parte no contendiente en *Aven et al. v. Costa Rica*, 2 de diciembre de 2016, párr. 8.

"Así que el artículo 10.2 y su interpretación está abierta y hay que tomar en cuenta el capítulo 17. El artículo 10.2 indica que si vamos a distorsionar, por ejemplo, las leyes ambientales para permitir la inversión, pues eso es un incumplimiento. El 10.2 decide que el medioambiente tiene que prevalecer."²¹⁶

492. El Artículo 10.11 también apoya esta interpretación. Este artículo aborda la relación particular entre los términos "inversión" y "medio ambiente":

"Artículo 10.11: Inversión y Medioambiente

Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental."

493. Este artículo muestra que las Partes del DR-CAFTA previeron las inquietudes ambientales en el Capítulo 10, y que una Parte puede adoptar medidas para asegurar que la inversión es sensible al medio ambiente.²¹⁷ En otras palabras, esto significa que al decidir sobre un caso con arreglo al Capítulo 10, un tribunal debería aplicar la ley sin impedir que una Parte del DR-CAFTA adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida que considere las inquietudes ambientales.²¹⁸
494. Como la demandada explicó en su Declaración de Apertura, el Artículo 10.11 del DR-CAFTA da prioridad a las medidas adoptadas de manera compatible con el Capítulo 10, con el fin de proteger las cuestiones ambientales sobre todas las demás disposiciones del capítulo.²¹⁹
495. Así, el Artículo 10.11, junto con el Artículo 10.2 (1), cumplen el mismo propósito: informar al Tribunal que, al interpretar el Capítulo 10, otros Capítulos del DR-CAFTA se hacen aplicables y, más expresamente, como establece el Artículo 10.11, el Capítulo 17. Ambos Artículos indican que al tratar temas relacionados con el Capítulo 10, debe prevalecer la preocupación por el medio ambiente.
496. Por otra parte, el texto del Capítulo 17 deja en claro los objetivos del DR-CAFTA en cuanto a la formulación de políticas en el ámbito ambiental, al garantizar la aplicación de la protección del medio ambiente. Como se verá más adelante en detalle, la capacidad de las Partes del DR-CAFTA para implementar medidas eficaces y eficientes para proteger el medio ambiente en el marco del Capítulo 17 es fundamental para la aplicación del Tratado en su conjunto. Este Capítulo es una articulación clara de la forma en que las partes del DR-CAFTA acordaron que las cuestiones ambientales no estarían sujetas al mismo tipo de protección previsto en el Capítulo 10.

²¹⁶ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 159:18-160:4.

²¹⁷ **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.

²¹⁸ Dúplica de la demandada, párr. 58-64.

²¹⁹ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 161:12-17; 162:1-8.

497. Tercero, el Artículo 31(1) establece que el intérprete debe considerar el objeto y el fin del tratado. El punto de partida en la búsqueda del objeto y el fin de un tratado es, lógicamente, el texto del tratado mismo, y, en consecuencia, el preámbulo de un tratado, de acuerdo con el Artículo 31(2) de la CVDT, ilustra este punto. El preámbulo del DR-CAFTA menciona expresamente que las Partes del DR-CAFTA deben:

"[...] **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 [...]."

498. Estos considerandos, que fueron deliberadamente omitidos por la parte demandante en sus alegatos,²²⁰ son en sí mismos evidentes para demostrar que el DR-CAFTA tenía el propósito de proteger la política medioambiental.²²¹ Los Estados Unidos de América ha hecho la misma lectura:

"Las disposiciones del Capítulo Diecisiete, junto con el Preámbulo y el Artículo 10.11, sirven para fundamentar la interpretación de otras disposiciones del Capítulo 10. Específicamente, estas disposiciones demuestran el compromiso de las Partes por preservar su discreción en la adopción, aplicación y cumplimiento de las leyes nacionales destinados a lograr un alto nivel de protección del medio ambiente [...]."²²²

499. Los Artículos del DR-CAFTA 10.2(1) y 10.11, y su Preámbulo, son la expresión auténtica de la intención de las Partes del DR-CAFTA en el sentido de que, al tratar con el Capítulo 10, el Capítulo 17 se hace aplicable en la medida en que inquietudes ambientales estén en juego. En este sentido, los tribunales han sostenido que:

"[...] el texto del tratado se considera como la auténtica expresión de las intenciones de las partes; y su elucidación, en lugar de hacer búsquedas exhaustivas de las supuestas intenciones de las partes, es el objeto propio de la interpretación."²²³

500. Dado que la intención de las Partes del DR-CAFTA es pertinente en la medida en que encuentra su expresión en el texto del Tratado (con lo que la parte demandante parece estar de acuerdo),²²⁴ es posible sostener, sin reservas, que las Partes del DR-CAFTA se comprometieron a proteger a los inversores extranjeros y a sus inversiones siempre y cuando alcanzaran y mantuvieran un alto nivel de protección del medio ambiente.

²²⁰ Memoria de los demandantes, párr. 247.

²²¹ Dúplica de la demandada, párr. 43.

²²² Presentación de los Estados Unidos de América como Parte no contendiente, 2 de diciembre de 2016, párr. 7.

²²³ **RLA-4**, *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 de febrero de 2006, Párr. 22. Véase también **RLA-143**, *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8 de diciembre de 2008, Párr. 88.

²²⁴ Memoria de los demandantes, párr. 245.

501. En suma, una interpretación literal del Artículo 10.22 del DR-CAFTA, junto con un análisis de otras disposiciones conexas del Tratado (Artículos 10.2(1), 10.11 y el Capítulo 17), y el objeto y el fin del Tratado en su conjunto tal como se refleja en el Preámbulo, han de conducir al Tribunal a concluir que la intención de las Partes del DR-CAFTA era que el Capítulo 10 se leyera conjuntamente con el Capítulo 17. Por lo tanto, los dos Capítulos son aplicables a este caso.

2. La parte demandante no han podido demostrar que el Capítulo 10 del DR-CAFTA deba aplicarse de manera aislada

502. La parte demandante acusan a la demandada de utilizar la "estratagema" de "tratar de basar una dicotomía entre la protección de inversión y la protección ambiental."²²⁵ La parte demandante alega que:

"Y nuestra posición siempre ha sido que los dos capítulos tienen propósitos complementarios pero diferentes e implican diferentes obligaciones y enfoques."²²⁶

503. La limitante interpretación que hace la parte demandante para aislar el Capítulo 10 contradice al DR-CAFTA en su conjunto. Como se indicó anteriormente, las disposiciones del DR-CAFTA van más allá del establecimiento de una relación de mera complementariedad entre el Capítulo 10 y el Capítulo 17. En cambio, los Artículos 10.2, 10.11, el Preámbulo y las disposiciones del Capítulo 17 vinculan ambos Capítulos en el sentido de que la protección de la inversión debe conciliarse con las inquietudes ambientales. Esta lógica, establecida en el Tratado, claramente tiene un impacto en la tarea del Tribunal de decidir sobre el derecho aplicable.

504. Cada uno de los argumentos presentados por la parte demandante ante el Tribunal fracasa cuando es contrastado con los claros textos del DR-CAFTA.

505. La parte demandante sugieren que el Tribunal "*debe centrarse en alcanzar una interpretación contemporánea del texto del tratado en disputa*" en el contexto de lo que ellos llaman "*resolver el problema de la intertemporalidad*".²²⁷ El principio de contemporaneidad implica que:

"[L]os términos de un tratado deben interpretarse de acuerdo con el significado que poseían, o que se les habría atribuido, y a la luz del uso lingüístico actual, **en el momento en que el tratado fue inicialmente celebrado.**"²²⁸ (énfasis añadido)

506. La parte demandante se basan en el siguiente pasaje de un artículo de Campbell McLachlan para "resolver" el problema de la intertemporalidad:

²²⁵ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 67: 14-16.

²²⁶ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 76: 5-9.

²²⁷ Declaración introductoria de los demandantes, prueba demostrativa, Todd Weiler, diapositiva 2.

²²⁸ **RLA-144**, Gerald Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points", 33 BYIL 203 (1957) 212.

"De manera coherente con el enfoque general adoptado por la Convención de Viena, sostenemos que una guía segura para decidir sobre esta cuestión no se encontrará en la quimera de la intención atribuida a las partes en sí mismas. Por el contrario, el intérprete debe encontrar evidencia concreta de las intenciones de las partes a este respecto en las fuentes materias contempladas en los Artículos 31-2, a saber: en los términos mismos; el objeto y el fin del tratado; las normas del derecho internacional; y, cuando sea necesario, en los *travaux*."²²⁹

507. Conforme a la "*oportuna advertencia*"²³⁰ de Campbell McLachlan, el Tribunal encontrará evidencia concreta de las intenciones de las Partes del DR-CAFTA (todas evaluadas en el momento en que el Tratado fue originalmente celebrado) en lo anteriormente mencionado.²³¹ Los términos del Tratado, así como su objeto y fin son muy claros en este aspecto.

508. En consecuencia, las afirmaciones de la parte demandante en el sentido de que la demandada ha atribuido una intención cuestionable a las Partes del DR-CAFTA pueden ser fácilmente desestimadas en el contexto del enfoque de la CVDT que la demandada ha presentado anteriormente.

a) La restrictiva interpretación de la parte demandante del Artículo 10.2(1) contradice expresamente el texto del DR-CAFTA

509. Además, la parte demandante afirman que el argumento de la demandada acerca de la relación entre el derecho internacional y la ley de inversión basada en el Artículo 10.2(1) del DR-CAFTA está injustificado porque esa disposición requiere el hallazgo de una incoherencia expresa entre los dos Capítulos, que en este caso no existe.²³² La parte demandante alegan que:

"El artículo 10.2 solo se aplica a aquellas pocas ocasiones y oportunidades en las que lograr cumplimiento con una disposición del capítulo 10 requeriría el incumplimiento de otra disposición del acuerdo. Y cualquier parte del tratado que pudiera potencialmente enfrentar tales circunstancias, obviamente está obligada o bajo el principio general de buena fe bajo el derecho internacional de tomar las medidas para evitar ese tipo de conflicto."²³³

510. El argumento de la parte demandante sin duda fomenta una interpretación restrictiva del Artículo 10.2(1) en un intento de evitar la aplicación de las normas de protección medioambiental en esta controversia. En apoyo de su posición, la parte demandante se basa en el manifestación de los Estados Unidos que establece que, si cualquier Capítulo,

²²⁹ CLA-151, Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention* (ICLQ Vol. 54, abril 2005) p. 317.

²³⁰ Declaración introductoria de los demandantes, prueba demostrativa, diapositiva 2.

²³¹ Véase la Sección IV.A.1.

²³² Réplica de los demandantes, párr. 53; Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 81: 14-22; 82: 1-22.

²³³ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 81: 5-14.

excepto el Capítulo 10, abarca un asunto o tema en particular, esto no implica el asunto quede fuera del ámbito de aplicación del Capítulo 10.²³⁴

511. Por otra parte, la parte demandante alega que, debido a que el informe explicativo de Costa Rica utiliza la palabra "incompatibilidad" en sus comentarios sobre los Artículos 10.2(1) y 10.11,²³⁵ esto:

"[C]onfirma que en la protección de inversiones no hay nada inherente que pudiera perjudicar la protección ambiental. Y por lo tanto garantiza al lector que cualquier acción que pueda emprenderse para promover un propósito de política ambiental es legítimo siempre que la política ambiental no se utilice como una excusa conveniente para perjudicar a los inversionistas extranjeros. Eso obviamente sería incompatible con los derechos adquiridos en virtud del capítulo 10."²³⁶

512. Es difícil seguir esa lectura "atribuida" a Costa Rica cuando el Tratado establece lo contrario. De nuevo, la parte demandante interpreta de manera totalmente errónea el sentido del Capítulo 17 del DR-CAFTA, y, en particular, el papel que desempeña en el caso que nos ocupa. La demandada ha proporcionado razones coherentes para desestimar la estricta y contradictoria interpretación de la parte demandante.

513. Primero, una interpretación estricta de una "incoherencia" deja sin sentido la existencia misma del Artículo 10.11 y del Capítulo 17 del DR-CAFTA. El argumento de la parte demandante ciertamente sugiere que el DR-CAFTA contiene algunas palabras superfluas.²³⁷ Esta interpretación de una disposición de un tratado es contraria al principio general de eficacia (*'effet utile'*), según el cual un texto legal debe interpretarse de tal manera que se pueda atribuir una razón y un significado a cada palabra del texto. A la luz de este principio general, debe hacerse caso omiso de la restrictiva interpretación de la parte demandante.

514. Además, no es razonable suponer que el Artículo 10.2(1) fue incluido porque podrían darse casos en los que las Partes asumieron obligaciones incompatibles dentro del mismo tratado, como insinúan la parte demandante. Por lo general, las incoherencias que pudieran producirse entre las diferentes obligaciones asumidas por un Estado parte se producen cuando esas obligaciones están contenidas en diferentes tratados que haya suscrito dicho Estado. La posición de la parte demandante significaría que las Partes del DR-CAFTA fueron negligentes al redactar el Tratado.

515. Segundo, la parte demandante descarta la importancia del Capítulo 17 y los Artículos 17.1 y 17.2, en particular porque son la fuente exacta de la incoherencia cuando se tiene en

²³⁴ Presentación de los Estados Unidos de América como Parte no contendiente, 2 de diciembre de 2016, párr. 6; Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 81: 14-22; 82: 1.

²³⁵ CLA-166 Informe explicativo de Costa Rica para el DR-CAFTA (2004) COMEX.

²³⁶ Declaración introductoria de los demandantes, diapositiva 7; Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 82: 15-22; 83: 1-2.

²³⁷ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 156:4-22; 157:1-5.

cuenta la forma en que Costa Rica ha procurado mantener progresivamente la protección del medio ambiente.²³⁸

516. En este sentido, la segunda parte del Artículo 17.1 establece que cada Parte garantizará que sus leyes y políticas establezcan y promuevan altos niveles de protección ambiental y se esforzará por mejorar estas leyes y políticas. El Artículo 17.2(1)(a) también establece que las Partes no dejarán de aplicar sus leyes ambientales (a través de un curso sostenido o recurrente de acción o inacción) de una manera que afecte el comercio entre las Partes.
517. Asimismo, el Artículo 17.2(1)(b) reconoce que las Partes del DR-CAFTA mantienen el derecho de ejercer su discrecionalidad respecto de asuntos indagatorios, acciones ante tribunales, de regulación y de observancia de las normas, y de tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos ambientales a los que se haya asignado una mayor prioridad.
518. Es claro entonces que, *"las partes entienden que una parte está cumpliendo con el subpárrafo A cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad o derive de una decisión adaptada de buena fe respecto de la asignación de recursos."*²³⁹
519. Tercero, el Artículo 17.2 del DR-CAFTA tampoco debe ser desestimado, ya que es un reconocimiento expreso de que las Partes consideraron que era inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de las protecciones contempladas en las leyes nacionales y ambientales.²⁴⁰
520. Finalmente, la parte demandante se refieren al Artículo 59 de la CVDT como si fuera pertinente para la interpretación de la "incoherencia" mencionada en el Artículo 10.12 del DR-CAFTA, porque *"pone en evidencia el enfoque de DIC [derecho internacional consuetudinario] para determinar cuándo existe una incompatibilidad entre obligaciones de los tratados."*²⁴¹ La parte demandante ya habían expuesto este argumento en su Réplica,²⁴² y la demandada fue bastante clara cuando sostuvo que el Artículo 59 se refiere a la *"terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior."*²⁴³ Esto claramente no tiene relación con la situación que nos ocupa. No estamos en una situación en la que exista una propuesta de terminación del DR-CAFTA y, por lo tanto, esas normas de incompatibilidad no son pertinentes. Así, el Artículo 59 de la CVDT es improcedente.

²³⁸ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 157:6-10.

²³⁹ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 159:4-9.

²⁴⁰ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 159:15-20.

²⁴¹ Declaración final de los demandantes, Día 6, comentarios del Dr. Weiler a la diapositiva 2.

²⁴² Réplica de los demandantes, párr. 57.

²⁴³ Dúplica de la demandada, párr. 53-54.

521. En resumen, la interpretación restrictiva de la parte demandante sobre la falta de "incoherencia" y su argumento sobre cómo presuntamente Costa Rica interpretó la "incompatibilidad" no tienen justificación si se contrastan estas afirmaciones con el texto mismo de los Artículos 17.1, 17.2(1) y (2) del Tratado.

b) La interpretación de las disposiciones del TLCAN a los efectos del Artículo 10.2(1) del es inapropiada en el contexto del DR-CAFTA

522. La parte demandante alega que el Artículo 10.2(1) del DR-CAFTA es un reflejo del Artículo 1112 del TLCAN, y sostiene que en los casos en que se ha aplicado este último, se concluyó que no se podía utilizar para debilitar las protecciones contempladas en el capítulo de inversiones, a menos que existiera un conflicto o una incompatibilidad.²⁴⁴ Para apoyarse en esas interpretaciones en el contexto del TLCAN, la parte demandante sostiene que:

"[...] el TLCAN fue un precursor del texto modelo. Y esto es un factor importante y en algunos pocos momentos lo he de demostrar. Costa Rica una vez también lo aceptó. Y es que todos los capítulos del DR-CAFTA fueron propuestos por Estados Unidos y la mayoría se basó en modelos de Estados Unidos. Es entonces útil, planteamos nosotros, de referirnos a las prácticas estadounidenses de tratados al tratar de interpretar una disposición."²⁴⁵

"Ahora el enfoque que se ha tomado en cuanto al artículo 1112 [TLCAN] tiene que ver con la doctrina internacional que tiene que ver con la interpretación de los tratados."²⁴⁶

523. La posición de la parte demandante implica una interpretación totalmente equivocada de cómo se concibió la aplicación del DR-CAFTA. El efecto del Artículo 1112 del TLCAN no puede replicarse en el mismo grado en el DR-CAFTA. El DR-CAFTA trató los temas ambientales de una manera más desarrollada que el TLCAN, y esto tiene un impacto directo sobre la forma en que concibió la aplicación del DR-CAFTA.²⁴⁷ En efecto:

"La principal diferencia entre el TLCAN y el CAFTA tiene que ver con la manera en que se manejan los asuntos laborales y ambientales. Como se señaló anteriormente, en el TLCAN se anexaron a través de los dos acuerdos bilaterales negociados con posterioridad al acuerdo económico principal. Los negociadores del CAFTA, por el contrario, manejaron los tres pilares en las mismas conversaciones; por lo tanto, el CAFTA abarca los asuntos laborales y ambientales en los capítulos 16 y 17, respectivamente. Así, es inclusivo del paradigma de desarrollo sostenible."²⁴⁸ (énfasis añadido)

²⁴⁴ Réplica de los demandantes, párr. 54-56.

²⁴⁵ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 70: 8-17.

²⁴⁶ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 70: 1-3.

²⁴⁷ Dúplica de la demandada, párr. 51.

²⁴⁸ **RLA-95**, John R. McIntyre y Vera Ivanaj, *Multinational enterprises and sustainable development; a review of strategy process research*. En John R. McIntyre, Sylvester Ivanaj y Vera Ivanaj (eds), *Multinational Enterprises and the Challenge of Sustainable Development* (Edward Elgar Publishing Limited 2009) 9

524. Por lo tanto, la interpretación que el TLCAN ofrece para el Artículo 10.2(1) no tiene valor, porque el DR-CAFTA se basa en una premisa totalmente diferente, a saber, la protección del medio ambiente prevista en el Capítulo 17, que es totalmente ajena al TLCAN.
525. Del mismo modo, la jurisprudencia relativa al Artículo 1112 del TLCAN no debe ser replicada en la misma medida para interpretar el DR-CAFTA, como pretenden la parte demandante.²⁴⁹ Por supuesto, esto no impide que el Tribunal recurra, en general, a la interpretación de otros casos relacionados con disposiciones de otros tratados, incluido el TLCAN.²⁵⁰ Sin embargo, se debe tener cuidado al hacerlo, dado que varios de los casos se basan en hechos concretos, o se refieren a tratados que difieren del DR-CAFTA en ciertos aspectos. Si ese es el caso, los hallazgos en esos casos no pueden trasladarse por sí mismos y directamente al caso que nos ocupa.
526. De hecho, un ejemplo de dónde se diferencia el DR-CAFTA del TLCAN es precisamente el Artículo 10.2(1). La redacción del Artículo 10.2(1) pone de manifiesto la importancia que el DR-CAFTA asigna al medio ambiente, ausente en el TLCAN. Por lo tanto, no es apropiado que la parte demandante "exporten" una interpretación del TLCAN sobre la relación de la Capítulo de Inversión con "otros capítulos" según lo establecido en el Artículo 1112 del TLCAN, en parte simplemente porque el TLCAN no contiene del todo un capítulo ambiental.
- c) Los nuevos documentos de la parte demandante sobre las presuntas interpretaciones de Costa Rica en relación con el Artículo 10.2(1)
527. Durante la audiencia, la parte demandante intentó hacer creer al Tribunal que habían encontrado "los documentos" que presuntamente arrojaban luz sobre la relación real entre el Capítulo 10 y el Capítulo 17.²⁵¹ La parte demandante caracterizó esos documentos como *travaux préparatoires* para el DR-CAFTA con el fin de invocar el Artículo 32 de la

²⁴⁹ Dúplica de la demandada, párr. 52.

²⁵⁰ Por ejemplo, los demandantes se refieren al "[...] memorial sobre jurisdicción de la demandada y en los documentos del caso de Spence contra Costa Rica, por ejemplo en el párrafo 198. Allí se basaron en el Artículo [1105 TLCAN] al interpretar el Artículo 10.5 del DR-CAFTA. Y la respuesta de jurisdicción en el caso de Spence se refiere al párrafo 1116/2 del TLCAN para interpretar el DR-CAFTA 10.18.1. Otros ejemplos son *Pac Rim Cayman versus El Salvador, la decisión de jurisdicción, párrafo 4.4. Lo ha asemejado entre el DR-CAFTA artículo 10.12.2 y el artículo 1113.1 del NAFTA. Y por último Railroad Development Corporation contra Guatemala, la primera decisión sobre jurisdicción párrafos 19 y 55 a 56. Y dice que el artículo 10.18.2 del CAFTA utiliza como modelo el artículo 1121 del TLCAN. El Tribunal dice que es obvio que el artículo 10.18 del CAFTA y el artículo 1121 del TLCAN tienen el mismo propósito general*", Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción Día 1, 72: 11-22; 73: 1-7. Los demandantes basaron esta afirmación en autoridades legales CLA-157 *Spence Int'l Investments v. Republic of Costa Rica*, Caso ICSID No. UNCT/13/2, Memoria de la demandada sobre jurisdicción y contramemoria sobre el fondo, 15 de julio de 2014; CLA-158 *Spence Int'l Investments v. Republic of Costa Rica*, Caso ICSID No. UNCT/13/2, Réplica de la demandada sobre jurisdicción y Dúplica sobre el fondo, 22 de diciembre de 2014; CLA-159 *PAC Rim Cayman LLC v. Republic of el Salvador*, Caso ICSID No. ARB/09/12, Decisión sobre la objeción jurisdiccional de la demandada, 1 de junio de 2012; y CLA-165 R.R. Dev. Corp. y República de Guatemala, Caso ICSID No. ARB/07/23, Decisión sobre la objeción a las jurisdicciones Artículo 10.20.5 CAFTA, 17 de noviembre de 2008.

²⁵¹ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 73: 17-19; 75: 21-22; 76: 1-9.

CVDT, en un esfuerzo por demostrar que la intención de las Partes del DR-CAFTA al redactar el Tratado no era la que había descrito la demandada. En aras de la exhaustividad, la demandada ha enfrentado cada una de las nuevas fuentes jurídicas de la parte demandante en el Anexo I del Resumen y ha demostrado que ninguna de estas fuentes constituye *travaux préparatoires* del Tratado, y que, por otra parte, no existe base alguna para invocar el Artículo 32 de la CVDT. Por esta razón, los esfuerzos finales de la parte demandante por introducir estos textos están realmente fuera de lugar.

B. El Tribunal debe aplicar las reglas ambientales del derecho internacional

1. Los principios ambientales derivados de las "normas del derecho internacional" son aplicables en virtud del Artículo 10.22 del DR-CAFTA

528. El Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA establece de manera pertinente que *"el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con [el DR-CAFTA] y con las normas aplicables del derecho internacional"* (énfasis añadido). En consecuencia, el Tribunal debe aplicar el derecho internacional público, constituido por el derecho internacional consuetudinario, el derecho de tratados y los principios generales del derecho.²⁵²
529. Como resultado del texto del propio DR-CAFTA y a la luz de los hechos del caso que nos ocupa, los principios ambientales –el principio precautorio es uno de los estándares prominentes del derecho ambiental internacional²⁵³– forman parte del marco jurídico aplicable a la controversia, ya que se derivan tanto del derecho internacional consuetudinario como de los acuerdos ambientales internacionales de los que las Partes del DR-CAFTA también son parte.²⁵⁴
530. No obstante, la parte demandante sugiere que la demandada no ha hecho ningún esfuerzo por demostrar y proporcionar evidencias sobre cómo se aplicarían los principios ambientales a este caso.²⁵⁵ La posición de la parte demandante se basa en las *"fuentes ortodoxas"* del derecho internacional, tal como se definen en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.²⁵⁶ La parte demandante sostiene que si una norma no es provista por el derecho internacional consuetudinario, un tratado o los principios generales, entonces no es aplicable a este caso.²⁵⁷ Con base en este enfoque, la parte demandante intenta hacer caso omiso de la aplicabilidad de los principios ambientales

²⁵² **RLA-6**, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, América Central y los Estados Unidos de América, Capítulo Diez

²⁵³ **RLA-106**, Matthias Herdegen, Principles of International Economic Law (Oxford University Press 2013) 122

²⁵⁴ Dúplica de la demandada, párr. 66-68.

²⁵⁵ Réplica de los demandantes, párr. 62; Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 90: 1-9.

²⁵⁶ CLA-164, Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

²⁵⁷ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 84: 19-22; 85: 1-9.

mediante la afirmación de que no se encuentran en ninguna de esas fuentes de derecho internacional. Sin embargo, ninguno de sus argumentos justifica, en modo alguno, la teoría de la parte demandante.

d) Los principios ambientales contenidos en los acuerdos internacionales forman parte de la legislación aplicable

531. No solo el Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA le permite al Tribunal aplicar tratados internacionales pertinentes en el caso que nos ocupa, sino que el Artículo 17.12(1) del DR-CAFTA de hecho alienta al Tribunal a hacerlo.²⁵⁸ El Artículo 17.12(1) establece que:

"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 añadido).

532. En esencia, esta disposición hace hincapié en la importancia de los acuerdos ambientales de los que las Partes del DR-CAFTA son partes firmantes, y establece que dichos tratados deben ser aplicables para alcanzar los objetivos ambientales.²⁵⁹

533. Costa Rica es parte en más de 30 acuerdos ambientales multilaterales, un hecho que demuestra la importancia que tiene el medio ambiente para la demandada.²⁶⁰ Una serie de estos acuerdos firmados con otras Partes del DR-CAFTA establece el principio precautorio como norma clave que ha de cumplirse con el fin de proteger el medio ambiente en una amplia gama de sectores.²⁶¹

534. Un aspecto central en el texto de estos acuerdos ambientales es el elemento de anticipación en asuntos ambientales. Todos reflejan la necesidad de fundamentar las medidas ambientales eficaces en acciones inmediatas que, de no ser así, asumirían enfoques a más largo plazo. Esto significa que los estados se comprometen a actuar con cuidado y con previsión a la hora de tomar decisiones relativas a actividades que puedan tener un impacto adverso sobre el medio ambiente.²⁶²

535. En este contexto, la parte demandante alegó que:

²⁵⁸ Dúplica de la demandada, párr. 69; Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 163:14-22.

²⁵⁹ Dúplica de la demandada, párr. 70.

²⁶⁰ Contramemoria de la demandada, Párr. 54-60; Dúplica de la demandada, Párr. 71; Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 163:20-22; 164: 1-6.

²⁶¹ Id.

²⁶² **RLA-137**, Philippe Sands y otros, *Principles of International Environmental Law* (CUP 2012) 224 p. 222.

"Qué hay con las reglas del tratado? Bueno, estas **tienen que ser obligaciones específicas, debidas entre Costa Rica y Estados Unidos que sean pertinentes a las obligaciones del tratado sobre las cuales se basan las reclamaciones.** Y yo sostengo que si uno examina las muchas citas relativas a tratados de los cuales forma parte Costa Rica y sus disposiciones, que **ninguna realmente tiene una aplicación específica a los hechos de este caso.** Y una vez más, cuando digo los hechos de este caso, estoy hablando de las medidas que según la parte demandante señalan han resultado en una infracción. **A no ser que una disposición del tratado aborde ese tipo de medida directamente, no va a ser pertinente.**"²⁶³ (énfasis añadido)

536. Como señalan correctamente la parte demandante, se requiere la identidad de las partes antes de que otros instrumentos internacionales puedan considerarse aplicables entre las Partes. Por esta razón, si bien Costa Rica es miembro de más de 30 acuerdos ambientales multilaterales, la demandada se centró únicamente en aquellos instrumentos ambientales internacionales de los que tanto los Estados Unidos como Costa Rica son partes firmantes.²⁶⁴ A saber:

- El Convenio sobre la Diversidad Biológica;
- La Declaración de Río;
- La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático;
- El Protocolo de Montreal de 1987 relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono;
- El Acuerdo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones de Peces.

537. Además, la parte demandante mantiene que los instrumentos internacionales invocados por la demandada no contienen obligaciones que autorizarían a Costa Rica a participar en el tipo de medidas que, según alegan ellos, incumplen el Capítulo 10 del DR-CAFTA.²⁶⁵ A la luz de este argumento, la demandada se pregunta si la parte demandante realmente leyeron los documentos presentados por la demandada, puesto que, en ellos, Costa Rica detalló cada una de las disposiciones de esos instrumentos que plantean el principio precautorio, junto con los principios de prevención y de no regresión.²⁶⁶ Estas disposiciones obligan a las partes de esos tratados a adoptar medidas a favor del medio ambiente a pesar de la existencia de dudas en cuanto a daños irreversibles. Además, las disposiciones promueven y autorizan las medidas que la demandada ha adoptado en respuesta al hecho culposo de la parte demandante, con arreglo al Capítulo 17 del DR-CAFTA.

²⁶³ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 85: 14-22; 86: 1-6.

²⁶⁴ Dúplica de la demandada, párr. 72-75.

²⁶⁵ Id, también 91: 10-14 y 93:15-22; Declaración final de los demandantes, Día 6, comentarios de Todd Weiler sobre la diapositiva 3 de su presentación.

²⁶⁶ Contramemoria de la demandada, Párr. 55-57; 469-470; Dúplica de la demandada, Párr. 69-75.

538. Por lo tanto, contrariamente a las afirmaciones de la parte demandante, estos tratados, que instruyen a los estados a adoptar un enfoque de precaución en materia ambiental, son pertinentes para permitirles enmarcar las medidas que adoptan con el fin de alcanzar sus objetivos ambientales. En este sentido, el contenido de estos tratados no puede ser excluido como fuente del principio precautorio incorporado en el derecho de los tratados internacionales.

e) El principio precautorio también se deriva del derecho internacional consuetudinario

539. Las normas del derecho internacional consuetudinario son aplicables en virtud del Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA. Tanto los académicos como la jurisprudencia han reconocido que el principio precautorio forma parte del derecho internacional consuetudinario, y, por lo tanto, puede llenar los vacíos que pueda dejar el DR-CAFTA.²⁶⁷

540. La demandada ha aportado evidencia sólida de fallos recientes de tribunales en casos de derecho internacional, incluidos la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que confirma la cristalización del principio precautorio en el derecho internacional consuetudinario:

"La Sala observa que el enfoque de precaución ha sido incorporado en un número cada vez mayor de tratados internacionales y otros instrumentos, muchos de los cuales reflejan la formulación del Principio 15 de la Declaración de Río. En opinión de la Sala, esto ha iniciado la tendencia de que este enfoque forme parte del derecho internacional consuetudinario."²⁶⁸

"[E]l principio precautorio no es una abstracción ni un componente académico de la ley blanda deseable, sino una norma de derecho incorporada dentro del derecho internacional en su estado actual."²⁶⁹

"La validez de estos principios de derecho ambiental no depende de las disposiciones de los tratados. Son parte del derecho internacional consuetudinario."²⁷⁰

541. Este es un hecho que no ha sido ignorado por estudiosos del derecho internacional:²⁷¹

"[...] que la presencia del principio precautorio en numerosos textos internacionales es testimonio de su carácter como norma del derecho internacional consuetudinario."²⁷²

"[...] es un principio general del derecho ambiental internacional que tenga el carácter de una norma consuetudinaria internacional de alcance universal,

²⁶⁷ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 164:4-7.

²⁶⁸ **RLA-145**, ITLOS, Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the area (Advisory Opinion No. 17, solicitada por la Seabed Disputes Chamber), Párr. 135.

²⁶⁹ **RLA-146**, ICJ, *Case Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v Uruguay), Opinión discrepante del Juez ad hoc Vinuesa ante la Solicitud de Medidas Provisionales, 13 de julio de 2006, p.152.

²⁷⁰ **RLA-147**, ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion), Opinión discrepante del Juez Weeramantry, 8 de julio de 1996, p.504.

²⁷¹ Dúplica de la demandada, párr. 76-77; Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 164: 8-13.

²⁷² **RLA-152**, Gilles J. Martin, "Apparition et définition du principe de precaution" (2000) 239 Petites Affiches 7, 9 citado en James R Crawford y otros, *The Law of International Responsibility*, OSAIL (2010) 532.

dado que todas las condiciones necesarias para la existencia de una norma de este tipo se cumplen en la actualidad."²⁷³

"La condición jurídica del principio precautorio está evolucionando. Sin duda existe suficiente evidencia de prácticas estatales en apoyo de la conclusión de que el principio, como se desarrolla en el Principio 15 de la Declaración de Río y en distintas convenciones internacionales, ya ha recibido un apoyo suficientemente amplio que permite sostener, de manera muy sólida, que refleja un principio de derecho internacional consuetudinario."²⁷⁴

542. Por su parte, la parte demandante mantienen que el principio precautorio no puede "transformarse en derecho aplicable comprobando su valor como algo consuetudinario"²⁷⁵, y acusan a la demandada de no hacer el esfuerzo de demostrarlo.²⁷⁶ La parte demandante se refieren al razonamiento del tribunal en el caso de arbitraje *Grand River*,²⁷⁷ que estableció que la norma consuetudinaria de protección no incorpora otras protecciones legales que puedan ofrecer otras fuentes del derecho. En otras palabras, la parte demandante sostiene que las normas pertinentes del derecho internacional no pueden prevalecer sobre el texto de un tratado, y que deberían impedir que la demandada aplique en este caso otras leyes basadas en el derecho internacional consuetudinario.²⁷⁸
543. El contexto relevante de la decisión del tribunal en el caso *Grand River* es que el demandante pretendía importar principios convencionales contemporáneos y consuetudinarios relativos a los pueblos indígenas para ampliar el alcance de la protección concerniente al trato justo y equitativo.²⁷⁹ Ciertamente, el TLCAN no es un tratado que abarque específicamente los derechos de los pueblos indígenas, y el tribunal desestimó estos argumentos porque era un claro intento de ampliar la protección cubierta por el TLCAN. Estos hechos son claramente diferentes del presente caso, ya que el DR-CAFTA contempla expresamente la protección del medio ambiente y, en este sentido, convierte en un requisito necesario que el Tribunal tome en consideración estas normas consuetudinarias internacionales. Por otra parte, la invocación del principio precautorio (y otros) está bien fundada en las leyes de Costa Rica, y por lo tanto es admisible *prima facie*.

²⁷³ **RLA-148**, A Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law* (The Hague, Kluwer Law International, 2002) 260–286.

²⁷⁴ **RLA-137**, Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law* (CUP 2ª Edición, 2010) 279. Se llegó a la misma conclusión en la tercera edición del libro (**RLA-137**), P.228.

²⁷⁵ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 95: 4-8.

²⁷⁶ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 91: 3-8.

²⁷⁷ CLA-101, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., ET AL. v United States of America*, Caso ICSID No. ARB/10/5, Laudo, (12 de enero de 2011).

²⁷⁸ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 92: 15-22; 93: 1-9.

²⁷⁹ La decisión en ese caso parece no ser compartida por otros tribunales en el contexto del TLCAN. En *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso ICSID No. ARB (AF)/04/5, Laudo, (21 de noviembre de 2007) (**RLA-149**) se sostuvo en el Párr. 111 que "el Artículo 1131 (1) establece que 'un Tribunal establecido conforme a esta Sección decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el presente Acuerdo y las normas aplicables del derecho internacional'. El Tribunal concuerda con la demandada que esta disposición incluye la aplicación de las normas del derecho internacional consuetudinario con respecto a las violaciones alegadas de los Artículos 1102, 1106 y 1110."

544. La demandada no está intentando inventar o reinterpretar las normas de protección contenidas en el DR-CAFTA; en cambio, la demandada está solicitándole al Tribunal que se refiera a los principios ambientales internacionales aceptados al contrastar la conducta de Costa Rica con las medidas de protección que Costa Rica adoptó en el Capítulo 10. Esto es totalmente posible, y las normas internacionales de protección del medio ambiente son eminentemente conciliables.
545. Por otra parte, no está claro en qué sentido el razonamiento del tribunal en el caso de arbitraje *Grand River* podría realmente apoyar el caso de la parte demandante. La parte demandante reconocen que el tribunal tenía razón al considerar que las normas de protección provistas en los tratados de inversión deben seguir siendo restrictivas y mantenerse unidas al texto de los tratados. Esto contradice totalmente los argumentos de la parte demandante a favor de una interpretación amplia del Artículo 10.5 del DR-CAFTA.
546. Además, la parte demandante también se refirieron a fuentes secundarias del derecho internacional, a saber, fallos judiciales y autores publicados.²⁸⁰ En un intento desesperado por minar las autoridades citadas por la demandada (que confirman que el principio precautorio forma parte del derecho internacional consuetudinario), la parte demandante alegan que:
- "Así que hay muchos lugares, mucho espacio para que mucha gente escriba algo acerca de su tema preferido. Entonces yo sostengo el que a uno lo publiquen no quiere decir que uno sea un gran experto. Lamentablemente hay muchos ejemplos en los documentos de nuestros amigos de citas que hacen con relación a ciertos escritos legales que no fueron publicados por expertos necesariamente. Y por lo tanto no pueden ser fuentes autoritativas de derecho internacional."²⁸¹
- "La 'prueba' ofrecida es simplemente patética [...]"²⁸²
547. La parte demandante de nuevo recurre a un argumento *ad hominem*.²⁸³ En lugar de cuestionar el contenido de los argumentos de la demandada, la parte demandante decidió cuestionar el carácter de los autores que emiten opiniones sobre asuntos ambientales. Es revelador la manera en que el abogado de la parte demandante categoriza a otros autores, como si él tuviera la autoridad para decidir quién es experto y quién no lo es. Consideramos que en estas circunstancias esta actitud es bastante inapropiada.
548. En su práctica de desacreditar a las autoridades legales, la parte demandante también hace referencia a una opinión proferida por el Profesor Philippe Sands, y sugieren que él podría no ser el autor de esa opinión, y que si lo fuera, la misma no apoya claramente la

²⁸⁰ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 86: 11-20.

²⁸¹ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 86:20-22; 87: 1-8; 93:9-18; 94: 5-9.

²⁸² Declaración final de los demandantes, Día 6, comentarios de Todd Weiler sobre la diapositiva 3 de su presentación.

²⁸³ Dúplica de la demandada, párr. 790.

posición de la demandada.²⁸⁴ Al contrario, como la demandada ha mostrado anteriormente, el Profesor Sands tiene fuertes puntos de vista sobre la manera en que el principio precautorio se ha cristalizado en el derecho internacional consuetudinario. La demandada también ha demostrado que tribunales internacionales han reconocido que el principio precautorio se origina en el derecho internacional consuetudinario.

549. Por lo tanto, la parte demandante no han podido refutar la posición de la demandada de que la cláusula de derecho aplicable contenida en el DR-CAFTA exige la aplicación de principios ambientales, tales como los principios precautorio, preventivo y de no regresión, que ayudarán al Tribunal en el análisis de la conducta de Costa Rica en respuesta a las infracciones de la parte demandante.
550. Pero, sobre todo, no hay duda de que la legislación de Costa Rica adopta y defiende el principio precautorio. El hecho de que la parte demandante no respetaron este principio es lo que los ha conducido a las complicaciones que están enfrentando ahora. Por otra parte, es el respeto y la observancia de este principio por parte de las autoridades de Costa Rica lo que justifica su conducta. Por lo tanto, aun respetando el deseo de la parte demandante de recurrir en lo posible a un análisis de derecho internacional, este es el camino equivocado.
551. La existencia del principio precautorio y su relevancia para el laudo de este Tribunal, es la observancia de este principio en las leyes de Costa Rica, tal como veremos en la siguiente sección. En ausencia de un principio de derecho internacional que *impida* la invocación legítima de Costa Rica de los principios de precaución (y otros), estos son aplicables.

C. La legislación nacional ambiental de Costa Rica también es pertinente para la adjudicación del Tribunal

1. Los principios ambientales derivados de las leyes de Costa Rica enmarcan los derechos y las obligaciones de la parte demandante y fundamentan el contenido de los compromisos contraídos por la demandada

552. Como se ha explicado, la cláusula de derecho aplicable contenida en el DR-CAFTA requiere que el Tribunal decida esta controversia de conformidad con el Tratado. El DR-CAFTA abarca no solo el Capítulo 10 y la protección prevista allí, sino también los otros capítulos del Tratado que son aplicables a este caso.
553. La demandada ya ha defendido que es necesario revisar el Capítulo 17 con el fin de comprender con precisión el sentido en que las Partes consideraron la defensa y protección de las leyes nacionales ante el escrutinio de tribunales arbitrales internacionales que aplicaran las normas incluidas en el Capítulo 10.²⁸⁵ Por otra parte, el

²⁸⁴ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 94: 9-22; 95: 1-4.

²⁸⁵ Contramemoria de la demandada, Párr. 443-444, 446-459; Dúplica de la demandada, Párr. 80.

Capítulo 17 y, en particular, los Artículos 17.1 y 17.2 exigen la aplicación de las leyes de Costa Rica.

554. Primero, el Artículo 17.1 establece que, a futuro, se mantendrán los niveles preexistentes de protección ambiental nacional que ya cumplen con los estándares deseados de protección del medio ambiente. También incluye el compromiso de que las Partes del DR-CAFTA adoptarán o modificarán esas leyes y políticas con el objetivo de promover mayores niveles de protección:

"Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, sus leyes y políticas ambientales, cada Parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas." (énfasis añadido)

555. En este sentido, los niveles nacionales de protección ambiental forman parte del marco jurídico por el que quedaron obligados la parte demandante cuando decidieron invertir en Costa Rica.

556. Segundo, el Artículo 17.2 establece el derecho que tienen las partes del DR-CAFTA de exigir el cumplimiento de las leyes ambientales. Dispone, en parte, lo siguiente:

Artículo 17.2: Aplicación de la Legislación Ambiental

1. (a) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

557. "[A]plicar efectivamente" la legislación ambiental no solo significa evitar la aplicación insuficiente. Por lo tanto, este Artículo está diseñado para vigilar la aplicación insuficiente (es decir, la "omisión", la "inacción"), y para proteger la conservación de ciertos niveles de actividad (es decir, "acción") por las Partes del Tratado.

558. Seguidamente, el Artículo 17.2 dispone que:

1. (b) Las Partes reconocen que cada Parte mantiene el derecho de ejercer su discrecionalidad respecto de asuntos indagatorios, acciones ante tribunales, de regulación y de observancia de las normas, y de tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos ambientales a los que se haya asignado una mayor prioridad. En consecuencia, las Partes entienden que una Parte está cumpliendo con el subpárrafo (a) cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad, o derive de una decisión adoptada de buena fe respecto de la asignación de recursos."

559. Por lo tanto, el DR-CAFTA otorga a las Partes el derecho de ejercer con discrecionalidad ciertos poderes en beneficio de una Parte con el fin de alcanzar los objetivos a los que aspira, contenidos en el Capítulo 17, y también como una manera de asegurar la

aplicación de sus propias leyes ambientales sin temer que pudieran constituir una infracción del DR-CAFTA (y, en particular, en relación con el Capítulo 10).

560. El término "*aplicación efectiva*" en los Artículos 17.2(1)(a) y 17.2(1)(b) debe interpretarse en referencia a la segunda parte de este último artículo:

"En consecuencia, las Partes entienden que una Parte está cumpliendo con el subpárrafo (a) cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad, o derive de una decisión adoptada de buena fe respecto de la asignación de recursos."

561. En consecuencia, este es el umbral que el Tratado establece para que las Partes del DR-CAFTA cumplan con la protección del medio ambiente consagrada en el Capítulo 17, y, por lo tanto, esta es precisamente la norma que el Tribunal debe aplicar al examinar la conducta de las autoridades de Costa Rica al invocar y respetar principios consolidados de la legislación de Costa Rica.

562. Tercero, el Artículo 17.2(2) es más que elocuente, en el sentido de que la protección de la inversión contenida en el Capítulo 10 no debe debilitar ni reducir la protección que Costa Rica ha establecido en sus leyes nacionales:

2. Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

563. Las secciones anteriores demuestran que el DR-CAFTA defiere a cada Parte y a sus respectivas leyes nacionales la cuestión de las normas que deben respetar y defender sus leyes ambientales. Estas disposiciones hacen hincapié en la necesidad de aplicar las leyes nacionales de dos maneras: al evitar la aplicación deficiente y al mantener los niveles de actividad existentes.

2. La parte demandante interpretan erróneamente el argumento de la demandada acerca del derecho interno como estrategia para desestimar las normas ambientales aplicables

564. Durante la audiencia, la parte demandante alegó en su Declaración introductoria que la demandada ha intentado convertir este proceso en "*una cuestión internacional sobre la aplicación de -- y aplicación del derecho local*"²⁸⁶, lo que sugiere que la posición de la demandada es que la legislación de Costa Rica es la ley que rige en esta controversia:

²⁸⁶ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 67: 19-21.

"[...] dada la respuesta de la parte demandada de que quieren convertir el proceso en una comisión de investigación de alegatos de incumplimiento con el derecho municipal [...] es importante recordar que la agenda del Tribunal se ve determinada por el funcionamiento de estas dos disposiciones."²⁸⁷

"Obviamente la ley aplicable no incluye la ley municipal. Las leyes de Costa Rica por un motivo de lógica no pueden ser estas leyes que rigen porque son parte de la evidencia. O sea, no puede haber una ley que simultáneamente sea evidencia en un proceso y la ley que rige el mismo -- o la misma. Y en ese sentido, estoy pensando en el párrafo 68 de la dúplica en donde la parte demandada sostiene que estos principios se derivan del derecho internacional del derecho de Costa Rica que en virtud del artículo 1022 del DR-CAFTA constituye la ley que debe aplicar el Tribunal al decidir la controversia.

[...]

La ley municipal no es ley aplicable en virtud del artículo 10.22. No menciona las leyes del país anfitrión. O sea que no está abierto, o sea no le toca al Tribunal considerarlas."²⁸⁸

565. La demandada nunca ha mantenido, ya sea en el párrafo 68 de la Dúplica ni en ningún otra presentación hecha ante este Tribunal, que la ley de Costa Rica es la ley aplicable a la controversia de acuerdo con el Artículo 10.22 del DR-CAFTA. El Artículo 10.22(1) es claro en que la ley que rige en este caso es el DR-CAFTA y el derecho internacional. Pero la parte demandante retuerce este punto y confunden la pertinencia del derecho internacional y la pertinencia de las leyes de Costa Rica. En cualquier caso, es la parte demandante quien han llevado una cuestión de derecho interno a un tribunal internacional.
566. La aplicación de esta disposición no prevalece sobre la función que tiene la legislación de Costa Rica en este caso. De hecho, ambas partes han hecho referencia en sus alegatos escritos y orales a las leyes de Costa Rica, reconociendo que son relevantes para determinar los derechos y obligaciones de la parte demandante, por un lado, y para delinear los de la demandada, por el otro. También son claramente el punto de referencia para lo que se ha llevado a cabo en Costa Rica, tanto en términos de la conducta de la parte demandante como de la conducta de la demandada. Por lo tanto, cualquier intento de sugerir que un análisis de las leyes de Costa Rica equivale a "aplicar" la legislación de Costa Rica, como si se tratara de la ley que rige, en gran medida no viene al caso.
567. El tribunal del caso *Gold Reserve v Venezuela* determinó correctamente la función que las leyes municipales deben desempeñar en controversias sobre inversiones, para un tratado que contiene una cláusula de ley aplicable similar a la del DR-CAFTA:
- "La cuestión es determinar la función que se debe asignar al derecho internacional, por un lado, y al derecho interno por el otro. En este caso la ley que rige es el CBI y el derecho internacional, complementada por las normas de derecho internacional público aplicables. Al Tribunal por lo tanto se le ha encargado determinar si la parte demandada ha incumplido las obligaciones

²⁸⁷ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 84: 3-9.

²⁸⁸ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 87: 9-22; 88: 1-3.

ante el Demandante en el marco del CBI. **La función de la legislación venezolana, sin embargo, es importante por dos razones. Por un lado, fundamenta el contenido de los derechos y obligaciones del Demandante dentro del marco legal establecido por la legislación municipal pertinente**, como en los ámbitos de la minería, los derechos sociales y **la protección del medio ambiente. Por otro lado, la legislación venezolana también fundamenta el contenido de los compromisos adquiridos por la parte demandada ante el Demandante que, según alega este último, han sido violados.**"²⁸⁹ (énfasis añadido).

568. La decisión del tribunal articula exactamente cómo debiera ser tratada la legislación de Costa Rica en el presente caso, lo cual es totalmente coherente con el Artículo 10.22(1). La legislación de Costa Rica informa al Tribunal acerca del contenido de los derechos y obligaciones de la parte demandante en Costa Rica, dentro de su marco jurídico, así como del contenido de los compromisos de la demandada. Es por esto que la demandada afirmó que:

"[N]o decimos que la legislación costarricense es una ley aplicable. Es un hecho y hay que probar eso aquí. Pero es un hecho importante y hay que entender cómo hay que aplicar la ley costarricense para poder realmente entender todo."²⁹⁰

569. La parte demandante quiere evitar cualquier referencia a la legislación costarricense porque tienen la intención de que el Tribunal no tome en consideración las normas y los principios ambientales internos. Es un intento desesperado por circunscribir y reducir el caso *"al comportamiento de la demandada medido en comparación con las normas del DR-CAFTA"*²⁹¹, en lugar de enmarcarlo en el contexto correcto de la legislación ambiental pertinente, incluida la legislación nacional, que se aplica a los hechos y alegaciones en litigio.

3. El contenido y el efecto de los principios ambientales en el marco de la legislación costarricense

570. Después de haber demostrado que la legislación de Costa Rica es pertinente en la medida en que (i) contextualiza el marco jurídico en el que la parte demandante decidieron hacer su presunta inversión; y (ii) sirve para evaluar las medidas adoptadas por Costa Rica que según la parte demandante incumplen el DR-CAFTA, es importante recordarle al Tribunal del contenido y el efecto de la legislación de Costa Rica.

571. La demandada efectivamente ha demostrado que la protección del medio ambiente ha sido una fuerte preocupación de Costa Rica desde hace más de 50 años.²⁹² Por ejemplo, en 1994 se adoptó la protección del medio ambiente como un principio constitucional

²⁸⁹ **RLA-151**, *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso ICSID No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014, Párr. 534.

²⁹⁰ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 150: 17-21.

²⁹¹ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 20: 19-20.

²⁹² Contramemoria de la demandada, Párr. 464; Contrainterrogatorio al Dr. Julio Jurado, 1057: 7-21.

expreso, ²⁹³la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha emitido resoluciones históricas en materia de protección del medio ambiente; ²⁹⁴Costa Rica es miembro de diversos acuerdos ambientales internacionales y ha promulgado varias leyes y reglamentos ambientales.²⁹⁵

572. Este marco jurídico integral ha ayudado a que Costa Rica se convierta en un protagonista ecológico clave en la región.²⁹⁶ Al mismo tiempo, consagra el objetivo fundamental de asegurar un tipo de desarrollo que sustente la protección del medio ambiente. En este sentido, Costa Rica ha reconocido los peligros a los que estaba exponiendo su población por la explotación intensiva de sus recursos, y ha establecido normas para garantizar que el desarrollo económico pueda avanzar con la debida atención a la protección de la naturaleza.²⁹⁷

573. Con el fin de abordar las complejidades de la promoción del desarrollo, por un lado, y la protección del medio ambiente por el otro, Costa Rica ha promulgado principios básicos para orientar la conducta de las autoridades responsables de la protección del medio ambiente en el país, ²⁹⁸de los cuales los más importantes son los principios de precaución, de prevención y de no regresión.

574. Si bien principios están expresamente establecidos en las leyes y reglamentos de Costa Rica, el Sr. Ortiz intentó, tardíamente, ²⁹⁹que el Tribunal los considerara como meros principios en lugar de "*normas exactas, [...] reglamentos exactos establecidos*".³⁰⁰ La posición del Sr. Ortiz en la Audiencia pone de manifiesto que, a pesar de que el Sr. Ortiz es un experto en derecho administrativo de Costa Rica, no está familiarizado con la normativa ambiental.

f) El principio precautorio es un principio fundamental del derecho ambiental costarricense

575. Como señalan los alegatos presentados por la Demandada, dentro del ámbito del derecho internacional existe un consenso entre los instrumentos jurídicos, los académicos y la jurisprudencia de que el mero riesgo de impacto sobre el medio ambiente desencadena la obligación de que las autoridades competentes actúen y protejan el medio ambiente sin la

²⁹³ R-214, Artículo 50, Constitución de Costa Rica.

²⁹⁴ Primera declaración testimonial del Dr. Julio Jurado, párr. 32; R-166 Sentencia 3705-93, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia; R-185 Sentencia 10791-2004, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 29 de septiembre de 2004.

²⁹⁵ Contramemoria de la demandada, Párr. 54-59.

²⁹⁶ Contramemoria de la demandada, Párr. 50-60; Contrainterrogatorio al Dr. Julio Jurado, Transcripción del día 5, 1056: 12-14.

²⁹⁷ Id., 461.

²⁹⁸ Primera declaración testimonial del Julio Jurado, párr. 32, 39.

²⁹⁹ El testimonio por escrito del Sr. Ortiz no ofrece esta proposición.

³⁰⁰ Contrainterrogatorio a Luis Ortiz, Transcripción del día 5, 1015: 6-7.

necesidad de apoyarse en evidencia científica.³⁰¹ La falta de certeza científica, cuando existe una amenaza de daño ambiental, es lo que produce la aplicación del principio precautorio en la toma de decisiones.³⁰²

576. Diferentes estados han adoptado versiones similares del principio precautorio en su legislación nacional, y Costa Rica no es la excepción.³⁰³ El principio precautorio está incorporado en la legislación costarricense y muestra lo que se habría esperado de la parte demandante cuando llegaron a Costa Rica a desarrollar su proyecto inmobiliario.
577. El propio experto de la parte demandante, Luis Ortiz, cuando se refirió al poder que tienen los órganos de Costa Rica para emitir medidas cautelares, resaltó el carácter especial que poseen cuando se trata de asuntos relacionados con el medio ambiente:

"Bueno, que en materia ambiental ciertamente aplica el principio precautorio o el in dubio pro natura cuyo potencial daño per se es irreversible. El ejemplo que les ponía pero podemos poner muchísimos más. En materia ambiental siempre los daños van a ser irreversibles de manera que uno de esos tres elementos en materia ambiental casi siempre está cumplido."

Contrainterrogatorio a Luis Ortiz, Transcripción del Día 4, 1221: 19-22; 1222: 1-5.

578. La parte demandante mantienen en su Declaración de Apertura que la demandada presuntamente utilizó el principio precautorio para paralizar un proyecto, como si se tratara de un "cheque en blanco" que autorizara cualquier medida.³⁰⁴ Por el contrario, se deben cumplir ciertos requisitos para que las autoridades costarricenses apliquen el principio precautorio: un daño futuro al medio ambiente en caso de inacción, y la falta de evidencia científica en el momento de adoptar la decisión.
579. Las autoridades debían cumplir esos requisitos. En el momento en que se adoptaron las medidas, no había certeza ni en relación con la existencia de humedales que hubiesen sido drenados, rellenados y terraplenados ni en relación con la existencia de bosques que se hubiesen cortado sin permiso. Sin embargo, las dudas razonables provocadas por el número de quejas recibidas y los informes de las autoridades, junto con la probabilidad de

³⁰¹ Contramemoria de la demandada, Párr. 63; Dúplica de la demandada, Párr. 83-85. Véase también **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; **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; **RLA-97**, Jacqueline Peel, *The Precautionary Principle in Practice: Environmental Decision-Making and Scientific Uncertainty* (The Federation Press 2005) 18.

³⁰² Dúplica de la demandada, párr. 89-90; **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; **RLA-90**, *Philip Morris Asia Ltd v The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 12/12-12, Laudo, 17 de diciembre de 2015; **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.

³⁰³ **RLA-109**, Jonathan B. Wiener, "Precaution", en Daniel Bodansky y otros, *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (OSAIL 2008), 599.

³⁰⁴ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 122: 5-20.

un daño irreparable, fueron suficientes para desencadenar la acción con base en la aplicación del principio precautorio.

580. El Sr. Luis Martínez lo expresó muy claramente cuando explicó su decisión de procesar judicialmente al Sr. Aven:

"Entonces, con toda esta información, había que tomar una decisión, había que decidir si se iba a formular una acusación o decidir si se iba a solicitar un archivo del expediente. En alguna medida había dos posiciones, pero la decisión igual hay que tomarla, y en este caso se ponderó, entre otras cosas, el principio precautorio que está establecido a nivel constitucional y a nivel legal en protección del ambiente."

Reinterrogatorio a Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 1118: 9-17.

581. El umbral de daño que pueda ocurrir cuando no se toma ninguna medida ha sido considerado en una variedad de formas: peligro de daño grave o irreversible,³⁰⁵ amenaza de reducción o pérdida significativa de diversidad biológica,³⁰⁶ y efectos adversos potenciales.³⁰⁷ Los expertos de la demandada han puesto de relieve la importancia que los humedales y los bosques tienen para el medio ambiente,³⁰⁸ lo que también ha sido subrayado por los tribunales costarricenses.³⁰⁹ Teniendo en cuenta la función que desempeñan los humedales y los bosques en el medio ambiente, el impacto negativo y la amenaza de daños irreversibles son más que evidentes.³¹⁰ Por ejemplo, en el caso de la eliminación de árboles, el primer informe KECE explica el efecto perjudicial que tiene sobre el medio ambiente.³¹¹
582. En este contexto, las acciones emprendidas por la parte demandante –al hacer perforaciones, rellenos y terrazas en los humedales y talar árboles –representaron una amenaza real para el medio ambiente, lo cual provocó, razonable y legítimamente, la respuesta inmediata de Costa Rica. Si Costa Rica no hubiera actuado bajo el principio precautorio, se habría producido un daño irreparable.³¹²
583. En suma, el principio precautorio respaldado por la legislación ambiental costarricense es un arma real, sustantiva,³¹³ que tiene el efecto de instruir a los organismos públicos a actuar tan pronto como surja la probabilidad de un impacto al medio ambiente.

³⁰⁵ **RLA-40**, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992

³⁰⁶ **RLA-39**, Convenio sobre la Diversidad Biológica, preámbulo (1992).

³⁰⁷ **RLA-112**, Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Cartagena, 29 de enero de 2000, en vigor el 11 de septiembre de 2003, 39 ILM 1027, Artículos 10(6) y 11(8)

³⁰⁸ Primer informe KECE, Párr. 30-33, 36-37.

³⁰⁹ Segunda declaración testimonial del Dr. Julio Jurado, Párr. 159-160.

³¹⁰ Primer informe KECE, Anexo C.

³¹¹ Primer informe KECE, Párr. 38-42.

³¹² Dúplica de la demandada, Párr. 96.

³¹³ Segunda declaración testimonial del Dr. Julio Jurado, Párr. 357.

g) El principio de prevención es la otra cara del principio precautorio que también deben fundamentar la decisión del Tribunal

584. El principio de prevención también forma parte del marco de protección aplicable desde el momento en que la parte demandante optaron por desarrollar el Proyecto, y como tal también debe fundamentar la decisión del Tribunal.³¹⁴ No solo ha sido reconocido por estudiosos internacionales,³¹⁵ sino que también está incorporado en la legislación costarricense.³¹⁶
585. Por lo tanto, está claro que el principio de prevención justifica emprender acciones en los casos en que se valora que un proyecto causará daños al medio ambiente.³¹⁷ Como lo explicó el Dr. Jurado, el principio de prevención obliga al Estado a adoptar medidas de prevención basadas en la certeza de que una determinada actividad podría producir daños al medio ambiente.³¹⁸
586. Además, la Evaluación del Impacto Ambiental constituye una clara aplicación del mismo:

"Aquí quiero hacer una especial mención a la evaluación de impacto ambiental. Eso, como dije anteriormente, está derivado del artículo 50 constitucional en la medida en que la evaluación de impacto ambiental es una concreción del principio preventivo a nivel legislativo. La sala constitucional ha señalado que el fundamento en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente, que es el artículo que establece que todas las actividades humanas que alteren, destruyen elementos del ambiente o generen residuos de materiales tóxicos o peligrosos requieren de una evaluación ambiental que ese artículo tiene fundamento en el artículo 50 constitucional. Es decir, es un artículo legal que es un desarrollo directo del artículo 50 constitucional porque es una manera de concretar el principio preventivo. Esto quiere decir que se desarrolla un conjunto de obligaciones por parte del Estado y de los desarrolladores alrededor de esta idea de hacer cumplir el principio preventivo."

Interrogatorio al Dr. Julio Jurado, Transcripción del Día 5, 1063: 2-22.

587. A pesar de los esfuerzos de la parte demandante por restringir la aplicación del principio a áreas muy especiales de protección del medio ambiente,³¹⁹ la legislación costarricense no hace esas distinciones. En cuanto principio intrínseco al derecho internacional y a la legislación costarricense— y, por lo tanto, igualmente pertinente para las expectativas legítimas de la parte demandante en cuanto a cómo funciona el marco jurídico ambiental

³¹⁴ Dúplica de la demandada, párr. 106-111.

³¹⁵ **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; **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.

³¹⁶ C-207.

³¹⁷ Contramemoria de la demandada, Párr. 64.

³¹⁸ Interrogatorio al Dr. Julio Jurado, Transcripción del día 5, 1062: 5-8.

³¹⁹ Réplica de los demandantes, párr. 64.

en Costa Rica–, el principio constituye otro vehículo específico para la aplicación de la protección ambiental.

h) El principio de no regresión también es un instrumento para la interpretación de las leyes ambientales

588. La aplicación del principio de no regresión también debe orientar la interpretación del Tribunal en el presente caso. Este principio establece que la promulgación y la interpretación de la legislación ambiental no debe hacerse en detrimento de la protección del medio ambiente. Esta ha sido la posición desde la perspectiva del derecho internacional³²⁰ y también es conforme a la legislación costarricense.³²¹ El principio de no regresión se deriva de los tratados y acuerdos internacionales vigentes en Costa Rica (incluido el DR-CAFTA)³²² y también ha sido reconocido por la Sala Constitucional de Costa Rica, como mencionó el Dr. Jurado.³²³

589. En sus alegatos iniciales, la parte demandante alegaron que:

"El principio de no regresión planteado ante nosotros no rige en este caso. Nosotros no estamos argumentando para la modificación de la ley del medioambiente, nos complace la ley del medioambiente tal como existe, eso no es un problema y además hemos cumplido con la ley tal como regía. El principio de no regresión entonces es solamente otra falsa pista. Si estuviésemos impugnando la ley de medioambiente, entonces quizás sí aplicaría, pero ese no es el caso."³²⁴

590. Aparte de la premisa errónea de que la parte demandante cumplió la legislación ambiental costarricense, esta proposición constituye una completa falta de comprensión del principio de no regresión y de cómo se aplica. El principio de no regresión no ha sido "planteado ante" la parte demandante. Por el contrario, este principio ha sido utilizado por la demandada como un instrumento interpretativo que le permite al Tribunal evaluar los hechos presentados a la luz de las manifiestas violaciones de la legislación ambiental por parte de la parte demandante. Como resume correctamente el Dr. Julio Jurado:

"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."³²⁵

591. Al igual que hicieron al planificar su inversión, la parte demandante siguen haciendo caso omiso de la metodología pertinente para acatar las normas de protección del medio

³²⁰ **R-110**, Municipality notifies Claimants of complaints of neighbors and requests documentation (OIM 244-2011), 185, 8 de julio de 2011.

³²¹ Dúplica de la demandada, párr. 112-118.

³²² **R-400**, Mario Peña Chacón, *The Environmental Non-regression Principle in Latin American Comparative Law* (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013).

³²³ Segunda declaración testimonial del Dr. Julio Jurado, Párr. 169.

³²⁴ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 121: 13-22.

³²⁵ Segunda declaración testimonial del Dr. Julio Jurado, Párr. 187.

ambiente. Sin embargo, en aquel momento deberían haber sabido, y los abogados que están declarando a su favor sin duda deben saber, aun si no son especialistas en derecho ambiental, que cualquier determinación de cumplimiento de las leyes y reglamentos ambientales implica el recurso a principios como el principio de no regresión. Estas normas y principios de interpretación también sirven para evaluar la manera en que la demandada aplicó sus leyes ambientales en una situación en la que se expidieron permisos como consecuencia de tergiversaciones flagrantes e informaciones falsas presentadas ante las autoridades de Costa Rica. En este contexto, tanto la legislación ambiental costarricense como la internacional facultaban a la demandada a exigir el cumplimiento, en todo momento, de sus normas de protección del medio ambiente. Por supuesto, los permisos se concedieron sobre una base de ilegalidad. Y este poder para exigir el cumplimiento existió en todo momento y la parte demandante conocía o debería haber conocido este hecho desde que se propusieron invertir en Costa Rica.

D. CONCLUSIÓN

592. Las normas de Costa Rica para la protección del medio ambiente son absolutamente pertinentes para la determinación del Tribunal en cuanto al derecho a protecciones que, según alegan la parte demandante, les fue violado, y en cuanto al comportamiento de la demandada en relación con esas protecciones. Por un lado, estas normas establecen el marco jurídico dentro del cual la parte demandante planificaron y realizaron su presunta inversión. Por otro, informan sobre el comportamiento de la demandada, cuestionado por la parte demandante.
593. El Capítulo 17 del DR-CAFTA defiere a cada estado miembro y a sus respectivas leyes nacionales la cuestión de cuáles normas debe respetar y defender sus respectivas leyes ambientales. El Capítulo 17 hace hincapié en la necesidad de aplicar las leyes nacionales de dos maneras: al evitar la aplicación deficiente y al mantener los niveles de actividad existentes.
594. Las normas ambientales nacionales de Costa Rica han convertido al país en un protagonista clave en la región. La totalidad de su marco jurídico proporciona principios básicos que guían la conducta de las autoridades locales en el país y que, desde luego, guiaron sus acciones en relación con la conducta indebida de la parte demandante.

V. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER LAS RECLAMACIONES

595. La demandada respetuosamente objeta la jurisdicción del Tribunal, en los términos siguientes: (i) la competencia *ratione personae* del Tribunal sobre el Sr. Aven; (ii) la competencia *ratione materiae* sobre la presunta inversión del Sr. Shioleno y el Sr. Raguso;

(iii) la competencia *ratione materiae* sobre las propiedades que no les pertenecen a la parte demandante; y (iv) la competencia *ratione materiae* sobre el terreno de la Concesión.

A. El Sr. Aven no es un inversionista protegido en el marco del DR-CAFTA

596. Es indiscutible que el derecho internacional condena el abuso de derechos que puedan cometer los inversionistas con el único fin de beneficiarse de las protecciones que brindan los convenios de inversión.³²⁶ La parte demandante intenta asignarle las protecciones del DR-CAFTA (otorgadas a inversionistas estadounidenses) al Sr. Aven, un inversionista que procura la protección del tratado después de haber llevado a cabo sus negocios en Costa Rica como ciudadano italiano.³²⁷
597. Más específicamente, los tribunales internacionales de inversión han determinado como abuso por parte de un inversionista el hecho de "intercambiar" su nacionalidad *después* de iniciada una controversia con el Estado anfitrión.³²⁸ Esto es exactamente lo que hizo el señor Aven. El Sr. Aven testificó que utilizó su nacionalidad italiana durante la implementación del Proyecto Las Olas en Costa Rica:

"COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): Entonces, estando usted aquí ante nosotros hoy, ¿recuerda alguna vez haber expresado en las transacciones en Costa Rica de que era un ciudadano italiano?

EL TESTIGO: Sí, recuerdo haberlo hecho, y lo hice como una opción. Tenía un pasaporte italiano y en varias oportunidades lo hice. Pero para el proyecto fundamentalmente me presenté como ciudadano estadounidense."

Reinterrogatorio de David Aven, Transcripción del Día 3, 832: 12-22.

598. El señor Aven solo decidió comparecer como ciudadano estadounidense cuando entabló esta reclamación contra Costa Rica. Es decir, después de que las autoridades descubrieron humedales en el sitio del proyecto y el aparato estatal reaccionó para prevenir un daño permanente al medio ambiente.
599. El señor Aven emprendió una búsqueda del acuerdo más favorable y el Tribunal no puede concederle la protección del DR-CAFTA.

³²⁶ **RLA-75**, *Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic*, Caso ICSID No. ARB/06/5, Laudo, 16 de abril de 2009, Párr. 136; **RLA-1**, *Venezuela Holdings, B.V., et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso ICSID No. ARB/07/27, Laudo, 10 de junio de 2010; **RLA-90**, *Philip Morris Asia Ltd v The Commonwealth of Australia*, Caso PCA No. 2012-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015. Contramemoria de la demandada, Párr. 263-267.

³²⁷ **RLA-75**, *Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic*, Caso ICSID No. ARB/06/5, Laudo, 16 de abril de 2009, Párr. 136 et seq;

³²⁸ **RLA-1**, *Venezuela Holdings, B.V., et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso ICSID No. ARB/07/27, Laudo, 10 de junio de 2010, Párr. 199 et seq; **RLA-90**, *Philip Morris Asia Ltd v The Commonwealth of Australia*, Caso PCA No. 2012-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, Párr. 554.

B. El Sr. Shioleno y el Sr. Raguso no poseen una inversión cubierta en el marco del DR-CAFTA

600. El Artículo 10.28 del Tratado exige que un activo tenga las características de una inversión para poder ser considerado como una inversión protegida por el Tratado. En concreto, el DR-CAFTA requiere que un inversionista comprometa capital u otros recursos para que pueda ser considerado como titular de una "inversión cubierta":

Artículo 10.28: Definiciones

"**inversión** significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como **el compromiso de capitales u otros recursos**, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo." (énfasis añadido).

601. Como señaló el Dr. Hart en su Segundo Informe de Experto³²⁹, y como planteó la demandada en su Declaración de Apertura durante la audiencia,³³⁰ la parte demandante no ha presentado pruebas de que el señor Shioleno o el señor Raguso hayan aportado capital alguno al Proyecto Las Olas. En este caso no existen características de inversión porque no aportaron recursos a la presunta inversión y por tanto no podrían haber asumido riesgo. El señor Shioleno y el señor Raguso podrían haber tenido la expectativa de obtener ganancias, pero esto no fue precedido de contribución alguna a la presunta inversión.
602. Durante la Audiencia, el señor Shioleno lo confirmó por sí mismo:

³²⁹ Segundo informe de Hart, Párr. 86-87.

³³⁰ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 178:2-7. ("Y demandantes no han presentado prueba alguna de una transferencia de acciones. De hecho, en el segundo informe, en el párrafo 86 y 87, por lo menos en lo que tiene que ver al señor Shioleno y el señor Raguso, no hay pruebas de pago de capital en absoluto.")

"P: Bueno, dijo que no se acordaba cuándo adquirió las acciones. ¿Es cierto que nunca invirtió efectivo en el proyecto de Las Olas sino que recibió sus acciones a cambio de servicios?

R: Es correcto.

Contrainterrogatorio a Jeffrey Shioleno, Transcripción del Día 2, 331: 6-10.

"P: ¿Comprometió usted capital para este proyecto?

R: No, como dije antes, no comprometí capital.

P: Y sus esfuerzos de comercialización se limitaron, por lo que vemos aquí, una campaña de publicidad en su área, es decir, Tampa.

R: Sí, es correcto."

Contrainterrogatorio a Jeffrey Shioleno, Transcripción del Día 2, 337: 3-10.

"P: Pero no vendió nada durante ese período. ¿Correcto?

R: No."

Interrogatorio a Jeffrey Shioleno, Transcripción del Día 2, 332: 6-8.

603. El señor Shioleno también confirmó que nunca recibió certificados de acciones de parte del señor Aven, los cuales al menos podrían demostrar que realmente tenía una participación en el proyecto. Lo mismo aplica para el señor Raguso. Si alguno de la parte demandante hubiera de hecho recibido certificados de acciones de las Empresas que presuntamente poseen, podrían haberlos entregado durante la etapa de presentación de documentos de este proceso. Además, la parte demandante no han presentado ningún registro de accionistas, los cuales, en la legislación costarricense, constituyen una prueba de los certificados de acciones.³³¹
604. El señor Raguso tampoco aportó capital alguno al Proyecto Las Olas. Según la parte demandante, se suponía que el señor Raguso prestaría sus servicios como Gerente de Obra a partir de mediados de 2011;³³² sin embargo, dada la suspensión de las obras, el señor Raguso nunca contribuyó en nada al proyecto. De nuevo, podría haber tenido una expectativa infundada de ganancia a raíz de sus conversaciones con el señor Aven, pero eso no equivale a realmente haber aportado un recurso, con absorción de un riesgo, a la presunta inversión en Costa Rica.
605. Dado que no se ha demostrado que estos dos demandantes tuvieran una inversión cubierta, con arreglo al Artículo 10.28 del Tratado, el Tribunal debe declinar su competencia sobre las reclamaciones relacionadas con el señor Shioleno y el señor Raguso.

³³¹ R-561, Juzgado Civil del Segundo Circuito, Sección I, Sentencia N° 00356, 25 de septiembre de 2012, Párr. IV.

³³² Primera declaración testimonial de Roger Francis Raguso, Párr. 27, 45.

C. El Tribunal no tiene jurisdicción sobre propiedades que no les pertenecen a la parte demandante

606. En el Anexo II de su dúplica, la demandada ofreció pruebas concluyentes (derivadas del Registro Nacional de Costa Rica) de que los lotes en cuestión no son propiedad de la parte demandante ni de las Empresas. La parte demandante no ha refutado en modo alguno la falta de propiedad de esos 78 terrenos que componen el Proyecto Las Olas. Durante su declaración introductoria, la parte demandante simplemente afirmaron que deberían ser los expertos en daños de las partes quienes ajusten correctamente los cálculos.³³³
607. Por lo tanto, la demandada mantiene su objeción y pide al Tribunal declinar su competencia para conocer las reclamaciones que se deriven de las **78 propiedades** que no forman parte de la presunta inversión de la parte demandante.

D. El Tribunal no tiene jurisdicción sobre el sitio de la Concesión

608. La demandada objeta la competencia del Tribunal sobre cualquier reclamación relacionada con el sitio de Concesión porque el señor Aven poseía la totalidad de las acciones en La Canícula (titular de la Concesión), en violación de los Artículos 47 y 53 de la Ley de la ZMT. Esto implicó una grave violación de la legislación costarricense durante el establecimiento de la inversión y, por tanto, afecta la jurisdicción del Tribunal.
609. En este sentido, la jurisprudencia internacional sobre inversiones, así como sus estudiosos, están de acuerdo en que cuando un inversionista *adquiere su inversión* en violación de las leyes del Estado anfitrión, con ello quebranta la competencia de un tribunal arbitral:
- En *Inceysa v El Salvador*, el tribunal consideró que la conducta fraudulenta de un inversionista para la obtención de una inversión en el marco de la legislación de El Salvador fue una violación del principio de buena fe, lo que impidió que el tribunal asumiera jurisdicción sobre la reclamación. En opinión del tribunal en ese caso, El Salvador no había dado su consentimiento a someterse a arbitrajes de inversión en relación con inversiones adquiridas de mala fe.³³⁴
 - En *Phoenix v República Checa*, el tribunal determinó que la compra de la inversión no había sido una transacción de buena fe y que, por esta razón, la inversión no podía estar protegida por el sistema del CIADI. El comportamiento del demandante, en opinión del tribunal, fue un abuso del proceso y, sobre esa base, el Tribunal llegó a la conclusión de que no tenía jurisdicción sobre la reclamación.³³⁵

³³³ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 101: 5-11.

³³⁴ **RLA-11**, *Inceysa v. El Salvador*, Laudo, 2 de agosto de 2006, Párr. 238-239.

³³⁵ **RLA-75**, *Phoenix v. Czech Republic*, Laudo del 15 de abril de 2009, Párr. 145.

- En *Alpha v Ucrania*, el tribunal sostuvo que si la inversión había sido adquirida por el extranjero en violación de las leyes del Estado anfitrión y el efecto de esa violación era hacer que la inversión fuera "ilegal per se", entonces el tribunal no tenía jurisdicción para conocer la reclamación del extranjero en arbitraje.³³⁶
- En *Saba Fakes v República de Turquía*, el tribunal se declaró incompetente sobre la base de que el extranjero debía haber adquirido el activo reconocido por las leyes del Estado anfitrión de una manera permitida por esas leyes.³³⁷

610. Además, estudiosos reconocidos como Zachary Douglas señalan que:

"Un problema conexo surge cuando el Estado anfitrión alega que el demandante ha violado su legislación durante la adquisición de su inversión. Si dicha alegación se fundamenta ante el tribunal de tratados de inversión, eso será fatal para la jurisdicción del tribunal."³³⁸

611. En este contexto, la parte demandante alegó en la Audiencia que el hecho de si la parte demandante son o no los propietarios de La Canícula o la Concesión es irrelevante, ya que el Tratado se limita a requerir que ellos demuestren su control *de facto* sobre ellos.³³⁹ Al exponer este argumento la parte demandante ignora completamente los efectos que la ilegalidad en la adquisición de una inversión tiene sobre la competencia *ratione materiae* del Tribunal. La demandada responderá, Primero, a las defensas de la parte demandante en virtud del derecho internacional. La siguiente sección resumirá los argumentos de la demandada con respecto a la adquisición ilegal de la Concesión. Las secciones finales se ocuparán de las defensas de la parte demandante en el marco de la legislación costarricense y de la consulta del Tribunal acerca de por qué la adquisición de La Canícula por parte de la parte demandante aún no ha sido declarada nula.

1. La defensa de la parte demandante confunde la competencia *ratione materiae* del Tribunal sobre el sitio de Concesión con asuntos de validez legal

612. Durante la Audiencia, la parte demandante intentó justificar la confiscación de sus intereses en La Canícula alegando que los Artículos 2.1 y 10.28 del Tratado solo les exigían probar *prima facie* la "*propiedad o el control*" de una inversión.³⁴⁰ La posición de la parte demandante implicaría que tanto una entidad que ejerciera un control *de jure* sobre una inversión como una entidad que ejerciera un control *de facto* sobre la misma inversión podrían procurar soluciones judiciales en un arbitraje de inversión por el mismo perjuicio. De hecho, la sociedad holding en *Thunderbird v México*, una de las nuevas

³³⁶ **RLA-163**, *Alpha Projektholding GmbH v Ukraine*, Caso ICSID No ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010, Párr. 294.

³³⁷ **RLA-162**, *Saba Fakes v Republic of Turkey*, Caso ICSID No ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010, Párr. 147-156.

³³⁸ **RLA-51**, Zachary Douglas, *The International law of Investment Claims (CUP)*, 2009, p. 53.

³³⁹ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 98: 12.

³⁴⁰ Declaración introductoria de los demandantes, prueba demostrativa, diapositiva 16.

fuentes jurídicas en que se basan la parte demandante, ha sido criticada por plantear exactamente este mismo problema.³⁴¹

613. Con esta teoría la parte demandante plantea argumentos relativos a la situación jurídica de los inversores en una discusión que únicamente se refiere a la competencia *ratione materiae del Tribunal*. La cuestión del "control sobre una inversión" ha sido discutida por tribunales en el ámbito de la legitimación que tienen un demandante para presentarse ante un tribunal como "inversionista cubierto" bajo una competencia *ratione personae*. De hecho, se ha sostenido que:

"El concepto de 'control' se utiliza en un gran número de tratados de inversión para designar el **nexo necesario entre el demandante y la inversión**.

[...]

Se utilice o no realmente el término "control" en el texto del tratado de inversión, está claro que debe estar implícito. En todos los casos, el demandante debe haber tenido el control sobre la inversión que se ha visto afectada por medidas del Estado anfitrión **para considerarse incluido en el alcance de la jurisdicción *ratione personae del tribunal***."³⁴²

614. En su objeción a la jurisdicción, la demandada no ha impugnado la situación legal de la parte demandante *vis a vis* su inversión; lo que ha sostenido es que la adquisición de la parte demandante de su participación en La Canícula fue ilegal. Si la parte demandante mantuvieron el control directo o indirecto de esa participación en Costa Rica es irrelevante para la competencia *ratione materiae* del Tribunal, porque las ilegalidades despojan al Tribunal de la jurisdicción.
615. La parte demandante se basan en una serie de nuevas fuentes jurídicas para respaldar el hecho de que "el mero control *de facto*" de su presunta inversión es suficiente para que el Tribunal ejerza su jurisdicción. Los casos en que se basan la parte demandante simplemente no respaldan su teoría, ya que no se refieren a los efectos de una conducta ilegal por parte del inversor sobre el control "*de facto*."
616. Primero, la parte demandante invocan *Thunderbird v México* como un "*caso de control de facto*".³⁴³ En *Thunderbird*, el tribunal determinó que incluso si el demandante hubiera tenido menos del 50% de la propiedad minoritaria de las subsidiarias locales, las pruebas mostraban un incuestionable control de facto capaz de ser el motor de la inversión.³⁴⁴ El tribunal solo consideró el control después de establecer la estructura de propiedad legal y confirmar que *Thunderbird*, aun siendo accionista minoritaria, realmente era la propietaria de las acciones. Por otra parte, este caso no involucró ilegalidades en la adquisición de la inversión, como vemos en el presente caso.

³⁴¹ **RLA-51**, Zachary Douglas, *The International law of Investment Claims (CUP)*, 2009, p. 308-309.

³⁴² **RLA-51**, Zachary Douglas, *The International law of Investment Claims (CUP)*, 2009, p. 299, 300.

³⁴³ CLA-70, *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, CNUDMI, Laudo Arbitral, 26 de enero de 2006.

³⁴⁴ Id., para. 110.

617. Segundo, la parte demandante invoca *Perenco Ecuador v Ecuador*, donde el tribunal literalmente consideró las "circunstancias excepcionales de este caso"³⁴⁵ para aceptar el control *de facto* de algunos herederos, dado que, si bien existía la titularidad legal bajo las leyes del Estado anfitrión (Francia), la titularidad legal no se demostró en el lugar de constitución de la demandante (Bahamas). Por razones de equidad, el tribunal concluyó que los hechos presentados cumplían una demostración de control *de facto*.³⁴⁶ Pero, de nuevo, este caso no involucró ilegalidades cometidas por el inversionista durante el establecimiento de su inversión.
618. Tercero, la parte demandante invoca *SwemBalt v Letonia*.³⁴⁷ Este caso no discute el control sobre la inversión ni el control *de facto*, como alegan la parte demandante. En *SwemBalt*, el tribunal concluyó que el inversionista de hecho era el propietario del barco que formaba parte de la inversión y concluyó que el inversionista había cumplido la legislación de Letonia durante el establecimiento de la inversión.³⁴⁸
619. Cuarto, la parte demandante invocan *Sedelmayer v Rusia*, caso donde el tribunal consideró la "teoría de control" con respecto a si un accionista individual puede ser considerado como un inversionista, incluso con respecto a las inversiones realizadas formalmente por las empresas en las que es accionista.³⁴⁹ Nada más alejado de los hechos de nuestro caso. Por otra parte, al igual que en *SwemBalt*, en *Sedelmayer*, el tribunal concluyó que el inversionista no "infringió en ningún momento las leyes soviéticas o rusas".³⁵⁰ Por lo tanto, el tribunal no emitió ninguna resolución que fuera pertinente, en el marco del derecho internacional, para la falta de propiedad o control sobre la inversión por parte de la parte demandante.
620. En suma, ninguno de los dos casos es aplicable al presente, ya que ninguno de los tribunales emitió resoluciones de derecho internacional, sino que solo desestimó las afirmaciones de la parte demandante sobre la base de falta de propiedad y conducta ilegal.
621. Quinto, la dependencia de la parte demandante en *Aguas del Tunari v Bolivia* es irrelevante para el análisis del Tribunal, ya que, en ese caso, el tribunal requirió que el inversionista ejerciera el control al ser realmente el propietario de los derechos legales de las sociedades instrumentales. Esta decisión no se refería a un control *de facto*, como la parte demandante procuran aplicar en este caso. El Tribunal en *Aguas del Tunari v Bolivia* sostuvo que:

³⁴⁵ **RLA-21**, *Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador*, Caso ICSID No. ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and Liability, 12 de septiembre de 2014, paras. 526

³⁴⁶ Id., paras. 525-530.

³⁴⁷ CLA-163, *AwemBalt AB, Sweden v. Republic of Latvia*, Resolución del Tribunal de Arbitraje, 3 de octubre de 2000.

³⁴⁸ CLA-163, Id. paras. 30, 32-35.

³⁴⁹ CLA-162, *Franz Sedelmayer v. Russia Federation*, Laudo arbitral, 7 de julio de 1998, paras. 219-227.

³⁵⁰ Id., p. 108.

El Tribunal, por mayoría, concluye que la frase "controlada directa o indirectamente" implica que puede decirse que una entidad controla a otra entidad (ya sea directamente, es decir, sin una entidad intermediaria, o indirectamente) si aquella entidad posee la capacidad legal para controlar la otra entidad. Sujeto a evidencia sobre determinadas restricciones al ejercicio del derecho de voto, esta capacidad legal debe verificarse en relación con el porcentaje de acciones de las que sea titular. En el caso de un accionista minoritario, **la capacidad legal para controlar una entidad puede existir en razón del porcentaje de sus acciones, los derechos legales transmitidos en instrumentos o acuerdos tales como la escritura de constitución o en acuerdos de accionistas, o una combinación de estos.** En opinión del Tribunal, el CBI no requiere control real en el día a día ni control último como parte del requisito "controlada directa o indirectamente" contenido en el Artículo 1(b)(iii). El Tribunal observa que no está obligado a determinar todas las formas que puede asumir el control. Por mayoría, el Tribunal concluyó que, en las circunstancias del caso, cuando una entidad tiene tanto participación mayoritaria y la propiedad de una mayoría de los derechos de voto, existe el control incorporado en la frase operativa "controlada directa o indirectamente".³⁵¹

622. De hecho, en esta resolución no se menciona el control *de facto* y el tribunal solo determinó "control" sobre las sociedades instrumentales al encontrar que el demandante era propietario de acciones en esas empresas.³⁵² Este caso no se ocupó de ilegalidades durante la adquisición de la inversión.

623. Sexto, la dependencia de la parte demandante en *S.D. Myers v Canadá* tampoco es aplicable a este caso, ya que el tribunal asumió competencia cuando determinó que el inversionista final en la cadena familiar "controlaba indirectamente" la inversión.³⁵³ La demandada nunca ha impugnado el control de las empresas por parte de la parte demandante; en cambio, la demandada está disputando la **propiedad** de la parte demandante de sus participaciones en La Canícula y la Concesión debido a su adquisición ilegal. Los argumentos sobre temas de "control" en *S.D. Myers v Canadá* han sido fuertemente criticados:

"Los peligros de un enfoque carente de principios sobre el grado necesario de "control" quedan ilustrados por la resolución del tribunal en *S.D. Meyers v Canadá*. El demandante... presentó un reclamo de conformidad con el Artículo 1116 del TLCAN por daños a su inversión en Canadá. La inversión era una empresa canadiense, 'Myers Canada'. Canadá sostuvo que Myers Canada no era propiedad ni estaba bajo control directo o indirecto de SDMI, como es requerido por la definición del Artículo 1139 de TLCAN, porque SDMI no era propietaria de las acciones de Myers Canadá. En cambio, miembros de la familia Myers eran los propietarios de las acciones de Myers Canadá. Al Tribunal se le presentó evidencia de que el accionista mayoritario y 'voz autorizada' de SDMI también tenía control sobre Myers Canadá; por lo tanto, Myers no pasó la prueba relevante de control en la legislación de los Estados Unidos. **En su lugar, la decisión del tribunal se basó en una desafortunada apelación a políticas.**

³⁵¹ CLA-150, *Aguas del Tunari, S.A., v. Republic of Bolivia*, Caso ICSID No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 de octubre de 2005, para. 264.

³⁵² Id., paras. 317, 319.

³⁵³ CLA-161, *Meyers v. Gov't of Canada*, Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002, para. 229.

[...]

Esto equivale a decir que las normas de competencia deben ceder el paso a una buena reclamación sobre el fondo."³⁵⁴ (énfasis añadido).

624. Por otra parte, esta resolución fue impugnada en un recurso de revisión ante la Corte Federal de Canadá como equivalente a una decisión *ex aequo et bono*.³⁵⁵ La demandada no entiende por qué la parte demandante podrían solicitarle al Tribunal basarse en este caso. Además, este caso no se ocupó de ilegalidades durante la adquisición de la inversión y, por lo tanto, no puede arrojar luz sobre los efectos de una ilegalidad en el control *de facto*.
625. Por último, la parte demandante también alega que, históricamente, los tribunales han sido reacios a rechazar la legitimidad del proceso sobre la base de incumplimiento de normas formales o técnicas.³⁵⁶ La demandada no está en desacuerdo con esta premisa, pero niega que la violación de la Ley ZMT por parte de la parte demandante pueda considerarse como un mero formalismo. Por ejemplo, en *Mytilineos Holdings v Serbia*, el tribunal desestimó las acusaciones de ilegalidad de la parte demandada al considerar infracciones leves cuando la parte demandada afirmó que un mero formalismo era la causa de la ilegalidad:
- "Los demandados consideran que los Acuerdos no cumplían con una serie de formalidades incluidas en el Artículo 17 de la FIL, un requisito para el registro de conformidad con el Artículo 26 de la FIL y un procedimiento especial para la aprobación del gobierno federal de los contratos de inversión con arreglo al Artículo 22 de la FIL."³⁵⁷
626. Asimismo, en *Quiborax v Bolivia*, el tribunal rechazó las acusaciones de ilegalidad de los demandados como "*triviales*" debido a que hacían referencia a la ausencia de la firma del secretario en el registro de accionistas.³⁵⁸ En *Tokios Tokelés v Ucrania*, la parte demandada presentó acusaciones similares y el tribunal rechazó las objeciones.³⁵⁹ Ucrania alegó que el nombre de la subsidiaria era inapropiado porque "*empresa subsidiaria*", pero no "*empresa privada subsidiaria*", es un tipo de persona jurídica reconocida por la legislación ucraniana.³⁶⁰ La parte demandada también alegó que había algunos errores en los acuerdos de adquisición y transferencia de activos, entre ellos, en algunos casos, la ausencia de una firma o certificación notarial necesaria.³⁶¹

³⁵⁴ RLA-51, Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims (CUP)*, 2009, p. 305-06.

³⁵⁵ Id., p. 306.

³⁵⁶ Declaración introductoria de los demandantes, prueba demostrativa, diapositiva 16.

³⁵⁷ RLA-153, *Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia*, Laudo parcial sobre jurisdicción, 8 de septiembre de 2006, para. 53.

³⁵⁸ CLA-123, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, Caso ICSID No. ARB/06/2, Decisión sobre jurisdicción, 16 de septiembre de 2015, para. 281.

³⁵⁹ RLA-154, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Caso ICSID No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdiction, 19 de abril de 2004, para. 86.

³⁶⁰ Id., para. 83.

³⁶¹ Ibid.

627. La demandada solicita al Tribunal que compare estos casos con la evidencia que ha presentado la demandada para demostrar la importancia de la regla del 51% en las políticas públicas de Costa Rica. La segunda declaración testimonial del Dr. Jurado se ocupó ampliamente de la importancia de las concesiones de ZMT para el Estado de Costa Rica, lo cual incluye considerarlas un bien público protegido por la legislación costarricense bajo las políticas de interés público. Su importancia para Costa Rica se deriva de la emisión de jurisprudencia vinculante por parte de la Sala Constitucional y la Procuraduría General de la República. La Sala incluso ha calificado las prácticas intencionalmente destinadas a evadir la regla del 51% como *fraude de ley*.³⁶² Está claro que no estamos ante una "mera" formalidad.
628. De hecho, el testimonio del Dr. Jurado durante la Audiencia planteó en qué sentido esta práctica es considerada fraude de ley y no la violación de "*una mera formalidad*", como afirman la parte demandante:

"En este papel de consultor ha emitido muchos criterios de las municipalidades cuando consultan sobre temas relacionados con la zona marítimo terrestre y uno ha sido este tema. Y la Procuraduría ha señalado que esa práctica constituye lo que el Código Civil define como un fraude de ley. Es decir, utilizando un procedimiento que es legal, lo que hacen es evadir una prohibición que está en otra ley. Y lo que estaba pasando allí es que hay costarricenses que operan como testaferros de otros para tener el porcentaje de acciones a nombre de costarricenses y permitir que extranjeros tengan concesiones, que de conformidad con la ley de la -- perdón, empresas extranjeras, tengan concesiones cuando la ley de la zona marítima terrestre expresamente establece el límite de porcentaje. Es decir que un 51 por ciento tiene que estar en manos de costarricenses para poder ser concesionarios.

Una manera de burlar esa disposición es utilizando este mecanismo. Entonces, yo le doy acciones a costarricenses -que obviamente no tienen nada que ver con la actividad que se está realizando en la concesión- y simplemente prestan el nombre para hacer esa operación y que eso constituye un 2 fraude de ley. Eso se le ha señalado a las municipalidades. Eso es un criterio de la Procuraduría General de la República."

Contrainterrogatorio a Julio Jurado, Transcripción del Día 5, 1188: 22; 1189: 1-22; 1190: 1-4.

629. En suma, la defensa jurisdiccional de la parte demandante, que hace referencia a la legitimidad de la parte demandante, no anula la adquisición ilegal que hicieron la parte demandante de sus participaciones en La Canícula.

2. La parte demandante deben asumir la carga de probar la propiedad legítima de su inversión

630. Es un principio generalmente aceptado que el demandante debe asumir la carga de la prueba de propiedad de una inversión protegida. En virtud del artículo 24(1) del

³⁶² Segunda declaración testimonial del Julio Jurado, Párr. 198-226.

Reglamento de la CNUDMI "[c]ada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas."

631. En *CCL v Kazajstán*, el tribunal hizo hincapié en esta carga del demandante, específicamente a la luz de declaraciones de la demandada que cuestionaban la propiedad de la inversión:

"En consecuencia de esto, **debe ser un requisito de forma que la parte demandante, al solicitar el arbitraje en el marco del Tratado, proporcione la información y las pruebas necesarias relacionadas con las circunstancias de la propiedad y el control, directo o indirecto, sobre el [Demandante-inversor] en todos los momentos pertinentes. Este es especialmente el caso cuando exista duda razonable en cuanto a la propiedad y el control efectivos de la empresa que procura protección.** En el presente caso, como ha admitido [Sr. X], la única actividad de [Demandante-inversor] desde la terminación del Acuerdo por los tribunales de Kazajstán, y el único activo de [Demandante-inversor], es el arbitraje iniciado contra [Demandado-Kazajstán]."³⁶³ (énfasis añadido).

632. Además, en *CCL v Kazajstán*, debido a que el demandante no presentó las pruebas necesarias para demostrar la propiedad de la inversión, el Tribunal declinó la competencia en el marco del tratado.³⁶⁴ El tribunal del caso *Perenco Ecuador v Ecuador*, sostuvo los mismos argumentos.³⁶⁵

633. Asimismo, en *Europe Cement Investment v Turquía*, el tribunal derivó una inferencia adversa contra el demandante debido a la falta de pruebas presentadas para refutar la alegación de la parte demandada de la ausencia de propiedad:

"El fracaso de la demandante para proporcionar una refutación sería a los argumentos de la parte demandada sugiere fuertemente que nunca tuvo tal propiedad, al menos en el momento pertinente para la jurisdicción y que tal vez nunca tuvo la propiedad en absoluto. La carga de demostrar la propiedad de las acciones en el momento pertinente recaía en la Demandante. Fracásó completamente al asumir esta carga.

En opinión del Tribunal, la evidencia circunstancial apunta fuertemente a la conclusión de que Europe Cement no era propietaria de las acciones de CEAS y Kepez en el momento pertinente. En vista del fracaso de la Demandante de no presentar los documentos solicitados, el Tribunal no tiene evidencia directa de que cualquier documento presentado fuera o no auténtico, pero la implicación de la falta de autenticidad es abrumadora. Todas las pruebas presentadas ante el Tribunal, y no refutadas por la Demandante, se reduce a que los acuerdos de transferencia de acciones no son lo que dicen ser y que no se llevó a cabo ninguna transferencia de acciones de CEAS y Kepez a Europe Cement al menos antes del 12 de junio de 2003. En efecto, **la evidencia apunta a la conclusión de que la afirmación de titularidad de las acciones en el momento en que**

³⁶³ **RLA-155**, *CCL v Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. 122/2001, Laudo jurisdiccional, 1 de enero de 2003, para. 82.

³⁶⁴ *Id.*, para. 84.

³⁶⁵ **RLA-156**, *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso ICSID No. ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, 12 de septiembre de 2004, para. 98.

establecerían jurisdicción se produjo de manera fraudulenta.³⁶⁶ (énfasis añadido)

634. En *Europe Cement Investment v Turquía*, el tribunal no solo negó la jurisdicción por falta de una inversión cubierta³⁶⁷, sino que también determinó que una reclamación basada en la falsa afirmación de propiedad de una inversión constituía un **abuso de proceso**.³⁶⁸
635. Habiendo demostrado que los nuevos argumentos de la parte demandante relativos a su presunto "control de La Canícula" no tiene mérito, la demandada se referirá ahora a las nuevas aseveraciones de la parte demandante relativas a los hechos de la adquisición de sus participaciones en La Canícula.

3. El señor Aven adquirió la totalidad de las acciones de La Canícula en violación de la Ley ZMT

636. Para la cronología de la adquisición de los derechos de la parte demandante en La Canícula, la demandada dirige al Tribunal a los párrafos 174 a 186 de la dúplica. Durante la etapa de alegatos por escrito, la parte demandante y el señor Aven admitieron que él le compró al señor Monge **la totalidad de las acciones** de La Canícula el 1 de abril de 2002.³⁶⁹ Durante la Audiencia, tras percatarse de lo perjudicial que era esa admisión para su caso, la parte demandante alegaron que se habían dado "*cuenta de que hubo un error en las fechas señaladas en nuestros documentos*".³⁷⁰
637. La parte demandante alegan que la fecha efectiva de adquisición de la tierra fue el 30 de abril de 2002, en lugar del 1 de abril del 2002.³⁷¹ Esta nueva afirmación está en total contradicción con los alegatos por escrito de la parte demandante, en los que constantemente alegaron que sus derechos sobre La Canícula y la propiedad de la Concesión fueron adquiridos el 1 de abril de 2002:
- Memoria de la parte demandante: "*El 1 de abril de 2002, Inversiones Cotsco adquirió los derechos de propiedad sobre una parcela de tierra en poder de La Canícula, por un monto de 100.000 CRC.*"³⁷²
 - Memorial de Contestación de la parte demandante: "*[E]l 1 de abril de 2002 el señor Aven celebró un acuerdo de compra-venta, endoso y transferencia de Acciones con Carlos Alberto Monge Rojas y Pacific Condo Park, de conformidad con el cual adquirió*

³⁶⁶ **RLA-27**, *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, Caso ICSID No. ARB(AF)/07/2, Laudo, 13 de agosto de 2009, paras. 166-167.

³⁶⁷ Id., para. 170.

³⁶⁸ Id., para. 175.

³⁶⁹ Réplica de los demandantes, párr. 341; Segunda declaración testimonial de David Aven, párr. 27.

³⁷⁰ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 135: 11-13.

³⁷¹ Id.

³⁷² Memoria de los demandantes, párr. 36(B).

(1) la totalidad de las acciones de La Canícula de su único accionista, el señor Monge.³⁷³

638. La parte demandante han cambiado la fecha de adquisición de la tierra en un intento desesperado por evitar la aplicación de la sanción prevista en el Artículo 53 de la Ley ZMT. La parte demandante alegan ahora que tanto el Acuerdo de compra-venta, Endoso y Transferencia de Acciones (referido por la demandada como "**SPA**") como el Acuerdo de Fideicomiso fueron firmados el 30 de abril de 2002. Así, según esta nueva serie de hechos planteada por la parte demandante, la totalidad de las acciones de La Canícula habría sido trasladada directamente del señor Monge al fideicomiso que sería administrado por el Banco Cuscatlán (el "**Fideicomiso**"), y no al señor Aven. La demandada rechaza estos intentos improvisados de la parte demandante para alterar en su beneficio pruebas ya presentadas.
639. Sin embargo, la nueva alegación de la parte demandante es irrelevante, ya que tanto el SPA (Anexo C-8) como el Contrato de Fideicomiso (Documento Probatorio C-237), demuestran que el señor Aven adquirió la totalidad de las acciones de La Canícula y que, como su único propietario, las transfirió al Fideicomiso.
640. Primero, el SPA muestra que el señor Aven, en calidad de "Comprador", adquirió del señor Monge la totalidad de las acciones de La Canícula (uno de los vendedores):

SECOND CLAUSE: Purchase-sale, endorsement and transfer: Being the information provided to the BUYER by the SELLERS and the COMPANIES accurate, valid, correct and complete, in relation thereto, to their assets and the shares of the COMPANIES owned by the SELLERS, and, being the declarations, consents, affirmations, promises and guarantees made by the SELLERS and the COMPANIES accurate, valid, correct and complete, the BUYER herein acquires the shares of the COMPANIES, and the SELLERS herein sell, endorse and transfer to the BUYER the totality of the shares they own in the COMPANIES.

FOURTH CLAUSE: Ownership and full possession: The BUYER herein becomes the total and absolute proprietor of all of the shares of the COMPANIES and enters into full possession thereof, and thus, of all that forming the assets of the COMPANIES, without any limitation, condition or restriction whatsoever.

374

641. Es por esta adquisición que el señor Aven perdió los derechos sobre La Canícula de ahí en adelante. El Artículo 47 de la Ley ZMT establece que la transferencia de más del 51% de las acciones de un concesionario a un extranjero carecerá de toda validez.³⁷⁵ Por lo tanto, en esta etapa, la parte demandante perdieron sus participaciones en La Canícula.

³⁷³ Réplica de los demandantes, párr. 341.

³⁷⁴ C-8.

³⁷⁵ C-221.

642. En una segunda etapa y después de adquirir esas acciones y convertirse en su único propietario, el señor Aven, en calidad de fideicomitente, las transfirió al Fideicomiso. El único medio legal que le hubiese permitido al señor Aven transferir esas acciones a un fideicomiso, en su carácter de fideicomitente, era haber sido su propietario. Como afirma la máxima latina, "*nadie puede dar lo que no tiene*" (*Nemo dat quod non habet*).
643. El señor Aven, por lo tanto, transfirió la totalidad de las acciones al Fideicomiso. Los considerandos del Acuerdo de Fideicomiso lo confirman:

DAVID AVEN, who uses no second surname as means of identification, of legal age, married one time, investor, citizen of the United States, resident of Florida, United States of America, Penthouse D 2929 E. Comercial Blvd.. Fort Lauderdale, Fl 33308, bearing passport number 092079784, hereinafter and for the purposes of this agreement designated "TRUSTOR",

376

644. Si el SPA y el Acuerdo de Fideicomiso se hubieran firmado al mismo tiempo y las acciones no se hubieran transferido al señor Aven, entonces el señor Monge, su propietario original, habría aparecido como fideicomitente. Es decir, si la parte demandante hubiesen querido evitar infringir el Artículo 47 de la Ley ZMT, el señor Monge debería haber aparecido como fideicomitente y propietario de la totalidad de las acciones.
645. La duración de la conducta ilegal es irrelevante para la aplicación de las sanciones que impone la legislación costarricense. El Dr. Jurado declaró precisamente sobre la falta de pertinencia de la duración de la ilegalidad a los efectos de la sanción:

"P: ¿Qué sucede si la acción incoada por la entidad -en este caso para el argumento digamos que es la Municipalidad- inicia su acción después de que se ha subsanado esa violación, es decir que ya no existe más esa violación, aunque la violación sí existió por algunos pocos días?

R: Eh, habría que tener claro cuál sería la gravedad del vicio que implica que se haya modificado el porcentaje accionario. Yo diría que el vicio es absoluto, de nulidad absoluta de la concesión, y no es convalidable.

Es decir, una vez que se produjo habría que proceder a la cancelación de la concesión, aunque después se restaure el porcentaje."

Contrainterrogatorio a Julio Jurado, Transcripción del Día 5, 1176: 11-22; 1177:1-2.

646. La fuente jurídica que respalda el dictamen del Dr. Jurado se encuentra en los artículos 835 y 837 del Código Civil de Costa Rica.³⁷⁷ El artículo 835 establece que un contrato sufriría de un "*vicio de nulidad absoluta*" si el acto incumple cualquier requisito que exija la ley. A su vez, el artículo 837 establece los efectos de la nulidad absoluta de los contratos

³⁷⁶ C-237.

³⁷⁷ R-534, Artículos 835 y 837 del Código Civil de Costa Rica

y dispone que un vicio de este tipo no puede ser subsanado por la ratificación posterior de las partes.

647. Por lo tanto, es evidente que la adquisición, por parte del señor Aven, de la totalidad de las acciones de La Canícula y la consiguiente falta de cumplimiento de la regla del 51% implica la pérdida de sus derechos de adquisición de la Concesión y, por lo tanto, la parte demandante no tienen ningún derecho sobre la misma.

4. La falta de evidencia muestra que, a la fecha de terminación del Contrato de Fideicomiso, el señor Aven tenía en su poder la totalidad de las acciones de La Canícula, en violación de la Ley ZMT

648. El segundo momento en que el señor Aven tenía en su poder la totalidad de las acciones de La Canícula fue tras la terminación del Contrato de Fideicomiso.

649. El Contrato de Fideicomiso estaba condicionado a dos eventos establecidos en el Contrato de Opción: (i) el otorgamiento de la concesión a La Canícula; y (ii) el pago a los beneficiarios del fideicomiso, el señor Monge y Pacific Condo Park S.A.³⁷⁸ La concesión le fue otorgada a La Canícula el 5 de marzo de 2002.³⁷⁹ En cuanto a la segunda condición, la Cláusula Tercera del SPA estableció que el señor Aven les pagaría al señor Monge y a Pacific Condo Park S.A. la totalidad del precio de compra en un período de doce meses a partir de la firma del SPA.³⁸⁰ Eso sería el 1 de abril de 2003. Así, tras el pago de la última cuota, el Fideicomiso expiró.

650. Durante la Audiencia, la parte demandante alegó que el Artículo 659 del Código de Comercio debía aplicarse a la extinción del fideicomiso.³⁸¹ El Artículo 659 establece que:

"Artículo 659 - El fideicomiso se extinguirá:

- a) **Por la realización del fin que éste fue constituido, o por hacerse éste imposible;**
- b) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a que está sujeto;
- c) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario. [...]
- d) Por revocación que haga el fideicomitente [...]
- e) Por falta de fiduciario cuando existe imposibilidad de sustitución."³⁸²
(énfasis añadido).

651. La aplicación del Artículo 659 nos lleva a la misma conclusión alcanzada por la demandada en su dúplica. El Contrato de Fideicomiso fue terminado por la realización del fin para el que fue constituido; Posteriormente, la **totalidad de las acciones** se revirtieron al señor Aven, el fideicomitente, en violación de la Ley ZMT.

³⁷⁸ C-27.

³⁷⁹ C-28.

³⁸⁰ C-8.

³⁸¹ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 137: 5-8.

³⁸² C-299.

652. Durante la Audiencia, el experto de la parte demandante, el señor Ortiz, también sostuvo que:

"...cuando pudiésemos hipotéticamente aceptar que con el mero transcurso del plazo del fideicomiso inmediatamente se trasladaron las acciones o revirtieron las acciones al señor Aven, lo cierto es que esos son dos momentos jurídicos diferentes, porque para que se dé el traspaso de acciones se deben dar dos actos jurídicos. El primero es el endoso nominativo de las acciones, y el segundo es el registro del traspaso de la titularidad a las acciones en el libro de accionistas."³⁸³

653. La parte demandante no han revelado ninguna evidencia de los hechos mencionados por el señor Ortiz. Por el contrario, la evidencia sugiere lo contrario. La parte demandante no han presentado ninguna prueba para demostrar:

- La disolución y liquidación del Contrato de Fideicomiso;
- La transferencia del 49% de las acciones de La Canícula a la parte demandante;
- La transferencia del 51% de las acciones de La Canícula a Paula Murillo.

654. La parte demandante intentan excusar estas lagunas importantes en las pruebas sobre su historial de propiedad de La Canícula apoyándose en un presunto robo en las oficinas de Las Olas en 2012.³⁸⁴ Incluso si pudiéramos aceptar que realmente se produjo un "robo" en las oficinas de Las Olas, ¿por qué el SPA, el Contrato de Fideicomiso y las "cartas de intención" dirigidas a la señora Murillo sobrevivieron el robo, mientras que los certificados de acciones y los libros de las empresas no lo hicieron?

655. Por otra parte, la parte demandante no han presentado los certificados de acciones ni los libros de las empresas con fecha posterior al presunto robo. Teniendo en cuenta que la parte demandante utilizaron un sistema informal de contabilidad durante la operación del proyecto Las Olas, no es descabellado inferir que la parte demandante nunca emitieron certificados de acciones ni registraron las participaciones en los libros de las empresas antes de su decisión de iniciar el presente arbitraje en 2013. Fue solo en marzo de 2013 cuando la parte demandante registraron libros de accionistas de reemplazo concedidos por nada menos que el abogado personal del señor Aven, D. Manuel Ventura.³⁸⁵

656. El señor Shioleno, uno de la parte demandante en este arbitraje, admitió que nunca recibió certificados de acciones de parte del señor Aven:

³⁸³ Interrogatorio a Luis Ortiz, Transcripción del día 4, 1240: 21-22; 1241: 1-9.

³⁸⁴ Segunda declaración testimonial de David Aven, párr. 32.

³⁸⁵ Segunda declaración testimonial de David Aven, párr. 32.

"P: Y es lo que dice en párrafos 15 y 16 de 12 la declaración. ¿Se le dieron algún certificado de acción?

R: No, nunca recibí ningún certificado de 15 acción."

Contrainterrogatorio a Jeffrey Shiolen, Transcripción del Día 2, 331: 11-15.

657. Si las Empresas fueron constituidas antes de 2012, ¿por qué ninguno de la parte demandante tenía en ese momento sus correspondientes certificados de acciones? La inexistencia de estos documentos también fue confirmada por el testimonio del señor Aven, que contradijo los propios escritos de la parte demandante cuando admitió que el Acuerdo de 2005 entre el señor Aven y la señora Paula Murillo (Documento Probatorio C-242) fue simplemente una "*Carta de intención*", pero no una prueba de que a "*la señora Murillo se le cedió el 51% de las acciones de La Canícula y que la señora Murillo acordó ceder todos los beneficios futuros generados por La Canícula*".³⁸⁶ Durante el interrogatorio del señor Siqueiros, el señor Aven confirmó que este "acuerdo" solo era una carta de intención y no una prueba de una cesión del 51% de las acciones a la señora Murillo:

PRESIDENTE SIQUEIROS: Su pregunta es la siguiente. Al leer este documento veo que no hay ninguna transferencia de titularidad porque se hace referencia a un servicio que va a brindar la señora Murillo, que ella no es la titular verdadera. No va a recibir los ingresos, cualquier beneficio empresarial, y usted puede reemplazarla en cualquier momento con otra persona sin pagarle ningún precio, simplemente al nombrar a otra persona."

Contrainterrogatorio a David Aven, Transcripción del Día 3, 865: 7-16.

"Lo que ocurre para registrar la titularidad es: hay un libro de accionistas y hay que registrar la participación de cada accionista en ese libro. Y al hacer un cambio hay una reunión y hay que registrar que esta persona va a transferir sus acciones a otro costarricense, **era una carta de intención entre la señora Murillo y los inversores estadounidenses, pero el evento en sí tuvo lugar cuando Juan Carlos dimitió y se registró el nombre de Paula en este libro de accionistas como dueña de un 51 por ciento.**" (énfasis añadido)

Contrainterrogatorio a David Aven, Transcripción del Día 3, 867: 1-11.

658. Aparte del hecho de que la parte demandante no ha podido demostrar la titularidad de la señora Murillo del 51% de La Canícula entre el período comprendido desde la terminación del Fideicomiso hasta la ejecución por parte del señor Ventura de registros sustitutos en 2013, la parte demandante insinúan que una infracción *de minimus* de la regla del 51% no puede servir de base para la cancelación de la Concesión. La demandada no está de acuerdo. El Dr. Jurado y las disposiciones del Código Civil citadas anteriormente confirman la posición de la demandada.

³⁸⁶ Memorial de Contestación de la demandada, párr. 337.

659. Dada la explicación engañosa e incompleta de la parte demandante acerca de su cadena de titularidad y la operación de la Concesión, la demandada solicita al Tribunal hacer una inferencia adversa contra la parte demandante por no revelar las pruebas documentales necesarias para demostrar la legitimidad de la titularidad de sus presuntas participaciones en La Canícula. No le corresponde a la demandada demostrar un hecho negativo (que la señora Murillo no era propietaria de La Canícula después de la terminación del Contrato de Fideicomiso), sino a la parte demandante demostrar que "cumplieron en todo momento con la regla del 51%" para poder afirmar que la Concesión forma parte de su presunta inversión. Es evidente que la parte demandante no han cumplido con esta carga de prueba.

5. La constitucionalidad de la regla del 51% impide que la defensa de la parte demandante alegue una presunta discriminación contra extranjeros

660. Durante la audiencia, en una demostración de su parcialidad y de su falta de conocimientos especializados en las materias sobre las que estaba testificando, el señor Ortiz trató de justificar el incumplimiento de la parte demandante de la regla del 51% mediante dos argumentos inverosímiles: (i) la presunta violación de las leyes internacionales de derechos humanos debido a la discriminación injustificada entre nacionales y extranjeros; y (ii) la inconstitucionalidad de las disposiciones relativas a la regla del 51% en la Ley ZMT.³⁸⁷

661. En cuanto al primer argumento del señor Ortiz, su referencia al caso *Ivcher Bronstein v Perú* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos está totalmente fuera de lugar. Así como el profesor Nikken le aclaró al señor Ortiz, *Ivcher Bronstein v Perú* de ninguna manera se ocupó de un tema de discriminación comparable a la regla del 51%.³⁸⁸ Aparte del hecho de que la parte demandante no han presentado la decisión como prueba, lo cual, en sí mismo, justifica desestimar la posición de la parte demandante sobre discriminación, la parte demandante simplemente no tienen ningún base para su proposición de que la regla del 51% de la ley ZMT de alguna manera infringe los principios de derechos humanos sobre la no discriminación.

662. El segundo argumento del señor Ortiz también colapsa. El Dr. Jurado explicó que la Sala Constitucional, en su Sentencia N° 11351 del 29 de junio de 2010, ya había confirmado como constitucional la justificación de la regla del 51% que figura en el Artículo 47 de la

³⁸⁷ Interrogatorio a Luis Ortiz, Transcripción del día 4, 1241: 22; 1242: 1-6. ("*Pero aunque admitiéramos que efectivamente se dio el traspaso de titularidad y que durante algún momento el 51 por ciento estuvo en manos de un extranjero, lo cierto es que este es un caso que ya ha sido resuelto por la Corte Interamericana Sobre Derechos Humanos y la Sala Constitucional.*")

³⁸⁸ Contrainterrogatorio a Luis Ortiz, Transcripción del día 5, 949: 2-13.

Ley ZMT. En esa Sentencia la Sala rechazó la afirmación de que el Artículo 47 contiene disposiciones discriminatorias inconstitucionales.³⁸⁹ El Dr. Jurado declaró que:

"Sé que ha sido cuestionada la constitucionalidad en esta disposición, con todo el respeto y sin entrar a determinar si eso puede ser constitucional o no en términos teóricos, la Sala ya ha abordado ese tema en una sentencia, y no por problemas de forma sino por problemas de fondo, y ha dicho que esa discriminación es legitimidad desde el punto de vista constitucional en una sentencia de 2010. Por diversas razones que ha desarrollado la Sala, tiene que ver con el carácter demanial público del bien y ha mantenido la constitucionalidad de esta disposición.

Obviamente, el legislador podría eventualmente cambiar esto sin ningún problema, pero no lo ha decidido cambiar y la Sala lo que ha dicho es que la decisión del legislador es conforme con la Constitución. No hay violación al texto constitucional."

Interrogatorio al Dr. Julio Jurado, Transcripción del Día 5, 1089: 5-22.

663. Para debilitar la resolución de la Sala Constitucional, la parte demandante se basan en la opinión discrepante de la Magistrada Calzada, quien sostuvo que la regla del 51% debía derogarse debido a cuestiones de transparencia.³⁹⁰ Es decir, el dictamen de la Magistrada Calzada ni siquiera tiene relación con cuestiones de discriminación. Pero lo más importante es que la opinión de la Magistrada Calzada no tiene ningún efecto vinculante. Como debería haber declarado el señor Ortiz, si hubiera valorado su misión como presunto experto *vis a vis* el Tribunal, en el marco de la legislación costarricense debido a que la mayoría de la Sala Constitucional confirmó la constitucionalidad del Artículo 47,³⁹¹ la opinión de la Magistrada Calzada es irrelevante para los efectos vinculantes del Artículo 47. Por lo tanto, la afirmación de la parte demandante de que la regla del 51%, contenida en el Artículo 47 de la Ley ZMT, es inconstitucional, es claramente errónea y engañosa.
664. Por último, el señor Ortiz también se refirió a una Sentencia de la Sala Constitucional conocida como el "caso Taca", donde, según él, el tribunal declaró inconstitucional una ley que *"prohibía que los certificados de explotación aeronáutica estuvieran en manos de extranjeros"*.³⁹² Aun cuando en este caso se trataron temas de nacionalidad como la Sentencia N° 11351, la Sala declaró inconstitucional la norma estaba siendo impugnada únicamente sobre la base de que una limitación de un derecho fundamental no puede estar contenida en un reglamento, sino solo en leyes promulgadas por el Poder

³⁸⁹ C-310.

³⁹⁰ C-310.

³⁹¹ De acuerdo con los Artículos 170 y 171 del Código Procesal Civil de Costa Rica, el voto de mayoría de un tribunal es necesario para que exista una resolución vinculante. En este caso, cuando se cuestionó la constitucionalidad de esta disposición de la Ley ZMT, 7 de los 8 magistrados aprobaron la decisión de confirmar su constitucionalidad.

³⁹² Interrogatorio a Luis Ortiz, Transcripción del día 4, 1243: 2-4.

Legislativo.³⁹³ Una vez más, si el señor Ortiz hubiera dicho la verdad en su testimonio, habría señalado al Tribunal que la Sala no respondió a alegaciones relativas a la discriminación ilegal de extranjeros. En lugar de ello, debido a lo que solo puede ser visto como un desafortunado malentendido en cuanto a su papel en este proceso, el señor Ortiz eligió engañar y confundir al Tribunal en este punto.

665. En resumen, ninguno de los testimonios del señor Ortiz apoyan con credibilidad las explicaciones débiles de la parte demandante en cuanto al carácter obligatorio de la regla del 51% y las consecuencias legales de su incumplimiento. Al violar deliberadamente el Artículo 47 de la ley ZMT, la adquisición por el señor Aven de la participación en La Canícula no es válida, y el Tribunal no puede mantener su jurisdicción respecto de cualquier reclamación relacionada con esa propiedad.

6. La parte demandante evadieron el procedimiento apropiado para adquirir sus participaciones en La Canícula

666. El Tribunal ha preguntado por qué la Municipalidad no ha anulado la adquisición de la Concesión por parte de la parte demandante. Como se explicó en los párrafos 194 a 197 de la dúplica, la demandada solo se enteró de la adquisición ilegal de las acciones de La Canícula durante el transcurso de este arbitraje. Bajo las leyes de Costa Rica, la información sobre los accionistas de las sociedades constituidas en Costa Rica no se registra en un registro público.³⁹⁴
667. Según el Reglamento de la Ley ZMT, las pocas ocasiones en las que una municipalidad podría solicitar información relativa a la participación accionaria de un titular de una concesión son (i) en el momento de hacer la solicitud de la concesión, (ii) si el titular solicita una renovación de la concesión; o (iii) si se hace una solicitud de transferencia de la concesión.³⁹⁵ En este caso, el señor Aven, con el propósito de evadir la regla del 51%, se aseguró de que antes de celebrar el SPA con el señor Monge, él, como ciudadano costarricense, recibiera la Concesión.
668. El 6 de febrero de 2002, el señor Aven celebró el Acuerdo de Opción con el señor Monge para adquirir la propiedad N° 6-001004-Z-000 (propiedad de La Canícula).³⁹⁶ La compra fue supeditada a que se otorgara la Concesión a La Canícula.
669. El 5 de marzo de 2002, el Instituto Costarricense de Turismo otorgó la Concesión a La Canícula tras verificar que el señor Monge era el ciudadano costarricense dueño de la totalidad de las acciones de La Canícula. Hasta este punto, el otorgamiento de la

³⁹³ **R-559** Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 2006-011560, 9 de agosto de 2006.

³⁹⁴ **R-214**, Artículo 24 de la Constitución de Costa Rica, 1949; **R-566**, disposiciones del Código de Comercio relativas a la información sobre accionistas.

³⁹⁵ **R-563**, Artículos 30, 50 y 59, Reglamento de la Ley ZMT.

³⁹⁶ C-27.

Concesión se hizo en acuerdo con la ley y ni la Municipalidad ni el Instituto Costarricense de Turismo tenían información que los hiciera cuestionar la legalidad de este acto.

670. La parte demandante fueron displicentes, por decir lo menos, de las normas de la legislación costarricense que regían la creación de su inversión. En consecuencia, a la parte demandante no se les debe permitir reclamar más de cien millones de dólares a la República de Costa Rica por su presunta inversión. Las presuntas adquisiciones por parte de la parte demandante del terreno de la Concesión y de La Canícula fueron ilegales y, respetuosamente, la jurisdicción sobre cualquier reclamación relacionada con estos terrenos debe ser desestimada.
671. Solo después de que el señor Monge aseguró la Concesión, el señor Aven celebró el SPA para adquirir la totalidad de las acciones de La Canícula. Por lo tanto, los organismos costarricenses no tuvieron oportunidad de descubrir que la adquisición de La Canícula por parte del señor Aven –después de otorgada la Concesión– era ilegal.
672. Como defensa a la falta de conocimiento de la Municipalidad, la parte demandante han anticipado en su carta al Tribunal con fecha de 6 de enero de 2017 que *"la Municipalidad supo en todo momento que el señor David Aven y la parte demandante eran los propietarios beneficiarios de La Canícula"*. La parte demandante no han presentado ninguna prueba de esto. La Municipalidad no tenía ninguna forma posible de enterarse de las irregularidades realizadas por la parte demandante porque el señor Aven adquirió La Canícula solo después de que al señor Monge se le otorgara la Concesión y, posteriormente, el señor Aven nunca reveló a esa dependencia sus tratos con el Banco Cuscatlán o la señora Murillo.
673. Además, en esa misma carta, la parte demandante alegan que la Municipalidad *"trató regularmente con el señor Aven como representante de La Canícula"*. Las diapositivas 47 a 49 de la prueba demostrativa ofrecida durante la declaración final de la parte demandante parece apoyar esta afirmación. Estas diapositivas muestran cartas del archivo de la SETENA asignado a la Concesión (Documento Probatorio C-223), dirigidas al SETENA y no a la Municipalidad, donde el señor Aven aparece como Presidente y representante legal de La Canícula.
674. La parte demandante confunden la prohibición establecida en la Ley ZMT. La prohibición se refiere a la propiedad de las acciones de una empresa que recibe una Concesión. La prohibición no impide que un extranjero actúe como representante legal ni que ocupe un puesto en la Junta Directiva (Presidente) en una empresa que reciba una concesión. La distinción entre un accionista de una empresa y el representante legal o presidente de una empresa es un concepto tan básico del derecho empresarial que la demandada considera que no son necesarias mayores explicaciones.

675. Finalmente, la demandada ha observado que la diapositiva 49 de la prueba demostrativa ofrecida durante la declaración final de la parte demandante contiene un extracto del Documento Probatorio C-305 propuesto por la parte demandante. La demandada exige que esta referencia y su contenido sean eliminados del expediente y se reserva el derecho de objetar a cualquier referencia a este documento por parte de la parte demandante o del Tribunal.

7. Conclusión

676. La parte demandante afirman que su presunta inversión se compone de acciones de las Empresas y de las parcelas de terreno propiedad de esas Empresas, incluidas sus participaciones en La Canícula y el sitio de la Concesión. A la parte demandante les incumbía establecer la legalidad de su cadena de propiedad en La Canícula como una condición previa necesaria para plantear su reclamación. La parte demandante debían asumir la carga de la investigación y la presentación de documentos que demuestren que la parte demandante cumplieron con las leyes locales vigentes en el momento de establecer su presunta inversión. La parte demandante claramente han fracasado en satisfacer esa responsabilidad y por lo tanto no pueden argumentar que el sitio de la Concesión constituye una inversión protegida por el Artículo 10.28 del DR-CAFTA.

677. Por lo tanto, el Tribunal debe rechazar la jurisdicción sobre cualquier reclamo relacionado con el sitio de la Concesión y las participaciones de la parte demandante en La Canícula.

VI. ADMISIBILIDAD DE LOS RECLAMACIONES

A. La conducta ilícita e ilegal de la parte demandante en la operación de su presunta inversión convierte en inadmisibles sus reclamaciones

678. La parte demandante no puede beneficiarse de las protecciones del DR-CAFTA debido al número de ilegalidades cometidas durante la operación de su presunta inversión en Costa Rica.³⁹⁷ Como se demostró en la Sección III anterior, las evidencias corroboran cada una de estas ilegalidades.³⁹⁸

1. El derecho internacional no defiende la protección de reclamaciones ilegales

679. Según el derecho internacional, los inversionistas quedan excluidos de la protección sustantiva de un tratado de inversión cuando han *adquirido* u *operado* su inversión de manera ilegal. Cada una de las circunstancias descritas en la Sección III del Resumen, detalladas en la dúplica³⁹⁹, han demostrado que la parte demandante: (i) engañaron a las autoridades de Costa Rica al omitir deliberadamente la información clave que, al mismo tiempo, les permitió disminuir la magnitud del impacto ambiental de su proyecto; y (ii) actuaron en contra de los requisitos de la legislación costarricense y el derecho internacional.

680. Las ilegalidades cometidas por la parte demandante durante su explotación de la Concesión, la ocultación de información ante las autoridades de Costa Rica, las obras no autorizadas en las Servidumbres y los daños ambientales causados al Ecosistema a Las Olas evidencian un comportamiento contrario a las leyes de Costa Rica, así como al derecho internacional.

681. La conducta indebida de la parte demandante les impide recurrir a recursos internacionales con el fin de buscar algún tipo de indemnización. En consecuencia, el Tribunal debe desestimar sus reclamaciones por motivo de inadmisibilidad.⁴⁰⁰

682. Un tribunal desestimaré un reclamo cuando (incluso si considera que se han cumplido los requisitos jurisdiccionales) el Tribunal no está dispuesto a permitir el reclamo debido a una circunstancia que limite o impida el derecho a obtener una indemnización.⁴⁰¹ Es

³⁹⁷ Contramemoria de la demandada, Párr. 426-432; Dúplica de la demandada, Sección V.

³⁹⁸ Además, en aras de la brevedad, la demandada no se refiere en su Resumen a sus alegaciones relativas a las ilegalidades cometidas durante la operación de la Concesión. La demandada remite al Tribunal a los párrafos 459-507 de la Dúplica, donde cada una de las ilegalidades fue alegada.

³⁹⁹ Véase la Dúplica de la demandada, Sección V.

⁴⁰⁰ Contramemoria de la demandada, Párr. 432; Dúplica de la demandada, Párr. 523.

⁴⁰¹ **RLA-157**, Jan Paulsson, "Jurisdiction and admissibility", en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (ICC Publishing, Publicación 693) Noviembre 2005

ampliamente reconocido que los tribunales de inversión, en el ejercicio de su jurisdicción, tienen la facultad de desestimar reclamaciones por ser inadmisibles.⁴⁰²

683. Una de las circunstancias en que un tribunal puede desestimar una reclamación por motivos de admisibilidad es si la conducta de un inversionista ha sido contraria al derecho internacional durante la operación de su inversión. El Profesor Newcombe está de acuerdo con esta proposición, cuando un tribunal se enfrenta a ilegalidades que ocurrieron después de la adquisición de la inversión:

"Una falta grave no siempre es necesariamente una cuestión de competencia jurisdiccional [...] el mismo resultado de fondo podría alcanzarse mediante la aplicación del principio de admisibilidad de fondo. Cuando un inversionista cumple con las condiciones técnicas de la competencia [...] el tribunal debe proceder a ejercer su poder decisorio, en lugar de invocar requisitos jurisdiccionales adicionales".⁴⁰³ (énfasis añadido)

"Esto no debe implicar que la ilegalidad, la corrupción u otras faltas graves no puedan ser nunca cuestiones jurisdiccionales. Si existe una conducta ilegal en la adquisición de una inversión, para empezar podría no haberse adquirido ningún derecho de propiedad en el marco de la legislación del Estado anfitrión. En este caso, a efectos del tratado de inversión podría no existir una inversión. En tal caso, un Tribunal carecería de competencia *ratione materiae*."⁴⁰⁴ (énfasis añadido)

"Utilizar un enfoque de admisibilidad parece ser particularmente adecuado en casos graves donde la conducta indebida en cuestión deba ser denunciada de forma explícita. El tribunal, en ejercicio de su competencia, envía un mensaje muy fuerte cuando afirma que, a pesar de tener jurisdicción, no está dispuesto a permitir que un reclamo proceda."⁴⁰⁵ (énfasis añadido)

684. En *Plama v Bulgaria*, la conducta dolosa del inversionista no fue considerada como una cuestión de jurisdicción, sino como una cuestión que afectaba la inadmisibilidad de fondo de la reclamación.⁴⁰⁶ Dado que las impugnaciones de la demandada de las reclamaciones de la parte demandante se refieren a las ilegalidades cometidas *durante la ejecución* de la inversión, el Tribunal debe considerarlas como una barrera para admitir la admisibilidad de las reclamaciones de la parte demandante.
685. Si bien es cierto que la mayoría de las decisiones concernientes a actuaciones dolosas de inversionistas se centran en la presunta conducta indebida durante el proceso inicial de la inversión (lo que ha llevado a los tribunales a analizar si tienen jurisdicción),⁴⁰⁷ en algunos

⁴⁰² RLA-16, Andrew Newcombe, "Investor Misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits?" en *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (2012), p. 196.

⁴⁰³ RLA-16, *Id.*, at p. 198.

⁴⁰⁴ RLA-16, *Id.*, at p. 198, fn. 49.

⁴⁰⁵ RLA-16, *Id.*, at p. 199.

⁴⁰⁶ RLA-12 *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Caso ICSID No. ARB 03 24, Laudo, 27 de agosto de 2008

⁴⁰⁷ RLA-158, Andrew Newcombe and Jean-Michel Marcoux, "Hesham Talaat M Al-Warraq v Republic of Indonesia. Imposing international obligations on foreign investors" *ICSID Review*, Vol. 30, No. 3 (2015) 525–532, p. 525.

casos se han hecho declaraciones generales en apoyo de la afirmación de que las ilegalidades que se produzcan durante la realización de la inversión no pueden protegerse.

686. A saber, en *Plama v Bulgaria*, a pesar de que la ilegalidad se produjo en el establecimiento de la inversión, el tribunal estaba preparado para determinar inadmisibles las reclamaciones independientemente de que la ilegalidad se produzca *antes* o *después* del establecimiento de la inversión:

"El Tribunal es de la opinión de que la otorgar las protecciones del ECT a la inversión de la demandante sería contrario al principio ***nemo auditur propriam turpitudinem allegans*** invocado anteriormente. También sería contrario a la **noción básica de la política pública internacional** de que un tribunal no debe hacer valer un contrato obtenido por medios ilícitos (manifestación dolosa)."⁴⁰⁸ (énfasis añadido)

687. El razonamiento que sostiene este enfoque también se mantuvo en *Inceysa v El Salvador*, donde el tribunal declaró:

"[N]ingún sistema jurídico basado en fundamentos racionales permite al autor de **actos claramente ilegales beneficiarse de ellos**."⁴⁰⁹ (énfasis añadido)

688. El fallo en *Al-Warraq v Indonesia*⁴¹⁰ contribuye al mismo enfoque. A diferencia de otros casos en los que la reclamación de un inversionista ha sido desestimada a causa de la conducta del inversionista en relación con la *adquisición* de la inversión, el caso *Al-Warraq* tuvo que ver con presuntas ilegalidades durante la *operación* de la inversión. Aunque se ocupó de la conducta dolosa de un inversionista durante la operación de la inversión como una *cuestión de fondo*–, debido a las particularidades del caso se –consideró que tal conducta privaba al inversionista de la protección conferida por el tratado pertinente.

689. En suma, el derecho internacional ha sido consistente en desestimar los reclamos de inversionistas cuando están contaminados con ilegalidades cometidas durante la operación de la inversión. Por lo tanto, la conducta ilegal de la parte demandante durante la operación de su inversión tiene el efecto de que cualquier reclamación basada en dicha conducta deba ser excluida de la protección del DR-CAFTA.

690. Si el Tribunal ignorara su facultad inherente para evaluar la conducta ilegal como un factor de descalificación para la protección de una inversión presuntamente protegida, la excepción de orden público contenida en la Convención de Nueva York (1958) podría, en última instancia, intervenir como protección contra el respaldo a una conducta ilegal.

⁴⁰⁸ **RLA-12**, *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso ICSID No. ARB 03 24, Laudo, 27 de agosto de 2008, Párr. 12.

⁴⁰⁹ **RLA-11**, *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*, Caso ICSID No. ARB 03 26, Laudo, 2 de agosto de 2006, Párr. 244, 249.

⁴¹⁰ **RLA-159**, *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. República de Indonesia*, UNCITRAL, Laudo final, 15 de diciembre de 2014.

2. Los argumentos de la parte demandante no han logrado camuflar las ilegalidades incontestables asociadas a su inversión

691. En su Memorial de Réplica, la parte demandante hizo un muy breve defensa del argumento de ilegalidad propuesto por la demandada. No obstante, con la oportunidad brindada por la Audiencia, la parte demandante ahondaron en su teoría del caso y plantearon nuevos argumentos en este sentido. Durante su declaración introductoria, solo dedicaron unos pocos minutos para referirse a las ilegalidades planteadas por la demandada, mientras que en la declaración final no le dedicaron ningún tiempo. En su lugar, la estrategia de la parte demandante fue escribir una especie de respuesta a la dúplica en su prueba demostrativa.

692. En consecuencia, en el ejercicio de su derecho a réplica y para ayudar al Tribunal en su decisión, la demandada ha hecho todo lo posible para seguir e interpretar los argumentos de la parte demandante presentados en sus pruebas documentales. Sin embargo, Costa Rica se reserva el derecho de réplica en caso de que la parte demandante decidan plantear un nuevo argumento que diverja de la interpretación que ha hecho la demandada de su posición. Es inaceptable que en la declaración final y en los escritos posteriores a la audiencia Costa Rica esté obligada a reaccionar a nuevas iteraciones del caso de la parte demandante.

i) La "teoría jurisdiccional innovadora" de la demandada

693. En su Declaración de Apertura durante la Audiencia de diciembre, la parte demandante insistió en que la demandada "*inicialmente fundamentó esta objeción en particular en una teoría jurisdiccional inventiva*", pero que "*reformularon su objeción para la dúplica*".⁴¹¹ Tras esta afirmación, insinuaron que la razón del presunto ajuste es que la jurisprudencia citada por la demandada era irrelevante para su posición, dado que tenía que ver con el cumplimiento de una cláusula de la legislación local, ausente en el DR-CAFTA.⁴¹²

694. Por el contrario, y como se indicó anteriormente, la demandada siempre ha enmarcado su argumento como una barrera contra la admisibilidad de las reclamaciones de la parte demandante.⁴¹³ Además, si la demandada hubiera considerado que la jurisprudencia presentada en la contramemoria no era útil, no la habría reiterado en su Dúplica.

j) La alegación de la parte demandante de que el DR-CAFTA no incorpora una defensa por motivo de admisibilidad

695. En sus observaciones a la prueba presentada durante sus declaraciones iniciales la parte demandante alegaron que:

⁴¹¹ Declaración introductoria de los demandantes, prueba demostrativa, diapositiva 19; Réplica de los demandantes, Párr. 39.

⁴¹² Declaración introductoria de los demandantes, 101: 15-22; 102: 1-3.

⁴¹³ Contramemoria de la demandada, Párr. 432; Dúplica de la demandada, Párr. 523.

"[S]implemente no existe base alguna en el texto del tratado para la interposición de una etapa preliminar en la que a la demandada se le concede la oportunidad de emprender un esfuerzo *post hoc* para buscar pruebas potencialmente descalificadoras relacionadas con un presunto incumplimiento por parte del inversionista de la legislación del Estado anfitrión [...]."⁴¹⁴

696. El hecho de que ni el DR-CAFTA ni el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se refieran expresamente a una etapa de admisibilidad no impide que un tribunal arbitral en materia de inversiones emita una resolución en este sentido. Por el contrario, se ha sostenido que esta es una facultad inherente a un tribunal arbitral, independientemente de si existe una disposición expresa:

"A pesar de la ausencia de una referencia expresa al concepto de admisibilidad en los reglamentos de arbitraje, debe considerarse que los tribunales de arbitraje en materia de inversiones, como criaturas de derecho internacional público, tienen competencia inherente o incidental para decidir si una reclamación es inadmisibles por abusos de proceso u otras formas graves de conducta dolosa."⁴¹⁵

697. Por lo tanto, la falta de una disposición expresa en las normas procesales aplicables no impide que este Tribunal dicte una resolución sobre la admisibilidad.

k) El malentendido de la parte demandante respecto del "cumplimiento de la legislación local"

698. La parte demandante alegan que, debido a que el DR-CAFTA no contiene una disposición que indique "*de conformidad con la legislación local*", la demandada no puede plantear su defensa basada en admisibilidad.⁴¹⁶

699. A pesar de que el DR-CAFTA no exige *explícitamente* que una inversión deba hacerse de conformidad con la ley del Estado anfitrión, implícitamente establece la inadmisibilidad de las reclamaciones basadas en inversiones que hayan sido operadas de manera ilegal. Sería perverso sugerir lo contrario: esencialmente, que aun si existiera una conducta criminal en el seno de una inversión, aun así la actividad de inversión sería legal y podría recibir protección internacional.

700. El Artículo 1.2 establece la promoción de condiciones de competencia leal en una zona de libre comercio a través de la aplicación de muchos principios, como por ejemplo la transparencia. Por lo tanto, no puede pasarse por alto que el objetivo último del Tratado es fortalecer el estado de derecho entre las Partes. En consecuencia, el Tratado debe interpretarse de una manera coherente con este objetivo, y cualquier intento de

⁴¹⁴ Declaración introductoria de los demandantes, prueba demostrativa, diapositiva 20.

⁴¹⁵ **RLA-16**, Andrew Newcombe, "Investor misconduct: Jurisdiction, admissibly or merits? En Chester Brown y Kate Miles, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (CUP 2011), p.194; **RLA-160**, *Case Concerning Northern Cameroons (Cameroon v United Kingdom)* [1963] ICJ Rep 15, Separate Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice, Párr. 106-107.

⁴¹⁶ Declaración introductoria de los demandantes, diapositiva 19; Declaración introductoria de los demandantes, 102: 1-5.

proporcionar una protección sustancial a una inversión operada de manera contraria a la ley estaría claramente opuesta a ese propósito.

701. En el caso *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones S.A. v Argentina*, el Tribunal dictaminó que la condición de no haber cometido una violación grave del ordenamiento jurídico es una *condición tácita o implícita* de cualquier tratado de inversión, porque es incomprensible que un Estado ofrezca el beneficio de una protección a través de arbitraje si el inversionista, con el fin de obtener dicha protección, ha actuado en contra de la ley.⁴¹⁷
702. El estado de derecho internacional se aplica incluso cuando el tratado pertinente no incluya un pasaje específico a tal efecto. En otras palabras, la falta de una disposición expresa que exija que una inversión se haga de acuerdo con la legislación del Estado anfitrión no excluye la facultad del Tribunal para evitar la protección de un tratado cuando se enfrenta a una ilegalidad.
703. Por ejemplo, como se mencionó antes, en *Plama v Bulgaria*, el tribunal no tuvo problema en negar la protección del tratado al enfrentarse con una ilegalidad y en ausencia de una disposición expresa que exigiera que la inversión se hubiera hecho de acuerdo con la legislación del Estado anfitrión.⁴¹⁸ Según el tribunal, el Tratado sobre la Carta de la Energía se diseñó para que, desde su adopción, fuera aplicado e interpretado de acuerdo con "*normas y principios de observancia, aplicación e interpretación de tratados generalmente reconocidos.*"⁴¹⁹
704. Así lo entendió también el tribunal en *Fraport v Filipinas*, que dictó, *obiter dicta*:
"Aun en ausencia de este tipo de requisito explícito de legalidad... sería apropiado examinar la legalidad de la inversión. Como han reconocido otros tribunales, hay un principio internacional cada vez más sólidamente establecido que hace que los recursos legales internacionales no estén disponibles para inversiones ilegales."⁴²⁰
705. Adicionalmente, en *Gustav v Ghana*, el tribunal sostuvo que, independientemente del texto del tratado, una inversión no debe estar protegida cuando se considera ilegal por la violación de principios del derecho *nacional o internacional*.⁴²¹
706. Por último, la parte demandante alega en la presentación de su Declaración de Apertura que los casos citados por la demandada, en los que los tribunales levantaron el requisito de que existiera una cláusula de "cumplimiento de la ley local", fueron motivados por un

⁴¹⁷ **RLA-14** *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de las Filipinas [II]*, Caso ICSID No. ARB/11/12, Laudo, 10 de diciembre de 2014, fn. 391.

⁴¹⁸ **RLA-12**, *Plama Consortium Limited v. República de Bulgaria*, Caso ICSID No. ARB 03 24, Laudo, 27 de agosto de 2008, Párr. 143-146

⁴¹⁹ **RLA-12**, *Id.* Párr. 138.

⁴²⁰ **RLA-14**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de las Filipinas [II]*, Caso ICSID No. ARB/11/12, Laudo, 10 de diciembre de 2014, Párr. 332.

⁴²¹ **RLA-161**, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. República de Ghana*, Caso ICSID No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, Párr. 123.

tipo de conducta evaluada como: "*un demandante aparentemente poco meritorio.*"⁴²² La demandada no ve cómo la parte demandante, acusados penalmente de rellenar humedales (cuya existencia se ha demostrado), no satisfarían la descripción de "demandantes poco meritorios."

3. Nada le impide a la demandada traer a colación las ilegalidades de la parte demandante

707. En sus alegatos, la parte demandante alegaron que, antes del presente arbitraje, nunca escucharon reclamaciones de ilegalidad de parte de la demandada.⁴²³ Sin embargo, antes de la Audiencia la parte demandante nunca presentaron argumentos a favor de precluir a la demandada traer a colación la conducta dolosa de la parte demandante como impedimento para recibir la protección otorgada por el Tratado como una cuestión de derecho internacional.
708. Como se expone en los párrafos 511-522 de la dúplica de la demandada, en virtud del derecho internacional un Estado estaría precluído de plantear la ilegalidad de la inversión cuando hubiere ratificado, a sabiendas, un comportamiento que más tarde haya querido impugnar. En otras palabras, para precluir una discusión sobre la ilegalidad, la parte demandante tendrían que demostrar que el Estado anfitrión conocía la ilegalidad antes del arbitraje.
709. Como se describió en la Sección III, en la mayoría de los casos en los que se encontraron ilegalidades antes del comienzo de este arbitraje, las mismas fueron debidamente comunicadas a la parte demandante y dieron lugar a procesos locales en contra de la parte demandante. Por lo tanto, la parte demandante no pueden alegar que esta es la primera vez que escuchan algo acerca de sus ilegalidades.
710. En relación con otras irregularidades, no fue sino hasta el presente arbitraje que la demandada se percató de ellas, debido a la ocultación de información por parte de la parte demandante ante los organismos locales o a la revelación de documentación en el presente proceso. Por lo tanto, no se le puede impedir ahora a la demandada traer a colación la conducta dolosa de la parte demandante ante este Tribunal.
711. Además, en la Audiencia, la parte demandante presentó un argumento en este sentido. Ahora la parte demandante sugieren que la demandada planteó "*alegaciones ex post facto*" en relación con las ilegalidades de la parte demandante.⁴²⁴ En este sentido, consideran que "*aceptar las alegaciones de hecho ex post facto es fundamentalmente*

⁴²² Declaración introductoria de los demandantes, prueba demostrativa, diapositiva 19.

⁴²³ Réplica de los demandantes, párr. 142.

⁴²⁴ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, día 6, diapositiva 32.

injusto porque viola el principio de contemporaneidad sobre el que se basa la competencia temporal."⁴²⁵

712. También afirman que la demandada no puede traer a colación las ilegalidades porque:
- "[...] no hay evidencia de que un organismo de gobierno realmente haya tomado las medidas que habrían requerido dichas leyes para enfrentar el presunto incumplimiento, ni de que un tribunal costarricense haya realmente adjudicado el asunto y dictado una resolución de legislación municipal sobre la cual este Tribunal pudiera fundamentar una determinación de hecho."
713. Por otra parte, la parte demandante indican que:
- "[P]edirle al Tribunal que asuma el papel del tribunal local o que realice el análisis jurídico municipal propuesto por la demandada con el fin de que el Tribunal saque conclusiones sobre el presunto incumplimiento, por parte de la parte demandante, de la legislación municipal, que –de hecho – nunca ocurrió, es exhortar al Tribunal a violar el derecho fundamental del debido proceso, que protege a todas las partes del arbitraje mediante el condicionamiento de las determinaciones de hecho a través de la aplicación del principio de contemporaneidad."⁴²⁶
714. Los argumentos de la parte demandante están repletos de contradicciones. La parte demandante nunca hizo uso de los recursos de que disponen en el marco de la legislación costarricense, y, por tanto, alegar que este Tribunal se está ocupando inapropiadamente de cuestiones de derecho interno es tan irónico que llega a ser trágico. Por otra parte, la crítica de la demandada radica en que este caso no es más que una letanía de quejas que corresponde conocer a una autoridad costarricense.
715. No obstante, contrariamente a lo que afirman la parte demandante, no es necesario contar con la sentencia de un tribunal local que dictamine que una inversión ha violado la ley para que el Tribunal concluya que es ilegal. Con el fin de adjudicar la presente controversia, es deber del Tribunal determinar si el requisito de legalidad se cumple. Si bien esto puede implicar que el Tribunal determine ilegalidades en el marco de la legislación costarricense, esos hallazgos son de hecho.
716. Además, la parte demandante indican que la práctica arbitral proporciona una serie de ejemplos en los que los tribunales adoptaron la posición de que el análisis *ex post facto* es completamente inapropiado.⁴²⁷ Para evitar dudas, ninguno de los argumentos presentados en este arbitraje son *ex post facto*.
717. La demandada desea llamar la atención del Tribunal hacia la inclusión de una serie de casos (CLA-167 – CLA-175) incluidos en las diapositivas presentadas en su declaración final *sin el consentimiento de la demandada*. La demandada nunca ha dado su consentimiento a la incorporación de estas fuentes jurídicas, que no fueron incluidas en el Índice proporcionado por la parte demandante el primer día de la audiencia. La parte

⁴²⁵ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, día 6, diapositiva 34.

⁴²⁶ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, día 6, diapositiva 34.

⁴²⁷ Declaración final de los demandantes, 1969: 19-22; 1970: 1-7.

demandante enumeraron esos casos en sus comentarios en la presentación de su Declaración de Cierre sin una elaboración adecuada del sentido en que esa jurisprudencia respalda su posición. En consecuencia, Costa Rica se reserva el derecho de responder a cualesquiera argumentos nuevos que se basen en esas fuentes. De nuevo, es una impugnación fundamental del debido proceso cuando la demandada debe anticipar nuevos argumentos por primera vez en un escrito posterior a la audiencia. Por esta razón, para no desviar la atención de este resumen posterior a la audiencia, las fuentes jurídicas citadas por la parte demandante se responden en el Anexo A.

B. La parte demandante no han presentado una solicitud de protección y seguridad plenas y el Tribunal debe rechazar cualquier intento de hacerlo

718. Durante su declaración final en la Audiencia de diciembre la parte demandante plantearon, como una causa de acción totalmente nueva, la presunta violación de la norma de protección y seguridad plenas.⁴²⁸ La parte demandante alegan que, "*en aras de la economía procesal*", no incluyeron un análisis discursivo de la manera en que la demandada habría violado esta norma.⁴²⁹ Esto no tiene ningún sentido y es simplemente deshonesto. Es solo otro ejemplo de la manera en que se han comportado la parte demandante durante este arbitraje: alegatos de último momento, documentos probatorios de último momento, y ahora reclamaciones sin exponer a último minuto.
719. **La parte demandante nunca antes plantearon esta causa de acción en este arbitraje.** La demandada objeta fuertemente a la presentación de esta reclamación en este momento, y en estas circunstancias se niega a participar en una defensa sobre el fondo del mismo. Más aún, todo intento por parte de la parte demandante de desarrollar este argumento en su escrito posterior a la audiencia debe ser rechazado rotundamente y eliminado del expediente.
720. La parte demandante no han reclamado una violación de las normas de protección y seguridad plenas en ninguno de sus alegatos por escrito.
- En los párrafos 52 a 55 de su Notificación de Arbitraje, la parte demandante plantearon como base jurídica de sus reclamaciones contra Costa Rica el Artículo 10.5 del DR-CAFTA: el incumplimiento del trato justo y equitativo. La parte demandante nunca mencionaron una violación de la norma de protección y seguridad plenas.
 - En los párrafos 322 a 392 de la memoria de la parte demandante, la "*aplicación del Artículo 10.5 a los hechos de este caso*" únicamente se refiere a las presuntas acciones de Costa Rica que (i) frustraron las legítimas expectativas de la parte demandante; (ii) no respetaron el debido proceso; (iii) fueron arbitrarias; y (iv)

⁴²⁸ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, día 6, diapositiva 29.

⁴²⁹ Id.

implicaron un abuso de derechos. La parte demandante nunca plantearon una violación de la norma de protección y seguridad plenas.

- Los párrafos 352 a 379 de la réplica de la parte demandante reflejan los reclamos planteados conforme al Artículo 10.5 en la memoria de la parte demandante, pero no hacen ninguna referencia a una violación de la norma de protección y seguridad plenas.

721. La parte demandante alega que han dedicado algunos párrafos de su memoria a invocar los hechos que apoyan su reclamación de violación de la norma de protección y seguridad plenas.⁴³⁰ Los hechos no son alegatos legales, sobre todo cuando la causa de acción no ha sido articulada. Estas referencias no pueden llegar hasta la interposición de una nueva reclamación en virtud del Artículo 10.5, sin dar la debida notificación a la demandada.

722. El Artículo 10.16.2 del Tratado establece la necesidad de una *"notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje"* y establece que dicha notificación debe especificar la disposición del Tratado que se alega ha sido violada, así como ***"las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación"***.⁴³¹

723. Las propias afirmaciones de la parte demandante confirman esta posición en el marco del DR-CAFTA. Al hacer referencia a la determinación del Tribunal de las cuestiones objeto de la controversia, el Dr. Weiler dijo:

"El párrafo 1A requiere que el inversionista declare sus argumentos en ese sentido. Cuando uno da notificación para el arbitraje, **uno tiene que especificar de qué manera la parte que responde ha violado sus obligaciones en virtud del capítulo 10 parte A.**

Y en cuanto al párrafo 2, también estipula que ese mismo inversionista debe ya 90 días antes o en un plazo de 90 días antes haber especificado -y cito- 'el fundamento legal y factual de cada reclamo'. Así que para que aparezca ante ustedes, la parte demandante básicamente tenían que señalar cuáles eran los puntos que son parte de la controversia "⁴³² (énfasis añadido).

724. Del mismo modo, en un caso reciente decidido en contra de Costa Rica, el tribunal señaló la importancia de la identificación de las reclamaciones de un inversionista en la notificación de arbitraje y la inadmisibilidad de las reclamaciones no expuestas en la notificación de arbitraje:

"Además, el Tribunal quisiera recordar la importancia de la debida notificación, que es un elemento importante del consentimiento del Estado al arbitraje. En efecto, la notificación apropiada permite al Estado examinar y posiblemente resolver la controversia mediante la negociación.

El hecho de no notificar debidamente el Estado receptor de la inversión de la existencia de una controversia constituye una violación del Artículo XI.1 del

⁴³⁰ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, diapositiva 29.

⁴³¹ **RLA-6**, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, América Central y los Estados Unidos de América, Capítulo diez, Artículo 16, 7 de octubre, 2007.

⁴³² Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 83: 7-21.

Tratado. **Esto implica que cualquier reclamación que no haya sido notificada es inadmisibles en el proceso respectivo, debido a que el proceso de negociación previo acordado por las partes no habría sido agotado.**

En el caso de que el inversionista notifique al Estado sobre ciertas reclamaciones, pero al presentar la solicitud de arbitraje o su memoria añade reclamaciones diferentes y sin relación directa con las presentadas anteriormente, todas las reclamaciones que no hayan sido notificadas serán inadmisibles. Por lo tanto, el proceso solo aceptará las reclamaciones previamente notificadas en virtud del requisito establecido en el Artículo XI.1 del Tratado."⁴³³

725. Por lo tanto, el Tribunal debe declarar las reclamaciones relacionadas con una presunta violación de la norma de protección y seguridad plenas como inadmisibles *in limine*. Es indignante que en una prueba demostrativa incluida en el alegato final (e incluso sin la cortesía de presentarla en los alegatos orales de cierre) se plantee una reclamación totalmente nueva contra la demandada. Esta práctica deshonesto no debe tener lugar y el tribunal no debe permitir estos intentos de la parte demandante por poner en entredicho el debido proceso, lo cual queda muy bien ilustrado por su recurrente lucha por construir algo parecido a un argumento legal.
726. Sujeto a la resolución del Tribunal previa al laudo, la demandada se reserva todos sus derechos para proceder a responder a nuevos argumentos y reclamaciones planteadas por la parte demandante en su escrito posterior a la audiencia. A falta de ser concedido ese derecho de debido proceso para responder a cualquier causa de acción considerada admisible por el Tribunal, la demandada se reserva todos sus derechos.

⁴³³ **RLA-169**, *Supervisión y Control, S.A. v. República de Costa Rica*, Caso ICSID No. ARB/12/4, Laudo, 18 de enero de 2017, Párr. 339-341.

VII. LA PARTE DEMANDANTE HAN PRESENTADO RECLAMACIONES AJENAS AL ALCANCE DEL ARTÍCULO 10.5 DEL TRATADO

A. El artículo 10.5 del DR-CAFTA no establece las normas de protección que la demandada presuntamente infringió

727. Durante este proceso la parte demandante han presentado varias reclamaciones en virtud de "*doctrinas de derecho internacional consuetudinario recordadas en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA*".⁴³⁴ En particular, alegan que la conducta de la demandada implica: (i) el incumplimiento de proveer protección y seguridad; (ii) la frustración de sus expectativas legítimas a tenor de la norma de trato justo y equitativo; (iii) una violación del debido proceso; (iv) lo que ahora llaman abuso de autoridad, mala fe; y (v) *abuse de droit*, arbitrariedad.⁴³⁵
728. En cuanto a la alegación de la parte demandante de que la parte demandada ha violado la norma de proporcionar protección y seguridad a los inversionistas, la demandada ya ha explicado que debido a que la violación nunca fue planteada como una reclamación en la solicitud de arbitraje, el Tribunal debe desestimar la reclamación como inadmisibile.⁴³⁶
729. En relación con las restantes reclamaciones planteadas en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA, la parte demandante no han podido demostrar que impliquen una violación de alguna norma incluida en el Tratado. Por lo tanto, ninguna de las reclamaciones de la parte demandante presuntamente planteadas en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA tiene fundamento en las protecciones previstas en el Tratado.
730. El Artículo 10.5 establece que:

"Artículo 10.5: Nivel mínimo de trato

1. Cada Parte **otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.**

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe **que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales.** La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

(a) "trato justo y equitativo" incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

⁴³⁴ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, día 6, diapositiva 4.

⁴³⁵ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, día 6, diapositiva 4.

⁴³⁶ Véase la Sección VI.B

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

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

731. Un análisis cuidadoso del texto muestra que ninguno de los conceptos de expectativas legítimas, arbitrariedad, debido proceso ni abuso de autoridad son normas de protección que las Partes del DR-CAFTA hayan previsto como parte del Tratado.
732. En este sentido, el alegato –que presentó Estados Unidos de América inmediatamente antes del comienzo de la Audiencia– como parte no contendiente arroja luz sobre el alcance de la protección que las Partes del DR-CAFTA quisieron proporcionar a los inversionistas en el Artículo 10.5.
733. El Artículo 10.5(1) establece que cada Parte "*otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.*" Con el fin de evitar cualquier malentendido, las Partes del DR-CAFTA incluyeron una aclaración en el segundo párrafo del Artículo 10.5, sobre el sentido de "*trato acorde con el derecho internacional consuetudinario*". Las partes acordaron expresamente que este es "el nivel **mínimo** de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas". Además, acordaron que los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no implican un tratamiento **adicional o más allá de** aquel exigido por ese nivel, y, lo que es más importante, **no crean derechos substantivos adicionales**.
734. Los tribunales de inversión han discutido ampliamente el nivel mínimo de trato con el objetivo de determinar cuál es su umbral. Los Estados Unidos han señalado claramente que los tribunales han interpretado el "*mínimo*" como "*un nivel por debajo del cual no debe caer el tratamiento a los inversores extranjeros*".⁴³⁷ Las decisiones arbitrales apoyan esta conclusión. En efecto, en *Glamis Gold v Estados Unidos*, el tribunal concluyó que:
- "El nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario es solo eso, un nivel mínimo. Actúa como un piso, un fondo absoluto por debajo del cual la conducta no es aceptada por la comunidad internacional."⁴³⁸
735. El "piso" por debajo del cual no debe caer el tratamiento a los inversores extranjeros debe ser analizado a la luz del derecho internacional consuetudinario, como lo requiere el Artículo 10.5 del DR-CAFTA. Por lo tanto, es pertinente determinar cuál es el contenido

⁴³⁷ Alegato de los Estados Unidos de América como parte no contendiente, Adjunto, Alegato de los Estados Unidos de América en *Spence International Investments LLC, Berkowitz et al v la República de Costa Rica*, Caso ICSID No. UNCT/13/2, párrafo 12.

⁴³⁸ **RLA-38**, *Glamis Gold Ltd v Estados Unidos de América*, NAFTA/UNCITRAL, Laudo, 8 de junio de 2009, Párr. 615.

del derecho internacional consuetudinario para la protección de un nivel mínimo. Como se explicó en la Declaración introductoria de la demandada:

"El derecho internacional consuetudinario no es un término redundante. Y es la espina dorsal del capítulo 10."⁴³⁹

"El derecho internacional consuetudinario indica que hay que juzgar a Costa Rica en base a un **estándar mínimo**."⁴⁴⁰ (énfasis añadido)

736. Los Estados Unidos dejaron claro que solo unas pocas áreas se han cristalizado lo suficiente como para ser consideradas un nivel mínimo de trato.⁴⁴¹ Las Partes del DR-CAFTA parecen haber identificado esas áreas, porque han incluido expresamente la obligación de proporcionar un "trato justo y equitativo" (Artículo 10.5.2(a)), por un lado, y "protección y seguridad plenas" (Artículo 10.5.2(b)) por otro. El primero incluye la obligación, conforme a lo dispuesto en el texto del Tratado, de no negar la justicia.
737. Además, las Partes del DR-CAFTA incluyeron en el Anexo 10-B una explicación de las que consideran las normas del derecho internacional consuetudinario cubiertas por el Artículo 10.5 del Tratado, que requieren la práctica general y consistente de los Estados y *opinión iuris*; es decir, las prácticas que siguen un sentido de obligación legal. Así, "el anexo ofrece una orientación importante para evaluar si se ha demostrado suficientemente que una norma es un elemento del derecho internacional consuetudinario".⁴⁴²
738. En este sentido, el Tribunal debe analizar si las reclamaciones alegadas por la parte demandante pueden considerarse parte del nivel **mínimo** de trato del derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, considerarse cubiertas por el Artículo 10.5 del DR-CAFTA. Instamos al Tribunal a no perder de vista este nivel restrictivo, que está vinculado expresamente al nivel del derecho internacional consuetudinario.⁴⁴³
739. A pesar de que eran la parte demandante quienes debían asumir la carga de demostrar la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario,⁴⁴⁴ la parte demandante no lo hicieron. La posición de la demandada es que no existe una norma consuetudinaria del derecho internacional que demuestre que los niveles de protección que la parte demandante han planteado (expectativas legítimas, arbitrariedad, debido proceso y abuso de autoridad) tienen la condición de normas del derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, no puede surgir una responsabilidad internacional de la

⁴³⁹ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 150: 22; 151: 1-2.

⁴⁴⁰ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 148: 3-5.

⁴⁴¹ Alegato de los Estados Unidos de América como parte no contendiente, Adjunto, Alegato de los Estados Unidos de América en *Spence International Investments LLC, Berkowitz et al v la República de Costa Rica*, Caso ICSID No. UNCT/13/2, párrafo 13.

⁴⁴² Id., Párr. 15.

⁴⁴³ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 263: 20-22; 264: 1-2.

⁴⁴⁴ **RLA-38**, *Glamis Gold Ltd v Estados Unidos de América*, NAFTA/UNCITRAL, Laudo, 8 de junio de 2009, Párr. 601-602.

demandada simplemente porque en el marco de los compromisos impuestos por el DR-CAFTA no ha tenido que asumir esas presuntas obligaciones.

740. Seguidamente, la demandada procederá a analizar cada una de las reclamaciones sin fundamento presuntamente cubiertas por el alcance del Artículo 10.5.

1. Las expectativas legítimas no están incorporadas en la norma de protección de trato justo y equitativo

741. Las expectativas legítimas no pueden ser consideradas cubiertas por la protección de trato justo y equitativo (FET por sus siglas en inglés) si se tiene en cuenta el sentido usual de FET:

"La afirmación de que el trato justo y equitativo incluye la obligación de satisfacer o no frustrar las expectativas legítimas del inversionista en el momento de su inversión no corresponde, en ningún idioma, al sentido corriente que debe atribuirse a los términos 'justo y equitativo'..." Por lo tanto, a primera vista, esta concepción del trato justo y equitativo riñe con la regla de interpretación del derecho internacional consuetudinario expresada en el Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) [...]."⁴⁴⁵

742. Por otra parte, como señalan los Estados Unidos, las "expectativas legítimas" no son un componente del "trato justo y equitativo" en el marco del derecho internacional consuetudinario que dé lugar a una obligación estatal independiente:

"[...] un inversionista puede desarrollar sus propias expectativas sobre el régimen jurídico que rige sus inversiones, pero esas expectativas no le imponen al Estado ninguna obligación relacionada con el nivel mínimo de trato. Estados Unidos no conoce ninguna práctica general y consistente ni *opini3n iuris* del Estado que establezca una obligaci3n en virtud del nivel m3nimo de trato de no frustrar las expectativas de los inversionistas; en cambio, se requiere algo m3s que una simple interferencia con esas expectativas."⁴⁴⁶

743. Esta fuerte declaraci3n no solo forma parte de la opini3n de los Estados Unidos sobre el an3lisis que debe seguir el Tribunal, sino que tambi3n es compartida por otras Partes del DR-CAFTA. Por ejemplo, en *RDC v Guatemala*, El Salvador compareci3 como Parte no contendiente y se3al3 que:

"[...] el requisito de proporcionar un 'trato justo y equitativo' en virtud del Artículo 10.5 del CAFTA no incluye obligaciones de transparencia, razonabilidad, abstenerse de la mera arbitrariedad, o no frustrar las expectativas leg3timas de los inversionistas."⁴⁴⁷

744. La Rep3blica de Honduras sigui3 la misma interpretaci3n:

⁴⁴⁵ **RLA-172**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. v. Rep3blica de Argentina*, Caso ICSID No. ARB/03/19, Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken, P3rr. 3.

⁴⁴⁶ Id., p. 18.

⁴⁴⁷ **RLA-164**, *Railroad Development Corporation v. Rep3blica de Guatemala*, Caso ICSID No ARB/07/23, Alegato de El Salvador como Parte no contendiente, 1 de enero de 2012, P3rr. 7. Esta opini3n tambi3n fue reiterada en **RLA-165**, *Teco Guatemala Holdings LLC v. Rep3blica de Guatemala*, Caso ICSID No ARB/12/23, Alegato de El Salvador como Parte no contendiente, 5 de octubre de 2012, P3rr. 16.

"Sin embargo, dado que la atención debe centrarse en la conducta del Estado, la República de Honduras considera que no es válido ni necesario referirse a las expectativas de los inversionistas a fin de decidir si se ha producido una violación del nivel mínimo de trato."⁴⁴⁸

745. La República Dominicana también sostuvo que:

"Dado que la atención debe centrarse en la práctica y la conducta del Estado, la República Dominicana también señala que es un error, al decidir si el Estado ha cumplido con el nivel mínimo de trato, incluir las expectativas del inversionista respecto del trato que esperan recibir con base en lo ofrecido."⁴⁴⁹

746. Por lo tanto, no se puede negar que, entre las Partes del DR-CAFTA, la interpretación es que las "expectativas legítimas" no pueden considerarse parte del nivel mínimo de trato, y, en consecuencia, el Tribunal no debe considerarlas como una norma establecida en el Artículo 10.5 DR-CAFTA. Como se ha sostenido:

"No es función de un tribunal arbitral establecido de conformidad con el TLCAN legislar una nueva norma que no se refleje en las normas vigentes de derecho internacional consuetudinario."⁴⁵⁰

747. En suma, dado que el nivel mínimo de trato previsto en el derecho internacional consuetudinario no abarca las expectativas legítimas, la reclamación por violación de expectativas legítimas no tiene fundamento en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA.

2. La prohibición contra la arbitrariedad y el abuso de autoridad

748. Como se indica en la dúplica de la demandada, el DR-CAFTA no contiene ninguna disposición expresa que prohíba las medidas arbitrarias o el abuso de autoridad.⁴⁵¹ En efecto, esto ha sido reconocido por la parte demandante en la nota 329 de su memoria.⁴⁵² Por lo tanto, el análisis que debe seguir el Tribunal es si el nivel **mínimo** del derecho internacional consuetudinario prohíbe las medidas arbitrarias y el abuso de autoridad.

749. Así, el análisis debe comenzar en el contexto del nivel mínimo de trato. Los tribunales arbitrales han considerado que se viola el nivel mínimo de trato cuando existe una conducta flagrante y escandalosa por parte de un Estado:

"Hay que tener presente que el hecho de que un acto de una autoridad pública haya sido ilícito en términos de derecho municipal, no significa necesariamente que el acto sea ilícito en términos de derecho internacional,

⁴⁴⁸ **RLA-166**, *Railroad Development Corporation v. República de Guatemala*, Caso ICSID No ARB/07/23, Alegato de la República de Honduras como Parte no contendiente, 1 de enero de 2012, Párr. 10. Esta opinión también fue reiterada en **RLA-170**, *Teco Guatemala Holdings LLC v República de Guatemala*, Caso ICSID No ARB/12/23, Alegato de la República de Honduras como Parte no contendiente, 5 de octubre de 2012, Párr. 10.

⁴⁴⁹ **RLA-171**, *Teco Guatemala Holdings LLC v República de Guatemala*, Caso ICSID No ARB/12/23, Alegato de la República Dominicana como parte no contendiente, 5 de octubre de 2012, Párr. 10.

⁴⁵⁰ **RLA-167**, *Mobile Investments Canada Inc & Murphy Oil Corp v Canadá*, Caso NAFTA/ICSID No ARB(AF)/07/4, Sentencia sobre responsabilidad y principios de Quantum, 22 de mayo de 2012, Párr. 153.

⁴⁵¹ Dúplica de la demandada, Párr. 925-933.

⁴⁵² Memoria de los demandantes, párr. 307ss. 329.

como por ejemplo la violación de un tratado o similar [...] Identificar la arbitrariedad con la mera ilegalidad implicaría privarla de cualquier significado útil en sí misma. Tampoco se deduce que, si un acto es injustificado, o irrazonable o arbitrario, ese acto deba necesariamente clasificarse como arbitrario en términos de derecho internacional, aunque la calificación dada al acto impugnado por una autoridad municipal puede ser una indicación valiosa."⁴⁵³

"La arbitrariedad no es tanto algo opuesto a una norma de derecho como algo opuesto al estado de derecho... Es una inobservancia deliberada del debido proceso de ley, **un acto que impacta, o al menos sorprende, un sentido de la propiedad judicial**".⁴⁵⁴

750. Por lo tanto, en ausencia de una conducta flagrante y escandalosa que pueda ser considerada parte del nivel mínimo de trato que los Estados anfitriones deben conceder a las inversiones extranjeras, el argumento de la parte demandante es insostenible. Como se demostrará más adelante,⁴⁵⁵ la conducta que la parte demandante proponen como arbitraria y que presuntamente implica un abuso de autoridad no cumple el estándar necesario para constituir una violación del nivel mínimo de trato. En consecuencia, la prohibición de la arbitrariedad y el abuso de autoridad no están dentro del nivel mínimo de trato y, por tanto, no son normas de protección previstas en el DR-CAFTA.

3. De acuerdo con el DR-CAFTA, el debido proceso no es una norma independiente

751. El DR-CAFTA enmarca la obligación del debido proceso junto con la promesa de no denegar la justicia. De conformidad con el derecho internacional, no puede plantearse una reclamación por denegación de justicia antes de agotar los procedimientos internos disponibles, o de demostrar que han sido fútiles. Por lo tanto, en vista del texto del Tratado, el debido proceso no es una obligación independiente del Estado anfitrión y, en consecuencia, no es una norma de protección prevista en el DR-CAFTA, *a no ser que* la falta del debido proceso pueda considerarse como una denegación de justicia.
752. El Artículo 10.5.2(a) del DR-CAFTA incluye expresamente la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos como parte del trato justo y equitativo que el Estado anfitrión se ha comprometido a observar. En concreto, el Tratado establece que:

"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."

⁴⁵³ **RLA-42**, *Elettronica Sicula S.P.A.* (ELSI) (Estados Unidos de América v. Italia), Corte Internacional de Justicia (CIJ), 20 de julio de 1989, párr. 124

⁴⁵⁴ Id., para. 128.

⁴⁵⁵ Véanse las Secciones VIII.B.3 y VIII.C.

753. Con arreglo al Artículo 31 de la CVDT –sin duda apoyado por la parte demandante– una interpretación basada en el texto llano del tratado indica que la obligación de no denegar justicia es sólo un elemento del FET y que cualquier incumplimiento de esta obligación debe ser analizada de acuerdo con el principio del debido proceso. Por lo tanto, la disposición prevé que el debido proceso no es una norma *per se* en virtud del Artículo 10.5.2(a), sino un factor que el juez debe tener en cuenta al analizar una reclamación por denegación de justicia.⁴⁵⁶
754. Como se señaló en la Declaración de Apertura de la demandada:
- "Pero no llevaría demasiado al Tribunal darse cuenta que los redactores del Tratado tenían un objetivo muy específico cuando consideraban el alcance y aplicación del trato justo y equitativo. Consistente con una interpretación restrictiva del FET esta el estándar de mínimo trato; el trato justo y equitativo esta focalizada en la negación de justicia. Pero mas que ello, la denegación de justicia y el principio de debido proceso están explícitamente e inextricablemente conectados. Por ello, el estándar de debido proceso es un punto de referencia cuando se determina si ha habido denegación de justicia. No es un estándar independiente."⁴⁵⁷
755. Si bien el debido proceso puede considerarse como uno de los principios básicos que rigen la administración de justicia, en sí mismo no puede considerarse como una fuente de obligación a la luz del texto del Tratado.
756. Además, como en el caso de la prohibición de la arbitrariedad y el abuso de autoridad, el debido proceso solo puede considerarse incluido en el nivel mínimo de trato cuando la conducta que presuntamente viola ese nivel puede juzgarse como **flagrante y escandalosa** según la "prueba *ELSI*."
757. Como se demostrará más adelante,⁴⁵⁸ las acciones que la parte demandante proponen como violaciones del debido proceso no cumplen el estándar necesario para constituir una violación del nivel mínimo de trato. En consecuencia, el debido proceso no está dentro del nivel mínimo de trato y, por tanto, no puede considerarse como una norma de protección prevista en el DR-CAFTA.

4. Conclusión

758. En suma, un análisis del texto del Artículo 10.5 evidencia que ninguno de los conceptos de expectativas legítimas, arbitrariedad, debido proceso ni abuso de autoridad son normas de protección que las Partes del DR-CAFTA hayan previsto como parte del Tratado. Además, el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario ha demostrado no ser de ayuda para la parte demandante al incorporar estas reclamaciones.

⁴⁵⁶ Dúplica de la demandada, Párr. 874. Véanse también párr. 870-878.

⁴⁵⁷ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 264: 16-22; 265: 1.

⁴⁵⁸ Véase la Sección VIII.B.2.

759. Además, ninguna norma del derecho internacional consuetudinario permite la inclusión, por parte de la parte demandante, de expectativas legítimas como obligación respaldada por una protección de inversión en el marco del nivel mínimo de trato.
760. Por último, el nivel mínimo de trato impone un umbral alto para alegar que la arbitrariedad, el debido proceso y el abuso de autoridad están protegidos por ese nivel y pueden servir de base para sentar una responsabilidad internacional de Costa Rica en el marco del Tratado. En cualquier caso, la parte demandante no han demostrado ninguna conducta flagrante y escandalosa por parte de organismos costarricenses que pudiera conducir al Tribunal a encontrar una violación del nivel mínimo de trato.

B. Los esfuerzos de la parte demandante por extender la protección contenida en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA son infructuosos

761. En su declaración final la parte demandante se refirieron al alcance de la protección contenida en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA. En particular, la parte demandante consideran que las normas de protección que han alegado en el presente caso están cubiertas por el texto del Artículo 10.5 o se derivan de la práctica, o del principio general de buena fe.⁴⁵⁹ En efecto, de acuerdo con la posición de la parte demandante, *"cualquiera de estas doctrinas, sola o en combinación con otras, podría utilizarse en la aplicación del Artículo 10.5 a los hechos de este caso."*⁴⁶⁰
762. La parte demandante sugiere que existe una especie de consenso sobre el contenido del Artículo 10.5 que *"puede ser confirmada mediante la lectura de [su] libro"*.⁴⁶¹ La demandada, respetuosamente, no está de acuerdo. La referencia al libro del Dr. Weiler no sirve de apoyo para demostrar una práctica y *opinion iuris* que pudieran permitir determinar el contenido del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario. Por otra parte, es algo lamentable que el abogado de la parte demandante cite su propio libro para probar la teoría de su propio caso. Con respeto al abogado, el Dr. Weiler ha publicado ampliamente sobre el TLCAN, pero ahí no se acaba el derecho internacional público.
763. La parte demandante también tratan de respaldar su posición haciendo que el Tribunal considere diferentes vías para *"incorporar por referencia"* sus reclamaciones, como si se hubiera producido una violación de una norma de trato.
764. Primero, la parte demandante alegan que el *"nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario"* es un término legal adoptado por las Partes del DR-CAFTA como una forma abreviada de referirse a un cuerpo de doctrina que protege los

⁴⁵⁹ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, día 6, diapositiva 4.

⁴⁶⁰ Id.

⁴⁶¹ Id.

derechos e intereses económicos de los extranjeros."⁴⁶² En otras palabras, la parte demandante anima al Tribunal a incorporar sus reclamaciones, que no figuran expresamente en el Artículo 10.5, recurriendo al "trato acorde con el derecho internacional", según lo dispuesto en dicho artículo ya que esas normas están contenidas en el mismo. Sin embargo, como ya se ha dicho, el "trato acorde con el derecho internacional consuetudinario" no es un cheque en blanco que le permita al Tribunal importar cualquier presunta norma por los inversionistas.

765. La posición de la parte demandante implicaría ignorar por completo la intención de las Partes del DR-CAFTA cuando acordaron comprometerse con ciertos niveles de protección, tal como ha quedado demostrado en sus alegatos como Partes no contendientes en otros procedimientos relativos al del DR-CAFTA.
766. En este sentido, sorprende la manera en que la parte demandante intenta descartar la posición adoptada por los Estados Unidos como Parte no contendiente al alegar que *"aparentemente [la demandada no estaba] familiarizada con la posición asumida en casos anteriores relacionados con el TLCAN y el CAFTA, desde que sus abogados empezaron a tener que defender casos en los que los EE.UU. eran los demandados"*.⁴⁶³ La parte demandante sugiere que, debido a que Estados Unidos ya ha enfrentado reclamaciones como parte demandada, ahora han modificado su posición. La demandada rechaza esta propuesta sobre la forma en que el Tribunal debe evaluar la presentación de Estados Unidos. La presentación de EE.UU. demuestra ser una fuerte defensa en este sentido, que se apoya en otras Partes del DR-CAFTA. La especulación política y las historias que cuenta el abogado no promueven su causa.
767. Segundo, la parte demandante sostiene que si el Tribunal tiene en cuenta las disposiciones del Capítulo 17 como una guía contextual para interpretar los Artículos 10.5 y 10.7 del DR-CAFTA, el Tribunal debería considerar el mandato del Artículo 17.3 del DR-CAFTA, que establece las características que deben tener los procedimientos nacionales para sancionar o subsanar las violaciones de leyes ambientales.⁴⁶⁴ En otras palabras, y exclusivamente en relación con el debido proceso, sostienen que el Tribunal debe "importar" el nivel de protección establecido por el Artículo 17.3.
768. Los enrevesados argumentos propuestos por la parte demandante implican, presumiblemente, que este razonamiento tiene como premisa la aceptación de que la protección del medio ambiente derivada del Capítulo 17 es, de hecho, aplicable, y por lo tanto de suma importancia para las deliberaciones del Tribunal.

⁴⁶² Id.

⁴⁶³ Id.

⁴⁶⁴ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 79: 16-22; 80: 1-22; 81: 1; Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, día 6, diapositiva 6.

769. En el Capítulo 10, las Partes concibieron el debido proceso como parte de la protección de no denegar la justicia. Sin embargo, este escenario no implica automáticamente que el Artículo 17.3 permita la importación de una obligación internacional de debido proceso *per se* para la protección de inversiones en el marco del Tratado, cuando el Artículo 10.5 se refiere expresamente a ella como parte de la obligación del Estados anfitrión de no denegar justicia.
770. Como señala la demandada en su Declaración introductoria:
"Lo que se olvidan es que su reclamación se basa en el artículo 10.5, no artículo 17.3. Estados Unidos ha notado que este Tribunal no tiene jurisdicción para decidir pues cualquier violación de los estándares y, además, que esto tiene que ver con la denegación de justicia. Y las partes no están de acuerdo."⁴⁶⁵
771. Mantenemos el mismo punto en este caso. Las referencias en el Capítulo 17 podrían ser informativas en cuanto a la forma en que se debe enmarcar el cumplimiento ambiental. Pero en términos de identificar el derecho de una parte privada –la atracción de protección y el cumplimiento de la misma está disponible a través de arbitraje– solo es pertinente el Capítulo 10, y este Tribunal solo tiene jurisdicción para defender y proteger las normas expresamente articuladas en el Capítulo 10 del DR-CAFTA.
772. Finalmente, la parte demandante consideran que existe una vía para la incorporación por referencia, a través del Artículo 31(c)(3) de la CVDT. Según la parte demandante, dado que dicho Artículo es una fuente de contexto para la interpretación que hace referencia a "*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*", estas normas (según ellos) pueden incorporarse en virtud de su aplicación a este caso.⁴⁶⁶
773. La demandada ya ha aclarado que la frase "normas aplicables del derecho internacional" (que incluyen el derecho internacional consuetudinario) solo pueden aplicarse cuando una de las partes puede demostrar que existe suficiente evidencia en el derecho internacional consuetudinario de que una determinada norma es considerada como una obligación dentro del nivel mínimo de trato. En este caso, la parte demandante no han cumplido su carga de prueba. Por lo tanto, no es posible hacer una "incorporación por referencia" en virtud del Artículo 31(c)(3).
774. Por otra parte, los reclamantes parecen estar de acuerdo con la anterior interpretación de la frase "*normas aplicables del derecho internacional*". En efecto, el tribunal del caso de arbitraje *Grand River* no permitió la importación de otras normas como estándar de

⁴⁶⁵ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 263: 10-16.

⁴⁶⁶ Memoria de los demandantes, párr. 249.

protección porque *"una disposición de estándar mínimo debe permanecer limitada"*.⁴⁶⁷ Durante la declaración introductoria de la parte demandante, el Dr. Weiler dijo:

"En ese caso [arbitraje Grand River] como abogado del demandante yo sostuve bajo el equivalente de la disposición del derecho aplicable del TLCAN y bajo el artículo 31.3 de la Convención de Viena que las normas consuetudinarias que tenían que ver con los derechos soberanos de personas autóctonas debían ser pertinentes en ese caso porque todas las personas eran autóctonas. Pero el Tribunal me dijo que yo no tenía razón. Sostengo que el motivo por el cual el Tribunal demuestra esto de que no se limita a esto de que la norma mínima tiene que ser estricta, se aplica también en el contexto de decirle a un demandante que no puede o que debe aplicarse de la misma manera..."

Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del Día 1, 92: 15-22; 93: 1-6.

775. En suma, todas las vías propuestas por la parte demandante para ampliar el alcance de la protección del Artículo 10.5 del DR-CAFTA deben fallar y el Tribunal debe desestimar cualquier reclamación presentada a tenor de dicho Artículo.

⁴⁶⁷ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 92: 15-22; 93: 1-9.

VIII. POR OTRA PARTE, COSTA RICA CUMPLIÓ EN TODO MOMENTO CON EL ARTÍCULO 10.5.

776. Si el Tribunal considerase que las normas de protección planteadas por la parte demandante están dentro del alcance del Artículo 10.5 del DR-CAFTA, la prueba ofrecida en este proceso le permitirá concluir al Tribunal que Costa Rica cumplió en todo momento con la protección prevista en el DR-CAFTA.

A. La parte demandante no han podido demostrar su reclamación de que la demandada frustró sus expectativas legítimas

1. La parte demandante no satisfacen los elementos de una reclamación de expectativas legítimas en el marco del derecho internacional

777. La parte demandante sostienen que Costa Rica violó sus expectativas legítimas protegidas por el Artículo 10.5 del DR-CAFTA en lo que se refiere a la operación de las leyes ambientales y de desarrollo inmobiliario de Costa Rica.⁴⁶⁸ Durante la audiencia reiteraron este alegato a lo largo de su declaración introductoria.⁴⁶⁹

778. La parte demandante sostienen que existe una especie de acuerdo entre ambas partes en cuanto a su reclamación de expectativas legítimas. Según la parte demandante, el primer punto de acuerdo es que las expectativas legítimas proporcionan a la parte demandante "*una manera de hacer valer sus derechos si dependen de la confianza legítima.*"⁴⁷⁰

779. Pero ese acuerdo no existe. Las expectativas legítimas están condicionadas a varios requisitos que la parte demandante deliberadamente omiten en sus alegatos, simplemente porque en este caso no los cumplen. En este sentido, la posición de la demandada es que (i) la parte demandante podrían, en teoría, tener derecho a una indemnización por la frustración de expectativas legítimas si el Tratado incluyera una norma de ese tipo (no lo hace); o bien, (ii) las expectativas legítimas de la parte demandante deben ser valoradas en el momento en que se realizó la inversión; y (iii) su contenido debe ser analizado desde una perspectiva objetiva.

780. No es cierto que exista un acuerdo entre las dos partes "*en cuanto a la manera en que la parte demandante enmarcan su posición*", como si *la confianza legítima* fuera el único requisito para que una reclamación sobre expectativas legítimas tuviera éxito en virtud del derecho internacional. Inequívocamente, no es esto lo que establece el derecho internacional. Cuando el Tribunal considere cómo el derecho internacional ha definido las expectativas legítimas, se extiende mucho más allá de las afirmaciones de la parte demandante, y lo más importante es que se evalúan en referencia a estándares objetivos y

⁴⁶⁸ Memoria de los demandantes, Párr. 283-292, 322-334; Réplica de los Demandantes, Párr. 69-70, 107, 352-365.

⁴⁶⁹ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 54: 6-10; 104: 17-18.

⁴⁷⁰ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 104: 6-8.

no subjetivos. Las siguientes son solo algunas consideraciones pertinentes para el Tribunal.

l) La parte demandante admiten que sus expectativas legítimas eran que Costa Rica aplicaría sus leyes ambientales

781. La parte demandante consideran que existe un acuerdo en el derecho internacional en cuanto al contenido de las expectativas legítimas:

"Y estamos **de acuerdo** que la parte demandante **tenían las expectativas legítimas que los funcionarios costarricenses** iban a aplicar de manera justa **y con buena fe las leyes y regulaciones ambientales** del país. Pero lo que cuestionamos es si eso ha pasado."⁴⁷¹ (énfasis añadido)

782. *Fundamentalmente*, la parte demandante reconocen que sus expectativas legítimas eran que las autoridades de Costa Rica aplicarían las leyes ambientales de Costa Rica. En consecuencia, si se descubrían humedales o cualquier otra violación de las leyes ambientales, la parte demandante serían considerados responsables.⁴⁷²

783. La parte demandante insiste en que el análisis de las expectativas legítimas, de conformidad con la doctrina de los actos propios y de expectativas legítimas en el marco de la legislación costarricense demuestran que la demandada no hizo valer sus normas de manera apropiada.⁴⁷³ Sin embargo, la parte demandante confunden, una vez más, el papel que las leyes municipales desempeñan en el caso que nos ocupa. La prueba que debiera aplicar el Tribunal es de derecho internacional y no, como sugieren la parte demandante, una tomada a préstamo de las leyes de Costa Rica.

m) Las presuntas expectativas de la parte demandante deben evaluadas en el momento en que se realizó la inversión

784. La parte demandante alegan que la posición de la demandada es que las expectativas de un inversionista:

"[...] implican a veces objetivos de sus decisiones que se han hecho con buena fe a la luz de las condiciones empresariales y el entorno regulatorio."⁴⁷⁴ (énfasis añadido).

785. En aras de la claridad, la posición de la demandada es y siempre ha sido que las expectativas legítimas deben ser evaluadas en el momento en que se hace la inversión y no, como sugieren la parte demandante, tomando en cuenta las *condiciones empresariales*⁴⁷⁵ contemporáneas." La posición de la demandada es muy aceptada en el derecho internacional. La introducción de "*condiciones empresariales contemporáneas*" implica aventurarse engañosamente en la evaluación de las circunstancias en un momento

⁴⁷¹ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 104: 13-17.

⁴⁷² Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 223: 17-19.

⁴⁷³ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 105: 1-11.

⁴⁷⁴ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 104: 10-13.

⁴⁷⁵ Dúplica de la demandada, Párr. 796.

distinto del momento en que se realizó la inversión, o bien para aventurarse peligrosamente hacia la evaluación subjetiva de tales condiciones. Ninguna de esas aventuras viene a colación en esta evaluación, y la parte demandante no ofrecen ningún precedente en apoyo de su reescritura de la ley.

786. Como se sostuvo en la Declaración de Apertura:

"Como Estados Unidos ha hecho claro, eso incluye el rechazo del estándar de expectativas legítimas para el trato justo y equitativo. No aceptamos que se utilice ese estándar. Entonces, **la expectativa legítima del demandante era cuando invirtieron o invirtió en Costa Rica.**"⁴⁷⁶ (énfasis añadido)

"Cuando invirtieron era la primera fecha en que invirtieron en Costa Rica. El señor Aven lo hizo en el 2002 en La Canícula y Condor Park. Y para los otros demandantes era en 2004. [...] Entonces invirtieron para desarrollar la propiedad Las Olas. Y esas inversiones iniciales pues eran el punto de partida. En el momento en que uno hace una inversión, no es un proceso que se prolonga. Hay un momento de inversión. No se repite en el tiempo. [...] **Entonces, si vemos las expectativas legítimas en el año 2002 y el 2004...**".⁴⁷⁷ (énfasis añadido)

787. En consecuencia, el Tribunal debe considerar la ley (en su totalidad) vigente en el momento en que la parte demandante realizaron su presunta inversión. La ley se ha mantenido vigente a lo largo de todas las fases pertinentes en el caso que nos ocupa: *"la ley sigue siendo la misma. Ha sido estable y predecible, no ha cambiado."*⁴⁷⁸

788. Los tribunales de inversión han sido coherentes en sus fallos: el momento en que deben evaluarse las expectativas legítimas es el momento en que se hace la inversión, es decir, el momento en que el inversionista adquiere los activos. Por ejemplo, un tribunal arbitral compuesto por la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler (presidenta), el profesor Albert Jan van den Berg y Enrique Gómez Pinzón, desestimó dos acuerdos que se firmaron **después** de que el inversionista adquirió la inversión, tras concluir que esos acuerdos posteriores no dieron lugar a expectativas legítimas:

"[...] [el Tribunal] está consciente de las limitaciones [en cuanto a expectativas legítimas]. **Para estar protegidas, las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversionista realiza la inversión.** La evaluación de la razonabilidad o legitimidad debe tener en cuenta todas las circunstancias, incluidos no solo los hechos relacionados con la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas existentes en el Estado anfitrión. Además, estas expectativas deben surgir de las condiciones que el Estado ofreció al inversionista, y este último debe haber confiado en ellas al decidir invertir."⁴⁷⁹ (énfasis añadido)

"[...] **las expectativas legítimas protegidas son aquellas en las que la parte extranjera se basó al decidir invertir. Los Acuerdos Med-Arb se celebraron más de dos años después y, por lo tanto, no pueden en**

⁴⁷⁶ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 148:5-10.

⁴⁷⁷ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 261: 2-16.

⁴⁷⁸ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 261: 17-18.

⁴⁷⁹ **RLA-102, Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v República del Ecuador**, Caso ICSID No. ARB/04/19, Laudo, 12 de agosto de 2008, Párr. 340.

ningún caso dar lugar a expectativas protegidas bajo el estándar de trato justo y equitativo⁴⁸⁰ (énfasis añadido)

789. El tribunal en *Continental v Argentina* también rechazó la existencia de expectativas legítimas basadas en "garantías" legislativas generales ofrecidas después de que el inversionista había entrado en el Estado anfitrión.⁴⁸¹
790. Por lo tanto, el Tribunal debe evaluar las presuntas expectativas *en el momento* en que el señor Aven decidió adquirir el terreno y *en el momento* en que los demás demandantes invirtieron (respectivamente). Los eventos posteriores son irrelevantes para la evaluación de las expectativas legítimas, a menos que existiera una promesa específica de parte de Costa Rica, que en este caso no se produjo.
791. Por otra parte, es importante darse cuenta de que las expectativas legítimas se acumulan (si corresponde) en el momento en que se hace la inversión. No siguen reinventándose una y otra vez a gusto de la parte demandante. Por lo tanto, las expectativas legítimas no vuelven a crearse ni a definirse tras la emisión de una viabilidad ambiental o un permiso de construcción, ya que quedan establecidas en el momento en que se adquirió el terreno. Si las expectativas legítimas estuvieran en constante evolución, el concepto perdería su propósito: cristalizar el punto de referencia para el comportamiento del Estado y el inversionista en el momento en que se hace una inversión que reúna los requisitos. En este sentido, la siguiente tabla le será de ayuda al Tribunal.

Demandantes	Fecha de la inversión
David Richard Aven	6 de febrero de 2002 <ul style="list-style-type: none"> C-27, Contrato de Opción para la compra y venta de propiedades.
Samuel Donald Aven	No hay fecha porque no existe ninguna prueba documental aparte del testimonio interesado del testigo acerca de su inversión. <ul style="list-style-type: none"> Samuel Aven no proporcionó una declaración testimonial para este arbitraje El señor Aven sugiere que Samuel Aven hizo una inversión por la suma de \$700.000.⁴⁸² El señor Hart no vio ninguna documentación (por ejemplo, certificados de acciones) que demuestre la realización de la inversión.⁴⁸³
Carolyn Jean Park	No hay fecha porque no existe ninguna prueba documental aparte del testimonio interesado del testigo acerca de su inversión. <ul style="list-style-type: none"> Su testimonio sugiere que ella hizo una inversión por la suma de \$200,000, dinero que provenía de la herencia de su madre, gestionada por el señor Aven.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Id., Párr. 365.

⁴⁸¹ **RLA-168**, *Continental Casualty Company v República Argentina*, Caso ICSID No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008, Párr. 259.

⁴⁸² Primera declaración testimonial del señor David Aven, párr. 32.

⁴⁸³ El señor Hart afirmó que "no se ha elaborado nada parecido a una contabilidad para confirmar la inversión", Segundo Informe Hart, Párr. 89.

	<ul style="list-style-type: none"> El señor Hart no vio ninguna documentación (por ejemplo, certificados de acciones) que demuestre la realización de la inversión.⁴⁸⁵
Eric Allan Park	<p>No hay fecha porque no existe ninguna prueba documental aparte del testimonio interesado del testigo acerca de su inversión.</p> <ul style="list-style-type: none"> Hizo su presunta inversión junto con la señora Park.⁴⁸⁶ Como se mencionó, no hay evidencia de esta inversión.
Jeffrey Scott Schioleno	N/A – No hay fecha porque no hizo una inversión
David Alan Janney	<p>No hay fecha porque no existe ninguna prueba documental aparte del testimonio interesado del testigo acerca de su inversión.</p> <ul style="list-style-type: none"> Insinuó haber colocado \$50.000 para la compra del terreno, y \$200.000 para los gastos necesarios para que el proyecto pasara por el proceso de obtención de permisos.⁴⁸⁷ El señor Hart no vio ninguna documentación (por ejemplo, certificados de acciones) que demuestre la realización de la inversión.⁴⁸⁸
Roger Raguso	N/A – No hay fecha porque no hizo una inversión .

n) La parte demandante basó sus presuntas expectativas en un análisis subjetivo inapropiado

792. A pesar de que solo las expectativas objetivas pueden considerarse protegidas como parte de una norma de trato justo y equitativo, la parte demandante insiste en recurrir a la viabilidad ambiental y los permisos de construcción como base de su reclamación por expectativas legítimas.⁴⁸⁹ Sin embargo, lo que fundamenta el contenido de las expectativas legítimas no es lo ellos podrían subjetivamente creer dada la VA o los permisos, sino que su contenido depende del marco jurídico general de Costa Rica.⁴⁹⁰
793. Como explican en su contramemoria y en su dúplica,⁴⁹¹ el marco jurídico que enfrentaron la parte demandante cuando decidieron invertir en Costa Rica les obligaba a obtener la viabilidad ambiental de la SETENA, solicitar permisos al SINAC en caso de que tuvieran que talar árboles y obtener los permisos de construcción de la Municipalidad. Todas estas medidas debían llevarse a cabo en estricto cumplimiento de las disposiciones ambientales vigentes en Costa Rica. De lo contrario Costa Rica activaría sus procedimientos de observancia de la ley para penalizar las violaciones de las leyes ambientales. El momento de aplicación de la ley no estaba limitado de una manera que pudiera evitar las medidas

⁴⁸⁴ Primera declaración testimonial de la señora Carolyn Park, párrafo 7.

⁴⁸⁵ Segundo informe de Hart, Párr. 89

⁴⁸⁶ Primera declaración testimonial del señor Eric Park, párrafo 6.

⁴⁸⁷ Primera declaración testimonial del señor David Janney, Párr. 32(f) y 33.

⁴⁸⁸ Segundo informe de Hart, Párr. 89

⁴⁸⁹ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, día 6, diapositiva 5.

⁴⁹⁰ Dúplica de la demandada, Párr. 792-797; **RLA-28**, *Franck Charles Arif v. República de Moldavia*, Caso ICSID No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013, Párr. 531, 536; **RLA-93**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v La República Argentina*, Caso ICSID No. ARB/03/19, Sentencia sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010, Párr. 222, 226.

⁴⁹¹ Contramemoria de la demandada, Sección III.B.4, Sección III.A; Dúplica de la demandada, Párr. 797.

adoptadas por los diversos organismos, y, por lo tanto, lo que ocurrió coincide con precisión con las expectativas objetivas.

794. Este era el marco jurídico aplicable en el momento en la parte demandante decidieron invertir y del que dependen sus expectativas legítimas. La demandada ha señalado que:

"[...] la parte demandante está confusos en cuanto al estándar, si es objetivo o subjetivo. Y pensamos que están confundidos sobre las expectativas legítimas de la parte demandante. No hay que empezar con un análisis subjetivo del tema. Es al revés."⁴⁹²

795. La expectativa objetivo era la existencia y el lenguaje claro de la legislación ambiental de Costa Rica. La parte demandante tenían conocimiento de todos los mecanismos de aplicación de la ley disponibles para las autoridades de Costa Rica en caso de incumplimiento de la legislación ambiental. Como se expresó en la Audiencia, la "*ignorancia de la ley no es una defensa. Eso al amparo del derecho internacional.*"⁴⁹³

796. También es importante considerar cómo les puede ir en Costa Rica a los proyectos en el contexto del régimen de aplicación de la ley. Por ejemplo, el señor Mussio afirmó claramente que siempre se debe considerar la aplicación de las leyes ambientales, ya que todos los proyectos enfrentan problemas.⁴⁹⁴ Por lo tanto, si esta era la experiencia del mercado, también reflejaría en parte las expectativas legítimas atribuidas a la parte demandante cuando hicieron su inversión.

797. Es, por lo tanto, imprescindible verificar si se cumplió con la legislación costarricense. La parte demandante no han demostrado su cumplimiento y, en su lugar, han sugerido que el análisis de los hechos es "irrelevante". No demostrar seriamente su cumplimiento es contraproducente para ellos, ya que la parte demandante no han aportado ninguna prueba para demostrar que tienen razón en cuanto a las expectativas legítimas. La otra cara de la moneda es que la parte demandante no han demostrado que las autoridades costarricenses se apartaron de la ley.

o) La concesión de viabilidad ambiental o permisos de construcción no sirve de base para la reclamación de la parte demandante de ver frustradas sus expectativas legítimas

798. En su declaración final, la parte demandante sugieren que la viabilidad ambiental y los permisos de construcción concedidos por Costa Rica constituyeron "garantías específicas" que aumentaron sus expectativas legítimas.⁴⁹⁵ En particular, la parte demandante sostuvo que:

"Dos rondas de memorias intercambiadas entre las partes llevaron al consenso sobre la existencia del deber de honrar las expectativas legítimas

⁴⁹² Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 261: 21-22; 262: 1-5.

⁴⁹³ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 262: 17-18.

⁴⁹⁴ Contrainterrogatorio a Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 360: 15-17.

⁴⁹⁵ Declaración final de los demandantes, Transcripción del día 6, 1965: 11-13.

en virtud del Artículo 10.5. Las expectativas de la parte demandante: [...] de poder confiar en los derechos de propiedad, las certificaciones y los permisos concedidos por el Estado a sus empresas [...] Que se podía razonablemente confiar en los permisos de construcción concedidos a sus empresas como autorizaciones gubernamentales para proceder con el desarrollo del Proyecto Las Olas de acuerdo con los planes presentados durante el proceso de obtención de permisos [...] ".⁴⁹⁶

799. Para evitar dudas, no hay absolutamente ningún acuerdo entre la parte demandante y la demandada en relación con la existencia o el contenido potencial de las expectativas legítimas de la parte demandante.
800. Por ejemplo, la parte demandante sugieren que la demandada está de acuerdo en que confiar en promesas específicas, tales como los permisos expedidos por un Estado anfitrión a un inversionista, genera expectativas legítimas que deben ser protegidas por el derecho internacional. Esto es totalmente falso. Por el contrario, la demandada ha declarado que *"no todas las garantías dadas por funcionarios públicos se elevan al nivel de una expectativa legítima"*⁴⁹⁷, porque para que surjan expectativas legítimas, el comportamiento del Estado debe ser específico y claro; debe existir una garantía en un sentido de inmutabilidad (estabilización) de la supuesta garantía; y debe existir una afirmación inequívoca por parte del Estado en ese sentido.⁴⁹⁸ Ninguno de estos elementos existe en este caso.
801. La parte demandante también sostienen que:
- "La demandada sostuvo que no había proporcionado este tipo de promesas, ignorando ostensiblemente el hecho de que otorgar derechos de propiedad, licencias y permisos constituye hacer promesas muy específicas y legales. La demandada argumentó que la confianza debe ser razonable, alegando así, extrañamente, que la parte demandante esperaban que CR no hiciera cumplir sus leyes ambientales."⁴⁹⁹
802. Está claro que la parte demandante confunden cuáles son las promesas de la demandada con el fin de encontrar una violación de la presunta norma. Como se ha dicho, lo que la parte demandante debían haber esperado de Costa Rica es que haría cumplir su legislación ante casos de violación de su normativa ambiental.⁵⁰⁰ Por otra parte, Costa Rica nunca ha hecho ninguna promesa específica en el sentido de que no exigiría el cumplimiento de sus leyes ante una conducta dolosa de la parte demandante.⁵⁰¹ Tampoco hay evidencia de ninguna garantía específica que se desvíe de la aplicación de la legislación ambiental de Costa Rica.

⁴⁹⁶ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, día 6, diapositiva 5.

⁴⁹⁷ Dúplica de la demandada, Párr. 811

⁴⁹⁸ Id.

⁴⁹⁹ Declaración final de los demandantes, prueba demostrativa, diapositivas 2, 7, 8.

⁵⁰⁰ Dúplica de la demandada, Párr. 812.

⁵⁰¹ Dúplica de la demandada, Párr. 911-818.

p) La parte demandante no han podido demostrar que su confianza en los permisos de viabilidad ambiental y construcción para evadir la protección ambiental era "legítima"

803. Incluso si el Tribunal considera que las expectativas legítimas de la parte demandante se basan en la concesión de la viabilidad ambiental y los permisos de construcción, la parte demandante enfrenta el desafío inherente de superar la condicionalidad de esos permisos de los derechos de aplicación de la legislación ambiental por parte del Estado.
804. Adicionalmente, la parte demandante enfrentan un obstáculo imposible de superar: la ocultación de información. La parte demandante deliberadamente omiten mencionar el requisito, sólidamente establecido, de que las promesas del Estado anfitrión están condicionadas por la veracidad de las declaraciones ofrecidas por el inversionista al Estado anfitrión.
805. La demandada ha demostrado que los tribunales internacionales han sido consistentes en argüir que las declaraciones de un Estado emitidas en un escenario en el que un inversionista ha proporcionado información incompleta o inexacta no dan lugar a expectativas legítimas.⁵⁰² Este es un problema importante para la defensa de la parte demandante.
806. Debido a que la parte demandante engañó a los organismos costarricenses durante los procesos de autorización ambiental y la fase de construcción, mediante la ocultación de información importante sobre las condiciones del sitio del proyecto y la forma en que se construiría el desarrollo (fragmentación), en el marco del derecho internacional no podrían promesas específicas que condujeran a expectativas legítimas. Esto se afirma sin perjuicio del hecho de que, en todo caso, la viabilidad ambiental y los permisos de construcción no constituirían garantías específicas. La razón de esto es que el intento de la parte demandante por fundamentar una garantía específica –como paso previo a la determinación de una expectativa legítima– tiene el propósito de defender la idea de que cualquier permiso de construcción o viabilidad ambiental debe anular el deseo del Estado de proteger el medio ambiente. Ninguna viabilidad ambiental ni ningún permiso de construcción tiene la capacidad legal para anular la máxima flexibilidad de las leyes de Costa Rica y la opción de las autoridades ambientales para suspender o revocar la viabilidad ambiental o los permisos.
807. Por lo tanto, dicho de otra manera, la parte demandante están tratando de establecer que la viabilidad ambiental y los permisos de construcción petrificarían los derechos contenidos en ellos, a fin de inutilizar los derechos que tiene Costa Rica de aplicar su legislación ambiental. Ni la viabilidad ambiental ni los permisos de construcción incluyen nada en este sentido, y la parte demandante no han alegado nada semejante.

⁵⁰² Dúplica de la demandada, Párr. 798-800; **CLA-70**, *International Thunderbird Gaming Corp. v. Estados Unidos Mexicanos*, IIC 136, Laudo, 26 de enero de 2006, Párr. 151-155.

808. La naturaleza de una garantía específica tendría que ofrecer, esencialmente, el compromiso específico de Costa Rica de que ya no exigirá el cumplimiento de sus leyes de protección del medio ambiente, algo que nunca se hizo y para lo cual no existe la más mínima evidencia.⁵⁰³

q) La ignorancia de la ley por parte de la parte demandante no es excusa para que proceda una reclamación por expectativas legítimas

809. La parte demandante asegura que recibieron asesoramiento con el fin de mantenerse en pleno cumplimiento de las leyes de Costa Rica. No hay ninguna evidencia de esto. La protección de las expectativas legítimas requiere también que los inversionistas se aseguren de respetar todas las normas:

"[...] la práctica prudente de inversión requiere que un inversionista ejerza su debida diligencia antes de comprometer fondos a cualquier propuesta concreta de inversión. Un elemento importante de la debida diligencia es que los inversionistas se aseguren de que sus inversiones cumplan con la ley."⁵⁰⁴

810. En su dúplica, la demandada demostró que el asesoramiento técnico y jurídico proporcionado a la parte demandante fue deficiente e irregular. Esto habla en contra de cualquier argumento que pudieran plantear la parte demandante sobre las expectativas que podrían derivarse de la viabilidad ambiental y los otorgados.⁵⁰⁵

811. El testimonio rendido por el señor Janney es pertinente en este contexto:

⁵⁰³ **RLA-136**, *Charanne B.V., y Construction Investments S.A.R.L. v. España*, SCC, Laudo, 21 de enero de 2016, Párr. 493, 504, 511.

⁵⁰⁴ **RLA-119**, *Anderson v Costa Rica*, ICSID ARB(AF)/07/2, Laudo, 19 de mayo de 2010, Párr.58.

⁵⁰⁵ Dúplica de la demandada, párr. 919-848.

"P: ¿Cuántos estudios jurídicos y ambientales se realizaron cuando usted decidió asociarse con David Aven en el Proyecto Las Olas?

R: No sé cuantos. No puedo decir. Tuvimos un contrato, estudiamos toda la zona para todos los usos, en la zona esta propiedad es poco usual. Es decir, las dos propiedades al lado son propiedades planas y esta propiedad, pues, tiene un pendiente que llega al mar."

Contrainterrogatorio a David Janney, Transcripción del día 2, 319: 9-17.

"P: ... ¿contrató a expertos y asesores jurídicos para hacer su evaluación? Y aquí dice que es su enfoque cuando quiere desarrollar un proyecto inmobiliario nuevo.

R: Sí. Es mi enfoque para urbanizaciones en Estados Unidos, cuando compro terrenos. Y en esta propiedad en particular miramos la propiedad. El terreno aprobó la prueba visual de humedales, de especies ambientales en cuanto a árboles.

P: Es decir, ¿aprobó la prueba visual según los expertos que usted contrató o según su opinión?

R: Según mi opinión."

Contrainterrogatorio a David Janney, Transcripción del día 2, 320: 12-15.

"P: Pero volviendo a mi pregunta, ¿usted en realidad contrató a asesores jurídicos?

R: No puedo hablar, no puedo hablar sobre ese tema.

P: ¿Porque no se acuerda?

R: Porque no sé."

Contrainterrogatorio a David Janney, Transcripción del día 2, 320: 17-22.

812. El señor Shioleno también admitió su falta de debida diligencia:

"P: ¿Qué tipo de estudios e investigaciones revisó usted para decidir que iba a meterse de lleno en el proyecto?

R: Bueno, era a partir de las conversaciones que tuve con el señor Aven, tengo una amistad de larga data con él."

Contrainterrogatorio a Jeffrey Shioleno, Transcripción del Día 2, 333: 17-22.

"P: ¿Qué tipo de debida diligencia hizo para involucrarse en el proyecto?

R: Siempre me había asociado con el señor Aven, ha sido un hombre de negocios muy exitoso cuando empezó a contarme sobre el proyecto y lo bonito que era Costa Rica y las oportunidades, desde luego me interesé."

Contrainterrogatorio a Jeffrey Shioleno, Transcripción del Día 2, 335: 9-15.

"P: Así que cuando estaba haciendo esta evaluación que se ha incluido en su declaración no había consultado ningún experto [...]

R: Sí, es cierto."

Contrainterrogatorio a David Janney, Transcripción del día 2, 318: 20-22; 319: 1-8.

813. Por último, el Sr. Aven lo confirmó:

"P: Voy a retroceder un momento, porque no quiero tomar demasiado tiempo con este tema. Sus abogados le tendrían que haber (dado) que toda asesoría que recibió debía ser dada a conocer, y quiero entender cuál es su declaración. ¿Está usted diciendo que no recibió asesoramiento por escrito o simplemente que lo recibió y no aparece en este registro?"

R: Lo que yo recuerdo es que sí reconozco esto, este documento, y no recuerdo ningún otro documento de haber recibido de un abogado. Quizás los recibí pero no los recuerdo como asesoramiento por escrito. Generalmente los abogados con los cuales yo traté me daban simplemente su asesoramiento en forma oral y sus instrucciones en forma oral. Pienso que si esto es lo único que aparece aquí, es lo único que tengo como asesoramiento jurídico."

Contrainterrogatorio a David Aven, Transcripción del Día 3, 782: 1-18.

"COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): ¿Cuándo por primera vez se enteró usted de que los procesos ambientales, que son las palabras que usted utilizó, podrían utilizarse para hacer que los permisos emitidos previamente fueran anulados? ¿Fue antes o después de que usted comprara la propiedad?"

EL TESTIGO: Ah, mucho después, mucho después. Yo compré la propiedad en 2002."

Contrainterrogatorio a David Aven, Transcripción del Día 3, 855: 19-22; 856: 1-4.

814. Sin embargo, incluso después del comienzo del proyecto, el Sr. Aven admitió no haber recibido ningún asesoramiento legal acerca de las obligaciones de los desarrolladores en el marco del proceso de autorización ambiental ante la SETENA:

"P: ¿Alguna vez le dijeron cuáles eran sus obligaciones al presentar la solicitud D1?"

R: Nuevamente aquí: yo no soy costarricense. No hablo, escribo ni leo español. En todo momento dependí de profesionales: abogados, personas involucradas en la actividad de hacer que un proyecto pase por todos los estudios del medioambiente hasta la etapa de permisos.

Yo dependía de estos profesionales. En ningún momento estuve realmente involucrado y dependía totalmente en los profesionales. Como usted dijo, yo no escribo español, no hablo español, no entiendo español. Entonces, dependo totalmente de los profesionales que emplee.

P: ¿Y usted no recuerda -y esta es mi pregunta- o no sabe si recibió consejos acerca de su obligación de divulgación en el proceso D1?"

R: No recuerdo nada de eso. Lo que yo entendí de los abogados y luego del señor Mussio era que ellos eran el equipo, tenían la experiencia para manejar el proceso a través de todo el proceso de permisos y ellos conocían los requisitos."

Contrainterrogatorio a David Aven, Transcripción del Día 3, 771: 12-22; 772: 1-12.

815. En suma, (i) la parte demandante no realizaron la debida diligencia en el momento de la inversión ni durante su operación; (ii) la parte demandante no recibieron asesoramiento legal (o, en el mejor de los casos, solo deficiente); y (iii) la parte demandante fueron

negligentes en la evaluación de la información que recibieron. Por lo tanto, una expectativa no puede considerarse legítima cuando se basa en un malentendido o en la ignorancia de la ley. Esto fue efectivamente defendido en el caso *Charanne v España*, en el que el tribunal, presidido por el presidente del Tribunal de Arbitraje de la ICC, sostuvo que:

"En este sentido, el Tribunal arbitraje comparte la posición de la demandada, según la cual, **'con el fin de ejercer el derecho de las expectativas legítimas, la parte demandante deberían haber realizado un análisis diligente del marco jurídico de la inversión.'** Esta posición es coherente con la posición adoptada por otros tribunales. El tribunal del caso *Frontier*, por ejemplo, consideró que **'un inversionista extranjero debe tomar sus decisiones de negocios y dar forma a sus expectativas sobre la base de la ley y la situación de hecho existente en el país en el momento de hacer la inversión.'** En efecto, para que estén en violación de las expectativas legítimas del inversionista, las medidas reglamentarias no deben haber sido razonablemente previsibles en el momento de la inversión. El Tribunal arbitral considera que, en el presente caso, la parte demandante podían prever fácilmente posibles ajustes al marco normativo como los introducidos por la normativa de 2010."⁵⁰⁶ (énfasis añadido)

2. Costa Rica aplicó su legislación ambiental de manera coherente con el DR-CAFTA

816. La parte demandante alegó, antes de la Audiencia, que la demandada *"había violado su propia ley"*⁵⁰⁷, sin enmarcar adecuadamente cualquiera de estas presuntas violaciones del derecho interno en violaciones de las obligaciones de Costa Rica en el marco del derecho internacional. Durante la Audiencia, la parte demandante alegaron que parte de sus expectativas legítimas era que Costa Rica haría cumplir su legislación ambiental de manera coherente con el DR-CAFTA.⁵⁰⁸
817. Para sustentar las presuntas violaciones de las leyes de Costa Rica por parte de la demandada, la parte demandante se basa en el testimonio del Sr. Ortiz. Durante este arbitraje, la demandada ha demostrado que, si bien el señor Ortiz tiene algo de experiencia en el campo del derecho administrativo, su experiencia en derecho ambiental es, a lo más, muy limitada.⁵⁰⁹ Este es un hecho fundamental que el Tribunal debe tener en cuenta al sopesar la evidencia documentada y decidir cuestiones de desacuerdo entre los expertos.

⁵⁰⁶ **RLA-136**, *Charanne BV y Construction Investments S.A.R.L v el Reino de España*, SCC, Laudo, 21 de enero de 2016, Párr. 505;
RLA-177, *Parkerings-Compagniet AS v República de Lituania*, Caso ICSID No ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, Párr. 333;
RLA-178, *Invesmart, B.V. v. República Checa*, UNCITRAL, Laudo (Editado), 26 de junio de 2009, Párr. 254, 272.

⁵⁰⁷ Réplica de los demandantes, párr. 227.

⁵⁰⁸ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 104: 13-17.

⁵⁰⁹ **R-522**, Bio de Luis Ortiz; Dúplica, Párr. 634-635, especialmente la nota 652; el párrafo 228 de la segunda declaración testimonial de Julio Jurado muestra que hay serios defectos en las nociones de legislación ambiental que tiene el señor Ortiz.

818. Durante la Audiencia, el señor Ortiz admitió que no es experto en derecho ambiental, sino en derecho administrativo:

"El día de hoy quisiera hacer una presentación breve sobre los temas más álgidos o los temas más importantes que considero del caso, **sobre todo desde la perspectiva del derecho administrativo y público que es mi especialidad.**"
(énfasis añadido)

Contrainterrogatorio a Luis Ortiz, Transcripción del día 4, 1213: 16-20.

819. La biografía del señor Ortiz, que no se ha adjuntado a este informe, muestra que sus áreas de experiencia son el derecho público y el derecho bancario.⁵¹⁰ Durante su interrogatorio, el Presidente del Tribunal tuvo que corregir al señor Ortiz sobre la terminología apropiada cuando hizo referencia a las VA como "estudios de impacto ambiental"⁵¹¹ en lugar de viabilidades ambientales. El señor Ortiz no fue capaz de responder a una pregunta formulada por los abogados de la demandada sin consultar "en su ley".⁵¹²

820. En la siguiente sección, la demandada primero resumirá los principios y reglamentos de la ley ambiental que la parte demandante deberían haber tenido presentes cuando decidieron invertir en Costa Rica. En segundo lugar, la demandada se ocupará de las presuntas "*graves violaciones de su propia ley*"⁵¹³ por parte de Costa Rica y demostrará que la demandada hizo cumplir su ley ambiental conforme a la legislación de Costa Rica y el DR-CAFTA. Si la parte demandante percibieron que Costa Rica incumplió un reglamento, tenían a su disposición múltiples opciones de solución judicial a las que podrían haber recurrido.

r) Lo que la parte demandante debían saber cuando decidieron invertir en Costa Rica.

821. Al igual que cualquier persona remotamente interesada en Costa Rica, la parte demandante no podían haber ignorado el marco ambiental que se aplica a todo desarrollo inmobiliario en Costa Rica. Todo el marco constitucional y administrativo de Costa Rica está diseñado para asegurar que las inversiones y los desarrollos en el país no obstaculicen el mantenimiento y la recuperación de la biodiversidad. Sin duda la parte demandante estaban al tanto de esto, como ellos mismos admiten,⁵¹⁴ y es en este contexto que la parte demandante adquirieron su participación en un terreno en Costa Rica. Inequívocamente, Costa Rica es reconocida internacionalmente por su observancia de normas ambientales, y los propios testigos de la parte demandante resaltaron la persistencia de los temas ambientales en cualquier desarrollo.⁵¹⁵ En consecuencia, toda

⁵¹⁰ R-522, Biografía de Luis Ortiz.

⁵¹¹ Interrogatorio a Luis Ortiz, Transcripción del día 4, 1231: 21-22; 1232: 1.

⁵¹² Contrainterrogatorio a Luis Ortiz, Transcripción del día 4, 1038: 8.

⁵¹³ Declaración introductoria de los demandantes, prueba demostrativa, diapositiva 29.

⁵¹⁴ Réplica de los demandantes, párr. 355-356.

⁵¹⁵ Contrainterrogatorio a Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 360: 15-22, 361: 1-4.

expectativa objetiva en el mercado (incluida la de la parte demandante) incluiría la necesidad de observar y anticipar obstáculos ambientales.

822. Como parte del derecho constitucional a un medio ambiente sano y ecológicamente balanceado, la Constitución de Costa Rica reconoce el derecho de toda persona a presentar una queja con respecto a daños ambientales, independientemente de su identidad, nacionalidad o conocimientos técnicos.⁵¹⁶
823. Costa Rica ha tipificado 110 delitos ambientales⁵¹⁷ y ha creado un órgano especializado de la Fiscalía⁵¹⁸ con el fin de sancionar el daño ambiental no solo a través de responsabilidad civil, sino también penalmente.
824. Desde que Costa Rica promulgó la Ley Orgánica del Ambiente en 1995 la evaluación del impacto ambiental ha pasado de ser una obligación genérica derivada del Artículo 14 del Convenio sobre la diversidad biológica, a una obligación impuesta sobre los desarrolladores para que certifiquen que su proyecto ha realizado una evaluación del impacto ambiental exhaustiva y de buena.⁵¹⁹
825. Por lo tanto, la política histórica de Costa Rica de promover el desarrollo sostenible centrado en la protección del medio ambiente ha llevado a la creación de un aparato administrativo robusto preparado para hacer cumplir sus leyes en caso de amenaza de daños al medio ambiente.

s) No era necesario que las medidas cautelares observaran el plazo de 15 días

826. La parte demandante continúan sosteniendo que las medidas cautelares emitidas por los organismos de Costa Rica deberían haber cumplido "*una revisión administrativa/judicial en un plazo de 15 días o, de lo contrario, haber sido revertidas.*"⁵²⁰ La parte demandante alegan que este período se aplica a todos los órganos administrativos en virtud del "*precedente de la Sala Constitucional y la Ley General de la Administración Pública*".⁵²¹ Esto no es cierto. El Dr. Jurado explicó en los párrafos 76 a 87 de su segunda declaración testimonial por qué este plazo estricto no se aplica en materia ambiental.
827. En la Audiencia, el Dr. Jurado también aclaró la excepción que la jurisprudencia constitucional ha hecho para las medidas ambientales:

⁵¹⁶ **R-214**, Constitución de Costa Rica, 1949.

⁵¹⁷ Reinterrogatorio a Luis Martínez, transcripción del día 4, 1083: 5-16.

⁵¹⁸ **R-216**, Política de persecución penal ambiental, Fiscalía General de Costa Rica, 2005.

⁵¹⁹ **RLA-39**, Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992; C-184, Ley Orgánica del Ambiente.

⁵²⁰ Declaración introductoria de los demandantes, prueba demostrativa, diapositiva 29.

⁵²¹ Ibid.

"La tesis mía -y lo quiero decir- es que ese plazo de quince días, la jurisprudencia constitucional ha hecho una excepción para el caso del ambiente y no aplica estrictamente el plazo de los quince días.

En otros casos en que el Tribunal ambiental -- eso lo digo por mi experiencia incluso como procurador porque me ha tocado defender a veces decisiones del Tribunal Ambiental Administrativo en que el Tribunal Administrativo ha adoptado una medida cautelar y no ha iniciado el proceso sancionatorio, que es el proceso principal al cual es instrumental esa medida cautelar, la Sala Constitucional ha otorgado plazos mayores a los quince días, incluso después de esta jurisprudencia.

¿En atención a qué? A que a veces la adopción del juicio principal requiere de estudios para la administración por la materia ambiental que requiere un poco más de tiempo para poder tomar y saber exactamente qué tiene que hacer en ese ámbito."

Interrogatorio al Dr. Julio Jurado, transcripción del día 5, 1086: 1-19.

828. El señor Ortiz no hizo mención de esta excepción en materia de protección del medio ambiente. Una vez más, es lamentable que el señor Ortiz haya malinterpretado la naturaleza de su misión ante este Tribunal. Si bien la protección del medio ambiente se encuentra sin lugar a dudas fuera del alcance de sus conocimientos especializados, uno habría esperado que un jurista de derecho administrativo indagaría con mayor diligencia acerca de cómo se aplica el plazo de 15 días sobre el que está declarando en materia ambiental, como en este caso. En resumen, la afirmación de la parte demandante de que el plazo de 15 días es aplicable y que los organismos costarricenses actuaron ilegalmente al emitir sus medidas cautelares sencillamente no tiene fundamento en la legislación ambiental de Costa Rica.
829. Por otra parte, y, en cualquier caso, si la parte demandante consideraron que las medidas cautelares fueron emitidas contra ellos en violación de las normas de procedimiento de Costa Rica, la parte demandante tenían numerosas vías para impugnar esas medidas.⁵²² En este sentido, el Dr. Jurado declaró sobre la existencia de los recursos procesales disponibles cuando las partes desean impugnar las medidas cautelares en su contra:

⁵²² Véase la Sección VIII.A.2(b).

"P: Usted podría estar de acuerdo -- estaría de acuerdo en decir que ese plazo razonable que la Sala Constitucional objetivamente tendría que estar enmarcado dentro de estos principios que regulan estas disposiciones legales que he leído con base al principio de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad. [...] Coincidiría conmigo que una medida cautelar que tenga una duración sin haber terminado el procedimiento principal del cual es accesorio de más de un año, dos años, tres años, violenta principios y garantías constitucionales directamente. ¿Correcto?

R: Una medida cautelar. [...] Sí, claro que sí, y el ordenamiento jurídico costarricense le ofrece a quienes se vean perjudicados en esos casos los remedios procesales para poder defenderse de una situación de ese tipo."

Contrainterrogatorio a Julio Jurado, transcripción del Día 5, 1131: 5-22; 1132: 1-5.

830. La parte demandante parecen haber ejercido tan poca diligencia en la defensa de sus presuntos derechos como lo hicieron al hacer su presunta inversión, y ahora desean que los contribuyentes costarricenses asuman la carga de su fallida diligencia.

t) El comportamiento de la demandada fue coherente con los principios de buena fe del ordenamiento jurídico de Costa Rica

831. Los párrafos 804 a 810 de la dúplica responden a la reclamación de que las medidas adoptadas por los organismos locales de Costa Rica violaron la legislación costarricense. Durante la audiencia, la parte demandante repitieron sus alegaciones de violación de las expectativas legítimas y la doctrina de los actos propios en el marco del ordenamiento jurídico de Costa Rica porque, según la parte demandante, *"un órgano administrativo no puede anular, revocar o suspender indefinidamente un acto o resolución que ha otorgado derechos a terceros."*⁵²³ La parte demandante se equivocan en sus alegatos.

832. Primero, los alegatos de la parte demandante en cuanto a la presunta violación de sus expectativas legítimas en virtud de la legislación costarricense se basa en la jurisprudencia española, no la costarricense.⁵²⁴ Para hacer frente a la aclaración, dada en la segunda declaración testimonial del Dr. Jurado, de que los conceptos en que se basan la parte demandante son ajenos al ordenamiento jurídico de Costa Rica,⁵²⁵ en la audiencia la parte demandante alegaron que la doctrina de los actos propios es una aplicación del Artículo 34 de la Constitución de Costa Rica. Según la parte demandante, el Artículo 34 establece el principio de no retroactividad de la ley.⁵²⁶ La parte demandante utilizan la doctrina de los

⁵²³ Declaración introductoria de los demandantes, prueba demostrativa, diapositiva 30.

⁵²⁴ Réplica de los demandantes, párr. 262-268.

⁵²⁵ Segunda declaración testimonial de Julio Jurado, Párr. 127.

⁵²⁶ Interrogatorio a Luis Ortiz, transcripción del día 4, 1228: 11-22; 1229: 1. (*"Bueno, estos principios no provienen, no son una creación extranjera, no es que estamos aplicando principios extranjeros sino que tienen un fundamento claro en el ordenamiento jurídico en el artículo 34 de la Constitución política que*

actos propios para afirmar que: (i) Los organismos no deberían haber desestimado los actos preparatorios en medio de las investigaciones; y (ii) que los organismos estaban obligados por los efectos de las VA otorgadas al Proyecto Las Olas.

833. El Dr. Jurado explicó en su segunda declaración testimonial que debido a que los actos preparatorios no generan derechos para terceros, la doctrina de los actos propios no es aplicable.⁵²⁷ Del mismo modo, en la Audiencia el Dr. Jurado declaró que la misma norma se aplica a la VA porque son actos preparatorios ("*de trámite*") y no pueden generar derechos propios [*estoppel*]:

"Pero la Procuraduría también ha alegado en juicios contenciosos administrativos en donde se está impugnando una viabilidad ambiental que se le ha otorgado, por ejemplo, a un particular, ese es un acto no susceptible de impugnación porque es un acto de mero trámite que no genera derechos propios. Y esa alegación ha sido aceptada por los tribunales de lo contencioso administrativo y el juicio ahí termina, porque es un acto no susceptible de impugnación."

Interrogatorio al Dr. Julio Jurado, transcripción del día 5, 1096: 7-16.

834. Segundo, la parte demandante se basan en la opinión del señor Ortiz para afirmar que los organismos agencias locales no han tomado las medidas establecidas por la ley para anular los permisos otorgados a ellos. La parte demandante se quejan de que la SETENA y la Municipalidad no han entablado procesos de *lesividad* para anular la viabilidad ambiental otorgada para el Condominio y los permisos de construcción, respectivamente.
835. De acuerdo con el señor Ortiz, los organismos de Costa Rica han aplicado el remedio equivocado al emitir medidas cautelares y no anular los permisos:

"COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): [...] así que si entiendo bien se ha aplicado la medida incorrecta por parte de la agencia. ¿Se tendría que haber declarado nulo en vez de haber emitido una medida cautelar?"

EL TESTIGO: Sí."

Reinterrogatorio a Luis Ortiz, transcripción del día 5, 1017: 10-14.

836. Sin embargo, la posición de Costa Rica no es que los permisos se anulan. En su lugar, la posición de Costa Rica es que los permisos se suspenden en espera de una resolución final del TAA y los tribunales penales de Quepos. El TAA tiene plenos poderes para ordenar a la SETENA que anule la VA concedida al Condominio en su sentencia final. Por ejemplo, en el proceso administrativo del Proyecto Costa Montaña, en el que estuvo implicado el señor Mussio, el TAA ordenó a la SETENA revisar la VA concedida al

establece el derecho fundamental a la irretroactividad de las leyes y los actos administrativos. El 173 de la ley General de la Administración Pública, que es el que específicamente regula lo que les acabo de explicar.").

⁵²⁷ Segunda declaración testimonial del Julio Jurado, Párr. 132-134.

proyecto dada la falta de veracidad de los desarrolladores al presentar estudios para 180 parcelas agrícolas, cuando el verdadero propósito era desarrollar un proyecto inmobiliario urbano.⁵²⁸

837. El propósito de emprender un proceso de *lesividad* sería evitar que continúe una acción que está causando daños al medio ambiente. Por lo tanto, el objetivo es proteger el medio ambiente. Las medidas cautelares emitidas por el SINAC, la Municipalidad, el TAA y el tribunal penal de Quepos han logrado, *de facto*, ese objetivo. Además, la suspensión de un permiso les permite a los desarrolladores corregir la conducta que dio lugar a la suspensión y continuar con su desarrollo una vez que se haya corregido. Anular o revocar los permisos de inmediato, como sugiere la parte demandante, le negaría al desarrollador la oportunidad de corregir su conducta y continuar con su desarrollo.
838. En cualquier caso, si la parte demandante pensó que las agencias locales habían "aplicado el remedio equivocado" o se habían "tomado demasiado tiempo", como sugiere el señor Ortiz, la parte demandante tenían derecho a impugnar esos defectos recurriendo a todos los medios de recurso disponibles dentro del ordenamiento jurídico de Costa Rica. El experto de la parte demandante, el señor Ortiz, está de acuerdo en que existen vías en Costa Rica por las que la parte demandante podrían haber reclamado daños y perjuicios compensatorios si hubieran considerado que la Administración actuó de manera ilegal:

"P: ¿Existen entonces avenidas procesales para que pueda una persona obtener indemnización?"

R. Como principio general, no sé si en Costa Rica o en arbitraje o donde sea, sí. **La ley sustantiva, el derecho sustantivo una vez que se ha condenado a un organismo o agencia, entonces se puede hacer un reclamo por indemnización.** (énfasis añadido).

Recontrainterrogatorio a Luis Ortiz, transcripción del día 5, 1043: 22; 1044: 1-6.

839. La parte demandante estaban perfectamente conscientes de esos pasos porque impugnaron la medida cautelar del SINAC en la sede administrativa y los tribunales judiciales.⁵²⁹ Sin embargo, la parte demandante prefirieron (i) abandonar esa acción (al no comparecer ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo);⁵³⁰ y (ii) ignorar el resto de medidas de reparación a su alcance para impugnar cualquier otra medida cautelar que consideraran ilegal.
840. Con respecto a *quién* debe asumir la carga de activar las medidas de reparación disponibles para el usuario, el señor Ortiz declaró que, aunque tanto el usuario como la

⁵²⁸ R-419, Sentencia del TAA para el Proyecto Costa Montaña, 1 de diciembre de 2009, p. 33.

⁵²⁹ R-193, El Tribunal Administrativo rechaza moción para revocar la ley de arquitectos, Medida cautelar del SINAC, 25 de marzo de 2011.

⁵³⁰ Id.

Administración pueden activarlas, la Administración tiene la responsabilidad principal en virtud del artículo 194 de la Ley General de Administración.⁵³¹ Sin embargo, el Artículo 194 establece la responsabilidad objetiva de la Administración Pública por los daños causados a los usuarios. No establece que la Administración tenga la carga *sua sponte* de curar subsanar defectos. Las circunstancias en las que la Administración tiene una obligación *sua sponte* de actuar y subsanar defectos son muy limitadas y no se encuentran en el Artículo 194.⁵³² La Administración no tiene la carga de investigar y encontrar defectos en sus actos que luego proceda a subsanar. Además, en este caso, la parte demandante tergiversaron y le ocultaron información a la Administración, precisamente para que la Administración no pudiera identificar deficiencias en los actos emitidos en relación con el proyecto Las Olas y su implementación.

841. Por su parte, el Dr. Jurado, después de explicar al Co-árbitro Baker las formas en que la Administración puede anular un permiso, atestiguó que *“En ambos casos y en todas las hipótesis tiene que participar la persona que deriva derechos de ese acto”*.⁵³³

842. Durante la declaración final de la demandada, la demandada presentó al Tribunal todos los medios disponibles a la parte demandante de apelación contra las conductas que consideraren ilícitas por parte de la SETENA, el SINAC, el TAA, la Municipalidad y los tribunales penales.⁵³⁴ El objetivo de tales pruebas consistía en demostrar que la parte demandante tenían y todavía tienen el recurso para impugnar cualquier medida cautelar o decisión de la parte demandada.

u) Hasta la fecha, la parte demandante todavía cuentan con opciones disponibles

843. Durante la audiencia, la parte demandante alegaron que las medidas cautelares han suspendido indefinidamente sus permisos. La parte demandante alegan que las medidas cautelares:

[Representan] la interposición de un instrumento jurídico por parte del Estado de acogida, que ha ordenado un cese del ejercicio de los derechos legales por, o en nombre de, los inversionistas para efectos de continuar estableciendo u operando una inversión'.⁵³⁵

844. La parte demandante, por lo tanto, convenientemente ignoran que (i) los procesos locales siguen en curso y que (ii) si sus derechos se están viendo limitados por esas medidas, existen recursos disponibles, de los cuales la parte demandante han hecho caso omiso. Si las medidas cautelares aún están pendientes, y el Proyecto Las Olas sigue suspendido, esto solo puede atribuirse a la inactividad de la parte demandante no a Costa Rica. La

⁵³¹ Contrainterrogatorio a Luis Ortiz, transcripción del día 5, 1017-19.

⁵³² De acuerdo con el artículo 190 de la Ley General de Administración, la Administración debe subsanar *sua sponte* cualquier defecto que detecte en un acto administrativo. Sin embargo, en ningún caso tiene la Administración la obligación de detectar *sua sponte* ese tipo de defectos.

⁵³³ Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción del día 5, 1182:21-22

⁵³⁴ Prueba demostrativa presentada en la declaración final de la demandada, Día 6.

⁵³⁵ Prueba demostrativa presentada en la declaración final de los demandantes, Día 6, diapositiva 28.

parte demandante sencillamente decidieron huir. Una vez que iniciaron este arbitraje, la parte demandante puso a los organismos pertinentes de Costa Rica en la imposible posición mediante la cual toda decisión que emitan podría ser utilizada contra Costa Rica en este arbitraje.

845. En cuanto a la medida cautelar del TAA, la demandada ya ha explicado que no se ha modificado debido a que las circunstancias que motivaron su expedición (interrupción de las obras que afectaban un humedal) no han cambiado hasta la fecha. Si la parte demandante no estaban de acuerdo, podrían haber solicitado, y todavía pueden solicitar, que el TAA revierta la medida cautelar en cualquier momento. El Dr. Jurado explicó en su segunda declaración de testigo que esta posibilidad está disponible para la parte demandante:

“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 de 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 [el TAA] logra constatar que el riesgo de daño ha cesado, ya no existiría necesidad de prolongar la medida cautelar.”⁵³⁶ (énfasis nuestro).

846. Con respecto a las otras medidas cautelares, el principio es el mismo. Algunos de los recursos disponibles para la parte demandante fueron explicados por el experto de las demandantes, el Señor Ortiz:

“P: Bueno, suponiendo hipotéticamente se emite una medida cautelar y no hay seguimiento en un período de quince días, y estoy diciendo que esta es una hipótesis que tiene que ver con el derecho ambiental, ¿cuál es -- cuáles son las medidas que puede tomar un desarrollador en una situación como esta en virtud de la ley costarricense?

R: Él podría pedir que se revoque esta medida cautelar ante la misma agencia que emitió la medida cautelar. Podría presentar o pedir revisión judicial o podría presentar un amparo ante la Corte Constitucional”.

Contrainterrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción del Día 5, 962:5-16

847. Otro recurso, y uno muy importante, es la solicitud de una medida cautelar judicial contra una medida cautelar administrativa. Durante la audiencia, no quedó claro cuál era el argumento de la parte demandante con respecto a las medidas cautelares administrativas. Durante el contrainterrogatorio de Luis Ortiz, él se refirió a “*contracautela*” como “*una situación en que una agencia gubernamental o la jurisdicción administrativa puede emitir una medida cautelar*”.⁵³⁷ La demandada aclara que este no es el recurso que la parte

⁵³⁶ Segunda declaración testimonial de Julio Jurado, párr. 113.

⁵³⁷ Contrainterrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción del día 5, 963:4-6

demandante tienen disponible contra las medidas cautelares administrativas. Más bien, la demandada mantiene que la parte demandante podrían haber solicitado una medida cautelar judicial contra las medidas administrativas en los tribunales contencioso administrativos.

848. Por ejemplo, en un caso muy similar al proyecto Las Olas, el TAA emitió una medida cautelar contra todo un proyecto residencial durante la investigación por daños ambientales. El desarrollador interpuso una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo en busca de una orden judicial para suspender los efectos de la medida cautelar judicial del TAA. El tribunal participó en un ejercicio de equilibrio entre los derechos de los desarrolladores, que se suspendieron, y la protección del medio ambiente. El tribunal revocó parcialmente la medida al considerar que no debería haberse emitido en contra de todo el proyecto, sino únicamente en las zonas que estaban bajo investigación por el supuesto daño ambiental. El Tribunal Contencioso Administrativo sostuvo que:

“Así las cosas, por un criterio de razonabilidad y proporcionalidad y de la búsqueda de evitar una afectación grave al administrado de manera innecesaria, este Juzgado estima procedente mantener los efectos de la resolución dictada por el [TAA] únicamente para las siguientes áreas: a) Área destinada a bosque según mapa de uso actual de suelo presentado a conocimiento de la SETENA para el trámite de viabilidad ambiental, b) Área de 50 metros contado a partir de la denominada quebrada Cruz, c) área correspondiente a 4 construcciones habitacionales [...]. una medida cautelar en sede administrativa a todo un proyecto, cuando de los elementos que consta en autos podría evidenciarse, en grado de probabilidad que no existe posibilidad de afectación al interés público ambiental en toda su ejecución, sino solo en parte del mismo, no es procedente cuando los efectos de la medida administrativa son graves en perjuicio del Administrado.”⁵³⁸

849. La parte demandante tenían pleno conocimiento de las opciones disponibles para ellos. El 24 de febrero de 2011, el Tribunal Contencioso Administrativo otorgó a la parte demandante una medida provisional e inmediata, *prima facie* contra la medida cautelar del SINAC.⁵³⁹ Esta es una prueba no solo de la posibilidad de recurrir a estas medidas, sino también de cómo eran accesibles, ya que el Tribunal las concedió. No obstante, el Tribunal solicitó a la parte demandante los documentos restantes con el fin de notificar al SINAC y de exponer sus demandas. Luego de que el tribunal solicitara esta información a la parte demandante en **cuatro ocasiones** sin recibir respuesta alguna, el tribunal levantó la medida cautelar y dio fin al proceso debido a la falta de interés del demandante como denunciante.⁵⁴⁰ La información solicitada en ese momento era una mera formalidad. El hecho de que la parte demandante no cumplieran con solicitudes tan sencillas muestra negligencia y una falta de voluntad de obtener un resultado positivo en realidad.

⁵³⁸ R-564, Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución No. 306-2012 del 7 de junio de 2012, p. 14.

⁵³⁹ R-193, Tribunal Administrativo rechaza moción para revocar la medida cautelar del SINAC del 25 de marzo de 2011.

⁵⁴⁰ Id.

850. Con la interposición de esta denuncia, la parte demandante podrían haber solicitado a los tribunales que suspendieran los efectos de las medidas cautelares administrativas, o que modificara el alcance de la medida cautelar, ya que las acciones administrativas no son más que un tipo de acto administrativo apelable ante los foros judiciales.
851. La parte demandante también podrían haber presentado un recurso de ante la Sala Constitucional.⁵⁴¹ Si la parte demandante pensaban que sus derechos constitucionales estaban siendo perjudicados por las medidas, la parte demandante tenían en todo momento este recurso disponible.
852. Llama la atención que la parte demandante no recurrieran a ninguna de estas vías cuando el abogado local de la parte demandante, el señor Manuel Ventura, que se identifica como el “abogado personal de David Aven desde enero de 2012”⁵⁴² dice que es “un abogado costarricense especializado en derecho constitucional y administrativo”.⁵⁴³
853. Por ejemplo, en el momento de las medidas la parte demandante tenían, pero no habían ejercido, las siguientes vías para impugnar cualquier acto administrativo que les afectara:
- *Recurso de revocatoria* según el artículo 344 de la Ley de Administración Pública;
 - *Recurso de apelación* según el artículo 344 de la Ley de Administración Pública;
 - *Recurso de revisión* según el artículo 353 de la Ley de Administración Pública.
854. Sin embargo, dada la inactividad de los mismos demandantes, el plazo de prescripción se ha agotado para estos tres recursos.
855. Sin embargo, la parte demandante todavía tienen opciones disponibles para imputar las acciones que consideren perjudiciales para ellos, tales como las medidas cautelares. Teniendo en cuenta que, según la ley de Costa Rica, las medidas cautelares emitidas por los órganos administrativos se consideran actos administrativos con efectos continuos, la ley de prescripción no ha vencido para varias opciones de reparación a las que la parte demandante todavía pueden recurrir en la actualidad:
- Un recurso de queja en virtud del artículo 358 del Código Procesal Contencioso Administrativo;
 - Una solicitud de orden judicial contra las medidas cautelares administrativas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en virtud del artículo 19 del Código Contencioso Administrativo;

⁵⁴¹ **R-428**, artículos 29 y 35, de la Ley 7135, Ley de jurisdicción constitucional del 11 de octubre de 1989.

⁵⁴² Primera declaración testimonial de Manuel Ventura, párrafo 7.

⁵⁴³ Segunda declaración testimonial de Manuel Ventura, párrafo 10.

- Una denuncia ante la Defensoría de los Habitantes en virtud del artículo 12 y 17 de su Ley;⁵⁴⁴
 - Un recurso de amparo en virtud del artículo 29 y 35 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional;⁵⁴⁵
856. Además, una vez que los efectos de una medida cautelar cesan por referencia a los recursos antedichos, la parte demandante contarían con las siguientes reparaciones judiciales contra la Administración Pública:
- Un incidente de nulidad en virtud del artículo 75 de la Ley de Administración Pública;
 - Una denuncia contra el acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en virtud del artículo 49 de la Constitución⁵⁴⁶ y el Código Contencioso Administrativo;⁵⁴⁷
 - Una denuncia ante la Contraloría de Servicios de cada organismo en virtud de los artículos 13, 14, 39 a 45 de la Ley Reguladora del Sistema Nacional de Contralorías de Servicios;⁵⁴⁸
857. También cabe mencionar que, después de que la parte demandante interpusieron una denuncia contra la Administración Pública, existen tres recursos para impugnar cualquier decisión definitiva del Tribunal Contencioso Administrativo: (i) un *recurso de revocatoria*; (ii) una apelación; y (iii) un *recurso de casación*.⁵⁴⁹
- v) Los nuevos argumentos de la parte demandante sobre violaciones a leyes administrativas no se sostienen según las leyes de Costa Rica
858. La parte demandante planteó durante el conainterrogatorio del Dr. Jurado dos nuevos argumentos que la demandada considera se encontraban en el marco jurídico cuando la parte demandante hicieron su supuesta inversión. Debido a que esta es la primera vez en que la parte demandante han planteado tales argumentos en este arbitraje, la demandada se reserva el derecho de responder a cualquier argumento nuevo de la parte demandante en su escrito resumen posterior a la audiencia.

⁵⁴⁴ **R-164**, Ley 7319, 10 de marzo de 1993. La Defensoría podría asistir al denunciante en los casos en que se estén violentando sus derechos constitucionales y guiarlo respecto de los recursos y las opciones disponibles para remediar la violación. Téngase en cuenta que, incluso si ya hubiere prescrito, la Defensoría puede ejercer su amplia discreción para escuchar la denuncia de todas maneras.

⁵⁴⁵ **R-428**, Ley 7135, Ley de jurisdicción constitucional del 11 de octubre de 1989.

⁵⁴⁶ **R-214**, Constitución de Costa Rica, 1949.

⁵⁴⁷ **R-248**, artículos 1, 2, 9, 10, 12, 19-31, 36, 37, 39-42 y 58 del Código Contencioso Administrativo.

⁵⁴⁸ **R-569**, Ley Reguladora del Sistema Nacional de Contralorías de Servicios de 2013. Este recurso está disponible ante la ineficacia de cualquier funcionario público en caso de retrasos inexcusables e injustificados, mal servicio o errores graves cometidos en el desempeño de sus funciones oficiales. Obsérvese que los recursos establecidos por esta ley solo estaban disponibles a partir de su entrada en vigencia en 2013.

⁵⁴⁹ **R-248**, artículos 132-134 del Código Contencioso Administrativo.

859. El primer argumento se refiere a una decisión de la Sala Constitucional del 9 de septiembre de 2009, que declaró inconstitucional la palabra “creación” en el último párrafo del artículo 7 de la Ley de Protección de la Naturaleza. Antes de esa decisión, el artículo decía lo siguiente:

'La **creación** y delimitación de humedales se llevará a cabo a través de un decreto ejecutivo, de acuerdo con criterios técnicos". (énfasis nuestro).

860. Según lo explicado por el Dr. Jurado durante su contrainterrogatorio, los efectos de la sentencia de la Sala Constitucional son retroactivos y, por lo tanto, nunca existió la obligación de 'crear humedales mediante decreto ejecutivo'.⁵⁵⁰ Sin embargo, la parte demandante se basan en el último pasaje de la decisión, el cual establece que la decisión ha de respetar los “derechos adquiridos”.⁵⁵¹

861. Por otra parte, la teoría de la parte demandante sobre derechos adquiridos derivados de la decisión de la Sala Constitucional es incorrecta: su conducta impropia les impide reclamar derechos que podrían haberseles concedido antes de septiembre de 2009. La parte demandante tergiversaron la información comunicada a los organismos costarricenses sobre las condiciones físicas del terreno. Asimismo, obtuvieron una autorización ambiental en forma ilícita e iniciaron la construcción haciendo caso omiso de los ecosistemas que el terreno albergaba. Ahora no pueden exigir los derechos que adquirieron de manera ilegítima.

862. El segundo argumento se refiere a la existencia de los planes de zonificación para Esterillos Oeste y Parrita. La parte demandante insinuaron durante el contrainterrogatorio del Dr. Jurado que, debido a que el plan de zonificación no establecía que Las Olas se encontraba en un humedal, cuando la Municipalidad emitió una certificación sobre el uso del suelo (como parte del proceso de obtención del permiso de construcción), la Municipalidad tenía que ajustarse a ello. El Dr. Jurado explicó que, según la legislación de Costa Rica, las certificaciones de uso de suelo no otorgan derechos a los individuos, sino que simplemente declara lo que está incluido en el plan regulador:

“La Procuraduría ha señalado que las certificaciones de uso de suelo, por ser meras certificaciones, son actos declarativos no constitutivos de derechos.”⁵⁵²

863. Por lo tanto, si la certificación de uso del suelo no genera derechos y es un mero acto de trámite (para la emisión del permiso de construcción), la Municipalidad no tenía que dar “cumplimiento de la misma”.

864. Por otra parte, la parte demandante no pueden sostener que un derecho en virtud del plan de zonificación les permitió cometer daños al medio ambiente. Ni la parte demandante

⁵⁵⁰ Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción del día 5, 1503:16-19; 1505:3-6.

⁵⁵¹ Id., 1505:10-12.

⁵⁵² Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción del día 5, 1152:1-4

pueden afirmar que tenían el derecho a construir en su propiedad únicamente porque el plan regulador no integraba los humedales que existían en la zona. El hecho de que las demandantes no tenían la prohibición de construir, porque no había humedales identificados en los planes de zonificación no es escudo para la mala conducta de la parte demandante. Por ley, la parte demandante estaban obligados a proteger los humedales que se encuentran su propiedad, y se les prohibió la construcción sobre un humedal, que es un ecosistema protegido por ley, sin importar lo que se indique en el plan regulador.

B. La parte demandante no han podido hacer valer su alegato de denegación de justicia

865. Como se indicó antes,⁵⁵³ el debido proceso y la arbitrariedad no son obligaciones independientes del Estado de acogida y, por lo tanto, no son una norma de protección prevista en DR-CAFTA, *a no ser que* la falta de un debido proceso o la arbitrariedad puedan considerarse una denegación de justicia.

866. Si el Tribunal considera que el debido proceso y la arbitrariedad son normas de protección en virtud de DR-CAFTA, debe enmarcarlos junto con la promesa explícita de no denegar justicia, conforme a lo dispuesto en el texto del Tratado. En consecuencia, la demandada considera que (1) la reclamación encubierta de denegación de justicia interpuesta en virtud de 10.5 debe fallar, (2) a la parte demandante se les concedió el debido proceso en todo momento, y (3) el señor Martínez no se condujo de manera arbitraria.

1. La reclamación encubierta de denegación de justicia interpuesta en virtud de 10.5 debe fallar

867. La parte demandante han presentado una demanda por la falta de debido proceso y conducta arbitraria de la demandada, con el claro objetivo de evitar el alto umbral que conlleva una reclamación de denegación de justicia: agotamiento de los recursos internos o, en caso de no haber cumplido con ello, la futilidad del recurso disponible.⁵⁵⁴

868. En lo que respecta al debido proceso, la estrategia de la parte demandante parece sugerir que, dado que la doctrina de la denegación de la justicia incluye procesos administrativos - la conducta de los funcionarios costarricenses que están denunciando-, ellos no debieron agotar los recursos internos:

“hay una conexión entre la denegación de justicia y la idea de agotamiento de recursos internos. Pero, bueno, dicen que el debido proceso está vinculado exclusivamente o de cerca con esta idea y que la parte demandante no han agotado los recursos internos. [...]”⁵⁵⁵

⁵⁵³ Véanse las Secciones VII.A.2 y VII.A.3.

⁵⁵⁴ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 160:7-161:1.

⁵⁵⁵ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 105:19-22; 106:1-2 Prueba demostrativa inicial de los demandantes, diapositiva 22.

869. Sin embargo, esta no es la lectura que puede deducirse del artículo 10.5.2(a). Tal como explicó un tribunal arbitral al interpretar dicha disposición en el contexto del DR-CAFTA:

“[e]l Tribunal no considera que un acto administrativo, per se, y particularmente en el primer nivel jerárquico de la toma de decisiones, puede constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario toda vez que otros recursos o posibilidades de apelación estén potencialmente disponibles de conformidad con la legislación nacional.”⁵⁵⁶

870. Por tanto, incluso si los procesos administrativos se abarcan en el artículo 10.5.2(a), el requisito de agotamiento de los recursos internos se sigue aplicando.

871. Dado que la parte demandante no presentaron ningún argumento nuevo que la demandada no haya refutado anteriormente en su contramemoria y dúplica,⁵⁵⁷ la demandada se basa en sus alegaciones sobre el incumplimiento de los requisitos de una reclamación de denegación de justicia de parte de la parte demandante.

2. A la parte demandante se les otorgó el debido proceso en todo momento

872. Como alternativa, y si el Tribunal considera que Costa Rica se comprometió a otorgar el debido proceso fuera del alcance del artículo 10.5 del Tratado, la demandada ha demostrado que a la parte demandante se les concedió el debido proceso en todo momento.

w) El Proyecto Las Olas no se ha clausurado sin una decisión administrativa definitiva

873. La parte demandante aducen que el proyecto se clausuró sin audiencia ni decisión administrativa definitiva.⁵⁵⁸ Para llegar a esta conclusión, la parte demandante descontextualizan por completo los hechos y la situación continua de los procesos administrativos en Costa Rica. El Reglamento de Procedimientos del TAA prevé una audiencia pública donde el desarrollador puede comparecer y ejercer su derecho a la defensa.⁵⁵⁹

874. El TAA inició un proceso administrativo en contra del Proyecto Las Olas a partir de 2010, después de haber recibido la solicitud de la señora Vargas de una investigación, la denuncia del señor Bucelato y la denuncia del SINAC.⁵⁶⁰ A la fecha, se encuentra pendiente una decisión administrativa definitiva sobre la responsabilidad de la parte demandante. Como se ha mencionado antes, debido al efecto de enfriamiento de este arbitraje, los órganos como el TAA se han abstenido de continuar con el procedimiento por temor a emitir una decisión que pudiera resultar incompatible con algunas de las

⁵⁵⁶ **RLA-150**, *Corona Materials LLC v. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo, 31 de mayo de 2016, párr. 248.

⁵⁵⁷ Cotramemoria de la demandada, párr.30, 565-577: dúplica de la demandada, párr.869-904.

⁵⁵⁸ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 20:2-6.

⁵⁵⁹ C-185, artículo 24, del Reglamento de Procedimientos del TAA.

⁵⁶⁰ **R-123**, el TAA consolida tres denuncias (695-12-TAA), 17 de julio de 2012.

conclusiones de este tribunal o podría tener un efecto adverso para la defensa de Costa Rica.

875. El expediente muestra que la parte demandante decidieron hacer caso omiso de tales procesos, aun cuando sabían acerca de ellos desde septiembre de 2010⁵⁶¹ y se les notificó formalmente de ellos el 13 de abril de 2011.⁵⁶² La medida cautelar del TAA está pendiente de una decisión definitiva del TAA en cuanto a la responsabilidad de la parte demandante por daños ambientales. Si la parte demandante creen que el TAA ha actuado de manera ilícita, la parte demandante pueden comparecer en cualquier momento ante el TAA para impugnar su conducta.

x) La señora Díaz y la señora Vargas no actuaron 'de manera completamente no transparente'

876. La parte demandante sostienen que las investigaciones realizadas por la señora Díaz y la señora Vargas no les otorgaron el debido proceso dada la forma no transparente en que se llevaron a cabo.⁵⁶³ Es muy cínico de la parte demandante mantener que estas investigaciones constituían una violación del debido proceso, cuando en todo momento se les mantuvo informados de ambas investigaciones. Como se aprecia en el Documento Probatorio R-372, al 29 de septiembre de 2010 la parte demandante estaban al tanto de las investigaciones que llevaban a cabo el SINAC, la Defensoría, la DeGA y el TAA.⁵⁶⁴ La demandada se refiere a este hecho en los párrafos 578-589 de su Dúplica. La parte demandante no han rebatido este hecho, sino que han preferido persistir en su afirmación de que los 'mantuvieron en las sombras' de estos eventos.

877. Tanto la señora Vargas⁵⁶⁵ como la señora Díaz⁵⁶⁶ han atestiguado que, de conformidad con las regulaciones de Costa Rica, no tenían ninguna obligación de informar a terceros de sus investigaciones. El señor Jurado⁵⁶⁷ y el señor Ortiz⁵⁶⁸ también concuerdan en este sentido, como una cuestión de derecho costarricense. La parte demandante mantienen que, incluso si fuera cierto que, conforme a la ley costarricense, los organismos no estaban obligados a dar aviso a la parte demandante respecto de sus investigaciones debido a su naturaleza de acto preparatorio, *'la parte demandada no puede sustentarse en su derecho interno para justificar un delito internacional'*.⁵⁶⁹

⁵⁶¹ **R-372**, Primer juico por difamación, 8 de octubre de 2010, p. 12. (Prueba documental).

⁵⁶² **R-84**, Notificación de medida cautelar del TAA a los demandantes, 13 de abril de 2011.

⁵⁶³ Declaración final de los demandantes, diapositiva 28.

⁵⁶⁴ **R-372**, Primer juico por difamación, 8 de octubre de 2010, p. 12. (Prueba documental).

⁵⁶⁵ Segunda declaración testimonial de Mónica Vargas, párrafos 36-37.

⁵⁶⁶ Segunda Declaración testimonial de Hazel Díaz, párrafos 20-23.

⁵⁶⁷ Primera declaración testimonial de Julio Jurado, párr. 115-120.

⁵⁶⁸ Informe pericial de Luis Ortiz, párr. 145.

⁵⁶⁹ Declaración final de los demandantes, diapositiva 28.

878. La parte demandante toman la defensa de la demandada totalmente fuera de contexto. Como se dijo,⁵⁷⁰ el papel de las leyes de Costa Rica es pertinente en la medida en que nos informa sobre el contenido de los compromisos adquiridos por la demandada ante la parte demandante, que la parte demandante sostienen fueron violados. Por lo tanto, es imperativo determinar si Costa Rica tenía la obligación de notificar a la parte demandante de las primeras etapas de las investigaciones para determinar si se ha producido una infracción que pudiera desencadenar la responsabilidad internacional de la demandada. Como se ha visto, no existía obligación alguna.
879. La parte demandante también alegan que las investigaciones de la Defensoría y DeGA *'contribuyeron a la persecución penal manifiestamente arbitraria del señor Aven'*.⁵⁷¹ En primer lugar, esto no es cierto con respecto a la Defensoría. La señora Díaz estaba investigando la legalidad del accionar de los organismos costarricense, no de la parte demandante. Su investigación de hecho concluyó cuando se inició la investigación penal, y el señor Martínez no usó ninguna información de la Defensoría para plantear la acusación penal contra el señor Aven el 21 de octubre de 2011.⁵⁷²
880. En segundo lugar, lo que contribuyó a la investigación penal del señor Martínez fueron las observaciones que hizo la señora Vargas a principios de 2009, cuando la parte demandante ya habían empezado a rellenar el Humedal No. 1. Los informes de la señora Vargas se ofrecieron como prueba en el proceso penal, así como la señora Vargas como testigo; cuando el abogado penal del señor Aven tuvo la oportunidad de interrogarla, y lo hizo.⁵⁷³ No vemos cómo la dependencia del señor Martínez en el conocimiento de primera mano de la señora Vargas durante la investigación penal pudiera haber violado los derechos de la parte demandante.
881. En resumen, la reclamación de la parte demandante no debe prosperar, porque la demandada ha demostrado que (i) la parte demandante tenían conocimiento de las investigaciones desde el comienzo de las investigaciones iniciadas por la Defensoría y el DeGA; (ii) esos organismos no tenían la obligación, en virtud del derecho costarricense, de notificar a la parte demandante de sus investigaciones iniciales; y (iii) puesto que la ley costarricense es relevante en la medida en que sirve de insumo para el contenido de los compromisos adquiridos por la demandada ante la parte demandante, no existe una infracción que puede desencadenar la responsabilidad internacional de la demandada.

⁵⁷⁰ Véase la Sección IV.C.

⁵⁷¹ Declaración final de los demandantes, diapositiva 28.

⁵⁷² C-142. A partir de la página 11, el señor Martínez indica todos los documentos en los que se basó para plantear la acusación penal contra el señor Aven. Ninguno de los 38 documentos enumerados se refiere a un informe o una carta de la Defensoría.

⁵⁷³ C-142 and C-272.

y) Los órganos costarricenses no ignoraron las determinaciones previas de otros organismos

882. La parte demandante alegan una violación al debido proceso porque los órganos locales decidieron hacer caso omiso de las determinaciones de organismos anteriores. La parte demandante sostienen que: *'los organismos pertinentes tuvieron la oportunidad de terminar el proceso de investigación a raíz de dos decisiones de la SETENA, pero no lo hicieron.*⁵⁷⁴ La parte demandante se refiere a la Resolución de SETENA de septiembre de 2010, la cual desestimó la denuncia presentada ante la Defensoría sobre la existencia de humedales en el sitio del proyecto⁵⁷⁵ y a la Resolución de SETENA de noviembre de 2011, que desestimó la denuncia del SINAC, porque no había pruebas suficientes para encontrar a la parte demandante culpables de la falsificación del documento falso.⁵⁷⁶
883. Aquí, nos parece pertinente referirnos al ámbito de responsabilidades del SINAC y la SETENA. La SETENA y el SINAC son órganos adscritos al Ministerio de Ambiente y Energía, y cada uno tiene funciones diferentes y claramente estipuladas. Asimismo, los dos órganos gozan de la misma autonomía y, por eso, no hay ninguna jerarquía entre ellos. La SETENA es el órgano que controla exclusivamente el análisis de los estudios de evaluación de impacto ambiental y los aprueba. La SETENA determina si las medidas de mitigación propuestas por el desarrollador son adecuadas y conformes a las características ambientales de cada sitio.
884. Por otro lado, el SINAC es el órgano responsable de ofrecer la protección y el control de los ecosistemas de humedales, de conformidad con la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, que a su vez se basa en la Ley de Biodiversidad.
885. Además, el decreto ejecutivo que creó el Programa Nacional de Humedales reafirma las potestades del SINAC respecto de la protección de los humedales por medio de las áreas de conservación del SINAC. El decreto también indica que otras entidades públicas deben colaborar con el SINAC para lograr esta protección, dentro del ámbito de su propia competencia.⁵⁷⁷
886. De modo que no existe una jerarquía entre el SINAC y la SETENA, ya que ambos son órganos del MINAE y cada uno tiene un ámbito bien definido de acción, el cual no permite responsabilidades compartidas en cuanto a la protección de los humedales. El artículo 7(h) de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre le asigna exclusivamente al SINAC la gestión y protección de los humedales, así como su clasificación.⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ Declaración final de los demandantes, diapositiva 24.

⁵⁷⁵ C-83.

⁵⁷⁶ C-114.

⁵⁷⁷ **R-222**, Decreto Ejecutivo N° 36427-Minaet del 01/25/2011.

⁵⁷⁸ C-220.

887. Por lo tanto, en relación con la consulta del Tribunal sobre qué entidad tiene la autoridad final para determinar los problemas ambientales relacionados con los humedales, la demandada puede confirmar firmemente que esa entidad es el SINAC. La demandada dirige al Tribunal a los párrafos 22 y 26 de la primera declaración testimonial de Julio Jurado, quien se refiere a la autoridad del SINAC implicada en la protección de los humedales en Costa Rica.
888. En este contexto, el Tribunal debe evaluar las alegaciones de la parte demandante considerando las resoluciones favorables que recibieron de la SETENA. En primer lugar, en cuanto a la Resolución de SETENA de septiembre de 2010, el señor Pacheco Polanco de SETENA estaba acompañado por el señor Damjanac, **no fueron funcionarios del SINAC**, quien llegó a la conclusión de que no había “cuerpos de agua” en el sitio. Debido a que el SINAC es el único órgano competente en Costa Rica para determinar la existencia de humedales en Costa Rica, el SINAC tenía el deber y el poder para continuar sus investigaciones en el sitio Las Olas, a pesar de la conclusión de la SETENA.
889. La Defensoría y la Municipalidad recibieron la notificación de la Resolución de la SETENA. Sin embargo, alrededor del mismo tiempo, el SINAC también había comenzado a realizar investigaciones. Tales investigaciones condujeron al Informe del SINAC de enero de 2011, en la cual el señor Picado señaló la existencia de un humedal en el sitio y recomendó que se efectuara un estudio completo para confirmar sus hallazgos.⁵⁷⁹ El SINAC estaba plenamente facultado para llevar a cabo su investigación, pese a un hallazgo en sentido contrario de la SETENA.
890. En segundo lugar, con respecto a la Resolución de SETENA de noviembre de 2011, es preciso contextualizarla en el momento de su emisión. En ese momento, el Fiscal ya había desestimado el cargo de falsificación contra el señor Aven.⁵⁸⁰ Entonces, ningún otro organismo podría haber desatendido la Resolución de SETENA de noviembre de 2011, porque ningún otro organismo trató el tema del documento falso después de la desestimación de los cargos por parte del señor Martínez. En todo caso, la resolución de la SETENA era congruente con el sobreseimiento del señor Martínez, pues ninguno de ellos encontró pruebas para hallar culpable al señor Aven de falsificación.
891. No obstante, la parte demandante exagera el verdadero contenido de esta resolución y mantienen que '*confirmó y verificó*' su VA para el sitio de Condominios.⁵⁸¹ La Resolución de SETENA de noviembre de 2011 sencillamente negaba que el señor Aven hubiera presentado el documento falso ante la SETENA.

⁵⁷⁹ R-262, Informe del SINAC de enero de 2011 (ACOPAC-CP-003-11).

⁵⁸⁰ R-115, Solicitud de sobreseimiento de falsificación y desobediencia a la autoridad, 21 de octubre de 2011.

⁵⁸¹ Réplica de los demandantes, párr. 233.

z) Las recomendaciones del señor Briceño al Concejo Municipal no muestran violaciones al debido proceso

892. La parte demandante también han intentado utilizar el testimonio del señor Briceño para reclamar violaciones al debido proceso en su contra.⁵⁸² Por motivos de credibilidad y de fondo, el Tribunal debe desestimar las recomendaciones del señor Briceño, ya que no pueden constituir una base de responsabilidad internacional en virtud del Tratado.

i. *Las recomendaciones del señor Briceño al Concejo Municipal no guardan ninguna relación con la responsabilidad de Costa Rica conforme al DR-CAFTA*

893. La parte demandante se fundamentan en las siguientes recomendaciones para reclamar violaciones al debido proceso: (i) que la señora Vargas interpuso una queja formal ante el TAA sin la autorización del Concejo Municipal; (ii) que la suspensión de los permisos acordados por el Concejo Municipal el 7 de marzo de 2011 fue ilegal; (iii) que el Concejo Municipal no creó una comisión interdisciplinaria para tratar la situación del Proyecto Las Olas; y (iv) que el Concejo Municipal tardó mucho tiempo en revertir la suspensión de las obras después de la Resolución de la SETENA de noviembre de 2011.

894. La demandada ha abordado cada una de estas recomendaciones en los párrafos 43-82 de su réplica, y en su declaración final del 7 de febrero de 2016.⁵⁸³

895. Durante su interrogatorio, el señor Briceño no testificó sobre ninguna de las recomendaciones que hizo a la Municipalidad. Más bien, el señor Briceño presentó un nuevo argumento relativo a la supuesta ilegalidad de la decisión del Concejo Municipal de suspender los permisos de construcción. El señor Briceño nunca mencionó estos motivos de supuesta ilegalidad antes, ni en ninguno de sus oficios al Concejo Municipal (en concreto, el Documento Probatorio C-284) ni en su testimonio. El señor Briceño atestiguó que:

⁵⁸² Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 47:10-21.

⁵⁸³ Declaración final de la demandada, Transcripción del día 7, 2367:8; 2375:19.

"cuando usted mencionó al principio el acuerdo municipal sobre la paralización, lo que aquí se analiza es el debido proceso para la toma de un acuerdo municipal en donde no se intervenga, en donde se sigue el debido proceso y no se ejerza administración activa, que eso es lo que está haciendo el acuerdo al momento de ordenarle al alcalde prácticamente paralizar las obras. Eso no es potestad del consejo. El consejo es un órgano deliberativo y no es un órgano activo."

Contrainterrogatorio de Jorge Briceño, Transcripción del Día 7, 2074:6-15 La transcripción en inglés no refleja el testimonio completo en español.

"lo que yo analicé fue la -- el procedimiento para la toma de un acuerdo municipal, el cual es ilegal porque está basado en una denuncia de vecinos, y a la hora ellos de tomar una decisión, según los artículos que mencioné antes, 44 y 45 del Código Municipal ellos tienen que hacer un trámite de comisión, que es la que analiza todos estos aspectos y luego emite un informe al Concejo Municipal, quien posteriormente toma el acuerdo y lo remite al alcalde. Pero dentro de ese acuerdo no puede hacer la incitación a paralizar porque esto es potestad de la administración, no es potestad del Consejo."

Contrainterrogatorio de Jorge Briceño, Transcripción del Día 7, 2076:17-22; 2077:1-7

896. Estos 'defectos de procedimiento' no son compatibles con las leyes de Costa Rica y parecen más bien una justificación de último minuto para debilitar el Acuerdo del Concejo Municipal. En primer lugar, en lo que respecta a la falta de poder de decidir la suspensión de las obras de parte del Concejo Municipal, porque no puede considerarse "administración activa", la Oficina de la Procuraduría General de la República ha establecido, en un dictamen vinculante de 2004, que tanto el Alcalde **como el Concejo Municipal** se consideran órganos de administración activa:

"Dadas las funciones que el ordenamiento asigna al Concejo Municipal y su condición misma de jerarca máximo de la Municipalidad, debe tenerse como Administración activa para los efectos del artículo 2 de la Ley de Control Interno".⁵⁸⁴

897. En segundo lugar, en cuanto al vicio de procedimiento relativo a la creación de una comisión antes de aprobar un acuerdo en el Concejo Municipal, los artículos 44 y 45 del Código Municipal (planteados por el señor Briceño) establecen que:

"Artículo 44.- Los acuerdos del Concejo originados por iniciativa del alcalde municipal o los regidores, se tomarán previa moción o proyecto escrito y firmado por los proponentes Los acuerdos se tomarán previo dictamen de una Comisión y deliberación subsiguiente; [...]

Artículo 45.- Por votación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros, el Concejo podrá declarar sus acuerdos como definitivamente aprobados".⁵⁸⁵

898. Al basarse en estas disposiciones, el señor Briceño intentó culpar al Concejo Municipal de haber adoptado el Acuerdo Municipal del 7 de marzo de 2011 ilegalmente, ya que una

⁵⁸⁴ R-554, Dictamen de la Procuraduría General de la República, C-048-2004 del 2 de febrero de 2004.

⁵⁸⁵ R-552, Disposiciones del Código Municipal relativas a los acuerdos del Concejo Municipal.

comisión no presentó un dictamen anterior a ello. Lo que el señor Briceño olvidó de mencionar es que la Procuraduría General establece una excepción a la necesidad de una comisión en un dictamen del año 2000.⁵⁸⁶ En ese dictamen, la Oficina de la Procuraduría General de la República estableció que, cuando el quórum del Consejo Municipal adopta un acuerdo por mayoría, la opinión de la comisión resulta innecesaria. La suspensión de los permisos, el 7 de marzo de 2011, se decidió mediante la totalidad del quórum del Consejo Municipal: los cinco miembros. Por ello, la acusación de último minuto del señor Briceño contra el Acuerdo del Consejo Municipal no tiene fundamento.

899. El testimonio del señor Briceño respecto de “defectos de procedimiento” solo refuerza lo que ha demostrado la demandada, que el señor Briceño no estaba ni está calificado para opinar sobre la legalidad de las acciones emprendidas por la Municipalidad, dado que (i) no es abogado y; (ii) como admitió el señor Briceño, no consultó con un abogado en la Municipalidad para llegar a sus conclusiones jurídicas:

"P: Entonces, usted no tenía un abogado en su equipo con quien pudiera consultar sobre cuestiones jurídicas que surgieran durante su investigación. ¿Correcto?

R: Correcto."

Contrainterrogatorio de Jorge Briceño, Transcripción del Día 7, 2032:17-21

"P: Entonces, sus conclusiones no se basaron en aportes jurídicos calificados. ¿Correcto?

R: De parte de ningún abogado de la Municipalidad, no."

Contrainterrogatorio de Jorge Briceño. Transcripción del Día 7. 2032:20-22; 2033:1.

- ii. *La posición de la parte demandante sobre las recomendaciones del señor Briceño*

900. En relación con la posición de la demandada de que el testimonio del señor Briceño no tiene ninguna incidencia en la responsabilidad de Costa Rica en el marco del Tratado, la parte demandante responden en tres vías:

- El artículo 39 de la ley de control interno *“establece las responsabilidades administrativas para los empleados municipales si de manera no justificada toman una determinación contra la implementación de una recomendación de un auditor. Las recomendaciones de [el señor Briceño] de hecho entonces eran vinculantes en virtud del derecho costarricense.”*⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ **R-553**, Oficina de la Procuraduría General de la República (No. OJ-108-2000 del año 2000), 29 de septiembre de 2000.

⁵⁸⁷ Declaración final de los demandantes, Transcripción del día 7, 2285:1-9.

- La violación del artículo 39 de la Ley de Control Interno de parte de la demandada no se ha planteado como una violación DR-CAFTA.⁵⁸⁸
- El señor Briceño ofrece pruebas de un “observador conocedor y honesto de eventos y circunstancias contemporáneas.”⁵⁸⁹

901. Primero, el artículo 39 de la Ley General de Control Interno no establece el “carácter vinculante” de la recomendación de un auditor interno. El artículo 39, en lo conducente, dispone que:

“Igualmente, cabrá responsabilidad administrativa contra los funcionarios públicos que injustificadamente incumplan los deberes y las funciones que en materia de control interno les asigne el jerarca o el titular subordinado, incluso las acciones para instaurar las recomendaciones emitidas por la auditoría interna, sin perjuicio de las responsabilidades que les puedan ser imputadas civil y penalmente.”⁵⁹⁰

902. En este artículo, se menciona la responsabilidad de funcionarios públicos por no cumplir las órdenes administrativas emitidas por sus superiores (en el caso de la Municipalidad, el alcalde), lo cual puede incluir una orden para establecer una de las recomendaciones del auditor. Por lo tanto, esta disposición supone que los jefes han adoptado las recomendaciones del auditor e instruyen a los funcionarios públicos que las implementen. Se desprende del texto de esta disposición que no confiere un carácter obligatorio a los consejos de un auditor interno.

903. Segundo, la demandada no es de la posición de que el presunto incumplimiento de los funcionarios de la Municipalidad respecto de las recomendaciones del señor Briceño no constituye un motivo para la responsabilidad internacional de Costa Rica. Por el contrario, la demandada ha argumentado que las cartas del señor Briceño a la Municipalidad no equivalen a determinaciones definitivas ni a los actos administrativos capaces de declarar derechos de terceros.⁵⁹¹ El señor Briceño admitió que él no elevó las “ilegalidades” ante la Contraloría ni el Ministerio Público una vez concluida su investigación:

“P. Para dejar en claro, usted no hizo ninguno de estos dos pasos en su investigación del proyecto Las Olas. ¿Correcto?”

R. ¿No hice ninguno de esos dos pasos? Los informes están dirigidos de acuerdo con un debido proceso, el debido proceso es hacerse a lo interno y posteriormente a lo externo como se manifiesta en el oficio 09-2013 dirigido nuevamente al alcalde [...]

“Entonces la Contraloría nunca emitió un informe ni tomó una determinación definitiva sobre las supuestas ilegalidades que usted estaba investigando. ¿Correcto?”

R. Bueno, con respecto a Contraloría no, porque Contraloría no recibió la información. Todo estaba a lo interno, para resolver a lo interno. Era

⁵⁸⁸ Id., 2340:10-13.

⁵⁸⁹ Id., 2285:17-19.

⁵⁹⁰ **R-526**, Ley General de Control Interno (2002).

⁵⁹¹ Réplica de la demandada, párr. 30, 565-577: 88-97.

obligación del ente municipal resolverlo de acuerdo con los informes que se le habían planteado en los oficios que ya ustedes tienen copia. [...]

P. Entonces, el asunto no se elevó a la Contraloría después del plazo de quince días que usted estableció en su carta del 25 de enero. ¿Correcto? De 2013.

R. No, señor, no se elevó. Después de esa fecha no se elevó a la Contraloría, se le dio el tiempo pero no se elevó a la Contraloría porque después de eso yo renuncié.⁵⁹²

904. En ausencia de una determinación definitiva de la Contraloría (de la Municipalidad o el órgano judicial que podría haber respaldado las 'preocupaciones' del señor Briceño, si las compartiese), no se ha acumulado un derecho a favor de la parte demandante.

905. Tercero, el testimonio oral del señor Briceño confirmó su falta de objetividad y credibilidad. El señor Briceño fue evidentemente poco fiable durante su interrogación. La siguiente tabla resume algunas de las desviaciones de la realidad del señor Briceño:

Testimonio del señor Briceño...	Lo que dispone la ley costarricense...
<p>“En 4 septiembre de 2010 la Sala Constitucional de Costa Rica, mediante el voto 15058 derogó los artículos [...] de pensiones por declararlos inconstitucionales. En vista de eso yo no tenía impedimento para tener que renunciar a mi pensión para poder ejercer el cargo como auditor en una institución que aunque no es directamente del gobierno pero es un apéndice, como son las municipalidades.”⁵⁹³</p>	<p>Ninguna decisión de la Sala Constitucional coincide con el testimonio del señor Briceño.</p> <p>Suponiendo que el señor Briceño se refería a la Sentencia 15058 de la Sala Constitucional de Costa Rica con fecha del 8 de septiembre de 2010, dicha sentencia declaró inconstitucionales los artículos 14 y 15 de la Ley General de Pensiones. Sin embargo, esta sentencia no invalidaba el artículo 76 de la Ley de pensiones y jubilaciones del Magisterio Nacional, que se aplica a la situación del señor Briceño en el Municipio.⁵⁹⁴</p> <p>Además, no es cierto que debido a que el señor Briceño estaba trabajando para la Municipalidad y no el Gobierno central, la prohibición no se aplicaba a él. El artículo 76 establece que: <i>“El jubilado que reingrese en la vida activa, con percepción de salario a cargo del Estado o sus instituciones, suspenderá la percepción de su jubilación durante el tiempo en que se encuentre activo.”</i>⁵⁹⁵ La Oficina de la Procuraduría General de la República también ha aclarado que la prohibición incluye a los</p>

⁵⁹² Contrainterrogatorio de Jorge Briceño, Transcripción del día 7, 2059:1-22; 2060:1; 2060:18-20.

⁵⁹³ Interrogatorio de Jorge Briceño, Transcripción del día 7, 2023:4-12

⁵⁹⁴ **R-556**, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 15058 del 8 de septiembre de 2010.

⁵⁹⁵ **R-544**, Ley de pensiones y jubilaciones del Magisterio Nacional, Ley No. 2248 del 5 de septiembre de 1958

	funcionarios públicos que pretenden trabajar en las municipalidades. ⁵⁹⁶
“Posteriormente en el año 2011, en agosto, la sala mediante otro voto, me parece que es el 10593, algo así, emitió otro voto refiriéndose al voto anterior y pues quedó sin efecto.” ⁵⁹⁷	La sentencia a la que se refiere el señor Briceño tiene relación con la pensión alimenticia, y no tiene nada que ver con los artículos 14 y 15 de la Ley General de Pensiones. ⁵⁹⁸ El artículo 76 de la Ley de pensiones y jubilaciones del Magisterio Nacional nunca ha sido cuestionado, y siempre ha sido vinculante para los funcionarios públicos jubilados que vuelvan a trabajar en instituciones públicas.
En cuanto a la Resolución No. 10463 de la Contraloría de la República (Documento Probatorio R-551). “Este documento que usted menciona está dirigido al señor Guillermo Zúñiga Trigueros, alcalde municipal de la Municipalidad de La Unión del Cantón de Cartago, no a Jorge Antonio Briceño Vega, auditor interno de la Municipalidad de Parrita. Por lo tanto, lo que aquí tenga, pues, es vinculante para él, no para Jorge Briceño porque es un asunto totalmente diferente y de diferente Municipalidad.” ⁵⁹⁹	El artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República dispone que: <i>“Los criterios que emita la Contraloría General de la República, en el ámbito de su competencia, serán vinculantes para los sujetos pasivos sometidos a su control o fiscalización.”</i> ⁶⁰⁰

906. En relación con el abuso del sistema de pensiones de Costa Rica por parte del señor Briceño, el señor Briceño dijo que solo recibió dos pagos en contravención de la ley y arregló ese “malentendido” con la Comisión Nacional de Pensiones luego de que se presentara una denuncia contra él. La parte demandante no han presentado pruebas de la supuesta denuncia ante la Comisión Nacional de Pensiones ni el presunto acuerdo de arreglo celebrado entre dicho organismo y el señor Briceño. Lo que demuestra el expediente es que el señor Briceño recibió pagos mensuales de la Municipalidad y de la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional durante todo el período en que el señor Briceño se desempeñó como auditor interno de la Municipalidad, lo cual es ilícito según las leyes de Costa Rica.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ **R-557**, Oficina de la Procuraduría General de la República, Dictamen C-096-2014, del 21 de marzo de 2014.

⁵⁹⁷ Contrainterrogatorio de Jorge Briceño, Transcripción del día 7, 2023:14-17

⁵⁹⁸ **R-558**, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 1530 del 4 de febrero de 2011.

⁵⁹⁹ Contrainterrogatorio de Jorge Briceño, Transcripción del día 7, 2042:16-22; 2043:1-2

⁶⁰⁰ **R-555**, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 1994.

⁶⁰¹ **R-549**, certificación de la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional del 13 de enero de 2017;

R-531, certificación del Ministerio de Hacienda de Costa Rica del 12 de enero de 2017, en particular las páginas 8-14.

907. El señor Briceño también puso su credibilidad en peligro al tratar de convencer al Tribunal de que no dio su consentimiento para su nombramiento como fiscal adjunto por un partido político, mientras que él seguía siendo el auditor interno de la Municipalidad. Al interrogársele sobre su candidatura, el señor Briceño no fue capaz de explicar por qué su nombre era parte de un documento oficial publicado por el TSE en el que se rechazaba su candidatura:

"P: Entonces, de acuerdo con este documento, en octubre de 2012, mientras usted era auditor de la Municipalidad usted se presentó como candidato para fiscal suplente del partido Acción Ciudadana. ¿Correcto?

¿Recuerda usted presentarse como candidato para ese cargo?

R: Bueno, yo no me presenté como candidato, ellos me dijeron que si podía servir. Yo les manifesté, como le dije anteriormente, que no, porque yo estaba como auditor interno.

Sin embargo, la figura lo propusieron que se podía como fiscal suplente, entonces yo les digo: "Si no hay ningún 14 problema, me pueden incluir."

Si no hay ningún problema. Resulta que el problema también se suscitó, como lo dice aquí este documento, porque el partido no tiene esa estructura. Entonces en ningún momento yo aparezco como miembro de esta estructura."

Contrainterrogatorio de Jorge Briceño, Transcripción del Día 7, 2039:1-18

908. El TSE no habría rechazado la candidatura del señor Briceño si su nombramiento no hubiera sido propuesto en primer lugar. Su nombramiento solo era posible a través de su consentimiento ante el partido político al que estaba afiliado. Sería ilógico que el Tribunal creyera que el señor Briceño permitió que su nombre fuera propuesto para un cargo público sin su consentimiento. Esto resulta aún más ridículo a la luz de la participación activa del señor Briceño en la política durante y después del tiempo en que se desempeñó como auditor interno para la Municipalidad. Encontramos la prueba de su nombramiento como fiscal adjunto **mientras** ejercía el cargo de auditor interno en el Documento Probatorio R-538.

909. Por último, la parcialidad del señor Briceño hacia la parte demandante se refleja en una nota misteriosa que se encuentra en este expediente de la Municipalidad. El señor Briceño admitió que este era el expediente que utilizó a la hora de realizar su investigación sobre el Proyecto Las Olas.⁶⁰² La nota, claramente escrita por alguien cuya lengua materna no es el español, contenía los mismos argumentos que la parte demandante han presentado en este arbitraje:⁶⁰³

- Que la parte demandante tenían todos los permisos para desarrollar su proyecto;

⁶⁰² Contrainterrogatorio de Jorge Briceño, Transcripción del día 7, 2076:8-22; 2077:1-14.

⁶⁰³ R-532, expediente asignado al proyecto Las Olas, p. 8.

- Que la Municipalidad, y no Las Olas, era responsable por las obras que drenaron el humedal en la parte suroeste del sitio del proyecto;
- Que después de iniciadas las obras de drenaje de la parte demandante, disminuyeron los problemas de inundaciones en Esterillos Oeste;
- Que el señor Bucelato tiene una “venganza personal” contra el proyecto Las Olas;
- Que Mónica Vargas no tenía fundamento jurídico para interponer una denuncia ante el TAA.

910. Al parecer, el señor Briceño tuvo contacto con los desarrolladores durante su investigación del Proyecto Las Olas. De lo contrario, no hay ninguna explicación de por qué su expediente tiene tales anotaciones en inglés. Esto no solo demuestra la parcialidad de sus recomendaciones a favor del proyecto, sino también una violación de su obligación de confidencialidad en virtud del artículo 34(e) de la Ley de Control Interno.

iii. *Conclusión*

911. Toda prueba relativa a las apreciaciones o recomendaciones del señor Briceño para con la Municipalidad está viciada por su parcialidad hacia los desarrolladores, su falta de credibilidad y su poco entendimiento de las leyes costarricenses (lo cual no resulta sorprendente dado que no es abogado). El Tribunal debe desestimar todo reclamo relacionado con su testimonio y las pruebas que lo acompañan.

3. El señor Martínez no demostró un comportamiento arbitrario

912. En caso de que el Tribunal considere que Costa Rica se ha comprometido a prohibir la conducta arbitraria fuera de la lente de la denegación de justicia, la demandada ha demostrado que no hubo conducta arbitraria alguna de parte del señor Martínez.

913. La parte demandante han representado el comportamiento del señor Martínez como si tipificara *'la esencia misma de la arbitrariedad en la toma de decisiones oficial'*.⁶⁰⁴ Contrariamente a las insinuaciones de la parte demandante, cuando el señor Martínez compareció ante el Tribunal, demostró la objetividad y la racionalidad con que dirigió la investigación penal contra el señor Aven. Más importante aún, el señor Martínez atestiguó sobre el ejercicio de ponderación al que se abocó como fiscal al momento de decidir si debiera presentar cargos contra el señor Aven, en vista de los informes previos emitidos por el SINAC y la SETENA:

⁶⁰⁴ Memoria de los demandantes, párr. 369.

"El fiscal con todos esos elementos tiene que tomar una decisión, como la tendrán que tomar los señores jueces, con la información que aquí se les está dando. Hay dos posiciones dentro del expediente, hay dos criterios respecto del tema de humedales; entonces, el fiscal a la hora de plantear su acusación o requerimiento final -en este caso una acusación-, tiene que ponderar si esos documentos que constan en el expediente habían sido elaborados, primero, en el momento que fueron realizadas las inspecciones. Segundo, lo que éstos decían para tratar de determinar si la persona que cometió el hecho -si es que hay prueba de quién lo cometió- estuvo expuesta a algún tipo de error, o si eventualmente esa información que consta en los documentos obedece a los hechos que ya se venían ejecutando.

En este caso, la documentación que estaba en el expediente nos permitía determinar que la afectación de ese ecosistema de humedal estaba siendo paulatina, aproximadamente desde el año 2008. Entonces, eso también había que considerarlo dentro del análisis y los documentos que se habían emitido por los diferentes entes; había que contextualizarlos con relación al momento de las visitas para determinar si eran fiables en cuanto a lo que se había observado parte de los funcionarios."

Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 1005:20-22; 1006:1-22; 1007:1-2

914. En este sentido, la Jueza Chinchilla explicó que, en virtud de la ley costarricense, el juez analiza los hechos de un caso y las pruebas disponibles caso por caso, en lugar de efectuar un "análisis matemático" para decidir cuál parte ha presentado más pruebas:

"pero es el Tribunal quien determina, caso por caso y en sentencia, cuando ello pueda darse. **El juzgamiento de las personas y el tipo de sanción que finalmente se les imponga no se basa en probabilidades matemáticas** sino en la ponderación de las conductas específicas que se acusan y prueban; en el juicio de reproche personal de cada acusado y en los marcos jurídicos que contemple la norma a aplicar que, muchas veces, está diseminadas en diversas leyes."⁶⁰⁵

915. Otro factor importante en el ejercicio de balance del señor Martínez fue que *"me acompañó el señor Jorge Gamboa del Programa Nacional de Humedales en las dos visitas."*⁶⁰⁶ El señor Martínez explicó el valor de contar con el señor Gamboa en el sitio con él, puesto que pudo oír directamente al señor Gamboa, a la hora de realizar su estudio:

⁶⁰⁵ Informe de experto de Rosaura Chinchilla, párr. 24.

⁶⁰⁶ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del día 4, 1100:2-4.

"SEÑOR MARTÍNEZ ZÚÑIGA: En ese momento recuerdo que por lo menos el señor Gamboa logró ubicar según su criterio porque es su criterio técnico que una persona con formación en derecho como yo, pues únicamente lo que podíamos hacer era escucharlo. El señor Gamboa indicó que en ese sitio había vegetación característica de ecosistema de humedal. Y describió algunas -- algunos nombres que para él eran típicos de ecosistema de humedal.

Y describió algunas -- algunos nombres que para él eran típicos de ecosistema de humedal. También el señor Gamboa hizo referencia a las condiciones hídricas que había en el sitio que estaban siendo eliminadas a través de un canal que estaba en construcción o que estaba construido en su mayor parte en el sitio.

Y posteriormente, como le indiqué, la referencia, según la experiencia del señor Gamboa, al tema de suelos."

Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 1107:4-19.

916. Por último, el Tribunal debe tener en cuenta que, en última instancia, era el juez asignado al caso del señor Aven quien debía decidir acerca de su responsabilidad penal, y no el señor Martínez. El señor Martínez le presentó al juez una hipótesis basada en la probabilidad, y le correspondía al juez sopesar las pruebas presentadas por ambas partes para decidir si se pudo haber declarado culpable al señor Aven.
917. La demandada procederá ahora a analizar en detalle las acusaciones contra el señor Martínez, y a demostrar que su testimonio prueba que actuó en forma razonable y objetiva en todo momento.
- aa) El Tribunal no puede confiar en la comprensión errónea del señor Morera del derecho penal costarricense
918. Antes de referirse a cada una de las acusaciones de la parte demandante contra la actuación del señor Martínez, la demandada se siente obligado hacer mención de la credibilidad del señor Morera, pues su testimonio fue engañoso y se desvía de lo que dispone el derecho penal costarricense.
919. La biografía pública del señor Morera muestra que su educación y su práctica se concentraron mucho en la ley de propiedad intelectual.⁶⁰⁷ No se hace mención alguna al derecho penal en el documento que representa sus capacidades legales al público. El señor Morera admitió que lo que muestra su biografía era correcto para el año 2012, año en el que empezó a representar al señor Aven en su proceso penal en curso.⁶⁰⁸
920. Por otra parte, el propio testimonio del señor Morera confirma su falta de experiencia en la materia. El señor Morera mostró serias fallas en su entendimiento del derecho penal costarricense:

⁶⁰⁷ R-523, Biografía de Néstor Morera, 3 de mayo de 2012.

⁶⁰⁸ Contrainterrogatorio de Néstor Morera, Transcripción del día 3, 741:22, 742:1-3.

Las imputaciones del señor Morera	Lo que establece la ley costarricense...
<p>“No se les permitió a todos estos testigos declarar, ya que hay limitaciones en el número de testigos que puedan declarar en un proceso penal en Costa Rica.”⁶⁰⁹</p>	<p>La ley costarricense no pone límite a la cantidad de testigos que una de las partes puede llamar. El artículo 320 del Código Procesal Penal establece que el juez intermedio puede rechazar las pruebas que considere claramente abundantes o innecesarias.⁶¹⁰</p>
<p>“No hay ninguna norma especial como “más allá de toda duda razonable” pero la práctica es la misma: es el estado el que tiene la carga de la prueba.”⁶¹¹</p> <p>(La parte demandante hacen la misma afirmación en la diapositiva 38 de las pruebas demostrativas presentadas en la declaración inicial de la parte demandante)</p>	<p>“El artículo 39 de la Constitución política establece el principio de inocencia. Y derivado del principio de inocencia el artículo 9 del Código Procesal Penal establece el principio in dubio pro reo, que significa que en la duda en las cuestiones de hecho, los jueces deben estar a lo más favorable para el imputado. Es decir, para condenar a una persona el juez o el Tribunal, porque los jueces en los tribunales pueden estar constituidos por una persona o por tres, el Tribunal debe tener certeza. Ante la duda sobre los hechos, debe absolver.”⁶¹²</p>
<p>“En el procedimiento penal costarricense, se distinguen tres etapas.”⁶¹³</p>	<p>“En cuanto a las etapas del proceso tenemos cinco y no tres, como lo señala el señor Morera en sus declaraciones.”⁶¹⁴</p> <p>“El proceso penal en Costa Rica tiene cinco etapas.”⁶¹⁵</p> <p>El Código de Procedimiento Penal regula (i) en su Libro I, todas las etapas de investigación; (ii) el Título II regula la etapa intermedia; (iii) el Título III se refiere a la etapa del juicio; (iv) el Título IV del Libro III regula la etapa de recursos; y (v) el Libro IV, la ejecución de la resolución.⁶¹⁶</p>
<p>“COÁRBITRO NIKKEN (Interpretado del inglés): ¿Autoriza el derecho costarricense a que un juez decida sobre temas tratados en una audiencia a la que él no asistió?</p> <p>SEÑOR MORERA: No, él no. Pero para eso existen superiores que tienen que decidir por él, y tienen que, en principio -- o sea, tienen la posibilidad... (Interpretado del inglés) Hay órganos superiores, judiciales, administrativos, que deben decidir el caso y</p>	<p>“y es materialmente imposible dentro de la legislación costarricense hacer una sustitución de un juez que ha estado presente durante todo el contradictorio, que ha tenido la posibilidad de interrogar, de intervenir, de escuchar a las partes de manera directa, de sustituirlo, cuando ya todo esto ha pasado únicamente para que con los vídeos que están ahí tome la decisión. Podrá escuchar lo que dicen las</p>

⁶⁰⁹ Segunda declaración testimonial de Néstor Morera, párr. 16.

⁶¹⁰ R-421, Código Procesal Penal.

⁶¹¹ Primera declaración testimonial de Néstor Morera, párr. 24.

⁶¹² Interrogatorio de Rosaura Chinchilla, Transcripción del día 5, 1202:8-18.

⁶¹³ Primera declaración testimonial de Néstor Morera, párr. 9.

⁶¹⁴ Interrogatorio de Rosaura Chinchilla, Transcripción del día 5, 1203:3-5.

⁶¹⁵ Primera declaración testimonial de Luis Martínez, párr. 8.

⁶¹⁶ R-421, Código Procesal Penal.

<p>ellos están en condiciones de resolver el problema de la sustitución.⁶¹⁷</p>	<p>partes pero no es posible para el juez, si tiene alguna duda, optar por alguna aclaración. Esos principios en el ordenamiento jurídico procesal penal costarricense son claros, rigen el proceso penal en la etapa de debate, el contradictorio, la oralidad. Entonces, con base en eso, la propuesta del señor Morera -perdóneme la expresión- pero era simplemente descabellada en aquel momento.”⁶¹⁸</p> <p>La sustitución de un juez en medio de un juicio sería una violación manifiesta del principio de inmediatez establecido en el artículo 326 del Código Procesal Penal, y no es permitido por las leyes de Costa Rica. En este sentido, el artículo 328 establece que: “El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces [...]”⁶¹⁹</p>
<p>“COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): Bueno, entonces si no es automático, ¿quién toma la decisión de emitir esa notificación roja en nombre de INTERPOL a nivel de Costa Rica? Si es que usted lo sabe.</p> <p>SEÑOR MORERA: Supongo que es una decisión política y no técnica.”⁶²⁰</p>	<p>“Un efecto directo de la orden de captura (que emite el Tribunal y no la Fiscalía) es que esta se comunique a la Oficina Internacional de Policía Criminal o Interpol (por sus siglas en inglés).”⁶²¹</p> <p>Una vez enviada una solicitud a la INTERPOL, la INTERPOL, no Costa Rica, emite y, por lo tanto, decide si emite una alerta (incluyendo qué tipo), de conformidad con el artículo 83 del Reglamento de INTERPOL sobre el tratamiento de datos.⁶²² No hay interferencia alguna del gobierno de Costa Rica en el proceso de toma de decisiones de INTERPOL. Los tribunales penales envían la orden de detención internacional y la INTERPOL la clasifica.</p>

921. Asimismo, las llamadas “consideraciones estratégicas” del señor Morera respecto de cuándo era conveniente plantear una violación de derechos constitucionales demuestran que nunca fueron violados realmente los derechos constitucionales del señor Aven:

⁶¹⁷ Reinterrogatorio de Néstor Morera, Transcripción del día 3, 741:8-18.

⁶¹⁸ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del día 4, 1059:2-19.

⁶¹⁹ **R-421**, Código Procesal Penal.

⁶²⁰ Reinterrogatorio de Néstor Morera, Transcripción del día 3, 740:2-8.

⁶²¹ Informe de experto de Rosaura Chinchilla, párr. 83.

⁶²² **R-142**, Reglamento de INTERPOL sobre el Tratamiento de Datos del 14 de marzo de 2013.

"COÁRBITRO NIKKEN: Pero, digamos, un tema como este que se presentó sobre la traducción, la mala traducción, defectuosa traducción de la posición del señor Aven, ¿pudo invocarse de inmediato?

SEÑOR MORERA: Puede invocarse de inmediato pero puede ser también parte de la estrategia reservárselo para después.

COÁRBITRO NIKKEN: Pero no porque el -- digamos, ¿no porque estuviera obligado a diferir eso para un momento determinado? ¿El remedio se hubiera podido buscar de inmediato? Es lo que quisiera aclarar. ¿La sanción hubiera sido cuál, la nulidad?"

Reinterrogatorio de Néstor Morera, Transcripción del Día 3, 732:11-22; 733:1-4.

"...sí, el recurso puede ser inmediato y puede haber una nulidad en el momento y lo que tiene que suceder es que esa declaración tiene que ser dada nuevamente. Okay? Tiene que repetirse, pero debo ser muy sincero. Debo decir que no formó parte de mi estrategia, y como acusado puedo definirlo así para fines -- o como demandado puedo definirlo así. Pero en realidad no fue mi argumento más poderoso, mi argumento más poderoso fue la falta de intento, la falta de dolo, o sea, el que no se demostró que hubiera dolo, el hacer caso omiso de la objetividad. O sea, era una cuestión de más fondo."

Reinterrogatorio de Néstor Morera, Transcripción del Día 3, 733:18-22; 734:1-7.

922. Si realmente se hubieran violentado los derechos del señor Aven, el señor Morera no habría esperado hasta las "presentaciones de cierre del juicio" para plantearlas ante un juez. Esto demuestra exactamente por qué la parte demandante trató de optar por una "reclamación de arbitrariedad" en lugar de interponer una denuncia apropiada de denegación de justicia, que estaría respaldada en el DR-CAFTA.

bb) La supuesta "venganza personal" del señor Bucelato y la falta de calificaciones técnicas

923. La parte demandante ha hecho hincapié en la denuncia penal del señor Bucelato. La parte demandante alega que el señor Martínez basó su investigación únicamente en lo dicho por el señor Bucelato, un vecino que (i) tenía una "venganza personal" contra el señor Aven y el Proyecto Las Olas y (ii) no tenía calificaciones técnicas.⁶²³ Las pruebas demuestran que el señor Martínez tenía la obligación de proceder con una investigación del delito, independientemente de quién fuere el reclamante. La jueza Chinchilla y el señor Martínez han explicado los efectos de una *noticia criminis* conforme a la ley costarricense.⁶²⁴ Además, la denuncia del señor Bucelato no fue el único factor desencadenante de la investigación penal; el SINAC también presentó una denuncia penal contra la parte demandante, la cual se consolidó con la investigación en curso del señor Martínez en aquel momento.⁶²⁵

⁶²³ Réplica de los demandantes, párr. 193, 200.

⁶²⁴ Informe de experto de Rosaura Chinchilla, párr. 56; Primera declaración testimonial de Luis Martínez, párr. 9,16.

⁶²⁵ R-66, Denuncia Penal radicada por el SINAC (ACOPAC-CP-015-11-DEN), 28 de enero de 2011.

924. Durante su conainterrogatorio, el señor Martínez explicó que, dado que las pruebas que reunió confirmaron los hechos denunciados en la denuncia del señor Bucelato, toda supuesta “venganza personal” se volvía irrelevante para su investigación:

"Pero antes de dejar esto de la denuncia del señor Bucelato, creo que la evidencia suya, y dígame si me equivoco, es que el hecho de que el señor Bucelato carezca de competencia técnica no es pertinente. Y el hecho de que esto haya sido quizás una venganza personal librada por el señor Bucelato tampoco es pertinente respecto a la consideración que hace usted de la denuncia y que sí debe haber un proceso penal. ¿Es eso correcto?

R. No necesariamente. Si fuese una venganza personal no tendría ninguna relevancia. El tema es que los hechos que puso el señor Bucelato en conocimiento del Ministerio Público fueron investigados y fueron corroborados por las instancias correspondientes en buena parte. Con relación a esos hechos se planteó una acusación."

Conainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 957:13-22; 958:1-7.

925. Por ello, el señor Martínez no tenía la obligación de emprender ninguna medida especial durante su investigación, pues fue el señor Bucelato - y no otra persona - quien presentó la denuncia penal en primer lugar. Las afirmaciones del señor Bucelato fueron posteriormente corroboradas con pruebas que el señor Martínez obtuvo a partir de los DeGA (los informes de la señora Vargas), los PNH (los informes del señor Gamboa) y el OIJ (informes de investigaciones *in situ*).

cc) El señor Martínez tenía suficientes elementos para demostrar la intencionalidad del señor Aven

926. Una de las principales críticas de la parte demandante al accionar del señor Martínez se refiere a la prueba de la intencionalidad del señor Aven para cometer el delito del cual se le acusa. La parte demandante mantiene que, debido a que el señor Aven estaba actuando bajo la presunta autoridad de las VA de SETENA y los permisos de construcción, no poseía la intencionalidad necesaria para haber cometido el delito.

927. El criterio del señor Martínez le permitió decidir que tenía suficientes elementos de prueba para demostrar el dolo del señor Aven para cometer el delito. Los expedientes demuestran que, durante la operación del Proyecto Las Olas, hubo una serie de irregularidades que se documentaron, lo cual permitió una constatación del dolo por parte del señor Aven. A saber:

- Los informes de DeGA sobre los antecedentes penales; quejas documentadas de los vecinos sobre quema y tala de árboles durante los fines de semana, cuando las

oficinas públicas están cerradas y los funcionarios públicos no laboran.⁶²⁶ Esto demostró claramente su intención de ocultar una actividad ilícita de las autoridades.

- La existencia de un documento falso en archivo en la SETENA, que contenía una viabilidad ambiental para el sitio de Condominios y que establecía que el proyecto Las Olas no era una amenaza para la biodiversidad de la zona.⁶²⁷
- El único beneficiario del drenaje y el relleno silencioso del humedal era el señor Aven y su proyecto;
- Estando en el sitio, el señor Martínez entrevistó a los trabajadores que estaban haciendo canales y colocando alcantarillas en el humedal, y le dijeron al señor Martínez que lo hacían siguiendo las instrucciones del señor Aven.⁶²⁸

928. El hecho de que el señor Aven supuso que el Proyecto Las Olas había obtenido una viabilidad ambiental para el sitio de condominios no podría por sí mismo disminuir los demás elementos revelados mediante la investigación del señor Martínez. El Dr. Julio Jurado también confirmó esto al responder a la pregunta del señor Nikken sobre los efectos de una viabilidad ambiental en un proceso penal por la comisión de un delito ambiental:

"[E]l otorgamiento de la viabilidad ambiental no se ha utilizado en los tribunales como una causa, ni creo que haya un delito que lo establezca por ejemplo como una causa de justificación o de exculpación, por ejemplo, en la aplicación de los delitos, como puede ser el de la tala de árboles o el que establece el drenaje de humedales, etcétera.

El contar con viabilidad ambiental no es una causa ni de justificación ni de exclusión de la culpa. (énfasis nuestro).

Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción del Día 5, 1179:17-22; 1180:1-3.

929. Con base en el principio de la libertad probatoria, el señor Martínez no estaba obligado a contar con una cantidad mínima de pruebas para respaldar su hipótesis, tal como declaró la Jueza Chinchilla; un elemento podría considerarse suficiente para que un juez encuentre que el acusado tenía la intención de cometer un delito particular:

⁶²⁶ Primera declaración testimonial de Mónica Vargas, párrafos 11-14.

⁶²⁷ C-47.

⁶²⁸ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del día 4, 1029:16-22; 1030:1.

"[L]a libertad probatoria a diferencia de algunos sistemas donde interesa el número de pruebas, significa que una persona o que un Tribunal puede basar su certeza en una sola prueba aunque del otro lado haya diez, si esta prueba le merece credibilidad.

Y para determinar que le merezca credibilidad, debe hacer un razonamiento de por qué eso es así. Por ejemplo, tenemos un testigo que vio el homicidio frente a diez que dicen que el hecho no fue cometido. Pero estos diez incurrir en contradicciones, se refieren a un momento diferente, etcétera. Pero este testigo soportó el interrogatorio, tiene elementos de credibilidad adicionales, etcétera. Entonces con ese principio se puede y es constitucionalmente legítimo que el Tribunal base su convicción en esa única prueba. Y esa libertad probatoria implica que también se pueda demostrar de esa manera con cualquier elemento de prueba, el tema del dolo."

Interrogatorio de Rosaura Chinchilla, Transcripción del día 5, 1205:18-22; 1206:1-15.

930. En cualquier caso, el juez era la autoridad encargada de la valoración de las pruebas presentadas por el señor Martínez y de cualquier prueba exculpatoria presentada por el señor Aven, así como de decidir si el señor Aven tenía la intencionalidad necesaria para cometer el delito. No se puede considerar que el señor Martínez actuara de manera arbitraria cuando llegó a la conclusión juicio razonable de poner cargos contra el señor Aven con base en las pruebas que había reunido, que, en su punto de vista, en efecto señalaban el dolo del señor Aven al tratar de rellenar el humedal.

dd) El señor Martínez imputó al señor Aven conforme a la ley correcta

931. Durante la audiencia, la parte demandante planteó un nuevo argumento contra el señor Martínez, acusándolo de imputar al señor Aven en virtud de una ley que entró en vigencia después de que el delito hubiera ocurrido.⁶²⁹ El señor Martínez imputó al señor Aven conforme al artículo 98 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre del 21 de octubre de 2011.⁶³⁰ Antes de la modificación del artículo 98 en septiembre de 2009, el castigo por ese delito era una multa en lugar del encarcelamiento.⁶³¹ Dado que el señor Martínez formuló la acusación contra el señor Aven conforme al artículo 98, modificado después de septiembre de 2009, la parte demandante sostienen que el señor Martínez, acusándolo de imputar al señor Aven *'en virtud de una ley que entró en vigencia después de que la supuesta infracción hubiera ocurrido.'*⁶³²
932. Al exponer este argumento, la parte demandante desconoce la existencia de 'delitos continuos' (*delito continuo o de efectos permanentes*) conforme al derecho penal costarricense, y cómo una modificación a la ley que prescribe el delito ha de aplicarse en ese tipo de delitos.

⁶²⁹ Prueba demostrativa presentada en la declaración final del Día 6, diapositiva 15.

⁶³⁰ C-142.

⁶³¹ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del día 4, 1580:16-22; 1581:1-10.

⁶³² Prueba demostrativa presentada en la declaración final del Día 6, diapositiva 15.

933. Los delitos continuos se prescriben en el artículo 32 del Código Procesal Penal de Costa Rica.⁶³³ Las doctrinas de derecho penal han estudiado profundamente su naturaleza y funcionamiento. La jueza Chinchilla también explicó el funcionamiento de este tipo de delitos durante su presentación:⁶³⁴

"Lo que ocurre en este caso, según lo que pude constatar –y ahí lo mencioné-, es que el delito que se está acusando de secar o rellenar un humedal, se conceptualiza, y por eso hablé del derecho continental europeo, como un delito continuo o permanente, que no es lo que mismo que un delito continuado.

¿Qué significa un delito continuo o permanente? Es similar a lo que ocurre con el secuestro. Hoy empieza. Hoy un sujeto -- para que quede más claro, utilizo este ejemplo. Un sujeto retiene a una persona y la libera hasta dentro de un año. Se trata de un solo secuestro, un solo delito, aunque se prolongue durante un año. ¿Qué ocurre si a la mitad de ese período se da una modificación de ley? Eso no significa que el hecho haya dejado de ocurrir o que el delito lo partamos en dos. Sigue siendo un delito y en consecuencia lo que se toma en cuenta es el momento del resultado en que se pone en libertad a la persona o se le elimina de la captura que tiene".

Contrainterrogatorio de Rosaura Chinchilla, Transcripción del Día 5, 1233:21-22; 1234:1-22.

934. El delito prescrito en el artículo 98 cae en la categoría de un delito continuo, debido a que su comisión puede tener lugar durante un período continuo de tiempo (es decir, el relleno de un humedal). En la "declaración de hechos" de la denuncia penal contra el señor Aven y el señor Damjanac, el señor Martínez describió los hechos en que se basó la denuncia penal a principios o alrededor de abril de 2009 **y que continuó hasta febrero de 2011:**

"QUINTO: Sin precisar fecha exacta, **pero si desde el mes de abril de 2009**, el imputado DAVID RICHARD AVEN, en provecho del proyecto Condominio Horizontal Residencial las Olas y de los propietarios de los lotes que había segregado previamente de la finca 6-142646-000 indicados en el hecho cuarto, ordenó el relleno paulatino del humedal ubicado en el sector Oeste del proyecto, **siendo que tales acciones se incrementaron entre los meses de noviembre de 2010 a febrero de 2011 [...]**"⁶³⁵ (énfasis nuestro).

⁶³³ R-421, Código Procesal Penal.

⁶³⁴ La demandada se remite a la transcripción en español de Rosaura Chinchilla, para esta parte de su testimonio:

"Lo que ocurre en este caso, según lo que pude constatar –y ahí lo mencioné-, es que el delito que se está acusando de secar o rellenar un humedal, se conceptualiza, y por eso hablé del derecho continental europeo, como un delito continuo o permanente, que no es lo que mismo que un delito continuado.

¿Qué significa un delito continuo o permanente? Es similar a lo que ocurre con el secuestro. Hoy empieza. Hoy un sujeto -- para que quede más claro, utilizo este ejemplo. Un sujeto retiene a una persona y la libera hasta dentro de un año. Se trata de un solo secuestro, un solo delito, aunque se prolongue durante un año. ¿Qué ocurre si a la mitad de ese período se da una modificación de ley? Eso no significa que el hecho haya dejado de ocurrir o que el delito lo partamos en dos. Sigue siendo un delito y en consecuencia lo que se toma en cuenta es el momento del resultado en que se pone en libertad a la persona o se le elimina de la captura que tiene."

⁶³⁵ (Interrogatorio de Rosaura Chinchilla, Transcripción del día 5 en español, 1233: 21-22; 1234: 1-22). C-142, p. 4.

935. Puesto que parte de los hechos invocados por el señor Martínez tenían una fecha posterior a septiembre de 2009, el delito modificado (que definía el encarcelamiento como castigo) fue aplicado adecuadamente por el señor Martínez al presentar cargos penales contra el Señor Aven.
936. Por otra parte, el señor Martínez explicó en su testimonio oral que, en última instancia, le correspondía al juez y no a él decidir cuál era la ley aplicable al delito:

"P: Señor Martínez: en el proceso penal costarricense el criterio fiscal sobre el jurídico, tipo penal o pena, ¿vincula al juez?

R: No, señor. El Ministerio Público lo que plantea esa una hipótesis jurídica. El juez puede variar la calificación legal incluso en el momento de dictar la sentencia si los hechos que se han imputado se adecuan a otra norma.

Entonces, la calificación legal que da la fiscalía es una calificación legal desde el punto de vista de vista -si lo decimos así- de manera temporal, y es en sentencia en el que el juez toma una decisión en cuanto al tema jurídico.

Lo que se acusa, tenemos un aforismo que dice que lo que se acusan son hechos y no calificaciones jurídicas."

Reinterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 1068:10-22; 1067:1-2.

937. Esto demuestra el funcionamiento de un sistema de derecho penal que se rige por el estado de derecho, en el que nada se deja a una decisión arbitraria de un funcionario de bajo nivel. Un juez independiente tiene la autoridad exclusiva para emitir la decisión definitiva sobre la responsabilidad penal del señor Aven.

ee) El señor Martínez no hizo caso omiso de los informes contradictorios; más bien, sopesó la evidencia disponible para proceder a la formulación de cargos penales

i. *El informe del INTA*

938. La parte demandante mantiene que el señor Martínez decidió desatender los hallazgos del informe del INTA plantear la acusación penal contra el señor Aven. Según la parte demandante, dado que el señor Martínez no obtuvo la prueba de "suelos de tipo hídrico", no pudo establecer que había un humedal en el sitio del proyecto. El señor Martínez tuvo la oportunidad de explicar el proceso de ponderación que emprendió a la hora de examinar las conclusiones del Informe del INTA:

"R: No, señor abogado. Este documento era un documento más que el Ministerio Público tenía que analizar dentro de la investigación. En las dos ocasiones anteriores en las que me he referido a la ponderación de documentos le he indicado que pues se tiene que analizar el contexto en el que se emite, la conclusión que se está emitiendo y en este caso el Programa Nacional de Humedales cuando emite su reporte hace referencia a que existen suelos de tipo hídrico, que son los que se requieren según la normativa y, según mi poca experiencia sobre este asunto, que se requieren para este tipo de humedal.

En este caso la conclusión a la que se refiere el INTA es que no son típicos de humedal, pero también hay que tomar en consideración el momento histórico en que se realiza la inspección por parte del INTA y es que para ese momento ya al señor del INTA yo lo llevé personalmente al sitio y en ese momento específico el sitio estaba siendo rellenado o había sido rellenado de manera considerable.

Entonces, todos esos elementos fueron ponderados durante el momento en que se tomó la decisión.

Reinterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 1055:19-22; 1056:1-19.

939. Otro punto fundamental que el señor Martínez aclaró es el hecho de que el señor Cubero del INTA tomó las muestras de suelo a las que se refiere en su informe, durante la visita que llevó a cabo con el señor Gamboa del PNH:

"SEÑOR MARTÍNEZ ZÚÑIGA: En ese momento que el señor Gamboa hizo la inspección nos acompañó el señor Diógenes Cubero, del INTA. En esa visita específica, la primera visita que hicimos, no se tomaron muestras.

Pero posteriormente don Diógenes fue al sitio con el señor Gamboa y realizó la toma de las muestras en presencia del señor Gamboa. Entonces don Jorge estuvo presente en el momento el que se sacaron las muestras para la determinación que hizo el INTA."

Reinterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 1106:9-18.

940. De hecho, el último párrafo de la página 10 del Informe sobre los Humedales del PNH ilustra que las muestras de suelo del Informe del INTA fueron (i) tomadas en presencia del señor Gamboa; (ii) incorporadas al informe del señor Gamboa; y (iii) que, en la opinión del señor Cubero durante la visita al sitio, correspondía a suelos de tipo hídrico.⁶³⁶ Por lo tanto, el informe sobre humedales del PNH contenía un hallazgo sobre "suelos de tipo hídrico" del humedal que el señor Martínez estaba investigando.
941. En los párrafos 78 y 98 de su primera declaración testimonial, el señor Martínez también atestiguó respecto del análisis que llevó a cabo del Informe del INTA y por qué decidió basarse en el informe sobre los humedales del PNH en lugar del Informe del INTA. En concreto, el señor Martínez explicó que:
- El INTA no tiene la competencia para determinar la existencia de humedales en Costa Rica. El INTA es un organismo dependiente del Ministerio de Agricultura y Ganadería,

⁶³⁶ R-76, Informe sobre humedales del PNH (ACOPAC GASP-093-11), 18 de marzo de 2011.

a cargo de la mejora y la sostenibilidad del sector agrícola y ganadero en Costa Rica.⁶³⁷

- La metodología en que el señor Cubero se basó para realizar su estudio constituye un instrumento agrícola, más que un instrumento especializado en suelos hídricos.⁶³⁸ Incluso el propio experto de la parte demandante, el Dr. Baillie, concuerda con la naturaleza del método de uso de suelos:

"Su propósito es ayudar en una planificación muy general respecto al uso de tierras en el sector agroforestal, o sea que principalmente tiene como objetivo determinar si una tierra es adaptada para fines arables, pastoreo o forestal de producción o si más bien debe dejarse ahí para fines de conservación."

Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción del Día 6, 1638:10-17.

- Los hallazgos del señor Cubero se vieron debilitados por su conclusión de que *'los suelos de la zona no eran típicos de un humedal.'*⁶³⁹ El señor Martínez nunca solicitó al INTA un informe sobre la presencia de un humedal en el sitio del proyecto. El señor Cubero excedió su competencia al concluir que no había un humedal en el sitio.

942. A la luz de las inconsistencias del Informe del INTA, y porque el PNH ya había confirmado que los suelos del Humedal No. 1 eran de tipo hídrico, el señor Martínez decidió ponderar la evidencia disponible y seguir adelante con la presentación de cargos penales contra el señor Aven.

ii. *El Informe del SINAC de julio de 2010*

943. La parte demandante también menoscaban la conducta del señor Martínez por "hacer caso omiso" del informe de julio de 2010 del SINAC, que concluía que no había humedales en el sitio del proyecto. El señor Martínez tuvo que efectuar otro ejercicio de ponderación al revisar los hallazgos del informe del SINAC de julio de 2010. Durante su contrainterrogatorio, el señor Martínez explicó este ejercicio al Tribunal:

⁶³⁷ El párrafo 396 de la contramemoria habla de las competencias del INTA en virtud de la ley de Costa Rica. Tales competencias no han sido rebatidas por los demandantes.

⁶³⁸ Interrogatorio de B.K. Singh y Johan S. Perret, Transcripción del día 6, 1944:13-18.

⁶³⁹ C-124.

"A: Si podemos, si observamos esos informes de manera aislada, podríamos considerar de que efectivamente hay una inconsistencia entre ellos. Sin embargo, la labor del fiscal implica hacer una valoración entre toda la información que se tiene, ponderar los momentos en los cuales se emite esa información, entrevistar a las personas que emitieron los reportes y es a raíz de ese análisis, de ese balance que se realiza por parte del Ministerio Público al momento en que se va a realizar la -- el acto conclusivo de la investigación, que se tiene que tomar una decisión.

Hay una aplicación en este caso de algunos principios que rigen la materia procesal penal, principios como el de probabilidad de comisión de delito. En el caso del Ministerio Público para formular una acusación, lo que requiere es que exista un grado de probabilidad de que se ha cometido un delito y un grado de probabilidad en cuanto a la autoría de ese delito. El Ministerio Público plantea una tesis acusatoria y después le corresponde a un juez de la etapa intermedia, decidir si esa probabilidad existe. Un juez que es independiente al Ministerio Público, y finalmente le corresponde a un juez de juicio tomar la decisión de si esa prueba que el Ministerio público está aportando da la certeza ya en esa etapa procesal, si es necesario alcanzar un grado de convencimiento de certeza para imponer una sanción al imputado.

En ese momento de análisis se tomaron en consideración varios aspectos para inclinarnos por tomar como base los informes que afirmaban que en el sitio existía en estos dos iniciales una probabilidad o una posibilidad de que existieran humedales. Pero ya el del Programa Nacional de Humedales es concluyente y contundente en manifestar que existe un humedal que está siendo afectado y drenado."

Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 1027:21-22; 1028:1-22; 1029:1-15.

944. El señor Martínez efectivamente tuvo en cuenta y analizó los hallazgos del informe del SINAC de julio de 2010. Entrevistó al señor Bogantes y al señor Manfredi con el fin de entender las razones de sus hallazgos, y también tomó en consideración el hecho de que, a julio de 2010, el sitio ya había sido afectado por lo menos durante un año.⁶⁴⁰ En este contexto, el señor Martínez llegó a la conclusión de que era probable que los hallazgos de esos funcionarios fueran erróneos, debido a que el humedal se había drenado y rellenado desde abril de 2009, como se indica en los informes de la señora Vargas de aquel momento. Por lo tanto, el señor Martínez decidió basarse en el informe elaborado por el señor Gamboa en marzo de 2011, donde llegó a la conclusión de que existía un humedal y se había visto afectado y rellenado.
945. El señor Baker tuvo curiosidad de saber qué documentos e información había investigado el señor Gamboa antes de emitir el informe sobre los humedales del PNH. De cara al informe, el señor Gamboa parece haber revisado:
- el Informe del SINAC de enero de 2011, el cual informaba de un impacto a un humedal y recomendaba que se tomaran medidas;

⁶⁴⁰ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del día 4, 1110:8-22; 1111:1-3.

- el informe de DeGA del 16 de junio de 2010, que documenta las observaciones de la señora Vargas al sitio a partir de marzo de 2009.
946. En ambos informes se documentaron los impactos en el humedal a partir de abril de 2009. El señor Erwin también examinó estos informes y está de acuerdo con esa conclusión.⁶⁴¹ Por ello, cuando el señor Gamboa preparó su informe, era plenamente consciente de que lo que estaba viendo en el sitio del proyecto no podría haber sido un humedal normal, sino uno afectado, cuyas características originales habían sido alteradas. No obstante, el señor Gamboa (al igual que el señor Erwin algunos años después) fue capaz de encontrar los tres requisitos para demostrar la existencia de un humedal en el sitio del proyecto. Todas las conclusiones del señor Gamboa se establecieron en el Informe sobre Humedales del PNH.
947. Por lo tanto, el señor Martínez, que acompañó al señor Gamboa al sitio en dos ocasiones, optó por dar más fuerza probatoria al Informe sobre los Humedales del PNH que a los hallazgos erróneos del Informe de julio de 2010.
- ff) El señor Martínez llevó a cabo una investigación adecuada de la autoría y el uso del documento falso
948. La parte demandante sostiene que el señor Martínez no efectuó una investigación adecuada de la autoría del documento falso porque no envió el documento para un análisis forense.⁶⁴² Este argumento es totalmente absurdo, y el señor Martínez ha explicado los motivos por los cuales *la copia* del documento falso no podría haberse enviado a un análisis forense.
949. Primero, las pruebas del expediente demuestran que lo que se presentó a la SETENA, el documento falso, era una copia y no un documento original. La parte demandante y el señor Aven tenían pleno conocimiento de este hecho, cuando el 17 de enero de 2011, la SETENA les solicitó el documento original:
- “Al analizar Expediente Administrativo No. D1-1362-2007-SETENA, se determinó que el pronunciamiento del ACOPAC-MINAE, presentado ante esta Secretaría, **fue una copia del original, por lo que se le solicita presentar el original del Informe del SINAC-67389RNVS-2008**, o en su defecto una copia autenticada por un notario público”⁶⁴³ (énfasis nuestro).
950. Dado que ni la SETENA ni el señor Martínez tenían la copia original del documento falso, no era adecuado que el señor Martínez enviara el documento a un análisis forense. Suponiendo que lo hiciera, lo que el informe forense hubiera indicado es que el documento no es un documento original. Esto demuestra lo débil de este argumento de la parte demandante.

⁶⁴¹ Primer Informe KECE, párr. 95-100, 104, 117.

⁶⁴² Prueba demostrativa presentada en la declaración final del Día 6, diapositiva 17.

⁶⁴³ C-104.

951. Segundo, según ha explicado el señor Martínez durante la Audiencia⁶⁴⁴ y en su segunda declaración testimonial,⁶⁴⁵ un análisis forense era innecesario porque, después de que él entrevistara a los dos funcionarios del SINAC que se presentaron a firmar el documento, ambos confirmaron que no eran sus firmas.

952. Tercero, el señor Martínez ha ofrecido una explicación exhaustiva de las medidas que llevó a cabo en esta investigación en su testimonio oral,⁶⁴⁶ así como en su segunda declaración testimonial⁶⁴⁷, las cuales le permitieron llegar a la conclusión de que (i) el documento era efectivamente una falsificación; y (ii) no había pruebas suficientes para acusar al señor Aven de falsificación.

gg) El señor Martínez investigó las obras de la Municipalidad fuera del sitio del proyecto Las Olas.

953. Como parte de una nueva estrategia, la parte demandante han dirigido sus esfuerzos a acusar a la Municipalidad de ser responsable del drenaje y el relleno del Humedal No. 1. Ahora, la parte demandante intentan acusar al señor Martínez de no investigar las obras que la Municipalidad llevó a cabo **fuera del** sitio del Proyecto Las Olas.⁶⁴⁸

954. Las demandantes nunca mantuvieron que la Municipalidad fuera responsable de las obras de drenaje durante el juicio penal ni tampoco presentaron ninguna prueba de estas supuestas obras como parte de sus pruebas exculporias. El señor Martínez confirmó este hecho durante su conainterrogatorio:

"P: ¿Qué más hizo usted para investigar las obras mismas de la Municipalidad ahí a las que hace referencia este documento? ¿O era eso solo? O sea, ¿usted investigó al trabajo al cual se hace referencia en este documento que se había hecho dos meses antes que había estado haciendo la Municipalidad o sencillamente fue usted y dijo: ah, bueno, solo es trabajo que hacen los desarrolladores e hizo caso omiso del trabajo que está diciendo el señor Piccado que estaba llevando a cabo la Municipalidad?

R: Sí, Sí, efectivamente sobre esto también consultamos, y se nos indicó por parte de la Municipalidad que el trabajo que se estaba realizando era en calle pública fuera del proyecto privado, que ellos no podían realizar ningún tipo de alcantarillado en propiedad privada.

Nos indicaron que este alcantarillado se estaba realizando fuera del proyecto para encauzar aguas pluviales del sector de la calle pública hacia un sitio que es un estero que se ubica fuera de la propiedad privada."

Conainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 962:6-22; 963:1-4.

⁶⁴⁴ Conainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del día 4, 1104:3-29.

⁶⁴⁵ Segunda declaración testimonial de Luis Martínez, párr. 22.

⁶⁴⁶ Conainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del día 4, 1098-1101.

⁶⁴⁷ Segunda declaración testimonial de Luis Martínez, párr. 22, 24-29.

⁶⁴⁸ Prueba demostrativa presentada en la declaración final del Día 6, diapositiva 18.

955. No obstante, el señor Martínez explicó (dos veces) la investigación que llevó a cabo sobre esas supuestas obras de la Municipalidad y atestiguó que, cuando fue al sitio y vio a los trabajadores de la construcción del sistema de drenaje, estos le dijeron que estaban haciendo esos trabajos bajo las órdenes del señor David Aven:

"R: Sí, efectivamente, se indica esto en este párrafo. Sin embargo, yo le puedo explicar al señor abogado que en la investigación que se realizó por parte del Ministerio Público, se hicieron dos visitas al proyecto Las Olas y concretamente al sitio donde se dice que hay un humedal.

En esas dos visitas que se hicieron se encontraron operarios, se encontraron algunas maquinarias que estaban trabajando en el lugar y que estaban colocando alcantarillas y haciendo canales para sacar agua del sitio. Y los operarios que estaban en el lugar personalmente me indicaron que lo estaban realizando por orden del señor Aven."

Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 961:15-22; 962:1-5.

"Nunca mencionaron los empleados que estaban ahí que trabajaran para la Municipalidad ni que estuvieran ahí recibiendo órdenes de algún funcionario de la Municipalidad."

Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 967:6-9.

956. Por lo tanto, el señor Martínez no 'ignoró' las actividades de la Municipalidad. Él testificó que sí consultó a la Municipalidad y cuando estuvo en el sitio del proyecto no vio ninguna obra que estuvieran realizando los funcionarios de la Municipalidad, sino más bien los empleados del señor Aven. Si la Municipalidad era responsable de esas obras, la parte demandante tenían la carga de plantearlo y probarlo durante el juicio penal, lo cual no hicieron.

hh) La negativa del señor Martínez de extender el juicio fue legítima

957. La parte demandante acusan al señor Martínez de actuar arbitrariamente por no estar de acuerdo en renunciar a la regla de los diez días. El señor Martínez explicó que esta no fue una decisión caprichosa; él investigó el estado actual de la ley, consultó con su supervisor y acordó conjuntamente con el representante de la Procuraduría General no renunciar a la regla. Básicamente, no quería que el juez de apelación anulara el juicio una vez si la decisión definitiva se elevaba a la corte de apelaciones. El señor Martínez atestiguó que:

"R: Correcto, yo rechazé la solicitud que hizo el señor Morera también en el sentido de continuar después de los diez días porque evidentemente esa regla es una regla que, desde mi punto de vista, no está pensada para proteger únicamente a los acusados sino que está pensada para proteger a todas las partes procesales.

Las reglas establecidas dentro del Código Procesal Penal costarricense, desde ese punto de vista, desde el punto de vista de principios, no están pensadas para proteger únicamente al imputado. Todas las partes procesales nos tenemos que beneficiar de esa posibilidad.

No fue una decisión arbitraria. En ese momento analicé jurisprudencia de los tribunales de apelación de mi país, jurisprudencia que decía que incluso de oficio cuando los tribunales de apelación constatan que esa regla de diez días ha sido vulnerada incluso habiendo acuerdo de partes, ordenan la anulación de los procesos por rompimiento precisamente del principio de contradicción y por rompimiento del principio de presencia del juez en el debate."

Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 1060:3-22; 1061:1-3.

958. El señor Martínez también confirmó que la jurisprudencia más reciente, **en el momento de los hechos**, apuntaba a una anulación del proceso, si se renunciaba a la regla de diez días.⁶⁴⁹ El señor Martínez también explicó que no tenía sentido que él 'sacara provecho' de un segundo juicio, porque conforme a las leyes de Costa Rica, una Fiscal no puede alterar las pruebas presentadas en el primer juicio:

"Yo no realicé -- me opuse a esta negociación para tener una nueva oportunidad porque en cualquier nueva oportunidad que se hubiese tenido en ese proceso hubiésemos tenido que ir con la misma prueba que ya habíamos ofrecido.

En mi país al Ministerio Público le está prácticamente vedada la posibilidad de ofrecer prueba adicional una vez que se plantea la acusación. Ya una vez que se planteó la acusación el Ministerio Público -- es prácticamente imposible que se realice algún tipo de prueba para mejor resolver o que le acepten algún tipo de prueba para mejor resolver."

Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 1062:17-22; 1063:1-8.

959. El párrafo 71 del informe de experto de la jueza Chinchilla confirma la posición en virtud de la ley de Costa Rica. Por ende, el señor Martínez no tenía ningún motivo arbitrario para denegar la renuncia a la regla de los 10 días. El hecho de que su decisión fue razonada y de conformidad con la ley elimina toda mancha de arbitrariedad.

⁶⁴⁹ Contrainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del día 4, 1193.

ii) El señor Martínez no 'ignoró' las directrices del Ministerio Público al realizar su investigación

960. Las Políticas de Persecución de los Delitos Ambientales de la Fiscalía General de la República (las “**Directrices de 2010**”),⁶⁵⁰ introducidas por la parte demandante minutos antes del conainterrogatorio del señor Luis Martínez, constituyen pautas generales para los fiscales especializados en la persecución de delitos ambientales, como el señor Martínez.

961. Las Directrices de 2010 estaban efectivamente vigentes cuando el señor Martínez inició la investigación penal del señor Aven. La prueba ofrecida ante este Tribunal muestra que el señor Martínez actuó de acuerdo con tales instrucciones. A saber:

- La Sección 3.5 se ocupa de los “elementos probatorios y de investigación”. De acuerdo con esta sección, la prueba fundamental del fiscal es una inspección ocular del sitio, preferiblemente acompañado de un hidrogeólogo o cualquier especialista en humedales. El señor Martínez fue al sitio en dos ocasiones, y estaba acompañado por el señor Gamboa, un biólogo especializado en humedales que laboraba en el PNH.⁶⁵¹
- En la misma sección se establece que la falta de documentación en cuanto a la existencia del humedal antes del inicio de las obras de drenaje puede ser suplida con los testimonios de personas que conocieron el sitio antes del suceso. El señor Martínez llamó como testigos al señor Bucelato y la señora Mónica Vargas, quienes conocían la zona antes del inicio de las obras de drenaje y fueron testigos de las obras de relleno realizadas por la parte demandante.

962. Durante el conainterrogatorio del señor Martínez, la parte demandante mencionaron la Sección 3.3 de las Directrices, cuyo último párrafo establece tres requisitos básicos para que haya un humedal: (i) la permeabilidad de los suelos; (ii) la presencia de vegetación hidrófila; y (iii) una pendiente menor o igual al 5%. Estos requisitos son diferentes a las establecidas en el Decreto No. 35803 del MINAE. La contradicción entre ambos instrumentos puede resolverse fácilmente mediante la aplicación del principio de jerarquía de las leyes, ampliamente explicado en los párrafos 144 a 153 de la segunda declaración testimonial del Dr. Jurado:

“Este principio permite establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas **y el criterio para solucionar las contradicciones que se presenten entre normas de distinto rango.** Las reglas que acompañan a este principio son: la norma superior prevalece sobre la inferior; la de menor rango no puede modificar a la de superior jerarquía; y, el operador jurídico está en el deber de optar siempre por el precepto de mayor rango. [...]

La Constitución Política es la norma fundamental del ordenamiento jurídico de Costa Rica [...]

⁶⁵⁰ C-297.

⁶⁵¹ Conainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del día 4, 1100:2-4.

En el segundo rango jerárquico, bajo el sistema jurídico costarricense, encontramos los convenios o tratados internacionales debidamente aprobados, de acuerdo al derecho nacional. [...]

En la tercera línea de jerarquía se encuentran todas las leyes y actos con valor de ley, seguidas por los decretos que reglamentan las leyes en cuarto lugar y luego los demás reglamentos. [...].⁶⁵² (énfasis nuestro).

963. Si bien el Decreto No. 35803 del MINAE es un decreto ejecutivo emitido por el MINAE en abril de 2010,⁶⁵³ las Directrices de 2010 se incluyen en una circular emitida por la Fiscalía General de la República en septiembre de 2010.⁶⁵⁴ El Decreto del MINAE tiene efectos *erga omnes* y es obligatorio para todos los organismos de Costa Rica, especialmente el SINAC y el PNH. Por el contrario, las instrucciones emitidas por la Fiscalía General en una circular solo obligan a los fiscales que trabajan para el Ministerio Público, y no producen efectos generales. Por ende, bajo el principio de jerarquía de las normas, el Decreto No. 35803 del MINAE (jerarquía de reglamentos generales) es superior a las Directrices de 2010 (jerarquía de una mera circular).
964. Además, esto es exactamente lo que explicó el señor Martínez al abogado de la parte demandante durante su conainterrogatorio:

"R: Las directrices incluso en este momento están vigentes porque no han sido modificadas; lo que sí probablemente ha sufrido alguna modificación son los parámetros para la determinación de humedales porque hay un reglamento posterior al 2010 que es un decreto ejecutivo del Poder Ejecutivo en Costa Rica en el que se señalan nuevos elementos o nuevos parámetros para la determinación y clasificación de humedales."

Conainterrogatorio de Luis Martínez, Transcripción del Día 4, 973:16-22; 974:1-2.

965. También es probable que, a abril de 2010, cuando se promulgó el Decreto No. 35803 del MINAE, había concluido el proceso de revisión de las Directrices (que se ocupa extensamente de casi todos los delitos contra el medio ambiente en Costa Rica), y sus redactores no tenían conocimiento del contenido del Decreto. Ese podría ser el motivo por el cual las Directrices no incluyeron los últimos criterios del Decreto No. 35803 del MINAE. En todo caso, el que el señor Martínez se basara en el Decreto del MINAE y no en las Directrices no puede considerarse arbitrario, cuando él estaba actuando de conformidad con las leyes de Costa Rica.

jj) El señor Martínez actuó de manera razonable cuando solicitó una orden internacional de detención contra el señor Aven

966. La parte demandante mantienen que el señor Martínez acusó al señor Aven en virtud de la norma equivocada, e intentan mostrar, en última instancia, que la notificación roja de

⁶⁵² Segunda declaración testimonial de Julio Jurado, párr. 145-147.

⁶⁵³ C-218.

⁶⁵⁴ C-297.

INTERPOL no debería haberse presentado. Según la parte demandante, si el delito establecía una multa como castigo, no correspondían una orden de detención internacional y una notificación roja de INTERPOL.⁶⁵⁵ La demandada ya ha explicado que los hechos en virtud de los cuales el señor Martínez interpuso la denuncia penal contra el señor Aven encajan con los de un “delito continuo”, a partir de abril de 2009 y hasta febrero de 2011. Por tanto, el argumento de la parte demandante de que se debería haber aplicado la ley anterior es erróneo.

967. Por otra parte, es pertinente aclarar que la solicitud del señor Martínez a la corte de emitir la orden de detención internacional también era adecuada. Como lo explica la jueza Chinchilla,⁶⁵⁶ el artículo 3(e) de la Ley de Extradición de Costa Rica establece que la extradición no es adecuada si el castigo del delito es menos de un año de privación de libertad.⁶⁵⁷ Durante el proceso penal, el señor Aven fue acusado de drenar y rellenar un humedal que, en virtud del artículo 98 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, tiene una pena de uno a tres años de prisión.⁶⁵⁸ Por ende, la solicitud del señor Martínez de una orden internacional de detención se hizo conforme a la ley.

968. Por último, el Tribunal debe, una vez más, tener en cuenta que el señor Martínez no era el funcionario a cargo de decidir la emisión de la orden de detención internacional contra el señor Aven. Fue un juez penal quien decidió que el señor Martínez había aplicado la norma correcta al imputar al señor Aven, y que se debía emitir una orden de detención internacional. Además, ni el señor Martínez ni su Oficina participaron en la solicitud o la emisión de la notificación roja de INTERPOL contra el señor Aven.

kk) La parte demandante contaban con una variedad de recursos administrativos y judiciales para presentar una querrela

969. Si la parte demandante consideró que el señor Martínez erraba en el ejercicio de sus funciones, el señor Aven tenía recursos administrativos y judiciales disponibles. A continuación, se detallan los recursos a disposición del señor Aven durante el proceso penal, a los cuales él **no recurrió**:

- Solicitud de recusación del fiscal en virtud de los artículos 40 a 43 de la Ley de Orgánica del Ministerio Público;⁶⁵⁹
- *Enmienda jerárquica* en virtud del artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, según la cual un superior jerárquico del Ministerio Público puede revertir o corregir cualquier acto del fiscal asignado a una investigación penal.⁶⁶⁰

⁶⁵⁵ Prueba demostrativa presentada en la declaración final del Día 6, diapositiva 29.

⁶⁵⁶ Informe de experto de Rosaura Chinchilla, párr. 30-31.

⁶⁵⁷ **R-407**, Ley de Extradición.

⁶⁵⁸ C-220.

⁶⁵⁹ **R-405**, Ley Orgánica del Ministerio Público.

⁶⁶⁰ **R-405**, Ley Orgánica del Ministerio Público.

II) Los procesos penales están en curso y la parte demandante cuentan con diversas vías a las que aún no han recurrido

970. El reclamo arbitrariedad de la parte demandante supone de alguna manera que las acciones realizadas por el señor Martínez eran definitivas y que no hay ningún resarcimiento disponible para el señor Aven. La realidad es que el proceso del señor Aven ni siquiera ha llegado a la tercera etapa (de cinco) en el proceso penal. Ante el regreso del señor Aven, el juicio se reanudará y el señor Aven gozará de las siguientes reparaciones judicial, que ya han sido presentadas por la demandada en su declaración final durante la audiencia de diciembre.⁶⁶¹
971. Durante la etapa de juicio, el señor Aven puede impugnar cualquier decisión interlocutoria del juez al plantear:
- Un *recurso de revocatoria* en virtud del artículo 449 del Código Procesal Penal;
 - Un *recurso de actividad procesal defectuosa* en virtud del artículo 175 del Código Procesal Penal, que puede presentarse contra cualquier acto contaminada con una irregularidad o defecto;
972. Asimismo, antes de que el tribunal emita la decisión definitiva, el señor Aven cuenta con los siguientes recursos inmediatamente disponibles:
- Solicitud de inspección judicial, en virtud de los artículos 174 a 180 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo cual podría dar lugar a un procedimiento disciplinario contra un funcionario público del poder judicial del Estado;⁶⁶²
 - Solicitud de recusación del juez en virtud del artículo 57 del Código Procesal Penal;
 - Solicitud de recusación del fiscal en virtud de los artículos 40 a 43 del Código Procesal Penal;
973. Después de que la corte emita una resolución, el señor Aven puede impugnar la decisión mediante recurso de apelación contra la resolución (artículo 458) y el señor Aven puede presentar un *recurso de casación* en virtud del artículo 467 del Código Procesal Penal contra dicha resolución.
974. Durante la cuarta etapa del proceso penal, la etapa de apelación, el señor Aven puede acogerse al siguiente resarcimiento:
- *Recurso de revisión* en virtud del artículo 408 del Código Procesal Penal;
 - Solicitud de inspección judicial en virtud de los artículos 174 a 180 de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

⁶⁶¹ Prueba demostrativa presentada en la declaración final de la demandada, Día 6, diapositiva 6.

⁶⁶² R-568, Ley Orgánica del Poder Judicial, 1 de julio de 1993.

975. Por último, durante la etapa de aplicación, el señor Aven también puede recurrir a apelaciones en virtud del artículo 478 del Código Procesal Penal.

mm) Conclusión

976. Desde cualquier punto de vista que adopten la parte demandante, el comportamiento del señor Martínez fue razonada y sustentada por las leyes de Costa Rica. Sería fácil sencillamente acusar al señor Martínez de actuar de manera arbitraria sin hacer mención del contexto del proceso y la valoración realizada por el señor Martínez para decidir si debía presentar cargos penales contra el señor Aven. No obstante, ahora que al Tribunal se le ha presentado el panorama completo, de parte del mismo señor Martínez, queda bastante obvio que una reclamación de arbitrariedad contra él debe suspenderse.

C. La demandada no abusó de sus derechos ni de la autoridad contra la parte demandante

977. La parte demandante han presentado tres reclamaciones sobre el abuso.⁶⁶³ Las dos primeras se refieren a una supuesta solicitud de soborno de parte de un funcionario municipal en 2009, y otras dos presuntas peticiones de soborno del señor Bogantes, un oficial del SINAC, en 2010. La tercera reclamación se refiere a la solicitud de la demandada de una alerta de notificación roja a INTERPOL.

1. Las acusaciones de soborno de la parte demandante no se han comprobado, por lo cual no pueden respaldar el reclamo de abuso de derechos de parte de la parte demandante

978. La demandada ha aducido los párrafos 593 a 595 de su contramemoria, la prueba estándar necesaria según el derecho internacional –pruebas claras y convincentes– para respaldar cualquier acusación de soborno. La parte demandante están de acuerdo con la demandada en que el umbral para probar las acusaciones de soborno en el derecho internacional es alto.⁶⁶⁴

979. La parte demandante y la demandada discrepan sobre el hecho de que la parte demandante hayan cumplido con su carga probatoria en este caso. La demandada considera que no existe ninguna prueba creíble que sugiera que se produjo soborno alguno. Esto quiere decir que no hay nada claro, ni mucho menos convincente. La parte demandante mantienen que han presentado “*evidencia directa*” en forma de “*declaraciones testimoniales corroborativas*”⁶⁶⁵

980. La demandada cuestiona la credibilidad del señor Aven y el señor Damjanac como testigos capaces de suministrar información fiable en este arbitraje. Ya se ha demostrado que el

⁶⁶³ Réplica de los demandantes, párr. 366.

⁶⁶⁴ Réplica de los demandantes, párr. 83. Declaración final de los demandantes, diapositiva 26.

⁶⁶⁵ Ibid.

testimonio del señor Aven es muy poco fiable, e incluye inconsistencias y falsedades. Su testimonio relativo a un supuesto soborno por el señor Bogantes es totalmente interesado y carece de corroboración independiente.

981. El Tribunal no puede basarse en el testimonio del señor Damjanac como “*prueba corroborativa*”. La parte demandante quisieran que el Tribunal se base en la palabra de una persona que (i) es un agente de la parte demandante; (ii) tiene un interés pecuniario en el Proyecto Las Olas; y (iii) que “*enfáticamente*” cuestiona la veracidad de los registros públicos sin haber impugnado sus hallazgos por la vía de los recursos jurídicos correspondientes en Costa Rica.⁶⁶⁶
982. La parte demandante no han presentado *ninguna* prueba corroborativa para respaldar las acusaciones de soborno. La supuesta grabación de la solicitud de soborno no se ha presentado ante este Tribunal, lo cual muestra que no existen pruebas de corroboración independiente para el recuento de los acontecimientos por parte del señor Aven.⁶⁶⁷
983. Además, la parte demandante mantienen que la demandada no investigó las denuncias de soborno contra el señor Bogantes.⁶⁶⁸ Primero, la parte demandante sostuvieron que el señor Martínez debió haber investigado estas afirmaciones cuando el señor Aven le informó acerca de las mismas.⁶⁶⁹ El señor Martínez⁶⁷⁰ y la jueza Chinchilla⁶⁷¹ han explicado detenidamente por qué, según la normativa costarricense, el señor Martínez no tenía la obligación de investigar las acusaciones del señor Aven en medio de la investigación criminal que él estaba realizando al señor Aven. La parte demandante no han refutado las pruebas de la demandada en este sentido.
984. Segundo, la parte demandante mantiene que la demandada no investigó la denuncia penal interpuesta por el señor Aven en septiembre de 2011 ante la Fiscalía de Quepos.⁶⁷² Con el fin de hacer que esta aseveración, la parte demandante se ha visto obligada a cuestionar la veracidad de los registros públicos del Expediente No. 11-201458-0457-PE, donde se evidencia que la Procuraduría de la Ética asignada al caso se comunicó varias veces con el señor Aven con el fin de avanzar en la investigación.⁶⁷³ La parte demandante también impugnan esta evidencia por medio del testimonio viciado del señor Aven, quien afirma que nunca fue contactado por la Procuraduría.⁶⁷⁴ Si el señor Aven no estaba de acuerdo con esos registros públicos, el señor Aven podría haber comparecido durante la

⁶⁶⁶ Contrainterrogatorio de Jovan Damjanac, Transcripción del día 3, 691-694.

⁶⁶⁷ Notificación de Arbitraje de los demandantes, párr. 31.

⁶⁶⁸ Réplica de los demandantes, párr. 108.

⁶⁶⁹ Primera declaración testimonial de David Aven, párr. 185.

⁶⁷⁰ Primera Declaración Testimonial de Luis Martinez, parr. 43-49.

⁶⁷¹ Informe de experto de Rosaura Chinchilla, párr. 30-34.

⁶⁷² Memoria de los demandantes, párr. 169.

⁶⁷³ C-167.

⁶⁷⁴ Primera declaración testimonial de David Aven, párr. 224-225.

investigación para impugnar los hallazgos del Procurador en el momento en que se enteró de ellos.

985. Tercero, nótese que el señor Ventura, el abogado del señor Aven, obtuvo copias de este expediente penal.⁶⁷⁵ En lugar de ayudar al señor Aven a impugnar estos registros públicos o de proseguir con su denuncia contra el señor Bogantes con las autoridades competentes, el señor Ventura confirmó la decisión del señor Aven de huir del país y convertirse en un fugitivo.
986. Finalmente, en relación con la afirmación de la parte demandante de que *"la demandada ha optado por que el señor Bogantes no refute los alegatos del señor Aven"*⁶⁷⁶, la demandada ya ha afirmado que este arbitraje no es el foro adecuado para enfrascarse en una batalla de "quién dijo qué", con repercusiones penales para una persona que tendría que comparecer sin representación en este proceso.⁶⁷⁷
987. Dada la falta de pruebas ofrecidas por la parte demandante en este arbitraje, el testimonio del señor Bogantes no habría contribuido en nada a la discusión. La teoría de la parte demandante con respecto a las solicitudes de soborno del señor Bogantes se utiliza para ilustrar la conspiración del gobierno contra el Proyecto Las Olas, como si el señor Bogantes, un empleado de bajo nivel del SINAC, tuviera el poder de controlar a entidades independientes, como la SETENA, el TAA, la Defensoría, la Municipalidad e incluso los tribunales penales. Por supuesto que no lo tenía, y no existe evidencia de la parte demandante para extender esta acusación de soborno de modo que tenga algún significado o relevancia reales.

2. La solicitud de Costa Rica de una notificación roja de INTERPOL no implicaba un abuso de derechos

988. Es probable que la parte demandante mantengan que la solicitud de la notificación roja contra el señor Aven era ilegal, porque el delito que el señor Martínez debió haber aplicado exige una multa en lugar de la privación de libertad como castigo. La demandada ya ha mencionado este argumento antes, al referirse a la solicitud y la emisión de una orden internacional de detención contra el señor Aven. Debido a que el delito que el señor Martínez aplicó para imputar al señor Aven se enmarca en un "delito continuo", el delito es penado con uno a tres años de prisión.
989. El juez que emitió la orden internacional de detención contra el señor Aven exigió que su contenido se comunicara a la INTERPOL.⁶⁷⁸ Luego, la orden de detención internacional fue notificada a la OATRI, la oficina especializada del Ministerio Público a cargo de

⁶⁷⁵ Id., párrafo 225.

⁶⁷⁶ Ibid.

⁶⁷⁷ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 206:11-17.

⁶⁷⁸ R-150, Orden de detención internacional, 25 de mayo de 2015.

manejar los procedimientos de extradición y la coordinación con la INTERPOL.⁶⁷⁹ Con el fin de cumplir con la orden del juez penal, la OATRI emitió una solicitud de notificación roja de INTERPOL para ajustarse al reglamento de INTERPOL sobre el tratamiento de datos. El artículo 83 de este Reglamento establece los criterios mínimos para la publicación de una notificación roja: (i) que se trate de un delito grave de derecho común; y (ii) que el delito sea punible con una pena de privación de libertad máxima de al menos dos años.⁶⁸⁰ La jueza Chinchilla confirmó que ambos requisitos se cumplían en el caso del señor Aven y, por lo tanto, la solicitud de la OATRI a INTERPOL para una notificación roja era legítima.⁶⁸¹

990. Asimismo, la parte demandante alegan que no se les informó de la decisión de la INTERPOL. INTERPOL comunicó al tribunal penal tanto en su decisión de publicar la Notificación Roja como su decisión de retirarla.⁶⁸² El señor Aven o su abogado en ese momento, el señor Ventura, tenían en todo momento acceso ilimitado al expediente penal donde se estaban documentando tales eventos. Además, resulta descabellado que el señor Aven, en su condición actual de fugitivo, exija que las autoridades costarricenses lo mantengan informado del proceso en curso para extraditarlo. Eso iría en contra de todo el objeto de los procesos de extradición y de la existencia general de la INTERPOL.

⁶⁷⁹ Informe de experto de Rosaura Chinchilla, párr. 84.

⁶⁸⁰ **R-142**, Reglamento de INTERPOL sobre el Tratamiento de Datos (2013)

⁶⁸¹ Informe de experto de Rosaura Chinchilla, párr. 84.

⁶⁸² Id., párrafo 86.

IX. COSTA RICA NO EXPROPIÓ NINGUNA DE LAS SUPUESTAS INVERSIONES DE LA PARTE DEMANDANTE

991. La parte demandante sostiene que Costa Rica ha expropiado su inversión indirectamente, en contravención del artículo 10.7 del DR-CAFTA. La demandada rechaza toda violación del artículo 10.7. En cuanto a la resolución de los reclamos de expropiación, el Tratado prevé dos disposiciones principales que el Tribunal debiera interpretar y aplicar: El artículo 10.7 y el inciso 4 del Anexo 10-C.
992. En los párrafos 611 a 613 de la contramemoria, la demandada expone los pasos que el Tribunal debe llevar a cabo para analizar la reclamación de expropiación de la parte demandante conforme al DR-CAFTA. La secuencia propuesta es apoyada por el texto llano del Tratado, así como el trabajo de la UNCTAD en materia de expropiación en la práctica de arbitraje de inversión.⁶⁸³ En resumen, el Tribunal primero tendría que determinar lo que constituye la “inversión cubierta” de la parte demandante en virtud del artículo 10.28 del Tratado. En segundo lugar, el Tribunal tendría que determinar si la excepción del inciso 4(b) del Anexo 10-C se aplica a este caso. Si la excepción se aplica, la reclamación de expropiación de la parte demandante fallaría en su totalidad.
993. Si el Tribunal considera que la conducta de la demandada no está comprendida en la excepción del inciso 4(b), entonces el Tribunal tendría que analizar cada uno de los elementos de una expropiación indirecta, previstos en el inciso 4(a), con el fin de determinar si la demandada ha expropiado la inversión de la parte demandante y, por ello, es responsable por el incumplimiento del artículo 10.7 del Tratado.
994. La demandada ahora explicará al Tribunal cada uno de los pasos mencionados anteriormente. La conclusión inevitable es que no se ha producido la expropiación y no se puede considerar responsable a la demandada por la violación del artículo 10.7.

A. ¿Cuál es la inversión de la parte demandante conforme al artículo 10.28 del DR-CAFTA?

995. Es muy preocupante que, a la fecha, la parte demandante no han sido capaces de articular adecuadamente cuál es su inversión. El abogado de la parte demandante dice una cosa, mientras que la parte demandante mismos y sus testigos dicen otra. La situación es tal que el Tribunal ha debido solicitar a la parte demandante que expliquen, en la víspera de la conclusión del proceso, **cuál es su inversión**. La última versión de la afirmación de la parte demandante es que: “[el] enfoque de su inversión siempre ha sido un proyecto”.⁶⁸⁴

⁶⁸³ **RLA-15**, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD, sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión II, Expropiación, 2012.

⁶⁸⁴ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 100:9-10

No obstante, en sus palabras de apertura durante la audiencia, la parte demandante se refieren a ella como “*el mantenimiento del proyecto Las Olas*”.⁶⁸⁵

996. Puesto que la parte demandante han cambiado su posición a lo largo de este proceso respecto de cuál es realmente su inversión, la demandada se reserva el derecho de réplica a cualquier aumento nuevo de la parte demandante en el resumen escrito posterior a la audiencia que trae nuevos alegatos en cuanto a lo que constituye su inversión. Mientras tanto, la demandada confía en que los propios testigos de la parte demandante identificarán correctamente la inversión, que fue la adquisición de tierras en 2002.

1. La supuesta inversión de la parte demandante comprende terreno sin construir que hasta la fecha es de su propiedad

997. Como se explica en la sección II del Resumen, la inversión de la parte demandante en Costa Rica es la tierra que compraron en 2002. Ese es el momento en que la parte demandante establecieron su inversión en Costa Rica y ese es el momento que el Tribunal debería observar con el fin de determinar si alguna inversión fue expropiada.

2. Las VA y los permisos de construcción de la parte demandante no son inversiones cubiertas susceptibles de ser objeto de expropiación indirecta

998. En caso de que el Tribunal considerare que las viabilidades ambientales y/o los permisos de construcción forman parte de una inversión cubierta de la parte demandante, el Tribunal debería remitirse al inciso (g) de la definición de “inversión” en virtud del artículo 10.28 del Tratado, que se refiere a las licencias, permisos y autorizaciones. Cabe destacar que esta definición incluye una nota al pie (nota al pie No. 10 [13]), que establece que si el permiso tiene las características de una inversión dependerían “*la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación de la Parte*”. La nota también establece que, entre los permisos que “*no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos conforme a la legislación interna*”. Por lo tanto, el Tribunal está obligado a considerar si, conforme a la legislación de Costa Rica, las viabilidades ambientales o los permisos de construcción dan lugar a derechos **protegidos conforme a la legislación interna**.

999. Primero, la parte demandante nunca han alegado que la viabilidad ambiental sea parte de su inversión cubierta según la definición del artículo 10.28(g). Sin embargo, debido a que la parte demandante ahora sostienen que su inversión era el Proyecto Las Olas,⁶⁸⁶ la parte demandante podrían verse tentados a incluir en ese rango, las viabilidades ambientales concedidas a ellos. La demandada se opone firmemente.

⁶⁸⁵ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 270:6.

⁶⁸⁶ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 105:13.

1000. La parte demandante cuentan con viabilidades ambientales para la concesión y el sitio de condominios.⁶⁸⁷ La teoría de la parte demandante es que una viabilidad ambiental otorga derechos subjetivos a los beneficiarios, ya que requiere la presentación de una acción oficial que la anule en virtud de un precedente de la Sala Constitucional.⁶⁸⁸ En concreto, el señor Ortiz argumenta que, debido a que la Sala Constitucional ha establecido un proceso de lesividad para declarar nula y sin efecto una VA, la VA automáticamente concede derechos a su titular.⁶⁸⁹
1001. Como lo atestiguó ampliamente el Dr. Jurado durante la audiencia, las viabilidades ambientales no otorgan ningún derecho a sus titulares. No son más que actos preparatorios que autorizan que el desarrollador continúe con el proceso de permisos necesarios para desarrollar un proyecto. El Dr. Jurado explicó que:

"Desde este punto de vista, la viabilidad ambiental -y lo he dicho en mi presentación y quiero aclararlo-, es un acto que no otorga el derecho de hacer ninguna actividad. Ningún particular puede con la viabilidad ambiental iniciar la construcción inmediatamente de su proyecto, ya sea un proyecto de desarrollo inmobiliario, montar una fábrica, lo que sea. Con la viabilidad ambiental no puede hacer nada. La viabilidad ambiental es un requisito."

Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción del Día 5, 1090:15-22; 1091:1-2.

"Lo que es la viabilidad ambiental, la viabilidad ambiental es el visto bueno a su propuesta de manejo de los impactos que el proyecto va a generar, pero nada más. [...]"

Yo quise hacer esto, y por eso dije el acto de otorgamiento de una viabilidad ambiental no es -- es un acto preparatorio, es un acto de trámite de dentro de un procedimiento para otorgar otros actos. No es el acto final, el acto final es el que otorga el derecho a hacer algo, a desarrollar la actividad. Es un acto de trámite; por sí mismo no otorga la posibilidad de hacer esa actividad."

Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción del Día 5, 1091:22; 1092:1-16.

"Y la tesis que yo personalmente he querido manifestar aquí es que la viabilidad ambiental, aquel acto que aprueba la viabilidad ambiental, el acto que aprueba la viabilidad ambiental, no tiene ningún efecto sobre el particular."

Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción del Día 5, 1098:7-12.

"Ni le da ni le quita nada. No le está generando ningún derecho ni ninguna licencia para hacer lo que él pretende hacer. Es un requisito indispensable para solicitar otros permisos, pero la viabilidad por sí misma no lo está autorizando a hacer nada,"

Contrainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción del Día 5, 1098:12-17.

⁶⁸⁷ C-36, C-52.

⁶⁸⁸ Prueba demostrativa presentada en la declaración inicial de los demandantes del Día 6, diapositiva 30.

⁶⁸⁹ Contrainterrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción del día 5, 1381:7-20.

1002. El hecho de que la Sala Constitucional ha emitido una sentencia que establece un procedimiento para anular las viabilidades ambientales por sí solo no significa que la Sala Constitucional haya derivado derechos en virtud de tales permisos. El propio señor Ortiz atestiguó sobre la naturaleza del fallo de la Sala Constitucional, que imponía un *'un procedimiento que se debe seguir.'*⁶⁹⁰
1003. En este sentido, la parte demandante trató de desacreditar la opinión de experto del Dr. Jurado, basándose en el Documento Probatorio C-298, introducido unos momentos antes de su conainterrogatorio. El Documento Probatorio C-298 comprende una resolución de la Procuraduría General de la República del 2 de septiembre 2016 que responde a una solicitud de criterios jurídicos del MINAE respecto de la aplicabilidad del procedimiento de *lesividad* para una VA. Al ser interrogado sobre esta resolución, el Dr. Jurado explicó que la Procuraduría General no emitió los criterios jurídicos solicitados debido a que la consulta fue desestimada por motivos de admisibilidad.⁶⁹¹ La propia resolución explica que no va a opinar sobre ninguno de los supuestos motivos en los que se basaba el MINAE para iniciar el proceso de *lesividad*. Por ende, la parte demandante no pueden basarse en una resolución interlocutoria que no contiene criterios sustantivos de la Oficina de la Procuraduría General de la República.
1004. Segundo, en cuanto a los permisos de construcción de la parte demandante, si bien generalmente otorgan derechos conforme a las leyes de Costa Rica,⁶⁹² de manera crucial e importancia superior para este caso, ningún permiso de construcción puede desplazar ni renunciar al imperativo de la obligación permanente de no afectar el medio ambiente. Ese es un derecho inalienable en virtud de las leyes de Costa Rica. La demandada ha demostrado durante este arbitraje que los permisos de construcción para el condominio y las servidumbres se obtuvieron ilícitamente debido a la fragmentación, la falta de obtención de una VA, el ocultamiento de información a las autoridades de Costa Rica y los impactos a un humedal. Por ello, las autoridades costarricenses tenían derecho a tomar las medidas adoptadas, que a su vez tendrían un carácter revocatorio de cualquier derecho de otra manera acumulado de conformidad con los permisos de construcción.
1005. En particular (y de manera prudente), la parte demandante no han alegado que los permisos de construcción les otorgan derechos adquiridos, y no lo han hecho porque según la ley costarricense, un permiso no otorga el derecho a ser inmune a la aplicación de la legislación ambiental. Si se utiliza un permiso para afectar el medio ambiente, entonces entra en juego el principio de precaución, y los permisos deben suspenderse hasta que haya certeza de que el medio ambiente no se verá perjudicado. Por lo tanto,

⁶⁹⁰ Interrogatorio de Luis Ortiz, Transcripción del día 4, 1281:11.

⁶⁹¹ Conainterrogatorio de Julio Jurado, Transcripción del día 5, 1525-1528.

debido a que el Estado no puede expropiar un derecho que no existe en virtud de la legislación interna, el alegato de la parte demandante de que las viabilidades ambientales o los permisos de construcción constituyen un *“permiso que tenga las características de una inversión”* en la nota 10 del artículo 10.28 (g) debe fallar.

1006. La conclusión del Tribunal sería la misma si el análisis se lleva a cabo exclusivamente conforme a la legislación de Costa Rica o el derecho internacional. Si el análisis se hace conforme al derecho internacional, la interacción entre los capítulos 10 y 17 y la disposición expresa del Artículo 10.11 conducen al Tribunal a interpretar que las medidas que reclaman la parte demandante son *“apropiada[s] para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.”* En efecto, las alegaciones de la parte demandante sobre la expropiación de sus permisos de construcción es el ejemplo perfecto de por qué se concibió el artículo 10.11. Costa Rica no ha cometido una violación porque la protección de inversión en virtud del capítulo 10 se remite a la protección del medio ambiente de conformidad con el capítulo 17, cuando el Estado utiliza sus poderes policiales para hacer cumplir su legislación ambiental. Por lo tanto, el capítulo 17 y el artículo 10.11 están por encima de cualquier denuncia de expropiación por parte de Costa Rica para hacer cumplir sus leyes en consonancia con la protección ambiental.
1007. Incluso en ausencia del capítulo 17 (que no es el caso), el derecho internacional todavía podría confirmar la responsabilidad de Costa Rica. El principio en el derecho internacional es que la existencia de bienes y derechos adquiridos es una cuestión que debe determinarse mediante el derecho interno del Estado de acogida. De conformidad con la legislación costarricense, los permisos de construcción no conceden un derecho adquirido irrenunciable, ya que siempre están sujetos al derecho del Estado de suspenderlos o revocarlos. Por tanto, al observar las leyes de Costa Rica, el derecho internacional rechazaría una reclamación por expropiación de un permiso que no existe en virtud del derecho internacional.
1008. La conclusión del Tribunal sería la misma si el análisis se lleva a cabo exclusivamente conforme a la legislación de Costa Rica o el derecho internacional. Si el análisis se hace conforme al derecho internacional, la interacción entre los capítulos 10 y 17 y la disposición expresa del artículo 10.11 conducen al Tribunal a interpretar que las medidas que reclaman la parte demandante son *“apropiada[s] para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.”* En efecto, las alegaciones de la parte demandante sobre la expropiación de sus permisos de construcción es el ejemplo perfecto de por qué se concibió el artículo 10.11. Costa Rica no ha cometido una violación porque la protección de inversión en virtud del capítulo 10 se remite a la protección del medio ambiente de conformidad con el capítulo 17, cuando el Estado utiliza sus poderes policiales para hacer cumplir su

legislación ambiental. Por lo tanto, el capítulo 17 y el artículo 10.11 están por encima de cualquier denuncia de expropiación por parte de Costa Rica para hacer cumplir sus leyes en consonancia con la protección ambiental.

1009. Incluso en ausencia del capítulo 17 (que no es el caso), el derecho internacional todavía podría confirmar la responsabilidad de Costa Rica. El principio en el derecho internacional es que la existencia de bienes y derechos adquiridos es una cuestión que debe determinarse mediante el derecho interno del Estado de acogida. De conformidad con la legislación costarricense, los permisos de construcción no conceden un derecho adquirido irrenunciable, ya que siempre están sujetos al derecho del Estado de suspenderlos o revocarlos. Por tanto, al observar las leyes de Costa Rica, el derecho internacional rechazaría una reclamación por expropiación de un permiso que no existe en virtud del derecho internacional.

B. La conducta de la demandada está comprendida en la excepción establecida en el inciso 4(b) del Anexo C-10

1010. La parte demandante sostiene que el inciso 4(b) no debe interpretarse como una excepción, sino más bien como una especie de mera declaración de las Partes.⁶⁹³ Para respaldar este argumento, la parte demandante se basa en la práctica de los tratados de Estados Unidos. La demandada se opone, pues la práctica de los tratados de los Estados Unidos no puede sustituir la intención de las Partes del DR-CAFTA cuando se decidió incluir esta disposición en el Anexo 10-C.⁶⁹⁴

1011. Durante la audiencia, la parte demandante defendieron el hecho de haberse basado en esas fuentes, al afirmar que el libro de Ken Vandeveld "U.S. International Investment Agreements" tiene 36 páginas sobre el CAFTA.⁶⁹⁵ Pues bien, esas 36 páginas específicas del DR-CAFTA no se ocupan de la interpretación del Anexo 10-C tal como se negoció y se incluyó en el DR-CAFTA, de modo que no pueden ofrecer respaldo alguno a la interpretación de la parte demandante de que el inciso 4(b) se pretendía aplicar únicamente como una "autorización declaratoria".⁶⁹⁶

1012. En virtud del inciso 4(b) del Anexo interpretativo 10-C del Tratado, los actos no discriminatorios del Estado de acogida que son diseñados y aplicados para proteger el medioambiente no constituyen expropiaciones indirectas.

1013. Primero, los actos de la demandada no se llevaron a cabo con un ánimo discriminatorio. La parte demandante mantiene que el señor Martínez actuó de manera discriminatoria en

⁶⁹³ Réplica de los demandantes, párrafos 89-91.

⁶⁹⁴ Id., párrafos 90-91.

⁶⁹⁵ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 117:12-13.

⁶⁹⁶ Réplica de los demandantes, párr. 89.

el procesamiento del señor Aven,⁶⁹⁷ con lo cual la conducta de la demandada no está comprendida en la excepción. El interrogatorio del señor Martínez durante la audiencia mostró que, al investigar el proyecto Las Olas, actuó de manera razonable y objetiva. El señor Martínez también declaró que no conocía al señor Aven antes de su investigación penal, y que no tenía nada personal contra el señor Aven ni el Proyecto Las Olas.⁶⁹⁸

1014. La parte demandante también sostiene que la supuesta solicitud de soborno del señor Bogantes era un acto discriminatorio.⁶⁹⁹ En primer lugar, la demandada no encuentra respaldo para esta afirmación y, en segundo lugar, la demandada ya se ha referido al hecho de que ninguna solicitud de soborno ha sido probada mediante “pruebas claras y convincentes”. Por lo tanto, la parte demandante no tienen ningún respaldo probatorio para argumentar que la conducta del señor Bogantes fuera discriminatoria.
1015. En consecuencia, dado que la parte demandante no han presentado ningún elemento probatorio para mostrar un ánimo discriminatorio de los organismos de Costa Rica y que la demandada ha demostrado objetividad y razonabilidad en esos procedimientos, las acciones de la demandada caen dentro de “actos no discriminatorios” en virtud del inciso 4(b).
1016. Segundo, los actos de la demandada se enmarcan en el concepto de “actos regulatorios diseñados y aplicados para proteger el medio ambiente”. La parte demandante han manifestado, sin ningún tipo de fundamento, que esos actos regulatorios únicamente se refieren a acciones generales, por lo cual no se aplican a este caso. La demandada ha demostrado que, conforme al derecho interno consuetudinario, los poderes policiales abarcan el derecho de un Estado **de hacer cumplir la reglamentación vigente** en relación con un inversionista en particular.⁷⁰⁰ Además, debido a las claras instrucciones del artículo 10.11 del Tratado, se debe interpretar que los “*actos regulatorios*” abarcan actos destinados a aplicar las disposiciones sobre protección ambiental.
1017. Durante la audiencia, la parte demandante malinterpretaron la propuesta interpretativa de la demandada respecto de los “*actos regulatorios*” al sugerir que, debido a que el DR-CAFTA contiene un capítulo dedicado a la protección del medioambiente, todas las disposiciones de inversión en el Tratado deben estar sobrecargadas en lo que respecta a la protección del medioambiente.⁷⁰¹ El argumento de la demandada no está respaldado meramente por la existencia de un capítulo que se ocupa del medioambiente. Por el contrario, el respaldo más importante de la demandada se encuentra en el artículo 10.11 del Tratado, el cual aborda explícitamente la interpretación de las disposiciones que impliquen tanto el medioambiente como la protección de la inversión. Por lo tanto, el

⁶⁹⁷ Réplica de los demandantes, párr. 389.

⁶⁹⁸ Primer Declaracion Testimonial de Luis Martinez, parr. 37-40.

⁶⁹⁹ Réplica de los demandantes, párr. 390.

⁷⁰⁰ Contramemoria de la demandada, párrafos 628-629.

⁷⁰¹ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 118:13-22, 119:1-14.

artículo 10.11 es la disposición más pertinente en la interpretación y aplicación del inciso 4(b) en este caso.

1018. Por consiguiente, puesto que los actos de Costa Rica fueron un ejercicio legítimo de sus poderes policiales de una manera no discriminatoria, la exención enunciada en el inciso 4(b) es totalmente aplicable al caso que nos ocupa. Por ello, el Tribunal debe desestimar la reclamación de la parte demandante por expropiación indirecta.

C. Como alternativa, el Tribunal tendría que aplicar el inciso 4(a) del Anexo C-10

1019. En las circunstancias en las que el Tribunal considere que los actos de Costa Rica no están comprendidos en la exención del inciso 4(b), el Tribunal debe analizar los siguientes factores en virtud del inciso 4(a) para determinar si se ha producido una expropiación indirecta: (i) el impacto económico del acto de la demandada; (ii) la medida en la cual la acción de la demandada interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y (iii) el carácter de la acción de la demandada.

1020. Una aplicación de cada uno de estos elementos en el presente caso mostrará que la demandada no puede ser responsable de la expropiación indirecta puesto que, en el ejercicio de las competencias policiales de buena fe, la demandada no interfirió con las expectativas de la parte demandante ni privó a la parte demandante de su supuesta inversión.

1. La demandada no ha privado en forma permanente a la parte demandante del valor ni el control de su supuesta inversión

1021. En primer lugar, según el derecho internacional, la prueba para analizar “el impacto económico del acto gubernamental” es la de privación permanente del valor o el control de la inversión.⁷⁰²

1022. Costa Rica no ha privado a la parte demandante del valor ni el control del sitio del proyecto, del cual son propietarios hasta la fecha. De hecho, la parte demandante reconocieron que el sitio del proyecto tiene el potencial de rendimientos considerables en caso de reventa, incluso si el proyecto no se desarrollare.⁷⁰³ La mejor prueba de ello es

⁷⁰² **RLA-1**, *Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc. Mobil Cerro Negro, Ltd. y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Case CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014, párr. 286.

RLA-12, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Case CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, párr. 193.

RLA-21, *Perenco Ecuador Limited c. La República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y sobre la responsabilidad civil, 12 de septiembre de 2014, párr. 672.

RLA-7, *Fireman's Fund Insurance Company c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/1, Laudo, 17 de julio de 2006, párr. 176.

RLA-22, *Marvin Roy Feldman Karpa c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, párr. 152-153.

⁷⁰³ Memoria de los demandantes, párr. 41.

que después del 11 de mayo del 2011, cuando la parte demandante sostienen que el proyecto fue clausurado,⁷⁰⁴ la parte demandante siguieron vendiendo algunos lotes y beneficiándose de esas ventas. Si la parte demandante hubiesen perdido el control o el valor de la tierra, no habrían podido continuar llevando a cabo negocios. Las pruebas de tales ventas se encuentran en el Anexo II de la Dúplica que la parte demandante no han refutado.

1023. Asimismo, las supuestas acciones expropiatorias de la demandada no tienen el carácter permanente necesario. Se trata de medidas temporales, ya que consisten en una serie de medidas cautelares que ordenaron la suspensión de las obras hasta que se resolvieran las reclamaciones de daños ambientales. No obstante, la parte demandante, al referirse a las medidas cautelares emitidas por el TAA, la Municipalidad y el tribunal penal, alegan que:

'[L]a medida ha estado vigente desde hace muchos años, y todo indica que permanecerá vigente de manera indefinida.

Como tal, cada medida independiente constituye una medida equivalente a la expropiación del Proyecto Las Olas, ya que cada una prohíbe, en forma permanente, que las empresas controladas por la parte demandante ejerzan derechos concedidos anteriormente a ellos, u obtenidos por ellos, para los fines de desarrollar el sitio del proyecto'.⁷⁰⁵

1024. Resulta muy cínico que la parte demandante argumenten con tal convicción que las medidas cautelares son "permanentes", cuando –debido a su propia naturaleza jurídica– son medidas temporales pendientes de una resolución final en procesos de los cuales la parte demandante decidieron fugarse.
1025. Téngase en cuenta que, en la legislación costarricense, la interposición de medidas cautelares constituye uno de los primeros pasos de los procesos administrativos y judiciales. El Dr. Jurado declaró que la medida cautelar es solo el primer paso antes de iniciar el procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la anulación de los permisos concedidos a la parte demandante:

"Entonces, para actuar con celeridad la administración toma medidas cautelares. Y tiene un plazo determinado para iniciar el proceso principal. Ese proceso principal es el proceso que puede llevar eventualmente a la anulación de los permisos que ha otorgado la administración. No es que la administración tenga dos vías para escoger una de ellas: o impongo las medidas cautelares o anulo el permiso de la actividad que está generando el daño ambiental. No es que tenga dos vías."

Interrogatorio de Julio Jurado, Transcripción del Día 5, 1085:7-16.

1026. En el caso que nos ocupa, las medidas cautelares se emitieron al inicio del proceso administrativo para evitar la continuación de cualquier conducta que pudiera causar daños

⁷⁰⁴ Memoria de los demandantes, párr. 153; Réplica de los demandantes, párr. 291.

⁷⁰⁵ Prueba demostrativa presentada en la declaración final del Día 6, diapositiva 28.

al medioambiente. Aún hoy, ni el TAA ni los tribunales penales han adoptado una decisión definitiva que pudiese considerarse “permanente” si no fuere apelada por la parte demandante. Empero, por inactividad de la parte demandante, esos procesos siguen en curso. Si la parte demandante hubiesen comparecido en esos procesos, las medidas cautelares se hubieran revertido; o bien, se habría emitido una decisión final sobre su responsabilidad.

1027. En suma, la única razón por la cual esas medidas cautelares siguen en pie se debe a la decisión de la parte demandante de abandonar los procesos locales. La culpa de la parte demandante no puede extenderse mediante un hallazgo de expropiación, cuando todavía a la fecha tienen recursos jurídicos a los cuales puede recurrir para impugnar esas medidas.

2. Las acciones de la demandada no interfirieron con ninguna “expectativa razonable de inversión”

1028. La demandada ha abordado ampliamente durante este arbitraje las expectativas que la parte demandante reclaman según la doctrina del derecho internacional consuetudinario de “expectativas legítimas”.⁷⁰⁶ La demandada se ha visto obligada a plantear este tema como una violación de la FET, debido a los reclamos sin fundamento de la parte demandante sobre una violación de las expectativas legítimas en virtud del artículo 10.5. Por lo tanto, la demandada dirige al Tribunal a la sección VII del Resumen.
1029. En resumen, un análisis de las expectativas legítimas de la parte demandante desde una perspectiva objetiva en el momento en que se realizó la inversión, y de la falta de promesas específicas de Costa Rica, debiera conducir al Tribunal a concluir que la parte demandante tenían conocimiento de las disposiciones ambientales que prevalecen en Costa Rica, por lo cual no podían haber esperado que la demandada no fuera a hacer cumplir sus leyes en caso de una violación de las leyes de Costa Rica.
1030. La parte demandante estaba consciente de las decisiones de política pública disponibles y del compromiso de Costa Rica con la protección del medioambiente y su fuerte política de aplicación de las leyes ambientales, que ha sido publicitada consistentemente por Costa Rica. Por consiguiente, la parte demandante no podían haber esperado razonablemente que Costa Rica no fuera a aplicar su legislación ambiental con el fin de (i) suspender su mala conducta contra el medioambiente y (ii) sancionar la conducta de la parte demandante que violase las leyes penales y administrativas de Costa Rica.

⁷⁰⁶ Contramemoria de la demandada, párrafos 478-505; Dúplica de la demandada, párr. 22, 106, 787-868.

3. Las acciones de la demandada se han de caracterizar como el ejercicio de buena fe de competencias policiales que no respaldan una reclamación por expropiación indirecta en virtud del Tratado

1031. En los incisos 643 a 645 de su contramemoria, la demandada ha abordado la evaluación que el Tribunal debe emprender a la hora de analizar “*el carácter de*” las acciones de la demandada en virtud del inciso 4(a) (iii) del Anexo 10-C. Básicamente, la posición de la demandada es que el carácter de la medida debe entrañar un análisis de las acciones para determinar si exhiben las características de un ejercicio de buena fe de las competencias policiales del Estado anfitrión.⁷⁰⁷
1032. La demandada observa que, en su Réplica, la parte demandante solo se han referido a la defensa de Costa Rica sobre sus poderes policiales en el contexto de la exención prevista en el inciso 4(b), pero no han señalado cómo el Tribunal debe entender el carácter de las acciones de la demandada de conformidad con el tercer factor del inciso 4 (a).⁷⁰⁸ Por lo tanto, la demandada mantiene los argumentos de su contramemoria.

D. Para efectos de indemnización, el Tribunal debe considerar si una medida expropiatoria era ilegal

1033. La parte demandante han sostenido en su Memoria⁷⁰⁹, y han reiterado durante la audiencia,⁷¹⁰ que la expropiación indirecta es ilegal *per se*. La demandada considera que esta discusión es cuestionable, ya que ninguno de los requisitos que el DR-CAFTA prevé para una violación del artículo 10.7 se cumplen en este caso.
1034. No obstante, la demandada se ha visto obligada a entrar en este debate con la parte demandante, para demostrar que la conclusión de la parte demandante no es compatible con el derecho internacional. En este sentido, la jurisprudencia internacional de inversiones respalda la posición de la demandada.⁷¹¹ La expropiación no puede considerarse ilegal cuando esté basada exclusivamente en la falta de pago de una indemnización, porque la legalidad se refiere a si el Estado está autorizado a expropiar o no. La compensación es una obligación separada, que se refiere a la consecuencia de la expropiación.

⁷⁰⁷ **RLA-15**, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD, sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión II, Expropiación, 2012.

⁷⁰⁸ Réplica de los demandantes, párrafos 380-390.

⁷⁰⁹ Memoria de los demandantes, párr. 407.

⁷¹⁰ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 116.

⁷¹¹ **RLA-53**, Caso vinculado a la Fábrica de Chorzów (Ger. c. Pol.), Reclamación de indemnización, fondo, Sentencia No. 13, P.C.I.J. Rep serie A No. 17, 13 de septiembre de 1928.

RLA-1, *Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc. Mobil Cerro Negro, Ltd. and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Case CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014, párr. 302-306.

RLA-87, *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Laudo, 13 de marzo de 2015, párr. 140-1.

1035. La demandada reitera que esta distinción es discutible a la luz de la incapacidad de la demandada de cumplir con la prueba del DR-CAFTA para una demanda de expropiación en virtud del inciso 4(a) del Anexo 10-C.

E. Conclusión

1036. Las imputaciones de la parte demandante sobre la expropiación no cumplen la prueba prevista en el Tratado. En primer lugar, las supuestas inversiones de las Demandantes están bajo el control total del inversionista o bien no están protegidas conforme al DR-CAFTA. La parte demandante siguen siendo los dueños de las tierras que compraron en 2002, fecha en la cual establecieron su inversión. Las VA de la parte demandante sencillamente no otorgan ningún derecho adquirido a la parte demandante en virtud de la legislación de Costa Rica, de modo que no se pueden considerar inversiones protegidas de conformidad con el artículo 28.10(g) del DR-CAFTA. Los permisos de construcción no otorgan ningún derecho en circunstancias en las que tendrán un impacto ambiental, que es exactamente para lo cual los utilizaron la parte demandante. Por lo tanto, la parte demandante no mantienen ninguna inversión cubierta capaz de expropiación indirecta en virtud del artículo 10.28 del DR-CAFTA.

1037. En segundo lugar, las acciones de Costa Rica se enmarcan en la exención prevista en el inciso 4(b) del Anexo 10-C del DR-CAFTA. Mediante la aplicación de su legislación ambiental contra el acto indebido de la parte demandante, Costa Rica llevó a cabo un acto regulatorio no discriminatorio que no se puede considerar una expropiación en virtud del Tratado.

1038. Como alternativa, si el Tribunal estima que las acciones de la demandada no están exentas conforme al inciso 4(b), no se puede considerar que Costa Rica haya expropiado la inversión de la parte demandante, ya que no ha privado a la parte demandante en forma permanente del valor ni del control de su inversión. Las medidas que la parte demandante consideran expropiatorias consisten en medidas cautelares que solo estarán vigentes hasta que concluyan los procesos en curso. Estos procesos están pendientes hasta el regreso de la parte demandante a Costa Rica.

X. DAÑOS Y PERJUICIOS

1039. En el caso de que el Tribunal estime que la demandada debe considerarse responsable debido a las violaciones de las normas de protección en el DR-CAFTA, la posición de la demandada es que (i) la cuantificación de los daños a la parte demandante debe basarse en un método de enfoque de costos; y (ii) el señor Aven no tiene derecho a daños morales.
1040. La parte demandante han presentado una demanda por daños tan groseramente excesiva que es risible. La propiedad fue adquirida por una mera fracción del monto total reclamado, y no ha sido desarrollada. No existen evidencias concretas de que haya un historial de ganancias, pues no existen estructuras de infraestructura en el sitio del Proyecto Las Olas. Por ello, los daños que reclaman la parte demandante son un ejercicio de *pura especulación*.
1041. El arbitraje de inversión no es el ámbito en el que pueda ni deba producirse la especulación pura. Es un foro para resarcir pérdidas. No existen pruebas de pérdidas. Una invención teórica de un proyecto potencial que no guarda relación con lo que existe en el sitio del Proyecto Las Olas hoy en día no es una prueba.
1042. Por más consumado que sea en arbitrajes de inversión, el Dr. Abdala realmente ha rayado el límite de lo aceptable. Ha tomado una serie de planes de negocio a medio terminar, y se dedicó a mejorarlos. Gracias al Dr. Abdala –que no es un demandante en este procedimiento de arbitraje–; ha tratado de avanzar en el trabajo de la parte demandante y ofrecer un cambio radical en donde tenían que ir. Esto no es permitido según el derecho internacional.
1043. Las demandas por daños en los arbitrajes de inversión no son ejercicios para “mejorar” el trabajo de alguien. Las demandas por daños en los arbitrajes de inversión tampoco son ejercicios en los que la parte detrás de un proyecto especulativo se pueda ignorar. Según el Dr. Abdala, la demanda por daños podría ser valorada en US\$100 millones, si estuviera respaldada por el desarrollador más consumado de hoteles o por un niño. El perfil y la trayectoria del proyecto es aparentemente irrelevante para el Dr. Abdala.
1044. Por supuesto, esto no tiene sentido, y las evasivas del Dr. Abdala al respecto durante el contrainterrogatorio eran palpables. Por supuesto que importa de quién era el proyecto que él estaba valorando, y por eso es que el desastroso perfil de los dos demandantes como individuos y su desastroso historial de ventas patéticas implican que este Tribunal no puede ignorar lo que realmente era esta inversión.
1045. La inversión es una parcela de tierra. Ciertamente, en un lugar encantador y relativamente cerca de la costa. Sin embargo, la mera ubicación no lo convierte en un proyecto rentable de US\$100 millones.

1046. El informe del Dr. Abdala es un ardid. El Dr. Abdala proyecta ventas que nunca han existido. Proyectó una construcción que ni siquiera se había comenzado. El Dr. Abdala proyecta intereses que nunca se han manifestado. Él previó compras exitosas por parte de acaudalados y persistentemente apasionados propietarios de tiempo compartido que nunca aparecieron. Su proyección y el dinero que dice que recuperaría son maravillosas creaciones de su propia imaginación. Sin embargo, este Tribunal no tiene la jurisdicción para determinar reclamaciones ficticias. Este Tribunal solo puede determinar la pérdida basada en la evidencia.
1047. El informe del Dr. Abdala se basa en una metodología nunca antes visto en los arbitrajes de inversión. En consecuencia, incluso el informe del Dr. Abdala es un ejercicio de escritura creativa en la medida en que sus cálculos son una fantasía. Proyectar un flujo de caja donde nunca ha habido un flujo de caja es absurdo. La parte demandante y el Dr. Abdala no tienen autoridad ni fundamentos para inventar un flujo de caja nunca antes visto. Colmado de invenciones económicas, el Dr. Abdala intenta atenuar su imaginación excesivamente creativa mediante la introducción de algún tipo de factor de riesgo –para reducir arbitrariamente la cifra reclamada, con base en la probabilidad de éxito– una probabilidad basada en la práctica de los Estados Unidos. Los Estados Unidos son tan irrelevantes para este caso como cualquier otro país. Al interponer un factor de riesgo, el Dr. Abdala se da un recorte para producir maravilla especulativa.
1048. La parte demandante siguen siendo los propietarios de la tierra (tanto como la evidencia demuestra que lo son), y no han sido expropiados. Por lo tanto, según la parte demandante, si se superan los problemas ambientales a los que se enfrentan actualmente y empiezan a desarrollar el proyecto, como aparentemente desean hacer (y podrían tener el derecho a hacerlo), estarían en la capacidad de ganar los US\$100 millones que el Dr. Abdala insiste que podrían ganar, habiéndose ya embolsado US\$100 millones de la República de Costa Rica en este arbitraje.
1049. Si el Tribunal considerare siquiera una fracción de los daños que reclaman la parte demandante, estaría reescribiendo el derecho internacional. No existen precedentes para ese enfoque. Este Tribunal también estaría abriendo las puertas a una multitud de reclamaciones de parte de gente de negocios sin experiencia y sin trayectoria comprobada, quienes (con la ayuda de un experto en daños) podrán inventar flujos de caja y convertirlos en efectivo a través de demandas de arbitraje de inversión.
1050. Esto nos deja con una propuesta final, que sería la de preguntar a los miembros del Tribunal si, después de haber visto al señor Aven atestiguar, estarían dispuestos a recaudar ellos mismos los gigantescos fondos personales, es decir, US\$100 millones, girar un cheque y entregarlo al señor Aven. ¿Este Tribunal estimaría que el señor Aven, el señor Shioleno, el señor Janney son desarrolladores de complejos vacacionales

sofisticados y de clase mundial? ¿Sus US\$100 millones estarían a salvo en manos del señor Damjanac, quien tuvo problemas para vender una sola propiedad mientras vivía en la casa del señor Aven?

1051. Muy evidentemente, la parte demandante son inversionistas aficionados, con poca o ninguna pista sobre cómo desarrollar complejos, y mucho menos en Costa Rica. Y, sin embargo, un laudo a favor de la parte demandante habrá de encomendarles sumas tan grandes de dinero que cualquier inversionista razonable sería temerario si prosiguiera con tal operación. En particular, la parte demandante han tenido dificultades para atraer el interés de inversión de sus propios amigos, contactos y conocidos, ante quienes se supone tienen buena reputación. ¿Por qué motivo los miembros del Tribunal desearían confiarles US\$100 millones de su propio dinero?
1052. Este arbitraje no es un juego. No es un ejercicio de elaboración de informes de daños y perjuicios que puedan especular desde la comodidad de una oficina y llegar a un número que no tiene ninguna consecuencia. Pedirle a la República de Costa Rica que gire un cheque por US\$100 millones se traduce en escuelas que no se construyen o programas de salud que no prosiguen. Las iniciativas contra la pobreza rural abandonadas o programas ambientales que se dejan de lado. Costa Rica espera que este Tribunal restaure la cordura a este análisis, y que se dé cuenta de que, si este Tribunal o el Dr. Abdala no están preparados para volver a hipotecar todas sus pertenencias en este mundo y abandonar la educación universitaria de sus hijos con el fin de entregar dinero en efectivo al señor Aven para que trate de desarrollar Las Olas, entonces ¿por qué alguien más habría de hacerlo?

A. La cuantificación de los daños de la parte demandante debería basarse en un método de costos

1053. Ambos expertos han acordado que, a fin de calcular los daños de la parte demandante, tienen que determinar el valor justo de mercado (“**FMV**”, por sus siglas en inglés) del Proyecto Las Olas⁷¹² y la naturaleza del Proyecto Las Olas como proyecto preoperativo.⁷¹³
1054. Sin embargo, los dos expertos no están de acuerdo en cuanto al método para determinar el valor justo de mercado de una empresa de proyectos preoperativos: mientras que el Dr. Abdala sugiere un enfoque híbrido, basado en un método de flujo de efectivo descontado (“**DCF**”, por sus siglas en inglés) y el enfoque de mercado. El señor Hart considera que el enfoque de costos es el más adecuado. La posición de la demandada es que, con base en las circunstancias del presente caso, el Tribunal debería aplicar un enfoque de costos para determinar los daños de la parte demandante.

⁷¹² Contrainterrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del día 7, 2125:17-18; Contrainterrogatorio de Timothy Hart, Transcripción del día 7, 2241:21.

⁷¹³ Contrainterrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del día 7, 2123:8-11; Contrainterrogatorio de Timothy Hart, Transcripción del día 7, 2256:17-18.

1. El enfoque de costos del Dr. Hart es el método apropiado para la valoración del Proyecto Las Olas

1055. La propuesta del señor Hart para determinar el valor justo de mercado del Proyecto Las Olas es un enfoque de costos. El enfoque de costos es la metodología menos especulativa para determinar los daños para el Proyecto Las Olas, que se encuentra en una etapa preoperativa:

“es el método menos especulativo, es la manera en que los negocios toman en cuenta en sus propiedades con un valor justo. Solo se deberían incluir los gastos que agregan valor en este enfoque de coste.”⁷¹⁴

1056. No se puede considerar que Las Olas sea un negocio establecido. En efecto, la parte demandante admitieron en diciembre de 2010, –muy cerca de mayo de 2011 -la fecha del avalúo–, que el Proyecto era terreno sin construir, en un mercado muerto, con casi ninguna venta:

'Desde ese momento [después de la crisis económica], hemos vendido 16 lotes adicionales, y captado depósitos en algunos más.'

'Entonces, [...] en aproximadamente un año [...] hemos cerrado \$875.000 en ventas, y recibido depósitos por otros \$387.000 en ventas, que deberían cerrar [sic] en los próximos meses.'

'Es muy difícil vender un producto de terreno sin construir, sin mejoras[...].'

'Este fue un año muy difícil para vender bienes raíces aquí. La mayoría de las demás ofertas alrededor están muertas'.⁷¹⁵

1057. El escenario descrito por la parte demandante demuestra que Las Olas es terreno sin construir en un mercado muerto, con un mínimo de ventas para extrapolar los flujos de efectivo futuros. Por tanto, la aplicación de cualquier método que no sea el enfoque de costos haría que el cálculo de los daños sea especulativo e impreciso.

1058. El Dr. Hart propuso este enfoque al principio de su primer informe y, durante la etapa de producción de documentos, la demandada solicitó la documentación necesaria para realizar un cálculo de daños según el enfoque de costos. En respuesta a la petición de la demandada, la parte demandante entregaron cientos de páginas de una manera desorganizada, lo cual demuestra la manera en la que el Proyecto Las Olas llevó a cabo su “contabilidad”: estados financieros incompletos, ningún sistema para declaraciones de impuestos. Esto dista mucho de cómo un complejo vacacional gestionaría su contabilidad. No obstante, la parte demandante comparan Las Olas con centros turísticos exitosos de la zona.

1059. Esto, en efecto, lo reconoció el Dr. Abdala:

⁷¹⁴ Contrainterrogatorio de Timothy Hart, Transcripción del día 7, 2220:9-12.

⁷¹⁵ C-98, párr. 4, 6, 12, 10.

"P: [...] **¿Usted ha visto otro tipo de documentación contable ordinaria?**

R: **No.** No, solo lo que anexé en mi informe.

P: **¿Usted vio algunas declaraciones de la 20 renta de Estados Unidos?**

R: **No.** (énfasis añadido)

Contrainterrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del Día 7, 2155:16-21.

"P: **¿Y usted está de acuerdo que el señor 4 Aven en diciembre en la audiencia dijo que puso 5 miles de documentos que él tenía, los puso en una 6 caja y los mandó a los abogados de la demandante?** Voy a leer el testimonio del señor Aven: "Le recuerdo enviarle al señor Burn una caja llena de documentos después que recibí esa solicitud, se refiere a la producción de documentos. Hay miles de documentos en prueba en este caso y los documentos que pude encontrar se los envié al señor Burn." Y estos son los documentos.

R: Okay.

P: **Pero no están consolidados en ningún informe, en ninguna manera que puedan uno realmente entenderlos claramente o dilucidarlos.**

R: **No, no estaban consolidados,** habría que reconstruirlo por fecha y relacionarlos con las clasificaciones en los libros contables y en mis pruebas para así poder validarlos.

P: **¿Y es así como usted cree que un desarrollador de un complejo turístico de lujo los presentaría?**

R: **Normalmente uno pensaría que estarían en los estados financieros.** Pero estas son las pruebas para algunos de los gastos y creo que esto fue en respuesta a lo que se solicitó en el Redfern en apoyo de esos gastos que constaban en libros." (énfasis añadido)

Contrainterrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del Día 7, 2158:3-22; 2159:1-7.

1060. El Dr. Hart tuvo que basar sus cálculos en la contabilidad desorganizada de la parte demandante, y pudo identificar un total de US\$ 1.840.385 en costos que parecen estar legítimamente relacionadas con el Proyecto Las Olas, más US\$ 1.647.000 por el precio de compra original de toda la propiedad.⁷¹⁶
1061. Sin embargo, el Dr. Hart tuvo que reducir esta cifra a la luz de que la parte demandante no son propietarios de todos los lotes que componen la propiedad de Las Olas.⁷¹⁷ Debido a que la parte demandante no han presentado costos detallados por lote, el Dr. Hart estimó que los daños se deben reducir en al menos un 22% con base en la proporción de los metros cuadrados de estos lotes que no son propiedad de la parte demandante. Por ende, la estimación final de los daños es de US\$2.720.160.⁷¹⁸

⁷¹⁶ Segundo Informe Hart, párr. 230, 231; Documento Probatorio 12 del Segundo Informe; C-27.

⁷¹⁷ Segundo Informe Hart, párr. 232; Documento Probatorio 6 del Segundo Informe Hart, Mapa de Las Olas mostrando propiedad de lotes.

⁷¹⁸ Segundo Informe Hart, párr. 233.

1062. La demandada respalda los informes del Dr. Hart en cuanto a la determinación de la fecha de valoración (mayo de 2011) y el interés (previa adjudicación a la tasa de 10 años del Tesoro de los EE.UU. o LIBOR a 6 meses +2).

2. El “enfoque híbrido” del Dr. Abdala es completamente defectuoso

nn) El enfoque del Dr. Abdala es completamente especulativo

1063. En general, la metodología del Dr. Abdala es completamente inadecuada para estimar los daños en este caso, y no se parece a una valoración que podría ser utilizada por un comprador o vendedor de la vida real. El Dr. Abdala dice que basó su enfoque novedoso en la literatura, pero el único académico citado es el profesor Damodaran. El Dr. Abdala no ha dado ningún ejemplo en el que se aplicó el modelo propuesto en el mundo real, ni por ningún otro tribunal de arbitraje de inversión.⁷¹⁹ Esto se debe a que no existe, y por buenas razones.

1064. El modelo “híbrido” propuesto por el Dr. Abdala se puede resumir de la siguiente manera:

*[Valor del proyecto como negocio establecido (con base en un modelo DCF) * una supuesta tasa de éxito] + [supuesto valor de la tierra con los permisos existentes y construcción parcial (con base en el avalúo preexistente) * supuesta tasa de fracaso] - Valor de la tierra según su uso restringido (con base en un enfoque comparable)*

1065. Dado que el Dr. Abdala no pudo basarse puramente en un modelo DCF (dado el carácter preoperativo reconocido del Proyecto Las Olas), combinó dos enfoques de valoración para cada componente del cálculo: el enfoque de ingresos (DCF) y el enfoque de mercado (avalúo preexistente y elementos comparables).

1066. Aunque el modelo DCF se introduce como un elemento de su análisis complejo, la mayor parte de los daños se basa en el valor del proyecto como un negocio establecido, que debe calcularse usando un DCF, un modelo que no se puede aplicar a este caso desde ninguna perspectiva.

1067. Por un lado, Las Olas nunca ha sido un negocio establecido. Existen ventas mínimas para extrapolar ciertos flujos de efectivo futuros. Y, lo que es peor, la parte demandante ni siquiera proporcionaron la documentación necesaria de estas ventas mínimas.

1068. Las pocas pruebas ofrecidas en este proceso demuestran que el historial de la parte demandante con esta inversión particular no ha sido muy prometedor como para permitir una cierta estimación de los flujos de efectivo futuros:

“El éxito del proyecto Las Olas dependía de la capacidad de la Parte Demandante para vender exitosamente la infinidad de lotes que supuestamente planeaban vender. **No he visto mucha documentación que confirme ventas exitosas.** De hecho, en una carta a los inversores en

⁷¹⁹ Primer Informe Abdala, párr. 54; CLEX-041.

diciembre de 2010, el Sr. Aven reveló que de 2007 a 2009 tenían \$640.000 en ventas y además dice que la gente estaba pagando \$160.000 por lote, lo que equivale a exactamente cuatro ventas totales en esa ventana de tres años. En un momento antes de la crisis financiera, el Sr. Aven les dijo a los inversores que estaban vendiendo cinco lotes por mes. Como mucho, vi documentación de tres ventas de lotes en el mismo mes previo a la crisis financiera. Después de la crisis financiera, el Sr. Aven le dijo a los inversores que esperaba quince ventas en los dos primeros meses de 2011, a pesar de que el rendimiento histórico no mostraba nada de ese tipo. Sin embargo, dado que también hubo varios meses sin ninguna venta, Las Olas parece haber alcanzado ventas a un índice de 0,77 lotes por mes antes de la crisis financiera, y de 0,71 lotes por mes después de la crisis financiera. Más aún, observo que, de los 17 contratos posteriores a esta crisis, solo uno era un contrato de compraventa, y los 16 restantes eran reservas de menor compromiso y contratos de opción.”⁷²⁰ (énfasis nuestro)

1069. Por otra parte, no existen cifras históricas en las cuales basar insumos críticos, tales como el volumen de ventas, los precios netos de venta, los costos de construcción y los costos operativos. Esto lo reconoció el Dr. Abdala durante la audiencia:

"P: Bien, entonces 16 o 26 representan más o menos un 5 por ciento del número total de lotes y solamente una vivienda en esos lotes se había ya construido en el centro turístico. ¿Así es como usted lo entendió, que había una sola vivienda construida?

R: Yo entiendo que hay 26 lotes que fueron vendidos antes de mayo de 2011.

P: Y para entonces, decir lo obvio, no había construcción en ninguna de -- en ninguno de los lotes que no habían sido vendidos. ¿No es cierto?

R: Sí.

P: Y tampoco se había construido un hotel.

R: No.

Contrainterrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del día 7, 2162:8-22.

1070. En consecuencia, cualquier monto derivado de este cálculo está inflado y es incierto, ya que cada uno de los insumos de los factores clave que el Dr. Abdala utilizaba para calcular el valor de Las Olas como negocio establecido (lotes, casas, condominios, tiempos compartidos y hotel) es totalmente especulativo.⁷²¹
1071. Por otra parte, los elementos de comparación utilizados por el Dr. Abdala como parte del cálculo del enfoque de mercado se basan en datos inadecuados y poco realistas, que no se relacionan con el proyecto Las Olas en absoluto:

⁷²⁰ Segundo Informe Hart, párr. 93; C-98, p. 2; Documento Probatorio 5 del Segundo Informe Hart.

⁷²¹ Segundo Informe Hart, Sección 7.2.

	Componente del cálculo del Dr. Abdala	Datos en los que se basa el Dr. Abdala	Crítica
Valor como negocio establecido	Lotes	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios son de la página web de Remax de 2015⁷²² • Los precios son de un mensaje electrónico de El Místico de 2015⁷²³ 	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios no son de 2011⁷²⁴ • No hay ajustes por cambios en el mercado inmobiliario⁷²⁵ • El Místico no es similar a Las Olas⁷²⁶
	Hotel	Margen de ganancias con base en transacciones de ventas de hoteles en Panamá, México y Centroamérica ⁷²⁷	No queda claro cómo estos hoteles se comparan con un hotel en Costa Rica ⁷²⁸
	Condominios	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios son de la página web de Remax de 2015⁷²⁹ • Los precios son de un mensaje electrónico de El Místico de 2015⁷³⁰ 	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios no son de 2011⁷³¹ • El Místico no es similar a Las Olas⁷³²
	Casas	Los compradores habrían mantenido las propiedades durante 10 años antes de venderlas, y el 90% de las propiedades se venderían después de ese plazo, con base en estadísticas de la Asociación Nacional de Agentes Inmobiliarios de inversión y compradores de casas de vacaciones ⁷³³	La encuesta solo incluye datos de hogares de los Estados Unidos; no es comparable con Costa Rica ⁷³⁴
Pero-por valor esperado	Probabilidad de éxito	<ul style="list-style-type: none"> • Prueba estadística de supervivencia de la Oficina de Trabajo y Estadística⁷³⁵ • Complejos vacacionales exitosos y 	<ul style="list-style-type: none"> • Los datos de Estados Unidos no son comparables con los datos de negocios en Costa Rica⁷³⁷

⁷²² Primer Informe Abdala, párr. 87-88.

⁷²³ Id.

⁷²⁴ Segundo Informe Hart, párr. 121, 122.

⁷²⁵ Ibid.

⁷²⁶ Segundo Informe Hart, Sección 7.5.

⁷²⁷ Primer Informe Abdala, párr. 115; Segundo Informe Abdala, párr. 65.

⁷²⁸ Segundo Informe Hart, párr. 165-168.

⁷²⁹ Primer informe Abdala, párr.103; CLEX-082, CL Modelo de valoración.

⁷³⁰ Id.

⁷³¹ Segundo Informe Hart, párr. 146.

⁷³² Segundo Informe Hart, Sección 7.5.

⁷³³ Primer Informe Abdala, párr. 100; Segundo Informe Abdala, párr. 44.

⁷³⁴ Segundo Informe Hart, párr. 135.

⁷³⁵ Segundo Informe Abdala, Sección II.3.1.

		comparables, como Los Sueños, El Místico, Residencias Málaga y Costa del Sol ⁷³⁶	<ul style="list-style-type: none"> • Los centros vacacionales no son comparables⁷³⁸
Valor residual (valor de la tierra en su estado actual)		<ul style="list-style-type: none"> • Los precios son de la página web de Remax de 2015⁷³⁹ • Tres propiedades comparables⁷⁴⁰ 	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios no son de 2011⁷⁴¹ • No hay ajustes por cambios en el mercado inmobiliario⁷⁴² • No hay resultados detallados asociados a las tres propiedades comparables.⁷⁴³

1072. Estos ejemplos muestran que el cálculo del Dr. Abdala se basa en información que no se relaciona con el Proyecto Las Olas, es demasiado incierto, subjetivo y depende de contingencias. Los Tribunales han sido reacios a confiar en este tipo de información, lo cual sugiere que se requiere de extremo cuidado en la evaluación de la compensación.

1073. En particular, y en relación con la metodología DCF, los tribunales subrayan el carácter especulativo de estos cálculos cuando el proyecto no cuenta con una trayectoria de rentabilidad. En *Siag c. Egipto*, donde el Dr. Abdala también actuó como experto, el tribunal sostuvo que:

'El Tribunal planteó al Sr. Abdala, de LECG, una pregunta concerniente a las diferencias en la valoración de los beneficios futuros de una empresa que ha estado operando durante varios años, en comparación con una "oportunidad de negocio" que todavía está en la etapa de desarrollo. El Sr. Abdala reconoció muy francamente que hay una diferencia en particular y esta es que "... en [caso] de tener una trayectoria de rentabilidad, se podría decir que tiene un mayor grado de certeza en cuanto a lo que puede esperar del rendimiento del negocio en el futuro.

[...]

Los puntos como los que acabamos de mencionar tienden a reforzar la sabiduría de la reticencia de tribunales establecidos, como este, en utilizar los análisis DCF para las empresas "jóvenes" que carecen de un largo historial de operaciones establecidas. Muy probablemente, esa renuencia ha de ser aún más pronunciada en casos como el presente, donde el negocio se encuentra todavía relativamente en su etapa temprana de desarrollo y no tiene historial de operaciones en absoluto'.⁷⁴⁴

⁷³⁷ Segundo Informe Hart, párr. 195.

⁷³⁶ Segundo Informe Abdala, Sección II.3.2.

⁷³⁸ Segundo Informe Hart, Tabla 7.4.

⁷³⁹ Segundo Informe Abdala, párr. 106.

⁷⁴⁰ Primer Informe Abdala, párr. 126, 129.

⁷⁴¹ Segundo Informe Hart, párr. 201.

⁷⁴² Ibid.

⁷⁴³ Segundo Informe Hart, párr. 202.

⁷⁴⁴ **RLA-173**, *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 19 de junio de 2009, párrafos 567, 570; CLA-38, párrafo 189.

1074. En otras palabras, un DCF se aplicaría perfectamente a la situación de un proyecto en curso debido a que el posible comprador podría estimar los flujos de efectivo y descuentos a la fecha de valoración, aplicando una tasa de descuento que dé cuenta de los distintos tipos de riesgos a los que están sujetos los flujos de efectivo, así como la valoración temporal del dinero.⁷⁴⁵
1075. Sin embargo, los flujos futuros de efectivo de un proyecto se deben estimar con un grado razonable de certeza, **lo cual no existe en este caso**. El Proyecto Las Olas no se puede calificar como un proyecto en curso cuando solo ha generado 16 ventas en 9 años.⁷⁴⁶
1076. En resumen, aunque el Dr. Abdala sugiere que él está proponiendo un “enfoque híbrido”, en esencia se está basando en un método DCF, que no es apropiado para ello.

oo) El Dr. Abdala omitió información crucial en su cálculo de los daños

1077. El Dr. Abdala dejó completamente de lado factores relevantes en el cálculo del valor justo de mercado del Proyecto Las Olas.
1078. Primero, decidió no tener en cuenta la falta de experiencia de la parte demandante en la gestión de desarrollos turísticos ni su falta de debida diligencia en la compra de la propiedad y durante la operación de la inversión.⁷⁴⁷ Estos factores son determinantes a la hora de analizar la viabilidad financiera de un proyecto, y el Dr. Abdala decidió hacer caso omiso de ellos.
1079. Durante su conainterrogatorio, el Dr. Abdala reiteró que no llevó a cabo ninguna investigación de la experiencia de la parte demandante ni de su debida diligencia, pues eso es irrelevante para el cálculo del valor justo de mercado.⁷⁴⁸
1080. Sin embargo, sí reconoció su importancia para el cálculo de la probabilidad de éxito, que es un componente de su cálculo:

"[...] Puede ser una **consideración importante para establecer la probabilidad de éxito** con los demandantes como gerentes y desarrolladores." (énfasis añadido)

Interrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del día 7, 2092:9-12.

1081. En la misma línea, el Dr. Abdala agregó:

⁷⁴⁵ Segundo Informe Hart, párr. 106.

⁷⁴⁶ C-98.

⁷⁴⁷ Véase la Sección III.B.

Conainterrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del día 7, 2153:5-11; 2165:5-8.

"P: Así que la información relativa a la identidad de los inversionistas sería pertinente para el Tribunal en relación con lo que usted describió.

R: Yo creo que sería pertinente, sería útil que el Tribunal lo conociera para determinar el perfil de un comprador interesado. (énfasis nuestro)

Contrainterrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del Día 7, 2119:9-15.

1082. En este sentido, Brian Headd, –citado por el Dr. Abdala en su primer informe–, señala que:

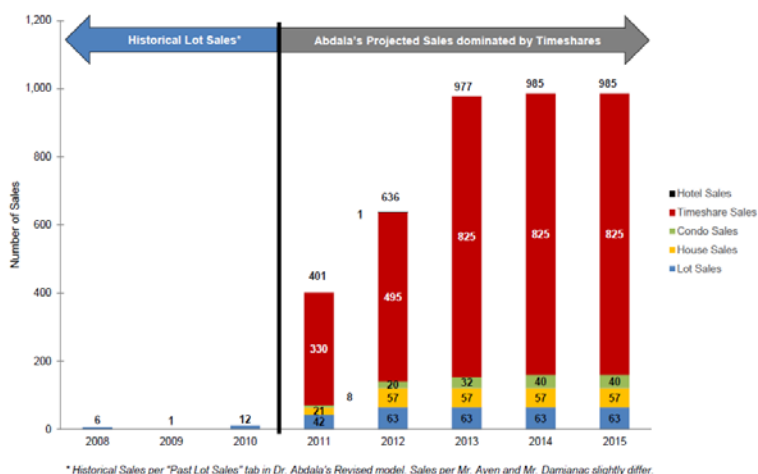
'Las características del propietario (o propietarios), género, raza, o comenzando por razones personales (flexibilidad de la vida familiar y el deseo de ser su propio jefe) parecen irrelevantes para la **supervivencia**, pues se cree que estos rasgos tienen poco impacto en la astucia para los negocios. **Sin embargo, se espera que el hecho de ser mayor, más educado y de tener experiencia previa se correlaciona positivamente con la supervivencia, ya que las lecciones aprendidas suelen traducirse en la adopción de decisiones competentes**'.⁷⁴⁹ (énfasis nuestro).

1083. Esta es una clara contradicción con su declaración. La razón por la que Dr. Abdala omitió realizar esa investigación es que, si hubiese averiguado más detalladamente quiénes eran los inversionistas en realidad, y si hubiese sabido de su inexperiencia en la gestión de desarrollos turísticos, los supuestos en los que se había basado se habrían venido abajo. Es evidente que, al proyectar flujos de efectivo inexistentes y valorar el fondo de comercio para un proyecto inexistente, el perfil de los autores de la inversión que el Dr. Abdala tenía que valorar, es relevante. El Dr. Abdala admitió que él estaba valorando **su** plan. La evasión del Dr. Abdala en este punto fue notable. Si la parte demandante hubieran sido inversionistas sofisticados, él sin duda habría citado ese hecho sin problema para respaldar su cálculo. En cambio, el Dr. Abdala evitó visiblemente y a toda costa cualquier reconocimiento del perfil de ellos y de su desalentadora trayectoria.

1084. Quizás el ejemplo más palpable de que el Dr. Abdala no tiene en cuenta la falta de experiencia de la parte demandante es el salto en ventas que él proyectó. Esto se ilustra contundentemente en el siguiente gráfico, tomado de la presentación del Sr. Hart.

⁷⁴⁹ CLEX-02, Segundo Informe Abdala, p. 53.

Historical vs. Projected Sales



750

1085. Esta tabla ilustra el historial de ventas y luego el gran salto al estilo Bob Beamon en las ventas – todo esto basado en un elemento – la aspiración personal del Dr. Abdala. El Dr. Abdala aspira a que estas ventas se produzcan para apoyar sus números, ya que no hay evidencia de que incluso la parte demandante hayan anticipan un salto de esa magnitud en las ventas. En efecto, el Dr. Abdala infló enormemente el plan, en apariencia sin fundamento, de ventas lotes y condominios, redujo las ventas de casas y recortó las ventas de tiempo compartido.⁷⁵¹ Por lo tanto, de la mano del experto de la parte demandante, quien no prestó atención a lo que realmente ha sucedido en términos de ventas, y a lo que esas cifras le indican a cualquier persona razonable, nos queda una base modificada para *especulación* del flujo de efectivo que no guarda relación alguna con la realidad.
1086. Segundo, el Dr. Abdala no analizó la titularidad del inmueble de parte de la parte demandante en sus informes, cuando claramente la titularidad de la tierra tiene un efecto sustancial en la valoración de las supuestas pérdidas de la parte demandante. Durante la audiencia, el Dr. Abdala presentó un nuevo modelo de valoración, en el que él muestra una propuesta de reducción de daños. Él afirmó que:

"Con esta nueva información que yo no tenía antes de preparar mis dos informes, entonces propongo el siguiente ajuste [...]"

Interrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del Día 7, 2100:5-7.

⁷⁵⁰ Prueba demostrativa de Timothy Hart, diapositiva 26.

⁷⁵¹ Segundo Informe Hart, párr. 41.

Yo pedí información completa sobre los lotes de Las Olas y sobre las ventas e incluí toda la información que me dieron en mi primer informe. Y ahora, cuando el señor Hart y la demandada presentaron información adicional que yo no tenía antes, entonces hice estos ajustes que implican una reducción del 1 por ciento en la indemnización por daños. Así que con las pruebas nuevas, con la información nueva, hice el ajuste."

Contrainterrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del Día 7, 2135:14-22; 2136:1.

1087. Es preocupante que el Dr. Abdala no contara con esta información antes de preparar sus informes, cuando esa información debió haber sido proporcionada por la parte demandante, y era pertinente para el cálculo de las proyecciones.
1088. Finalmente, el Dr. Abdala no tuvo en cuenta por completo las diversas iteraciones de los planes de negocios. Este es un indicio importante de que el proyecto no estaba funcionando como se esperaba. Asimismo, el Dr. Abdala minimizó el hecho de que el Plan de Negocios de diciembre de 2010, –en el cual se basó–, fue preparado por el señor Damjanac, quien no contaba ni con la experiencia ni con el éxito en bienes raíces en Costa Rica.
1089. La falta de experiencia del señor Damjanac puede deducirse de su incapacidad de producir ventas:

"P: ¿Usted sabe que el señor Damjanac, que preparó el plan del 2010, comenzó a trabajar en Las Olas en septiembre del 2009.

R: No, no me acordaba de esa fecha o esa información específica.

P: En enero de 2010 él se hizo director de ventas y marketing para el complejo turístico, ¿usted lo sabía?

R: Okay. Sí.

P: Y a lo mejor -- aunque no haya vendido nada entre septiembre y noviembre del 2009. ¿usted lo sabía?

R: Entre -- bueno, durante esos tres meses 22 no me acuerdo si hubo ventas o no."

Contrainterrogatorio de Manuel Abdala, Transcripción del Día 7, 2145:10-22.

1090. En suma, estas omisiones y banderas rojas del informe del Dr. Abdala tiene un claro impacto en su valoración del proyecto, y demuestran la manera descuidada en que actuó como experto. Si se hubieran considerado las banderas rojas, el monto por daños habría disminuido significativamente.
1091. En conclusión, y a la luz del carácter preoperativo de Las Olas (no existen cifras históricas en las cuales basar insumos críticos, tales como el volumen de ventas, los precios netos de venta, los costos de construcción y los costos operativos), el método más adecuado

para calcular cualesquiera daños es el método de enfoque de costos sugerido por el Dr. Hart.

B. El señor Aven no tiene derecho a un resarcimiento por daño moral

1092. La demandada ha explicado completamente, en los párrafos 1106 a 1129 de la dúplica, por qué la parte demandante no han presentado una demanda por daños morales. La parte demandante no han refutado ninguno de los argumentos de la demandada en este sentido, excepto por una mención al daño moral durante la audiencia.
1093. La parte demandante afirmaron que un fallo del Tribunal sobre una solicitud de soborno '*sería digno de sanciones, y los daños morales serían una de las opciones para [dar] esa sanción.*'⁷⁵² Esta afirmación no tiene sustento alguno. La demandada quisiera recordarle al Tribunal que, en el único caso en que un tribunal concedió una indemnización por daños morales al demandante, el tribunal determinó que el demandante se vio expuesto a la coacción física y que la violación del estado del tratado se consideró maliciosa.⁷⁵³ Ciertamente, los hechos de *Desert Line c. Yemen* no pueden aplicarse al caso que nos ocupa, donde la parte demandante ni siquiera han ofrecido pruebas claras y convincentes para respaldar las supuestas solicitudes de soborno.
1094. Los otros dos casos en los que se basan la parte demandante se basan en *ex aequo et bono*, o eran regidos por normas nacionales, por lo cual su razonamiento no puede fundamentar una decisión sobre daños morales conforme al derecho internacional.⁷⁵⁴

⁷⁵² Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 115:21-22.

⁷⁵³ CLA-85, *Desert Line Projects LLC c. la República del Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008.

⁷⁵⁴ Dúplica de la demandada, párr. 1106.

XI. CONTRADEMANDA: LA PARTE DEMANDANTE SON RESPONSABLES POR DAÑOS AMBIENTALES Y, POR TANTO, DEBEN RESTAURAR EL ECOSISTEMA DE LAS OLAS

1095. Durante sus alegaciones, la demandada ha argumentado que la parte demandante emprendieron trabajos que tuvieron un impacto negativo en el Sitio del Proyecto, con lo cual se vio considerablemente afectado el medioambiente.⁷⁵⁵ Las pruebas ofrecidas apoyan la contrademanda de la demandada, de modo que el Tribunal deberá ordenar a la parte demandante que reparen los daños causados por su actividad, señalando que (i) el Tribunal tiene jurisdicción sobre las contrademandas de conformidad con el DR-CAFTA; (ii) la demandada ha demostrado la existencia de daños en el Ecosistema de Las Olas.

A. El Tribunal tiene jurisdicción sobre las contrademandas en virtud del DR-CAFTA

1096. El Tribunal de la presente controversia tiene jurisdicción sobre la contrademanda planteada por la demandada, ya que (i) el texto del DR-CAFTA prevé la posibilidad de que los Estados demandados interpongan contrademandas contra los inversionistas por conducta indebida de la cual sean responsables, y (ii) las razones de economía y eficacia procesal justifican que la demanda y su contrademanda sean resueltas en el mismo proceso.

1. El texto del DR-CAFTA prevé la posibilidad de que los Estados demandados interpongan contrademandas contra los inversionistas

1097. Con el fin de determinar si un tribunal de inversiones tiene jurisdicción sobre las contrademandas, el Tribunal ha de observar el texto del Tratado. El DR-CAFTA no excluye ni prohíbe que un tribunal de inversiones ejerza su jurisdicción sobre las contrademandas en virtud del Capítulo 10. Las disposiciones pertinentes estipulan lo siguiente:

“Sección B: Solución de Controversias Inversionista-Estado

Artículo 10.15: Consultas y negociación

En caso de una controversia relativa a una inversión, **el demandante y la parte demandada** deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación.

[...]

Artículo 10.16: Sometimiento de una reclamación a arbitraje

1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:

(a) **el demandante, por cuenta propia**, podrá someter a arbitraje **una reclamación** de conformidad con esta Sección, en la que se alegue

⁷⁵⁵ Contramemoria de la demandada, párrafos 647-655; Dúplica de la demandada, Sección XI.

(i) que la parte demandada **ha violado**

(A) una obligación de conformidad con la Sección A,

(B) una autorización de inversión o

(C) un acuerdo de inversión;

y

(ii) que **el demandante** ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta; y

(b) **el demandante, en representación de una empresa o la parte demandada que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto**, podrá, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación en la que alegue

(i) que la parte demandada **ha violado**

(A) una obligación de conformidad con la Sección A,

(B) una autorización de inversión o

(C) un acuerdo de inversión;

y

(ii) que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta. (énfasis añadido).

1098. Estas disposiciones son completamente neutras en cuanto a la identidad del demandante o demandado en una controversia surgida entre las partes, lo cual permite a un Estado Parte demandar a un inversionista en relación con una controversia concerniente a una inversión en ese país. Entonces, queda claro que el texto del DR-CAFTA abarca contrademandas por Estados demandados dentro de la jurisdicción del Tribunal.

1099. Por otra parte, la única disposición que hace referencia a "contrademandas" se encuentra en el artículo 10.20.7 del DR-CAFTA, y aclara que:

"La parte demandada no opondrá como defensa, contrademanda o derecho compensatorio o por cualquier otro motivo que, de conformidad con un seguro o contrato de garantía, el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra indemnización por la totalidad o una parte de los daños alegados."

1100. Se sigue que, excepto por una contrademanda por parte de un Estado demandado que sostenga que "*el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra indemnización por la totalidad o una parte de los daños alegados*", el derecho de la parte demandada a una contrademanda de conformidad con el Tratado se contempla y se encuentra dentro del alcance de la jurisdicción de un tribunal constituido en virtud del Tratado.

2. Las razones de economía y eficacia procesal justifican que la demanda y su contrademanda se resuelvan en el mismo procedimiento

1101. La contrademanda de la demandada se basa en los daños sufridos por Costa Rica como resultado de la operación del Proyecto Las Olas, de la parte demandante, por lo cual la relación entre la demanda y la contrademanda es directa. En consecuencia, las razones

de economía y eficacia procesal justifican que la pretensión infundada interpuesta por la parte demandante y su contrademanda sean resueltas adecuadamente por este Tribunal en el mismo proceso.⁷⁵⁶

1102. En este sentido, el tribunal de *Urbaser c Argentina* determinó que, debido a que la contrademanda de Argentina se relacionaba con la inversión y se relacionaba con la misma concesión, había suficiente fundamento para establecer una conexión entre la afirmación del inversionista y la contrademanda. El Tribunal sostuvo que:

“El Tribunal observa que existe un claro nexo fáctico entre ambas reclamaciones. Tanto la Demanda Principal como su Reconvención se basan en la misma inversión, o supuesta falta de inversión suficiente, en una misma Concesión. Esto sería suficiente para asumir también jurisdicción sobre la Demanda Reconvencional. También existe un nexo jurídico, en la medida en que la Demanda Reconvencional no se encuentra fundada únicamente en el derecho argentino. De hecho, la Demandada afirma que el incumplimiento de la obligación de las Demandantes de realizar las inversiones necesarias generó una violación del derecho fundamental al acceso al agua, cuya promoción era el objetivo de la inversión acordada en el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión, y consagrada en el esquema protectorio del TBI. Sería del todo inconsistente fallar en un sentido sobre la reclamación de las Demandantes respecto de su inversión y permitir la celebración de un proceso distinto en el cual es posible que se falle sobre el compromiso de financiamiento en otro sentido. Un sistema de administración de justicia razonable no puede tolerar semejante inconsistencia”.⁷⁵⁷

1103. Desde la presentación de la dúplica, la parte demandante no han aportado nuevos argumentos para impugnar la posición de la demandada sobre el texto claro del Tratado. Consecuentemente, la demandada mantiene sus alegaciones escritas de los párrafos 659 a 662 de la contramemoria y los párrafos 1138 a 1148 de la dúplica.

1104. La Demandada también quisiera señalar las decisiones recientes en esta materia, tales como *Urbaser c. Argentina* y *Burlington c. Ecuador*, donde los tribunales han admitido jurisdicción para conocer contrademandas presentadas por los Estados demandados por violaciones de los derechos humanos y daños ambientales.⁷⁵⁸ En el segundo caso, el tribunal impuso una indemnización de US\$ 39,2 millones al inversionista por daños ambientales. Es probable que esta tendencia continúe, y muestra que los tribunales de inversión están dispuestos a conocer contrademandas cuando se trata de mala conducta de los inversionistas.

⁷⁵⁶ **RLA-99**, *Spyridon Roussalis c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Opinión separada de Michael Reisman, 28 de noviembre de 2011.

⁷⁵⁷ **RLA-174**, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, párr. 1151.

⁷⁵⁸ **RLA-174**, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016; **RLA-175**, *Burlington Resources Inc c. la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre demandas reconvencionales, 7 de febrero de 2017.

B. La demandada ha demostrado la existencia de daños a los ecosistemas en el Sitio del Proyecto

1105. Una vez que el Tribunal se reivindique la jurisdicción para adjudicar la contrademanda de la demandada en virtud del Tratado, el Tribunal debe constatar que (i) la parte demandante afectaron ilícitamente un humedal, lo cual causó daños ambientales en el Sitio del Proyecto; y, por lo tanto, (ii) la parte demandante deben reparar el daño causado al ecosistema.

1. La parte demandante afectaron ilícitamente un humedal, lo cual causó daños ambientales en el Sitio del Proyecto

1106. Para desarrollar el Proyecto Las Olas, la parte demandante asumieron obligaciones de inversión que dieron lugar a expectativas de buena fe de parte de Costa Rica de que su inversión se efectuaría garantizando la protección al medioambiente. Al no efectuar su inversión en forma adecuada, la parte demandante violaron las disposiciones nacionales, así como la obligación en virtud del derecho internacional consuetudinario, de respetar el medio ambiente.⁷⁵⁹ Esta obligación no solo es vinculante para los Estados soberanos, sino también para las personas jurídicas y naturales, tales como la parte demandante:

“Así, el Tribunal manifiesta que el derecho internacional acepta la responsabilidad social de las empresas como un estándar de vital importancia para aquellas empresas que operan en el ámbito del comercio internacional. Dicho estándar incluye obligaciones de cumplir con los derechos humanos en el marco de las operaciones de tales empresas en países distintos a su país de origen o registro A la luz de este acontecimiento más reciente, ya no es posible admitir que las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad, porque no son sujetos de derecho internacional.”⁷⁶⁰ (énfasis añadido)

1107. Asimismo, el texto del DR-CAFTA apoya esta comprensión al permitir que los inversionistas invoquen los derechos producidos por las leyes internacionales:

“[s]i el TBI no está basado en la incapacidad de una empresa de ser titular de derechos en el derecho internacional, no es posible aceptar que rechazaría necesariamente toda noción de que una empresa inversora extranjera no puede ser sujeto de obligaciones en el derecho internacional”.⁷⁶¹

1108. En consecuencia, la conducta de la parte demandante se ha de analizar según el concepto de responsabilidad internacional:

[e]n la medida en que las organizaciones internacionales y otras personas jurídicas y naturales también pueden ser sujetos de derecho internacional, el concepto de “responsabilidad del Estado” podrá también informar al principio

⁷⁵⁹ **RLA-37**, Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law* (CUP 2003, 2^ª Ed).

⁷⁶⁰ **RLA-174**, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, párr. 1195.

⁷⁶¹ **RLA-174**, *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016, párr. 1194.

de la responsabilidad de otras personas internacionales según las normas de las leyes internacionales de derecho público'.⁷⁶²

1109. Por ende, las obras ilegales de la parte demandante, que causaron daños ambientales en el Sitio del Proyecto, entrañan un hecho ilícito de su parte según las normas de la responsabilidad internacional, el cual ha de ser reparado.

1110. La demandada ha demostrado que la parte demandante afectó ilícitamente un humedal mediante obras de drenaje y relleno, lo cual causó daños ambientales en el Sitio del Proyecto. Sin embargo, la parte demandante mantienen que la demandada no ha demostrado la relación de causalidad entre la conducta de las demandantes y el daño al ecosistema.⁷⁶³ El requisito de la causalidad está directamente conectado con la carga de la prueba que la parte demandante deben asumir en materia ambiental en virtud del derecho costarricense. Conforme al principio de precaución, la carga de la prueba de la inexistencia de daños ambientales siempre recae en el desarrollador.⁷⁶⁴

1111. Esto también se recordó en *Burlington c. Ecuador*, en el contexto de una contrademanda por daños ambientales. A pesar de que el Tribunal tuvo que aplicar el derecho interno, los principios que se habrían de aplicar eran similares –si no es que iguales– al caso que nos ocupa:

“Aplicada al presente caso, la regla comprendida en el Artículo 397(1) significa que una vez que Ecuador haya dado muestra de la existencia de daño ambiental razonablemente relacionado con las actividades riesgosas del Consorcio, por ejemplo, mediante el ejercicio de muestreo del IEMS, **le corresponde entonces a Burlington la carga de demostrar que no existe daño alguno o, en el supuesto de que existiere daño, establecer cuáles son sus límites**”.⁷⁶⁵ (énfasis nuestro)

1112. Por lo tanto, en lo que respecta al medioambiente, la parte que alega la *causalidad* no requiere prueba de ello. El principio de precaución invierte la carga de la prueba sobre el desarrollador, y la causalidad se presume:

“Aunque el Tribunal retomará la cuestión de la responsabilidad civil extracontractual consecutiva, **está en desacuerdo con la posición de Burlington de que Ecuador debe probar que el daño fue causado durante el período de operaciones del Consorcio. En efecto, no se requiere la prueba de la causalidad. La causalidad se presume**, lo que resulta en que la responsabilidad se genere del simple ejercicio de una actividad riesgosa y de la ocurrencia de un daño que se encuentre plausiblemente vinculado a esa actividad en lo que se refiere al tipo y ubicación del daño”.⁷⁶⁶ (énfasis añadido)

⁷⁶² **RLA-37**, Philippe Sands, Principles of International Environmental Law (CUP 2003, 2a Ed), 872-873.

⁷⁶³ Réplica de los demandantes, párr. 449.

⁷⁶⁴ Véase la Sección III.F.

⁷⁶⁵ **RLA-175**, *Burlington Resources Inc c la República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre reconveniones, 7 de febrero de 2017, párr. 227.

⁷⁶⁶ Id., párrafo 232.

1113. Por lo tanto, les correspondía a la parte demandante demostrar que no se había producido ningún daño al medioambiente en el Proyecto Las Olas. Ellos no lo han demostrado.
1114. A pesar de que era carga de la parte demandante el evidenciar su falta de responsabilidad en cuanto a los daños a Las Olas, la demandada ha demostrado de manera concluyente que la demandada es responsable del relleno del Humedal No. 1 y los daños ambientales resultantes causados al ecosistema. La demandada se basa en el primer y segundo informe KECE, así como en los resultados concluyentes del informe Green Roots.
1115. Por otra parte, el propio experto de la parte demandante, el Dr. Baillie admite que la parte demandante llevaron a cabo obras de relleno en Bajo 1 / KECE Humedal No. 1:

"Doctor Baillie, usted reconoce que la demandante realizó trabajo de desarrollo en Bajo 1.

R. Está claro que lo hizo.

P. Y en el párrafo 66 de su informe usted dice que la -- 56 -- usted dijo que la demandante realizó una excavación de una zanja de drenaje. ¿Correcto?

R. Correcto." (énfasis añadido).

Contrainterrogatorio de Ian Baillie, Transcripción del Día 6, 1701: 12-19.

1116. Durante la audiencia, la parte demandante trató de culpar a la Municipalidad por las obras que impactaron el Humedal No. 1. Como se describió en la Sección III, estas afirmaciones no tienen fundamento, pues la Municipalidad llevó a cabo, en todo momento, trabajos fuera de las instalaciones, y las bitácoras de construcción de los mismos demandantes muestran que las obras de drenaje fueron realizadas por los empleados de la parte demandante en el lugar.⁷⁶⁷
1117. Como la demandada ha demostrado en este proceso, la parte demandante afectó ilícitamente un humedal con obras de relleno y drenaje, quebrantando las normas imperativas de protección del medioambiente en varios aspectos. La demandada también ha demostrado, –aun cuando no le correspondía la carga de hacerlo–, cómo la parte demandante afectaron la biodiversidad y las condiciones ecológicas del sitio del proyecto, causando daños al medioambiente.
1118. En el primer y segundo Informe KECE, KECE mostró el daño ambiental causado debido al relleno del Humedal No. 1:⁷⁶⁸
- La construcción de las carreteras, la excavación de zanjas, la colocación de alcantarillas y la eliminación de las capas vegetales del bosque han disminuido drásticamente la capacidad del bosque de almacenar el agua adecuadamente y llevarla en forma natural.

⁷⁶⁷ **R-509**, Acta de inspección # 2, 4 de abril de 2011; **R-510**, Acta de inspección #3, 12 de abril de 2011.

⁷⁶⁸ **R-511**, Acta de inspección #4, 18 de abril de 2011; **R-512**, Acta de inspección #6, 2 de mayo de 2011. Primer Informe KECE, párr. 67, 68.



Terrazas en las laderas para drenar el agua y aplanar la tierra⁷⁶⁹



Construcción de una casa sobre un humedal⁷⁷⁰



Excavación de zanjas de drenaje⁷⁷¹

⁷⁶⁹ Primer Informe KECE, Documento Probatorio A, Foto 11; **R-265**. Delimitación de Informe de Humedales del SINAC (ACOPAC GASP-143-11), p. 20, 11 de marzo de 2011.

⁷⁷⁰ Segundo Informe KECE, Documento Probatorio B, Foto 17.

⁷⁷¹ Segundo Informe KECE, Documento Probatorio B, Foto 12.



Instalación de tubos de alcantarilla y estructuras de entrada⁷⁷²

- Estas actividades están aumentando significativamente la sedimentación del suelo hacia el relieve natural de drenaje de los alrededores y, potencialmente, hacia la cuenca del río Aserradero y el estero.
- El relleno y drenaje de los humedales por parte de la parte demandante también ha destruido directamente hábitat para las especies de peces y vida silvestre, reduciendo así la diversidad biológica del Ecosistema de Las Olas.

1119. Las condiciones ecológicas del sitio del proyecto son cruciales para la sostenibilidad del ecosistema de Las Olas y los ecosistemas circundantes:

“El relleno de humedales disminuye la capacidad del área para almacenar agua a nivel local y puede causar obstrucción de los drenajes y peligro de inundaciones aguas abajo. El deterioro de la calidad del agua a nivel regional también puede ocurrir como consecuencia del relleno de humedales. Los humedales no sólo almacenan agua, sino que también atrapan sedimentos y filtran contaminantes que de otro modo fluirían aguas abajo”.⁷⁷³

1120. Asimismo, y sin lugar a dudas, el testimonio experto de los doctores Perret y Singh evidenció que la parte demandante rellenaron el Humedal No. 1 en tres temporadas distintas y, como consecuencia, enterraron al humedal y sus especies vivas más de 1 metro por debajo del suelo. Las fotos del estudio de Green Roots hablan por sí solas de los daños causados al Humedal No. 1:

⁷⁷² Primer informe KECE, Documento Probatorio A, Foto 6; **R-76**, Informe del PNH sobre humedales (ACOPAC GASP-093-11), p 68, 18 de marzo, 2011.

⁷⁷³ Primer Informe KECE, párr. 52.



774

1121. Por ende, las pruebas ofrecidas en este proceso son decisivas en cuanto a su sustento de la afirmación de la demandada respecto de que la parte demandante afectaron ilícitamente un humedal, lo cual causó daños ambientales en el Sitio del Proyecto.

2. La parte demandante debe reparar el daño causado al ecosistema

1122. Habiendo demostrado el acto ilícito de la parte demandante, es un principio bien establecido en el derecho internacional el que un acto ilícito implica una responsabilidad, como se reconoce en el artículo 1 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001). La obligación de reparación ha sido desarrollada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *fábrica Chorzow*,⁷⁷⁵ y el enfoque ha sido reafirmado, en el contexto ambiental, por la Corte Internacional de Justicia en el *Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*.⁷⁷⁶
1123. DR-CAFTA prevé que la reparación de un perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de compensación y/o restitución:

“Artículo 10.26: Laudos

1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente:

- (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan;

⁷⁷⁴ Prueba demostrativa de Green Roots, diapositiva 7.

⁷⁷⁵ **RLA-53**, *Caso concerniente a la Fábrica de Chorzów* (Alemania c. Polonia), reclamación de indemnización, Fondo, Sentencia No. 13, PCIJ 13 de septiembre de 1928, p. 21; **RLA-52**, *In Von Pezold c. República de Zimbabue*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo, 28 de julio de 2015, párr. 682.

⁷⁷⁶ **RLA-176**, *Caso concerniente al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungria c. Eslovaquia), Sentencia de la CIJ, 25 de septiembre de 1997, p. 149.

(b) **restitución de la propiedad**, en cuyo caso el laudo dispondrá que la parte demandada podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución.” (énfasis nuestro)

1124. La restitución tiene por objeto el restablecimiento o la restauración de la situación que existía antes de que se hubiera cometido el hecho ilícito, a condición de que y en la medida en que no resulte materialmente imposible.⁷⁷⁷ En efecto, la restauración del daño ambiental ha sido confirmada por los tribunales internacionales de inversión.⁷⁷⁸
1125. Por lo tanto, en virtud de los principios del derecho internacional sobre la reparación y el artículo 10.26(b) del Tratado, el Tribunal debe ordenar a la parte demandante que reparen el daño causado a la demandada mediante la restauración de las condiciones naturales de los ecosistemas.
1126. En el caso que nos ocupa, el Anexo C del primer Informe KECE contiene un plan de restauración viable, el cual puede implementarse para restaurar el daño ambiental causado al Humedal No. 1. Este incluye lo siguiente:
- Eliminar todos los rellenos ubicados en el Humedal No. 1;
 - Tapar y/o rellenar los canales de drenaje en el Humedal No. 1;
 - Reconformar las colinas terrazadas en las zonas dentro del sitio del proyecto que alguna vez tuvieron cobertura forestal y que fueron limpiadas;
 - Eliminar las calles no permitidas que hayan afectado significativamente la condición de los humedales y bosques en el sitio Las Olas;
 - Plantar y/o aplicar siembra directa de una cubierta vegetal de especies de plantas herbáceas nativas sería necesario para acelerar la cubierta vegetal en los humedales restaurados y estabilizar las laderas reniveladas;
 - La última fase de la restauración implicaría plantar una cantidad y especie específicas de árboles de bosques nativos como plántulas destinadas a acelerar la recuperación del bosque, así como a rehabilitar y estabilizar los suelos.
1127. El señor Erwin recordó al Tribunal durante la audiencia la posibilidad de restaurar el sitio del Proyecto Las Olas:
- “¿Qué se necesita para restaurar el sitio y para restablecer el ecosistema? Básicamente hay que revertir el drenaje actual, donde las calles han cortado en las laderas, con zanjas, se han construido zanjas en el humedal número uno, quitando parte del relleno del humedal 1 para restituirlo.”⁷⁷⁹

⁷⁷⁷ **RLA-37**, Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law* (CUP 2003, 2ND Ed) 883.

⁷⁷⁸ **RLA-175**, *Burlington Resources Inc c la República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5*, Decisión sobre recusación, 7 de febrero de 2017.

⁷⁷⁹ Contrainterrogatorio de Kevin Erwin, Transcripción del día 6, 1862:18-22; 1863:1.

1128. Con base en lo anterior, sin perjuicio de las objeciones a la jurisdicción y la admisibilidad de parte de la demandada, a la luz de los daños causados al ecosistema de Las Olas y dada la viabilidad de la restauración de la tierra, la demandada solicita respetuosamente que el Tribunal ordene a la parte demandante el pago de daños y perjuicios a la demandada a fin de restaurar *'la situación que existía antes de la aparición del'*⁷⁸⁰ impacto ilícito de la parte demandante al Sitio del Proyecto.
1129. El tipo y los costos de la restauración reclamada solo pueden determinarse después de haber revisado un plan de restauración adecuado que deberá ser propuesto por la parte demandante y presentado para la aprobación de una autoridad competente en Costa Rica.⁷⁸¹ La demandada ha presentado una base para esta propuesta de restauración con el primer Informe KECE.
1130. Por ello, en el supuesto de que se declarase responsabilidad en virtud de la contrademanda de la demandada, y solo después de la conclusión de los procesos internos pendientes, la demandada sugiere un cronograma reducido, en el cual la demandada y la parte demandante cooperarían para determinar conjuntamente el tipo y el costo de la restauración adecuada para el Ecosistema de Las Olas.

⁷⁸⁰ CLEX-273, artículos sobre la responsabilidad del Estado, p. 213.

⁷⁸¹ Contramemoria de la demandada, párrafo 658.

XII. PRAYER OF RELIEF

1131. Por todos los motivos expuestos anteriormente, y a lo largo de este arbitraje, Costa Rica solicita respetuosamente al Tribunal:

1. Declarar de que la nacionalidad del señor Aven imposibilita al Tribunal tener jurisdicción en este arbitraje frente al señor Aven y, de ese modo, impide que el señor Aven solicite resarcimiento en virtud del Tratado;
2. Declarar que el Tribunal no tiene jurisdicción para conocer reclamos relacionados con el señor Raguso y el señor Shioleno sobre la base de que no mantienen una inversión cubierta según el DR-CAFTA;
3. Declarar que Tribunal no tiene jurisdicción sobre las propiedades que no les pertenecen la parte demandante sobre la base de que no califican como una inversión cubierta según el DR-CAFTA;
4. Declarar que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la Concesión o el sitio de concesión ni ningún reclamo relativo a La Canícula;
5. Declarar que el Tribunal no tiene competencia para conocer ninguna reclamación presentada con retraso respecto de la supuesta violación de la norma de protección y seguridad contenida en el artículo 10.5(2) (b), debido a que la parte demandante no solicitaron permiso para modificar su demanda;
6. Declarar que las reclamaciones de la parte demandante son inadmisibles sobre la base de las ilegalidades enunciadas en el presente y, por lo tanto, que evite que la parte demandante procuren la reparación en virtud del Tratado;

Como alternativa,

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

8. Asimismo, que declare que la parte demandante han causado daños ambientales en Costa Rica;
9. Que ordene a la parte demandante pagar daños a la demandada en lugar de la reparación del daño ambiental que la parte demandante ocasionaron en el Ecosistema Las Olas;
10. Que ordene a la parte demandante pagar a la demandada todos los costos asociados con este procedimiento, incluidos los gastos de arbitraje y los honorarios y gastos profesionales, así como los honorarios del tribunal arbitral; y

Como alternativa, y cuando corresponda,

11. Rechazar como excesiva e infundada la valoración de la parte demandante respecto de sus supuestas pérdidas, así como la metodología de la parte demandante en cuanto al tipo de interés que se aplicaría a cualquier indemnización monetaria que pudiera emitir este Tribunal; y
 12. Conceder la reparación judicial que el Tribunal considerare justa y adecuada.
1132. La demandada se reserva el derecho de modificar o de otra manera complementar o enmendar su defensa, contrademanda y argumentos según sea necesario, hasta que el proceso se declare cerrado.

Herbert Smith Freehills New York LLP

Herbert Smith Freehills New York LLP

MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR DE COSTA RICA

ANEXO I

1. Durante la Audiencia, la parte demandante introdujeron dos conjuntos de autoridades jurídicas para sustentar su interpretación de la relación entre los capítulos 10 y 17.⁷⁸²
2. El primer conjunto de documentos nuevos está compuesto por aquellos a los que se remitió Costa Rica en su escrito resumen posterior a la audiencia en el caso *Spence c. la República de Costa Rica* (notas al pie 103 y 104). El abogado de la parte demandante dijo que: '*descubrió una referencia a los documentos de síntesis en los que se basó Costa Rica como preparatorios de facto para NAFTA--para CAFTA-- para el DR-CAFTA.*'⁷⁸³ La parte demandante afirman que:

"y a partir de la lectura de resúmenes me di cuenta de que este no era solo un resumen preparado sobre las negociaciones del CAFTA en general, sino que es más bien una producción mixta porque es un resumen que aparece en la página web del sitio, pero que en realidad la interpretación contemporánea de Costa Rica de la conclusión de las sesiones de las negociaciones de CAFTA."⁷⁸⁴

3. Es preciso mencionar algunos puntos preliminares. Como hemos indicado en la declaración inicial, el Dr. Weiler fue abogado de Spence, por lo cual su "descubrimiento" es un tanto artificioso. Segundo, el recurso a *travaux préparatoires* solo es posible de conformidad con la CVDT, conforme al artículo 32, cuando la CVDT permite:

"MEDIOS DE INTERPRETACIÓN COMPLEMENTARIOS

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable"

4. Esas circunstancias no se han dado, de modo que no es necesario que el Tribunal sopeso lo que la parte demandante quisieran creer que es relevante, cuando no lo es. Esto es exactamente lo que sostiene McLachlan, citado por la parte demandante: '*y, de ser necesario, en los trabajos preparatorios.*'⁷⁸⁵
5. Por otra parte, Costa Rica no trató a los informes sobre la negociación del DR-CAFTA como *trabajos preparatorios* en el escrito posterior a la audiencia, presentado en ese caso. Por el contrario, no hay trabajos preparatorios oficiales para DR-CAFTA.⁷⁸⁶ Los documentos a los que se hace referencia en *Spence c. la República de Costa Rica*, traídos

⁷⁸² CLA-152, Ronda I de negociaciones del CAFTA; CLA-153, Ronda II de negociaciones del CAFTA; CLA-154, Ronda III de negociaciones del CAFTA; CLA-155 Informe de la sexta ronda de negociación; y CLA-156, informe de la novena ronda de negociación.

⁷⁸³ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 77:2-4.

⁷⁸⁴ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 74:9-16.

⁷⁸⁵ CLA-151.

⁷⁸⁶ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 177:7.

a colocación en este caso por la parte demandante, son actas unilaterales preparadas por la demandada; es decir, un informe no oficial sobre cómo se desarrollaron las negociaciones. Por lo tanto, no califican como *travaux préparatoires*.

6. A pesar de carecer de los trabajos preparatorios oficiales para DR-CAFTA, la parte demandante hacen hincapié en los supuestos resúmenes '*preparado[s] sobre las negociaciones del CAFTA*', como si estos confirmaran su criterio de que el capítulo de inversiones y que el capítulo ambiental simplemente se complementan entre sí, y la aplicabilidad de este último debe prevalecer. En particular, la parte demandante se refieren a la segunda y cuarta ronda de negociaciones, que ellos manifiestan apoya esta interpretación.⁷⁸⁷
7. Pareciera que la falta de conocimiento del español del abogado de la parte demandante ha sido un obstáculo para comprender adecuadamente lo que los funcionarios costarricenses en realidad estaban documentando.⁷⁸⁸ Por ejemplo:

V. GRUPO DE NEGOCIACIÓN DE AMBIENTE Y LABORAL

• Ambiente

Estados Unidos presentó un propuesta parcial de texto que tiene como objetivos contribuir a que los esfuerzos en liberalización comercial y política ambiental se complementen mutuamente, promoviendo el uso óptimo de los recursos naturales en concordancia con el desarrollo sostenible, y fortalecer los vínculos entre las políticas comerciales y ambientales entre las Partes para alcanzar las metas de expansión comercial del Acuerdo.

Se reconoce el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección y prioridades de desarrollo ambiental, modificándolas según sus propias leyes y políticas ambientales. Estas deben establecer altos niveles de protección ambiental y comprometerse a mejorarlas.

Se considera que cada Parte no debe incumplir en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, a través de acciones o inacciones de manera sostenida o recurrente, de tal manera que se afecte el comercio entre las Partes. Se reconoce que es inapropiado promover el comercio o la inversión, debilitando la protección otorgada en la legislación ambiental nacional.

Asimismo, se establece la importancia de fortalecer la capacidad de las Partes de proteger el ambiente y promover el desarrollo sostenible. En ese sentido, las Partes considerarán los comentarios públicos y recomendaciones sobre las actividades de cooperación que se realicen.

Se podrán realizar consultas en relación con cualquier asunto establecido en este capítulo, esforzándose por llegar a una solución mutuamente satisfactoria del asunto tratado. Si a través del procedimiento de consulta no se resuelve el asunto, cualquier Parte puede solicitar al Consejo de Asuntos Ambientales considerarlo.

Fuente: [Comex, Costa Rica](#)

789

8. El texto resaltado, enfatizado por la parte demandante, de la segunda ronda de negociaciones confirma el criterio de la demandada de que la protección de la inversión se concede siempre y cuando se salvaguarden las preocupaciones sobre medioambientales. El texto resaltado establece que:

“Se considera que cada Parte no debe incumplir en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, a través de acciones o inacciones de manera sostenida o recurrente, de tal manera que se afecte el comercio entre las Partes. Se reconoce que es inapropiado promover el comercio o la

⁷⁸⁷ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 81:9-17.

⁷⁸⁸ De hecho, los comentarios a la diapositiva cinco de su presentación en el Día 1 de la audiencia de diciembre (presentación de Todd Weiler) demuestran que se fundamentan en Google Translation para defender su argumento.

⁷⁸⁹ Prueba demostrativa presentada en la declaración inicial de los demandantes del Día 6, diapositiva 6.

inversión, debilitando la protección otorgada en la legislación ambiental nacional.

Asimismo, se establece la importancia de fortalecer la capacidad de las Partes de proteger el ambiente y promover el desarrollo sostenible. En ese sentido, las Partes considerarán los comentarios públicos y recomendaciones sobre las actividades de cooperación que realicen.”⁷⁹⁰ (énfasis añadido)

9. La cuarta ronda de negociaciones siguió el mismo enfoque. La parte demandante también parecen depender de las secciones destacadas. A continuación, la traducción al inglés.

Se considera que cada Parte no debe incumplir en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, a través de acciones o inacciones de manera sostenida o recurrente, de tal manera que se afecte el comercio entre las Partes. Se reconoce que es inapropiado promover el comercio o la inversión, debilitando la protección otorgada en la legislación ambiental nacional. Asimismo, se establece la importancia de fortalecer la capacidad de las Partes de proteger el ambiente y promover el desarrollo sostenible. En ese sentido, las Partes considerarán los comentarios públicos y recomendaciones sobre las actividades de cooperación que se realicen.

En relación con las garantías procedimentales, cada una de las Partes se compromete a contar con los mecanismos procedimentales y jurídicos para garantizar el acceso de personas con intereses jurídicamente reconocidos a los sistemas judiciales y cuasi-judiciales, así como derecho a obtener las medidas reparatorias ante incumplimientos de la normativa ambiental.

791

Se considera que cada Parte no debe incumplir en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, a través de acciones o inacciones de manera sostenida o recurrente, de tal manera que se afecte el comercio entre las Partes. Se reconoce que es inapropiado promover el comercio o la inversión, debilitando la protección otorgada en la legislación ambiental nacional.

[...]

En relación con las garantías procedimentales, cada una de las Partes se compromete a contar con los mecanismos procedimentales y jurídicos para garantizar el acceso de personas con intereses jurídicamente reconocidos a los sistemas judiciales y cuasi-judiciales, así como derecho a obtener las medidas reparatorias ante incumplimientos de la normativa ambiental”.

10. Llama la atención cómo los supuestos 'resúmenes de rondas de negociación DR-CAFTA' no respaldan los argumentos de la parte demandante. De hecho, estas actas no oficiales preparadas por Costa Rica demuestran el interés de las Partes del DR-CAFTA (desde el inicio de las negociaciones) de proteger el medioambiente en relación con cualquier compromiso que se haya establecido en el Tratado en relación con inversionistas

⁷⁹⁰ Ibid.
⁷⁹¹ Ibid.

extranjeros: *“es inapropiado promover el comercio o la inversión, debilitando la protección otorgada en la legislación ambiental nacional.”*

11. En forma independiente, resulta irónico el que, habiéndose quejado de que Costa Rica procurase imponer su visión unilateral con el fin de llevar adelante una interpretación, esto es precisamente lo que procuran hacer la parte demandante cuando pensaron que los documentos anteriores revelaban algo útil para ellos. Si sería injusto que Costa Rica se basara en los documentos generados de manera unilateral, entonces seguramente la parte demandante deberían respetar su propia regla.
12. Aparte, al segundo conjunto de documentos nuevos incorporados por la parte demandante ellos lo llaman una “nota explicativa emitida en 2004 por Costa Rica.”⁷⁹² La parte demandante sostienen que: *‘no es raro que un gobierno emita un texto explicativo que acompaña a la adopción del tratado en el derecho interno’*.⁷⁹³
13. La nota explicativa a la que se refieren la parte demandante no es un trabajo preparatorio del DR-CAFTA, sencillamente porque no existen *travaux préparatoires* para el Tratado. En cambio, es un documento (un “*documento explicativo*”) preparado por la demandada, dirigido a grupos de la sociedad civil para ayudarles a comprender algunos aspectos de DR-CAFTA.⁷⁹⁴
14. En cualquier caso, cuando se analiza de cerca el texto de este documento, su contenido no es compatible con la posición de la parte demandante. En particular, la parte demandante se refieren a las siguientes secciones de la nota explicativa. A continuación, la traducción al inglés.

⁷⁹² CLA-166, Documento explicativo de Costa Rica para el DR-CAFTA (2004) COMEX.

⁷⁹³ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 78:4-7.

⁷⁹⁴ Declaración introductoria de la demandada, Transcripción del día 1, 177:7-9.

miembros se reúnan con posterioridad con personas del público para discutir cualquier asunto relacionado con la implementación del capítulo. Asimismo, se designa un punto de contacto dentro de los Ministerios de Trabajo para las comunicaciones entre las Partes y con la sociedad, encargado de la presentación, recepción y consideración de dichas comunicaciones.

E. Cooperación:

Se reconoce la importancia de la cooperación para el desarrollo de los países, el mejoramiento de los estándares laborales y para avanzar con los compromisos comunes.

En este sentido, se establece un Mecanismo de Cooperación Laboral para promover el respeto de la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales y su Seguimiento y el Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil.

Los puntos de contacto serán los encargados de coordinar las actividades de cooperación. El Mecanismo de Cooperación Laboral establece las prioridades de cooperación.

Se acordaron como áreas prioritarias de cooperación las siguientes: derechos fundamentales, trabajo infantil, administración laboral, inspección laboral, resolución alternativa de conflictos, condiciones de trabajo, trabajadores migrantes, género, protecciones sociales, estadísticas laborales, oportunidades de empleo, asuntos técnicos y cualquier otro asunto que las Partes acuerden.

F. Mecanismo de Consultas:

Se establece un mecanismo de consultas sobre cualquier asunto en relación con el capítulo laboral como etapa previa a la solución de controversias. Este sistema tiende a evitar disputas y a buscar soluciones mutuamente satisfactorias, tomando en cuenta la cooperación, para los problemas que pueden suscitarse entre las Partes, con posibilidad de recurrir a expertos independientes o a mecanismos de buenos oficios, mediación o conciliación. El Consejo de Asuntos Laborales procurará resolver el asunto, pero si éste se refiere a un incumplimiento sostenido y recurrente de la legislación laboral de alguna de las Partes, y el Consejo no logra resolver el problema, se puede recurrir al mecanismo de solución de controversias

de conformidad con el capítulo de solución de disputas del tratado.

G. Panelistas:

Se establece una lista de panelistas dentro de la que se eventualmente se escogerán los integrantes de un panel arbitral. Los integrantes de la lista son expertos independientes de las Partes, que deben ser especialistas en derecho laboral y comercio internacional, entre otros. Además, deben cumplir con un código de conducta que será desarrollado por la Comisión de Libre Comercio.

H. Definiciones:

La legislación laboral se define como leyes o regulaciones de una Parte, o disposiciones de las mismas, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos: el derecho de asociación, el derecho de organizarse y negociar colectivamente, la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil y condiciones de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

Asimismo, se aclara que los niveles con respecto a salarios mínimos no están sujetos a obligaciones en virtud de este tratado.

Además, se entiende por leyes o regulaciones, las leyes del Congreso o regulaciones promulgadas para hacer cumplir las leyes del Congreso que son ejecutadas por el gobierno central de los países.

CAPÍTULO 17 – AMBIENTAL

I. OBJETIVOS

Establecer un marco de normas y principios que promuevan la protección del medio ambiente, a través de la aplicación efectiva de la respectiva legislación ambiental de cada una de las Partes.

II. ESTRUCTURA, ALCANCE Y CONTENIDO

I. Estructura

El capítulo consta de doce artículos referentes a los niveles de protección ambiental, la aplicación y observancia de la legislación ambiental, garantías procesales, medidas para garantizar el cumplimiento ambiental, estructura institucional, oportunidades para la participación del público, peticiones relativas a la aplicación de la legislación ambiental, expediente de hechos, cooperación ambiental, consultas ambientales colaborativas, lista de panelistas, relación con acuerdos ambientales y definiciones. Asimismo, se desarrolla un anexo.

2. Alcance y Contenido

A. Niveles de Protección Ambiental:

Tanto Estados Unidos como Centroamérica se comprometen a establecer internamente sus propios niveles de protección ambiental, sus propias políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como adoptar o modificar sus leyes y políticas ambientales, garantizando que éstas promuevan altos niveles de protección ambiental, esforzándose por mejorarlos.

B. Obligaciones:

La obligación principal que asumen las Partes es aplicar efectivamente su propia legislación ambiental. El incumplimiento de dicha obligación se daría cuando alguna Parte deje de aplicar su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una forma que afecte el comercio entre las Partes. Solamente esta obligación está sujeta al mecanismo de solución de controversias.

Asimismo, las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna, de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los estándares de protección ambiental internamente reconocidos.

Existe expreso resguardo del principio de soberanía: cada Parte tiene el derecho de establecer sus propios estándares ambientales y de adoptar o

modificar su propia legislación ambiental, promoviendo altos niveles de protección ambiental.

C. Garantías Procesales:

Las Partes se comprometen a otorgar a sus ciudadanos una serie de garantías procesales para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental.

En este sentido, se garantiza que las personas tengan un adecuado acceso a la justicia, que los procedimientos administrativos o judiciales sean justos, equitativos y transparentes y cumplan con el debido proceso legal, que se otorgue a los ciudadanos un adecuado acceso a medidas sancionatorias o reparadoras de acuerdo con su legislación, que las instancias que conocen o revisan dichos procedimientos sean imparciales e independientes y que existan medidas para asegurar su aplicación.

D. Medidas para la Observancia de las Leyes Ambientales:

En este tema ambas Partes acordaron el establecimiento de una serie de medidas para lograr el cumplimiento efectivo de la materia ambiental. Se acordó la implementación de una serie de medidas e incentivos voluntarios promovidos por el gobierno y que garanticen altos niveles de protección ambiental. Los mecanismos establecidos son:

- mecanismos que faciliten la acción voluntaria para proteger o mejorar el medio ambiente, tales como asociaciones que tengan la participación del sector empresarial, agencias gubernamentales, u organizaciones científicas, o lineamientos voluntarios para la observancia y cumplimiento con las leyes ambientales;
- compartir información y experiencia entre las autoridades, partes interesadas y el público sobre métodos para lograr altos niveles de protección ambiental, tales como la auditoría ambiental voluntaria; métodos para mejorar la eficiencia en el uso de los recursos o reducción de los impactos ambientales; monitoreo ambiental y la recolección de datos básicos; e
- incentivos para estimular la protección de los recursos naturales y el medio ambiente, incluyendo mecanismos basados en el mercado, tales como incentivos financieros, créditos u otros instrumentos que faciliten el logro eficiente de las metas ambientales; y el

“Establecer un marco de reglas y principios que promueven la protección del medio ambiente, a través de la aplicación efectiva de la respectiva legislación ambiental de cada una de las Partes.

[...]

La obligación principal que asumen las Partes es aplicar efectivamente su propia legislación ambiental. El incumplimiento de dicha obligación se daría cuando alguna Parte deje de aplicar su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una forma que afecte el comercio entre las Partes. Solamente esta obligación está sujeta al mecanismo de solución de controversias.

[...] cada Parte tiene el derecho de establecer sus propios estándares ambientales y de adoptar o modificar su propia legislación ambiental, promoviendo altos niveles de protección ambiental.

[...]

En este sentido, se garantiza que las personas tengan un adecuado acceso a la justicia, que los procedimientos administrativos o judiciales sean justos, equitativos y transparentes y cumplan con el debido proceso legal, que se otorgue a los ciudadanos un adecuado acceso a medidas sancionatorias o reparadoras de acuerdo con su legislación, que las instancias que conocen o revisan esos procedimientos sean imparciales e independientes y que existan medidas para asegurar su aplicación”.⁷⁹⁵

15. La parte demandante indican que los comentarios anteriores que Costa Rica introdujo al capítulo 17 demuestran que:

“Ahora bien, como lo indican estos documentos, la única obligación que puede someterse a una solución de controversias o que ese fuera el objetivo el formato Estado a Estado, tenía que ver con la práctica de reducir las normas para atraer 5 comercio e inversión. Evidentemente, nosotros no tenemos algo así acá. La parte demandante realmente no impugnan la validez de ninguna ley o reglamento en este caso. Este caso en realidad se trata de la aplicación de la ley. En su documento de explicación de 2004 Costa Rica misma señala que el tipo de situación que buscaba el capítulo 17 no tenía que ver con la adopción, o en realidad, tenía que ver con la adopción de medidas de aplicación general y que promoverían programas sostenidos y coherentes de 17 aplicación de la ley. Pueden ver lo que dice ahí. Esta es la esencia de la medida que se supone que evite este capítulo. Y una vez más ni siquiera tenemos -- no está en cuestión la medida general sino -- y menos aún una que por un largo período de tiempo debía promover la aplicación sostenida y coherente de cualquier reglamento ambiental.”⁷⁹⁶

16. La parte demandante se basan en este documento para argumentar que el Capítulo 17 solo se refiere a casos en que una medida de aplicación general es adoptada por un Estado con el fin de atraer inversionistas extranjeros, pero tiene el efecto de reducir las normas ambientales. Según este escenario, la parte demandante argumentan, el capítulo 17 no cubriría sus reclamos, porque Costa Rica no ha emitido una medida general con ese efecto.

17. Sin embargo, la parte demandante deliberadamente omiten destacar otro escenario contemplado en el capítulo 17, el cual se aplica con toda claridad a este caso. La demandada ha subrayado la sección en azul:

Asimismo, se aclara que los niveles con respecto a salarios mínimos no están sujetos a obligaciones en virtud de este tratado.

Además, se entiende por leyes o regulaciones, las leyes del Congreso o regulaciones promulgadas para hacer cumplir las leyes del Congreso que son ejecutadas por el gobierno central de los países.

CAPITULO 17 – AMBIENTAL

I. OBJETIVOS

Establecer un marco de normas y principios que promuevan la protección del medio ambiente, a través de la aplicación efectiva de la respectiva legislación ambiental de cada una de las Partes.

B. Obligaciones:

La obligación principal que asumen las Partes es aplicar efectivamente su propia legislación ambiental. El incumplimiento de dicha obligación se daría cuando alguna Parte deje de aplicar su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una forma que afecte el comercio entre las Partes. Solamente esta obligación está sujeta al mecanismo de solución de controversias.

Asimismo, las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna, de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los estándares de protección ambiental internamente reconocidos.

Existe expreso resguardo del principio de soberanía: cada Parte tiene el derecho de establecer sus propios estándares ambientales y de adoptar o

“Asimismo, las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección

⁷⁹⁶ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 76:22; 77:1-22; 78:1-2.

contemplada en su legislación ambiental interna, de una manera que debilite o reduzca su adhesión a los estándares de protección internamente reconocidos”.

18. En esta sección se evidencia que el capítulo 17 también abarca la situación en que una Parte reduce la protección ambiental mediante la promoción y la protección de una inversión. Un caso en que un estado se mantiene deliberadamente pasivo ante una violación de sus normas ambientales “para proteger una inversión” sin duda reduce (si no es que elimina) las normas ambientales reconocidas internamente. La parte demandante trataron de engañar la lectura de este documento por parte del Tribunal, mediante una cuidadosa selección de los párrafos que consideran juegan a su favor.
19. Asimismo, la parte demandante sostienen que, si el Tribunal va a tener en cuenta las disposiciones del capítulo 17 como una guía contextual para interpretar los artículos 10.5 y 10.7 del DR-CAFTA, el Tribunal debería tener en cuenta el mandato del artículo 17.3 en relación con las características que deben tener los procesos para sancionar o reparar violaciones a las leyes ambientales.⁷⁹⁷ De acuerdo con la parte demandante, la demandada sometió esos procedimientos a los mismos términos de cumplimiento que aquellos utilizados en el artículo 10.5 en la nota explicativa.⁷⁹⁸
20. La posición de la parte demandante claramente refuerza el argumento de la demandada de que el Tratado debe leerse como un todo. No obstante, como se comentará en la sección VII del resumen, el intento de la parte demandante de “importar” las normas al capítulo 10 no tiene ningún fundamento jurídico.
21. En suma, resulta confusa la manera en que la parte demandante pretenden utilizar estos documentos para fortalecer su caso cuando, como se ha demostrado, en realidad apoyan los argumentos de la demandada sobre la interacción del capítulo 10 y 17 del DR-CAFTA, donde este último siempre prevalece.

⁷⁹⁷ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 82:16-22, 83:1-21.

⁷⁹⁸ Declaración introductoria de los demandantes, Transcripción del día 1, 83:1-6.

ANEXO II

22. Durante la audiencia, la parte demandante introdujeron nuevas autoridades jurídicas para apoyar su argumento de “*acusaciones ex post facto*”, que desacredita la defensa de inadmisibilidad de la demandada. Dichas autoridades pueden agruparse en cuatro categorías distintas de argumentos. Ninguna de ellas se aplica al caso en cuestión.
23. Primero, la parte demandante se basan en las decisiones de *HICEE B V c Eslovaquia*, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A S c Pakistán* y *Daimler Financial Services AG c. Argentina* (opinión disidente).⁷⁹⁹ En todos estos casos, los tribunales rechazaron pruebas a posteriori en relación con los asuntos jurisdiccionales. En el primer caso, el Tribunal decidió rechazar una expresión de opinión *ex post facto* acerca de lo que se presume que animó la negociación de un texto del tratado, mientras que, en el segundo caso, el tribunal consideró que la ratificación de la Convención de Nueva York durante el procedimiento arbitral no podía afectar en forma retrospectiva la jurisdicción del tribunal. El último caso, –la opinión disidente– se refiere a un hallazgo de “aclaración” sobre cómo ha de interpretarse un tratado, y el juez Brower rechazó el hallazgo, pues se basaba en pruebas *a posteriori*.
24. La posición de la demandada en relación con las ilegalidades cometidas por la parte demandante como un obstáculo para la admisibilidad de sus reclamaciones no es ni una objeción a la jurisdicción ni un argumento que requiera pruebas *ex post facto*. Como se ha indicado anteriormente, la demandada se refiere a un obstáculo para la admisibilidad de los reclamos de la parte demandante, que se basan en irregularidades que, en la mayoría de los casos, se hallaron antes del comienzo de este arbitraje, fueron debidamente informadas a la parte demandante y dieron lugar a una acción de la demandada con la iniciación de los procesos internos. A su vez, en relación con otras ilegalidades, no fue sino hasta el presente arbitraje cuando la demandada tuvo conocimiento de ellas, debido al encubrimiento de información de la parte demandante hacia los órganos locales. Dado que las pruebas *ex post facto* no han llevado a un cuestionamiento de la competencia, el razonamiento de estos casos no tiene ninguna incidencia en este caso.
25. Segundo, la parte demandante mantiene que un análisis *ex post facto* también fue rechazado en los casos en que el tribunal, aplicando la *prueba Salini*, tuvo que determinar si se cumplían los criterios de desarrollo económico para la existencia de una inversión:
- '[e]jemplos de cómo el factor de “contribución al desarrollo” de la famosa prueba llamada “prueba de Salini” fue defenestrada en la práctica posterior, sobre la base de que ofende el principio de equidad al fomentar análisis post

⁷⁹⁹ CLA-172, *Hicee B.V. y la República de Eslovaquia*, Caso CPA No. 2009-11, 23 de mayo de 2011; CLA-173, *Bayindir c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, 14 de noviembre de 2005; y CLA-175, *Daimler Financila Service AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, 20 de mayo de 2014 respectivamente.

hoc que fomentan supuestos que no podrían basarse en pruebas contemporáneas”.⁸⁰⁰

26. En particular, se refieren a *Philip Morris c. Uruguay*, *SGS Société Générale SA c. Paraguay*, *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka* y *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*.⁸⁰¹ En todos estos casos, el quid del asunto era que, con el fin de determinar si una inversión es capaz de contribuir al desarrollo económico del Estado de acogida, los tribunales tendrían que llevar a cabo un análisis *ex post facto*, lo cual no es apropiado para una decisión sobre la jurisdicción.
27. Una vez más, la parte demandante se basa en la jurisprudencia en el contexto de las objeciones jurisdiccionales, donde el debate se centra en determinar si un demandante cumple los requisitos jurisdiccionales necesarios para establecer la existencia del poder decisorio. Más específicamente, estos casos se relacionan con la determinación de la jurisdicción *ratione materiae*: si existe el requisito de una contribución económica para el desarrollo del país a los efectos de afirmar que una inversión está cubierta por el tratado. La posición de la demandada en el presente caso se refiere a la operación ilícita de la inversión de la parte demandante, lo cual implica un análisis de admisibilidad.
28. Resultaría disparatado transponer el razonamiento relativo a la jurisdicción de estos tribunales respecto del concepto de una “inversión cubierta” o de la interpretación de un tratado, –y se ha intentado hacer ambos sobre la base de pruebas *ex post facto*– a un análisis de admisibilidad que se refiere a la reclamación y, en particular, a la ilegalidad de esa reclamación. La analogía que la parte demandante proponen resulta fuera de contexto, e implicaría que una parte no tendría nunca el derecho a sostener una ilegalidad por el riesgo de ser considerado un análisis *ex post facto*, a menos que se haya planteado en los foros nacionales. La demandada no ve ningún sustento a esa aseveración en estos casos.
29. Tercero, la parte demandante citan algunos casos en que los tribunales desatendieron circunstancias *ex post facto*. Por ejemplo, la parte demandante se basan en *Biwater Gauff Ltd c Tanzania*, donde, en relación con el criterio de razonabilidad en la conducta del Estado y el tratamiento no discriminatorio, el tribunal sostuvo que:

“Con respecto a la rueda de prensa del Ministro del 13 de mayo de 2005, por los motivos ya expuestos, el Tribunal de Arbitraje considera que no era

⁸⁰⁰ Prueba demostrativa presentada en la declaración final del Día 6, diapositiva 34.

⁸⁰¹ CLA-168, *Morris c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016; CLA-169, *SGS Societe Generale De Surveillance S.A. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARD/07/29, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010; CLA-170, *Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/02 Laudo, 31 de octubre de 2012; y CLA-99, *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/ 07/16, Laudo, 20 de octubre de 2010, respectivamente.

razonable. No se puede justificar *ex post facto* por la necesidad de informar al público de una decisión importante [...]”⁸⁰²

“El Tribunal también considera que estas acciones no se pueden justificar *ex post facto* con la necesidad de informar al público de una decisión importante que, tomada por sí sola, tenía un efecto concreto sobre los derechos contractuales de City Water, y tomada junto con los actos que siguieron (de los cuales forma parte) contribuyó en última instancia a una expropiación.”⁸⁰³

30. La parte demandante sostiene que el tribunal rechazó una racionalización a posteriori de una medida impugnada, y que el análisis se aplicaría también a este caso para desestimar el análisis de la demandada. La rueda de prensa en *Biwater Gauff Ltd c. Tanzania* parecía haber sido utilizada por el Estado para justificar la medida que había adoptado. Sin embargo, la demandada no ve cómo este razonamiento ayuda a los argumentos de la parte demandante. En el presente caso, las ilegalidades se refieren claramente a la conducta de la parte demandante contraria a la ley, y no son una justificación *a posteriori* de las medidas adoptadas por la demandada en respuesta a esa conducta indebida.
31. La parte demandante también citan la decisión de *Quiborax c Bolivia*⁸⁰⁴ donde la parte demandante, tratando de argumentar a favor de la integridad procesal del procedimiento de arbitraje, argumentaron que, al instaurar un proceso penal, la parte demandada fabricó pruebas *ex post facto*, “*al forzar confesiones falsas de un posible testigo, evitando de esta manera que el testigo esté disponible para declarar, e intenta hacer lo mismo con otros posibles testigos*”. En ese caso, el Tribunal consideró que:

“el proceso penal sí podría estar obstaculizando el derecho de la parte demandante presentar su caso, en especial en relación con su acceso a pruebas documentales y a testigos [...]”

Al Tribunal también le preocupan los efectos que podría tener el proceso penal sobre los posibles testigos [...]

Aún si no existiese presión ilegítima sobre posibles testigos, la naturaleza misma de este proceso penal va a reducir su disposición a cooperar con el proceso ante el CIADI. [...]

De cualquier manera, el hecho de si la parte demandante han realizado inversiones en Bolivia que se encuentren protegidas por el TBI Chile-Bolivia no será probado o negado mediante procesos penales, sino que por pruebas relacionadas con la propiedad y la forma en que se realizaron las inversiones, entre otros. Aún si del proceso penal pudieran surgir pruebas respecto de hechos relacionados con la competencia de este Tribunal, el Tribunal no estaría obligado por dichas pruebas.

Por lo tanto, el Tribunal considera que la parte demandante han demostrado la existencia de una amenaza a la integridad procesal del proceso ante el CIADI, en especial respecto a su derecho a acceso a la prueba que podría

⁸⁰² CLA-86, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párr. 696.

⁸⁰³ Id., párrafo 500.

⁸⁰⁴ CLA-7, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaphln c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre medidas provisionales, 26 de febrero de 2010, párr. 139, 143, 147-148.

ser aportada por posibles testigos. En palabras del tribunal en el caso Plama, el Tribunal considera que, en las circunstancias de este caso, los derechos invocados por la parte demandante y analizados en esta sección están vinculados con “la posibilidad [de la parte demandante] de que el tribunal arbitral considere [sus] reclamos y pretensiones y tome una decisión al respecto.”⁸⁰⁵

32. Como se puede deducir a partir de los extractos, la cuestión en juego en *Quiborax c. Bolivia* era la existencia de un proceso penal en contra de la parte demandante, iniciado después de que notificaran a Bolivia de su reclamación. El tribunal decidió que, si bien el Convenio del CIADI y los tratados de inversión no impiden que un Estado ejerza la jurisdicción penal ni “*eximen a presuntos delincuentes de ser procesados por tener la calidad de inversionistas*” si el proceso penal perjudica la integridad procesal del proceso de arbitraje, pueden prohibirse con medidas provisionales.
33. Por lo tanto, el escenario de los hechos en *Quiborax* es muy singular: los procesos penales iniciaron *después* del arbitraje; el efecto de tales procesos en las pruebas ofrecidas; y, más importante, el efecto de esos procesos en los derechos de la parte demandante en el arbitraje. En contraste, en el presente caso: (i) los procesos penales se iniciaron *antes de* del arbitraje y fueron abandonados por la parte demandante; (ii) no ha habido ninguna alegación de la parte demandante de que las ilegalidades planteadas por la demandada (que son más amplias que los temas tratados en el proceso penal en Costa Rica) han afectado las pruebas que ofrecieron ellos en el arbitraje; y (iii) la parte demandante nunca han manifestado que su conducta indebida afectara de alguna manera sus derechos procesales en el presente arbitraje.
34. A la luz de estas discrepancias, *Quiborax* claramente no se aplica a este caso.
35. La parte demandante también se basan en *Lemire c. Ucrania*,⁸⁰⁶ afirmando que el tribunal “*rechazó el intento de la parte demandada de basarse en intentos post facto por reservar la medida impugnada en virtud de los tratados del cumplimiento de la obligación mencionada en la reclamación.*” El tribunal declaró que el derecho de un Estado a hacer o mantener excepciones al trato nacional en los sectores protegidos no es ilimitado, sino que está sujeto a requisitos de notificación específicos. En consecuencia, el Tribunal afirmó que:

‘La notificación previa de las leyes y reglamentos limitantes no es una mera formalidad: es un requisito fundamental para garantizar que los inversionistas gocen de la seguridad jurídica, y que los Estados no puedan invocar la excepción a posteriori, sorprendiendo la buena fe de los inversionistas.’⁸⁰⁷
36. Entonces, el tribunal debía decidir si Ucrania notificó a los EE.UU. de cualesquiera leyes o reglamentos relativos al sector involucrado en la disputa, y encontró que la parte

⁸⁰⁵ Id., párrafos 139-140, 142-143, 145-148.

⁸⁰⁶ CLA-102, *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, 29 de marzo de 2011 párrafos 48-49 y 196.

⁸⁰⁷ Id., párrafo 49.

demandada nunca invocó la existencia de dicha notificación, y no había pruebas en el expediente que demostraran que se llevó a cabo. Se concluyó que el incumplimiento de las garantías procesales incluidas en el tratado eran un último factor que refuerza la conclusión de que las excepciones al trato nacional no guardan relación.⁸⁰⁸

37. El tribunal se refirió a las excepciones al trato nacional respecto de que la demandada debería haber notificado a los EE.UU. Este caso no se trata de ninguna excepción ni reglamento que debería haber sido informado por la demandada a la parte demandante. La parte demandante conocían o debían haber conocido el marco jurídico en el cual decidieron hacer la inversión. En consecuencia, las ilegalidades planteadas por la demandada no entrañan sorpresa alguna contra la “buena fe de la parte demandante”. Por el contrario, constituyen la aplicación de la protección ambiental en vigor en el momento en que decidieron invertir.
38. La parte demandante también citan algunos párrafos de la decisión del tribunal en *Achmea BV c. Eslovaquia*.⁸⁰⁹ Esos párrafos se refieren al debate sobre la expropiación y, en particular, a algunos hechos planteados por la demandante, que tuvieron lugar después de la presentación de la declaración de demanda. Estos hechos tuvieron el efecto de traer otras entidades al caso. En esas circunstancias, el tribunal encontró que no tenía jurisdicción con respecto a la reclamación relacionada con los hechos y las entidades, ya que no se reclamó ninguna conducta específica con respecto a dichas entidades en la declaración de demanda.
39. Ciertamente, el tribunal estaba en lo correcto en cuanto a evitar que la demandante incorporara nuevas infracciones más adelante en el proceso. Es en su primera presentación donde el demandante ha de delimitar el fundamento jurídico y fáctico de su reclamación.
40. El caso que nos ocupa no es una acusación de nuevos incumplimientos por parte de la demandada. Por el contrario, las denuncias de la demandada relativas a la conducta indebida de la parte demandante se refieren a los mismos hechos que fueron expuestos por ellos en sus alegaciones. Por lo tanto, el razonamiento de *Achmea BV c. Eslovaquia* no tiene nada que ofrecer en el presente caso.
41. Finalmente, el único caso que se refiere a la cuestión de ilegalidades es *Rusoro Mining c. Venezuela*.⁸¹⁰ En ese caso, Venezuela planteó una serie de ilegalidades con base en lo que ellos llaman “pruebas indirectas”, lo cual 'demuestra que Rusoro eludió

⁸⁰⁸ Id., párrafo 51.

⁸⁰⁹ CLA-174, *ACHEMA B.V. c. la República de Eslovaquia*, Caso CPA No. 2013-12, Laudo de Jurisdicción y Admisibilidad, 20 de mayo de 2004, párr. 266-270.

⁸¹⁰ CLA-171, *Rusoro Mining Ltd. y la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016, párr. 494-498.

sistemáticamente las regulaciones mineras'.⁸¹¹ Sin embargo, el tribunal no estaba convencido de la clase de pruebas en las que se basaba la demandada:

'[...] La "evidencia indirecta" presentadas por la República Bolivariana son evidentemente insuficientes para probar la alegación de Venezuela de que Rusoro deliberadamente coludió con los compradores nacionales para fomentar las exportaciones ilícitas de oro.'⁸¹²

42. Por tanto, el motivo por el cual el tribunal desestimó el supuesto argumento *ex post facto* planteado por demandado no fue porque era *ex post facto*, sino debido a que se basaba en pruebas que no eran convincentes. Por el contrario, en este caso la demandada ha ofrecido pruebas directas de la conducta indebida de la parte demandante.
43. Por ello, la demandada no está impedida de plantear, ante el Tribunal, la conducta indebida de la parte demandante y, en consecuencia, ha proporcionado abundantes pruebas en este sentido. Los análisis *ex post facto* que ahora denuncian la parte demandante por primera vez en este arbitraje han sido una consecuencia de su tergiversación de su inversión a las autoridades de Costa Rica.
44. En resumen, ninguno de los casos demuestra la afirmación de la parte demandante de que la demandada estaría obligada según las leyes internas a primero resolver el incumplimiento con el fin de permitir al Tribunal una apreciación de hecho en la cual basar su decisión.

⁸¹¹ Id., 496.

⁸¹² Id., 498.

ANEXO III

Las contradicciones del señor Mussio	
Testimonio sobre la responsabilidad de Mussio Madrigal para obtener permisos de construcción para las Servidumbres 8 y 9	
<p>“COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): Entonces una vez más, quedándonos con esto del alcance de la representación por un momento. Ustedes también iban a proveer -- además de los dibujos arquitectónicos revisados, iban a dar servicios para la solicitud de permisos para el proyecto. ¿Correcto?</p> <p>SEÑOR MUSSIO: Correcto. Sí. Sí, señor.”⁸¹³</p> <p>“COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): Muy bien. Entonces, dada esa situación, su empresa estaría coordinando la presentación total de cada uno de estos expertos. Pero es su empresa la que realmente firma la solicitud. ¿Correcto?</p> <p>SEÑOR MUSSIO: Sí, señor, sí. Es buena la apreciación, nosotros coordinábamos. Pero sí.”⁸¹⁴</p>	<p>“COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): [...] ¿Su firma fue a conseguir los permisos de construcción en Parrita?</p> <p>SEÑOR MUSSIO: ¿En el 2008?</p> <p>COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): Sí.</p> <p>SEÑOR MUSSIO: No, señor, nosotros le damos al grupo, a don David, nosotros le damos todo listo para que él vaya al gobierno local a sacar el permiso. Lo que faltaba era llevar los planos al gobierno local, ellos hacen una valoración y cobran un impuesto sobre ese, que es del 1 por ciento.”⁸¹⁵</p>
Conocimiento de los humedales	
<p>“P: También los humedales también se protegen al amparo de la ley. ¿No sabe?</p> <p>R: En mi conocimiento tengo entendido que sí.”⁸¹⁶</p>	<p>“En relación con mi experiencia con humedales, debo decir que es extensa.”⁸¹⁷</p>
Testimonio sobre la legalidad de las servidumbres	
<p>“SEÑOR MUSSIO [...]Y después se da el fraccionamiento -- o primero se da el análisis del fraccionamiento de los 11 que son servidumbres.</p> <p>Esto por cuanto la norma, la ley nacional faculta a que usted fraccione la tierra frente a calle pública y pueda hacer ventas.</p> <p>Esa iniciativa es de Las Olas, es del grupo de Las Olas definitivamente, pero tengo que decir que está totalmente apegada a la ley. Es totalmente legal.</p> <p>COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): Muy bien, entonces el concepto de fraccionamiento de desarrollo de la tierra que acabamos de mencionar, ¿eso fue conversado con los abogados antes de presentar la solicitud D1?</p> <p>SEÑOR MUSSIO: No, señor.”⁸¹⁸</p>	<p>El señor Aven dijo que su abogado aprobó la segregación de las servidumbres antes de contratar al señor Madrigal:</p> <p>“pero quiero señalar una cosa claramente porque se ha hablado mucho de esto como si nosotros hubiéramos hecho algo ilegalmente. Aquí no hubo nada ilegal. Antes de hacer cualquier cosa con el proyecto, mi abogado, el señor Pérez, recomendó - bueno, la ley en Costa Rica era que uno podía subdividir parcelas desde la carretera principal.”⁸¹⁹</p>
Testimonio sobre la responsabilidad de Mussio Madrigal de presentar formularios D1 ante SETENA	
<p>“P: Entiendo, pero usted da asesoramiento en este</p>	<p>“PRESIDENTE SIQUEIROS: El que hace los reportes</p>

- ⁸¹³ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 462:22; 463:1-6.
⁸¹⁴ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 468:19-22; 469:1-2.
⁸¹⁵ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 477:11-21.
⁸¹⁶ Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 367:17-20.
⁸¹⁷ Declaración testimonial de Mauricio Mussio, párrafo 13.
⁸¹⁸ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 473:9-22; 474:1.
⁸¹⁹ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 3, 839:14-21.

<p>contexto en la solicitud D1. ¿Correcto?</p> <p>R: No, no señor. Hay un concepto equivocado. La -- todo lo que es la formulación del D1, todo lo que es la preparación de la viabilidad ambiental se da a una empresa consultora, en este caso específico es Geoambiente. Ellos preparan todo, preparan todos los protocolos."⁸²⁰</p>	<p>ante la autoridad, vamos a suponer SETENA, ¿quién es el que presenta a SETENA la información?</p> <p>SEÑOR MUSSIO: Sí. En ese caso sería la firma de nosotros. La que hizo el trámite, sí, señor."⁸²¹</p>
<p>Testimonio sobre el Informe Protti</p>	
<p>"P: ¿qué diría usted? ¿A qué se refiere este informe?</p> <p>R: Básicamente es un estudio técnico que se llama tránsito de contaminantes. Básicamente lo que se quiere con ese estudio es identificar si las bacterias de las aguas tratadas pueden llegar a contaminar un acuífero."⁸²²</p>	<p>"Mussio Madrigal contactó a una empresa llamada Tecnocontrol S.A. para realizar estudios de suelo del proyecto "Las Olas", no para que realizara el procedimiento de evaluación de impacto ambiental ante la SETENA. Es probable que Tecnocontrol haya subcontratado al señor Roberto Protti, un geólogo, para realizar dicho estudio."⁸²³</p>
<p>Testimonio sobre su participación en el Proyecto Costa Montaña</p>	
<p>"COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): En su historia como consultor ambiental y profesional en Costa Rica, ¿cuántos proyectos en la historia de su firma han recibido denuncias durante el proyecto: ninguno, algunos, todos?"⁸²⁴</p> <p>"SEÑOR MUSSIO No, en ninguno de mis proyectos.</p> <p>COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés): Es -- a ver si entiendo. ¿Ninguno de los proyectos de su firma, o en el cual usted ha intervenido, pues, nunca ha habido ninguna denuncia formal presentada contra sus proyectos?</p> <p>SEÑOR MUSSIO: Sí, señor, en ninguna."⁸²⁵</p>	<p>La declaración testimonial del señor Mussio:</p> <p>"A pesar de todos los proyectos en que hemos participado, la única vez que hemos tenido problemas con un proyecto fue en el año 2008 con el proyecto "Costa Montaña", un proyecto de parcelamiento agrícola. El Tribunal Ambiental Administrativo visitó el proyecto "Costa Montaña" y más adelante se presentó una denuncia en contra de Mussio Madrigal y mía personalmente, en mi calidad de director de ese proyecto, ante el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos."⁸²⁶</p>
<p>Testimonio sobre la sanción impuesta por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica</p>	
<p>"P: Y también el Colegio Federal de Arquitectos e Ingenieros inició un proceso disciplinario contra usted y su socio Edgardo Madrigal. ¿Correcto?</p> <p>R: Contra la firma, contra el socio, contra mí. Sí, señor. [...]</p> <p>En este momento yo no tengo un solo documento del Colegio Federado que diga lo contrario."⁸²⁷</p>	<p>"P: ¿Usted no lo ha investigado después de enterarse de esta resolución?</p> <p>R: Yo hablé con abogado, se llama May, de nombre May. Lo llamé y le dije: ¿qué significa esto? [...]."⁸²⁸</p>

⁸²⁰ Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 378:2-10.

⁸²¹ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 488:15-20.

⁸²² Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 442:4-10.

⁸²³ Declaración testimonial de Mauricio Mussio, párrafo 46.

⁸²⁴ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 480:17-20.

⁸²⁵ Reinterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 482:7-14.

⁸²⁶ Declaración testimonial de Mauricio Mussio, párrafo 10.

⁸²⁷ Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día, 412:17-22; 413:5-7.

⁸²⁸ Contrainterrogatorio de Mauricio Mussio, Transcripción del día 2, 417:1-6.