

**EN EL ARBITRAJE CON ARREGLO AL TRATADO DE LIBRE COMERCIO
ENTRE CENTROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA 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 (Estados Unidos
de América) (Demandantes)**

v

LA REPÚBLICA DE COSTA RICA (Demandada)

MEMORIAL DE LAS DEMANDANTES

Abogados de las Demandantes

George Burn, Louise Woods y Alexander Slade	Todd Weiler
Vinson & Elkins RLLP	#19 – 2014 Valleyrun Road
CityPoint	London
1 Ropemaker Street	Ontario
London EC2Y 9UE	N6G 5N8
United Kingdom	

V&E

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	HECHOS	2
A.	Las Demandantes establecen sus inversiones en Costa Rica	2
	(a) Las Demandantes	2
	(b) El ambiente para la inversión extranjera en Costa Rica	6
	(c) El establecimiento de las inversiones	8
B.	Obtención de los permisos necesarios	19
C.	Comienzan las obras y las actividades de marketing y venta	32
D.	Los cambios drásticos y repentinos de la relación regulatoria	39
	(a) Las medidas adoptadas para frenar la construcción	39
	(b) Una explicación del abrupto cambio de comportamiento de Costa Rica	48
	(c) La investigación penal y la falta de pruebas de responsabilidad penal	51
E.	El juicio de David Aven	55
	(a) La acusación	55
	(b) Instrucción y audiencia preliminar	57
	(c) Juicio	58
F.	Temores razonables y justificables de volver a Costa Rica	64
G.	Inexistencia de humedales o bosques en el sitio del proyecto Las Olas	68
H.	Conclusión	79
III.	FUNDAMENTO JURÍDICO DE LOS RECLAMOS	80
A.	Derecho aplicable	80
	(a) Normas de interpretación aplicables	80
	(b) Relevancia de otras disposiciones del DR-CAFTA	84
B.	El Tribunal tiene jurisdicción sobre los reclamos de los inversionistas	88
C.	Artículo 10.5 del CAFTA	90
D.	Artículo 10.7(1) del CAFTA	150
	(a) Expropiación significa interferencia significativa de una inversión ..	150
	(b) Párrafo (4) del Anexo 10-C sobre expropiación indirecta	153
	(c) Diferencia entre expropiación legítima e ilegítima	156
	(d) Aplicación del Artículo 10.7 a los hechos planteados en este caso ...	157
IV.	MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN	160
A.	Daños vinculados a la destrucción de la inversión	160
	(a) Las Demandantes tienen derecho a una indemnización por el monto del valor justo de mercado de sus inversiones en Costa Rica que se vieron frustradas por la conducta atribuible a la Demandada.	161
	(b) Estimación del valor justo de mercado	164

(c)	Todas las implicancias de garantizar una indemnización en base al principio de reparación total	167
(d)	Los daños de las Demandantes relacionados al valor justo de mercado de su inversión.....	169
(e)	Conclusiones sobre los daños sufridos por las Demandantes como consecuencia de la destrucción de su inversión.....	178
B.	Daño moral causado al Sr. Aven	179
(a)	Ley aplicable sobre daño moral	179
(b)	Daño moral sufrido por el Sr. Aven como consecuencia de los actos de Costa Rica	183
C.	Intereses	185
V.	CONCLUSIONES.....	186

GLOSARIO

- (i) “**AAF**” se refiere a un área ambientalmente frágil
- (ii) “**ACOPAC**” hace referencia al área de conservación del SINAC correspondiente al proyecto Las Olas
- (iii) “**AID**” se refiere a un Área de Influencia Directa
- (iv) “**CADEXCO**” es la Cámara de Exportadores de Costa Rica
- (v) “**CINDE**” es la Agencia de Promoción de Inversión de Costa Rica
- (vi) “**CONAC**” es el Consejo Nacional de Áreas de Conservación, una rama del SINAC
- (vii) “**CORAC**” es el Consejo Regional, una rama del SINAC
- (viii) “**DEPPAT**” es una empresa costarricense de consultoría ambiental
- (ix) “**DR-CAFTA**” se refiere al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana
- (x) “**EDSA**” es una empresa de planificación urbana de Florida
- (xi) “**EIA**” hace referencia a Evaluación de Impacto Ambiental
- (xii) “**TJE**” se refiere al trato justo y equitativo
- (xiii) “**PPyS**” hace referencia a la plena protección y seguridad
- (xiv) “**INGEOFOR**” es una empresa de consultoría ambiental de Costa Rica
- (xv) “**INTA**” es el Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria, Costa Rica
- (xvi) “**MINAE**” se refiere al Ministerio del Ambiente, Costa Rica; también denominado MINAET
- (xvii) “**MINAET**” se refiere al Ministerio del Ambiente, Costa Rica; también denominado MINAE
- (xviii) “**TLCAN**” es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte
- (xix) “**AP**” hace referencia al Área del Proyecto
- (xx) “**PROCOMER**” es la Promotora del Comercio Exterior
- (xxi) “**SETENA**” se refiere a la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, una rama especializada del Ministerio del Ambiente, Costa Rica
- (xxii) “**SINAC**” es el Sistema Nacional de Áreas de Conservación, Costa Rica, una rama del Ministerio del Ambiente, Costa Rica

- (xxiii) “**TAA**” se refiere al Tribunal Ambiental Administrativo, una rama del Ministerio del Ambiente, Costa Rica
- (xxiv) “**CVDT**” hace referencia a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- (xxv) “**WACC**” se refiere al costo promedio ponderado de capital
- (xxvi) “**ASP**” se refiere a un Área Silvestre Protegida

I. INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con el Anexo A de la Resolución Procesal N. ° 1 de fecha 10 de septiembre de 2015, las Demandantes (o los “**Inversionistas**”) presentan su Memorial en apoyo de sus reclamaciones contra la República de Costa Rica (“**Costa Rica**” o la “**Demandada**”) en virtud del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y la República Dominicana (“**DR-CAFTA**”), del cual la Demandada y el país de origen de las Demandantes, Estados Unidos de América, son signatarios.
2. El presente Memorial se presenta conforme a la Notificación de la Intención de Someter la Reclamación a Arbitraje del 17 de septiembre de 2013 (la “**Notificación de Intención**”) y su Notificación del arbitraje del 24 de enero de 2014 (la “**Notificación**”).
3. En sustento de su reclamación, las Demandantes ofrecen las declaraciones testimoniales de:
 - (b) David Richard Aven, Carolyn Jean Park, Eric Allan Park, Jeffrey Scott Shioleno, David Alan Janney y Roger Raguso, todos ellos inversionistas Demandantes;
 - (c) Jovan Dushan Damjanac, Director de Ventas y Marketing del proyecto Las Olas;
 - (d) Esteban Bermúdez Rodríguez, Regente Ambiental del proyecto Las Olas;
 - (e) Minor Arce Solano, ingeniero forestal;
 - (f) Néstor Morera Viquez, abogado penalista del Sr. Aven;
 - (g) Manuel Enrique Ventura-Rodríguez, abogado costarricense del Sr. Aven;
 - (h) Fernando Zumbado, exministro de Vivienda de Costa Rica; y
 - (i) Robert y Patricia Dull, compradores del Lote 155 ubicado en Las Olas.
4. Asimismo, las Demandantes fundamentan su reclamación en las declaraciones periciales de:
 - (b) Dr. Manuel Abdala de Compass Lexecon, perito experto en cuantificación de daños; y
 - (c) Gerardo Barboza Jimenéz, biólogo y experto en humedales.

5. Las Demandantes también se basan en los anexos y la legislación, doctrina y jurisprudencia enumeradas en los índices con hipervínculos adjuntos al presente Memorial.

II. HECHOS

A. Las Demandantes establecen sus inversiones en Costa Rica

6. Las Demandantes someten sus reclamaciones a arbitraje (i) en nombre propio en virtud del artículo 10.16(1)(a) del DR-CAFTA y (ii) en nombre de las empresas constituidas en Costa Rica que en forma directa o indirecta son de propiedad o están bajo el control de las Demandantes (las “**Empresas**”) conforme al artículo 10.16(1)(b) del DR-CAFTA.

(a) Las Demandantes

(i) Los Inversionistas

7. Los siguientes inversionistas particulares son Demandantes en este arbitraje:

(a) Sr. David Richard Aven (“Sr. Aven”)

Pasaporte estadounidense N.º 496038727

11 E. Washington Street, #12A

New Castle, PA 16101

(b) Sr. Samuel Donald Aven (“Sr. S. Aven”)

Pasaporte estadounidense N.º 483575127

3979 Berwick Farm Drive

Duluth, GA 30096

(c) Sra. Carolyn Jean Park

Pasaporte estadounidense N.º 426498473

306 E. Fairmont Avenue

New Castle, PA 16105

(d) Sr. Eric Allan Park

Pasaporte estadounidense N.º 426487189

306 E. Fairmont Avenue

New Castle, PA 16105

(e) **Sr. Jeffrey Scott Shioleno**

Pasaporte estadounidense N.º 498443019

5105 W. Cleveland Street

Tampa, FL 33609

(f) **Sr. David Alan Janney**

Pasaporte estadounidense N.º 474275663

500 S. Semoran Boulevard

Orlando, FL 32807

(g) **Sr. Roger Raguso**

Pasaporte estadounidense vencido N.º 046591410 (El Sr. Raguso no posee pasaporte vigente)

111 Holiday Lane

Canadaigua, NY 14424

8. Según consta en las copias de sus pasaportes, las Demandantes son todos ciudadanos estadounidenses y cada uno califica como “*inversionista de una parte*” de conformidad con el artículo 10.28 del DR-CAFTA¹. Asimismo, según explicó el Sr. Aven en su Primera Declaración Testimonial, si bien también es ciudadano italiano, nunca ha vivido en ese país y no tienen ningún tipo de conexión personal, económica o comercial con Italia².

(ii) Las Empresas

9. Las Demandantes además presentan esta reclamación en virtud del artículo 10.16(1)(b) del DR-CAFTA en nombre de las siguientes Empresas:

(b) Las Olas Lapas Uno, S.R.L.;

(c) Mis Mejores Años Vividos, S.A. (anteriormente Caminos de Esterillos, S.A., Amaneceres de Esterillos, S.A., Noches de Esterillos, S.A., Lomas de

¹ Anexo C3, Copias de los pasaportes de las Demandantes presentados con la Notificación de Arbitraje

² Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 4

Esterillos, S.A., Atardeceres Cálidos de Esterillos Oeste, S.A., Jardines de Esterillos, S.A., Paisajes de Esterillos, S.A. y Altos de Esterillos, S.A.);

- (d) La Estación de Esterillos, S.A. (anteriormente Iguanas de Esterillos, S.A.);
 - (e) Bosques Lindos de Esterillos Oeste, S.A.;
 - (f) Montes Development Group, S.A.;
 - (g) Cerros de Esterillos del Oeste, S.A.;
 - (h) Inversiones Cotsco C & T, S.A.; y
 - (i) Trio International Inc.
10. Con respecto a la titularidad y régimen legal de las Empresas, las Demandantes se basan en las declaraciones realizadas por los secretarios debidamente designados (y en el caso de Las Olas Lapas Uno, S.R.L., que es una sociedad de responsabilidad limitada, el gerente debidamente nombrado) de cada una de las Empresas en julio de 2013, con anterioridad a la presentación de la Notificación del Arbitraje³.
11. Por otra parte, mediante el contrato de fecha 3 de agosto de 2014 celebrado entre David Richard Aven y Giacomo Anthony Buscemi, el Sr. Buscemi transfirió su participación en el proyecto Las Olas al Sr. Aven⁴. Como resultado, el Sr. Buscemi ya no es Demandante en el presente arbitraje.
12. Por lo tanto, a modo de resumen, las respectivas participaciones de las Demandantes en las Empresas son las siguientes:
- (b) David Richard Aven – 28%;
 - (c) Samuel Donald Aven – 44% ;
 - (d) Carolyn Jean Park – 10% ;
 - (e) Eric Allan Park – 10%;

³ Anexo C4, Documentación del régimen legal y titularidad de las Empresas; Anexo C5, Documentación del título de propiedad de las Empresas sobre partes del Proyecto Las Olas

⁴ Anexo C168, Contrato celebrado entre Giacomo Buscemi y David Aven, 3 de agosto de 2014

(f) Jeffrey Scott Shioleno – 2%;

(g) David Alan Janney – 1%; y

(h) Roger Raguso – 5%.

(iii) La participación del 49% de las Demandantes en La Canícula

13. Además, las Demandantes son titulares en forma conjunta de una participación del 49% en La Canícula, S.A. (“**La Canícula**”), según consta en la declaración adjunta del 2 de agosto de 2013 efectuada por el Sr. Aven, en calidad de secretario debidamente elegido de la sociedad La Canícula⁵.
14. Los derechos de propiedad de las Empresas y La Canícula sobre el sitio del proyecto Las Olas, incluida la concesión frente a la playa (la “**Concesión**”) se describe más adelante con mayor detalle.
15. Las respectivas participaciones de las Demandantes en La Canícula son las siguientes:
- (b) David Richard Aven – 13,72%;
- (c) Samuel Donald Aven – 21,56%;
- (d) Carolyn Jean Park – 4,9%;
- (e) Eric Allan Park – 4,9%;
- (f) Jeffrey Scott Shioleno – 0,98%;
- (g) David Alan Janney – 0,49%; y
- (h) Roger Raguso – 2,45%.
16. Asimismo, tal como explica el Sr. Aven en su declaración testimonial, en todo momento tuvo el control de La Canícula, empresa propietaria de la Concesión, actuando por cuenta propia y por cuenta de los demás Demandantes, y todo beneficio del proyecto derivado de la Canícula sería para las Demandantes⁶. El restante 51% de

⁵ Anexo C7, Documentación del régimen legal y titularidad de La Canícula

⁶ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 26; Anexo C65, Contrato de La Canícula, 10 de mayo de 2010

La Canícula es propiedad de un costarricense⁷ que no tuvo participación en el día a día, ni control sobre el desarrollo del proyecto Las Olas o la Concesión. La necesidad de que un costarricense fuera titular del 51% de las acciones de La Canícula respondía al hecho de que conforme a la legislación de Costa Rica, no se puede adjudicar concesiones a una empresa salvo que al menos la mitad de las acciones de esa sociedad sean de propiedad de un costarricense⁸.

(b) El ambiente para la inversión extranjera en Costa Rica

17. El gobierno de Costa Rica ha buscado en forma constante atraer inversión extranjera directa, en particular para promover la industria del turismo y aumentar sus exportaciones. Los inversionistas extranjeros y la inversión extranjera directa se considera un gran contribuyente al crecimiento económico de Costa Rica⁹.
18. Costa Rica trata activamente de conseguir inversión extranjera directa a través de su Promotora del Comercio Exterior, conocida como PROCOMER, así como a través de la Agencia de Promoción de Inversiones de Costa Rica, CINDE. En conjunto, estas organizaciones lideran las iniciativas de promoción de las inversiones en Costa Rica y proporcionan una gran cantidad de información a los inversores extranjeros actuales y potenciales. Estas empresas, junto con CADEXCO, la cámara de exportadores de Costa Rica, se han posicionado como las organizaciones de referencia para ayudar a los inversionistas extranjeros a entrar en Costa Rica.
19. La CINDE ha sido nombrada oficialmente la promotora del país ante los inversionistas extranjeros y desempeña una función de asesoramiento a aquellos que desean información sobre cómo desarrollar una actividad empresarial en Costa Rica. De hecho, para ayudar en su labor de promocionar al país como un lugar atractivo para que los extranjeros inviertan, la CINDE estableció una oficina en la ciudad de Nueva York. La CINDE se jacta de que Costa Rica fue elegida entre los '*10 mejores países para invertir*' en el mundo. También se ha afirmado que Costa Rica es un destino preferencial en América Latina en materia de '*calidad, eficiencia, experiencia y oportunidades de crecimiento en el ambiente más confiable y seguro*'.

⁷ Anexo C7, Documentación sobre la titularidad y el régimen legal de La Canícula

⁸ Anexo C221, Ley Sobre la Zona Marítimo-Terrestre N.º 6043 [1977]

⁹ Anexo C169, *Costa Rica Attracts Over \$2 billion in Foreign Direct Investment in 2014*, The Tico Times, 20 de diciembre de 2014; Anexo C172, *www.costarica.com Direct Foreign Investment*, 24 de junio de 2015

20. Como se mencionó anteriormente, Costa Rica busca activamente inversión extranjera directa. En el año 2010, Leland Baxter-Neal elaboró un estudio de la Universidad de Stanford para el Center for Responsible Travel (una organización de investigación sin fines de lucro) titulado *Incentives for Retirement & Investment in Costa Rica* (Incentivos a la jubilación y la inversión en Costa Rica) como parte de un proyecto más amplio sobre “*The Impact of Tourism Related Development along Costa Rica’s Pacific Coast*” (El impacto del desarrollo relacionado con el turismo a lo largo de la costa del Pacífico de Costa Rica)¹⁰. El estudio fue compilado sobre la base de entrevistas con expertos en jubilación e inversión en Costa Rica con conocimiento directo de las políticas de Costa Rica en materia de incentivos a la jubilación y la inversión para extranjeros. La información obtenida a través de las entrevistas se complementó con datos obtenidos de otras fuentes, incluidas las leyes pertinentes, documentos gubernamentales y sitios web especializados en información sobre jubilación e inversión en Costa Rica.
21. Si bien en el estudio se señala que no se ofrecen incentivos o beneficios específicos a los jubilados extranjeros en Costa Rica, se destaca la popularidad del país no solo como destino de vacaciones, sino también como un lugar para vivir después de jubilarse. El autor del informe a continuación afirma que aunque Costa Rica no ha ofrecido expresamente incentivos para desarrollos turísticos costeros, los funcionarios gubernamentales han prestado especial atención a ciertos proyectos, por ejemplo, al aparecer en ceremonias de inauguración, y en un caso, al declarar de interés nacional un desarrollo inmobiliario a gran escala que incluía un hotel, un campo de golf y casas en la costa.
22. De lo anterior se desprende que, en 2002, cuando las Demandantes adquirieron participaciones en las parcelas que conformaban el sitio del proyecto Las Olas y el sitio de la Concesión, Costa Rica se estaba promoviendo activamente como un lugar atractivo para que los extranjeros inviertan, y consideraba que los proyectos como Las Olas eran beneficiosos para la economía local.
23. Además, Costa Rica no cuenta con un programa específico de selección de inversión extranjera. Se espera que las inversiones extranjeras cumplan con las leyes y

¹⁰ Anexo C63, *Incentives for Retirement & Investment in Costa Rica* elaborado por Leland Baxter-Neal para el Center for Responsible Travel, abril de 2010

normativa locales aplicables. Tanto los particulares como las empresas extranjeras pueden ser titulares de bienes de la misma manera que los ciudadanos costarricenses, a excepción de la Concesión, como se indicó anteriormente. Por lo tanto, las Demandantes no estaban obligados, al establecer su inversión, a cumplir con ninguna ley o normativa más allá de aquellas aplicables a todos los ciudadanos y empresas costarricenses¹¹.

24. En el caso de las Demandantes, por lo tanto, para el establecimiento de sus inversiones, estaban obligados a cumplir, en primer lugar, con la legislación costarricense y el procedimiento relativo a la adquisición de la propiedad de los inmuebles y el otorgamiento de la concesión por parte de la Municipalidad, y así lo hicieron. A partir de entonces, las Demandantes debieron cumplir con las leyes y normas aplicables al desarrollo inmobiliario, que incluyen un proceso prolongado y riguroso de aprobación de permisos, como se describe en más detalle a continuación.

(c) El establecimiento de las inversiones

(i) La decisión de invertir

25. Las Demandantes se conocían mucho antes de invertir en Costa Rica. Después de mucha investigación y varios viajes de exploración a Costa Rica, tomaron la decisión de invertir en el mercado inmobiliario costarricense juntos. David Aven, Sam Aven y Carol Park son hermanos, Eric Park es el marido de Carol y Roger Raguso es primo hermano del Sr. Aven y sus hermanos. Los Sres. Janney, Shioleno y Buscemi son todos amigos desde hace mucho tiempo del Sr. Aven. Como resultado, la inversión se manejó en gran parte como un asunto familiar, con poca formalidad en cuanto al asiento de las operaciones del proyecto, tal como explica el Sr. Aven en su declaración testimonial¹².
26. La decisión de invertir en el sector inmobiliario de Costa Rica se dio como consecuencia de la amplia experiencia del Sr. Aven en el mercado inmobiliario en general, y su creciente conocimiento —en virtud de su amistad con el Sr. Janney, un desarrollador inmobiliario experimentado originario de Florida a quien el Sr. Aven conoció a fines de la década de 1980— del mercado inmobiliario en Costa Rica.

¹¹ Anexo C154, Departamento de Estado de los Estados Unidos, Informe sobre el clima de inversión 2012 - Costa Rica, junio de 2012 <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2012/191132.htm>

¹² Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 28

27. A fines de la década de 1990 y principios de la de 2000, el Sr. Janney viajaba a Costa Rica con frecuencia para realizar trabajo humanitario, donde observó un mercado inmobiliario en auge¹³. A partir del año 2000 aproximadamente, convenció al Sr. Aven de viajar al país para averiguar y aprovechar las oportunidades de inversión que ofrecía en ese momento.
28. En los años siguientes, convencido de la posibilidad de un muy buen retorno sobre cualquier inversión en el mercado inmobiliario de Costa Rica, el Sr. Aven hizo varios viajes exploratorios adicionales a Costa Rica, en busca de una inversión inmobiliaria.
29. En ese momento, el mercado inmobiliario de Costa Rica estaba en auge. Turistas estadounidenses y canadienses llegaban al país en tropel para pasar sus vacaciones y para vivir tras jubilarse. Costa Rica se vio favorecida como destino en virtud de la proximidad del país a los Estados Unidos y Canadá, su buen clima, sus playas vírgenes y el costo de vida relativamente bajo¹⁴.
30. Como resultado, hubo una gran cantidad de obras de construcción en Costa Rica en ese momento y los inversionistas extranjeros jugaron un papel importante en ese desarrollo. Tal como explica el exministro de Vivienda de Costa Rica, Sr. Zumbado, en su Declaración Testimonial, era importante para la economía de Costa Rica atraer y retener esas inversiones extranjeras, dada su valiosa contribución a la economía local¹⁵.

(ii) La adquisición de terrenos para el proyecto Las Olas

31. Una vez que el Sr. Aven identificó el sitio Las Olas y la Concesión como el lugar ideal para su inversión, se dispuso a adquirir cada finca a través de las Empresas y La Canícula.
32. En ese momento, el inmueble que estaba destinado para desarrollar el proyecto Las Olas estaba compuesto por cinco fincas distintas, situadas de forma contigua en la provincia de Puntarenas (los **“Terrenos del Proyecto”**). Estos se detallan a continuación:

¹³ Ver Declaración Testimonial de David Janney ¶ 13

¹⁴ Anexo C154, Departamento de Estado de los Estados Unidos, Informe sobre el clima de inversión 2012 - Costa Rica, junio de 2012 <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2012/191132.htm>

¹⁵ Ver Declaración Testimonial de Fernando Zumbado ¶ 23

- (b) Finca N.º 91765-000 (Plano Catastrado N.º P-0110308-93), con una superficie de treinta hectáreas, 5520,14 metros cuadrados, de propiedad de La Canícula, representada por Carlos Alberto Monge Rojas;
 - (c) Finca N.º 124625-000 (Plano Catastrado N.º P-741687-01), con una superficie de 7722,56 metros cuadrados, de propiedad de Chicas Poderosas, S.A., representada por Carlos Alberto Monge Rojas;
 - (d) Finca N.º 124626-000 (Plano Catastrado N.º P-741685-01), con una superficie de 6432,15 metros cuadrados, de propiedad de Chicas Poderosas, S.A., representada por Carlos Alberto Monge Rojas;
 - (e) Finca N.º 124627-000 (Plano Catastrado N.º P-741688-01), con una superficie de 6331,40 metros cuadrados, de propiedad de Chicas Poderosas, S.A., representada por Carlos Alberto Monge Rojas; y
 - (f) Finca N.º 121678-000 (Plano Catastrado N.º P-733357-01), con una superficie de 61.013,31 metros cuadrados, de propiedad de Pacific Condo Park, S.A., representada por Mauricio Chaves Mesén.
33. De conformidad con los términos del contrato celebrado el 6 de febrero de 2002 entre el Sr. Aven por una parte, y Carlos Alberto Monge Rojas, en representación de La Canícula, y Mauricio Chaves Mesén, en representación de Pacific Condo Park S.A. (en conjunto, los “**Vendedores**”), por la otra, el Sr. Aven adquirió una opción (i) para adquirir la propiedad de las cinco fincas y (ii) para asumir la concesión que la Municipalidad de Parrita otorgaría a La Canícula, todo por USD1.647.000,00 (el “**Contrato de Opción**”)¹⁶.
34. Una de las condiciones de celebración del Contrato de Opción era que los Vendedores debían obtener la confirmación de la Municipalidad de Parrita de que La Canícula era el concesionario legítimo del inmueble ubicado en la zona marítima adyacente a los Terrenos del Proyecto (Plano Catastrado N.º P-757329-2001, Finca N.º 6-001004-Z-000).

¹⁶ Anexo C27, Contrato de Opción para la Compraventa de Inmuebles, 6 de febrero de 2002

35. El 5 de marzo de 2002, la Municipalidad de Parrita otorgó una concesión a favor de La Canícula por un período renovable de 20 años (la “**Concesión**”)¹⁷.
36. Durante los meses de abril y mayo de 2002, tras el cumplimiento satisfactorio de las condiciones suspensivas por parte de los vendedores, Inversiones Cotsco C & T, S.A. (“**Inversiones Cotsco**”) adquirió la propiedad de los cinco Terrenos del Proyecto, según el siguiente detalle:
- (b) El 1 de abril de 2002, Inversiones Cotsco adquirió la propiedad de una parcela perteneciente a La Canícula, por un importe de CRC100.000;
 - (c) El 1 de abril de 2002, Inversiones Cotsco adquirió la propiedad de una parcela perteneciente a Pacific Condo Park, S.A., por un importe de CRC1.000.000; y
 - (d) El 22 de mayo de 2002, Inversiones Cotsco adquirió la propiedad de una parcela perteneciente a Chicas Poderosas, S.A., por la suma de CRC50.000 cada una.

El notario público, Juan Carlos Esquivel Favareto, asentó la operación de compra de los cinco Terrenos del Proyecto.

37. El 16 de septiembre de 2005, el Sr. Aven, en representación de Inversiones Cotsco, solicitó al Registro Nacional de Costa Rica consolidar y unir en una única finca, los cinco Terrenos del Proyecto de propiedad de la empresa. Como resultado, se creó una finca nueva que se designó con el N.º P-142646, con Plano Catastrado N.º P-1021869-05 y una superficie de 377.945,1 metros cuadrados.
38. Aproximadamente dos años más tarde, el 9 de octubre de 2007, el Sr. Aven, actuando en nombre de Inversiones Cotsco, dividió y creó 15 lotes nuevos, al este de la vía pública que conduce a Esterillos Oeste, algunos de los cuales posteriormente se subdividieron en terrenos aún más pequeños. Las parcelas resultantes de la subdivisión del 9 de octubre de 2007 y de las demás subdivisiones posteriores se enumeran en el Anexo A del presente Memorial. Estas operaciones fueron asentadas por Román Esquivel Font, un notario público, y Gavridge Pérez Porras, el entonces abogado del Sr. Aven.

¹⁷ Anexo C28, Carta de la Agencia de Turismo de Costa Rica en la que se confirma la aprobación de la Concesión, 5 de marzo de 2002

39. El 19 de febrero de 2009, el Sr. Aven, actuando en nombre de Inversiones Cotsco, transfirió la Finca N.º 142646-000 a Trio International Inc., S.A. (“**Trio International**”), en calidad de fiduciario. Esta última también estuvo representada por el Sr. Aven. La transferencia se basó en el Contrato de Fideicomiso identificado como “001-INVERSIONES COTSCO” y registrado por Sebastián Vargas Roldán, un notario público y el entonces abogado del Sr. Aven en Costa Rica.
40. Siete meses más tarde, el 29 de septiembre de 2009, el Sr. Aven, en nombre de Trio International, se presentó ante el Sr. Vargas y creó el “Condominio Horizontal Residencial Las Olas con Fincas Filiales Primarias Individualizadas”. De acuerdo con la escritura que creó esa subdivisión, todos los lotes seguirían siendo parte del Contrato de Fideicomiso identificado como “001-INVERSIONES COTSCO”, y Trio International seguiría actuando en calidad de fiduciario. De ese modo, se crearon los siguientes 288 lotes:
- (b) Lote N.º 2881-M-000; y
 - (c) Lotes N.º 79209-F a 79496-F.

(iii) Descripción del proyecto Las Olas

41. Una vez que las Demandantes adquirieron la propiedad del sitio del proyecto Las Olas y la Concesión, el Sr. Aven, previa consulta a los demás Demandantes, se dispuso a determinar la mejor manera de desarrollar los terrenos. Según lo explicado por el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, las Demandantes no tenían ningún plan firme de desarrollo al principio¹⁸. En vista del auge del mercado inmobiliario y la ubicación y topografía del sitio Las Olas, las Demandantes se dieron cuenta de que era una joya de inmueble y consideraron que, incluso si solo se quedaban con él durante algunos años antes de venderlo, obtendrían un retorno considerable.
42. El sitio Las Olas está compuesto aproximadamente por 37 hectáreas de colinas ondulantes con vista a una de las playas más lindas de la costa del Pacífico Central, en una pequeña comunidad, equidistante entre dos grandes ciudades y conectadas por una ruta que, una vez terminada, reduciría a la mitad el tiempo en auto a San José¹⁹. A diferencia de los terrenos planos y pantanosos en la zona, Las Olas ofrece una

¹⁸ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 21

¹⁹ Anexo C193, Fotografías aéreas de Las Olas

oportunidad única para construir. El terreno montañoso brindaba una oportunidad para maximizar las vistas al mar. El hecho de que estaba cerca de la playa y las comodidades de Esterillos Oeste sirvió para aumentar aún más su atractivo y probable rentabilidad económica²⁰.

43. En el año 2004, el Sr. Aven encargó, en nombre de las Demandantes, un estudio combinado de marketing y planificación del proyecto. Norton Consulting (“**Norton**”), una empresa con sede en Florida, preparó la parte del informe relacionada con el marketing, mientras que EDSA, una empresa de planificación urbana de Florida elaboró el concepto de diseño del proyecto. El estudio combinado costó cerca de USD175.000 y brindaba una descripción general de las opciones de desarrollo del proyecto a futuro²¹.
44. Una vez terminado, el informe combinado proporcionó a las Demandantes un diseño conceptual completo del proyecto, incluida una variedad de lotes diferentes a distintos precios. Estos lotes incluían residencias de lujo frente al mar, casas de gama media, residencias más pequeñas y un club de playa al que todos los residentes tendrían acceso. El informe combinado estimó un monto de ventas brutas del proyecto con base en ese diseño de aproximadamente USD55 millones.
45. Una vez recibido el informe combinado, las Demandantes decidieron seguir adelante con el desarrollo sobre la base de ese diseño. Además, desarrollaron planes para un proyecto de integración vertical que maximizaría las diversas fuentes de ingresos del proyecto. Estas diferentes fuentes de ingresos incluirían el producido de las ventas de los lotes, los ingresos procedentes de la construcción de residencias en los lotes, las ventas de casas y tiempos compartidos, el otorgamiento de hipotecas a los compradores, la provisión de un programa de alquiler para los propietarios de las residencias y las unidades bajo régimen condominial cuando sus casas estuvieran desocupadas, la prestación de servicios de gestión de las instalaciones de todo el proyecto y el alquiler de espacio comercial en el sitio del proyecto. Tal como señala el Sr. Damjanac en su Declaración Testimonial, el plan era intentar ofrecer tantos servicios como fuera posible a los clientes. Este era un modelo que él había visto

²⁰ Anexo C192, Fotografías de Las Olas; Anexo C193, Fotografías aéreas de Las Olas

²¹ Anexo C30, Informe de Norton y EDSA, septiembre de 2004

funcionar con éxito en otros desarrollos²². En la descripción general del proyecto de 2007, escrita por el Sr. Aven como director gerente del proyecto, se puede encontrar una buena descripción de las diferentes fuentes de ingresos que el Sr. Aven previó, y su contribución a un retorno económico más alto sobre la inversión de las Demandantes²³.

46. Las Demandantes no fueron los primeros en elaborar este tipo de enfoque en la zona en ese momento. El informe combinado de Norton y EDSA había identificado diez proyectos similares que se vendían activamente en Costa Rica en ese momento. De esos proyectos, Norton y EDSA consideraron que el líder del mercado era Los Sueños, un proyecto muy exitoso ubicado aproximadamente a 15 minutos en auto del sitio Las Olas²⁴. Sin embargo, tal como señaló Norton en su estudio, el sitio Las Olas tenía una playa “*de surf de primera clase*”²⁵ —una clara ventaja sobre Los Sueños. En esas circunstancias, las Demandantes consideraron que había suficientes ejemplos de proyectos similares exitosos en las inmediaciones para que su concepto de diseño pareciera viable.
47. El Sr. Aven también había estado hablando con expatriados locales en Costa Rica y, con base en esas conversaciones y sus viajes cada vez más frecuentes al país, cada vez se sentía más seguro de las probabilidades de éxito del proyecto. Esta confianza era compartida por el señor Janney y el Sr. Raguso, ambos desarrolladores y constructores experimentados²⁶.
48. Teniendo en cuenta el estudio combinado de Norton y EDSA, el éxito de Los Sueños y otros proyectos turísticos similares en los alrededores y el fuerte mercado inmobiliario en Costa Rica en ese momento, las Demandantes decidieron seguir adelante con el desarrollo y le encargaron a un arquitecto y una empresa de ingeniería que elaboraran un plan maestro para el sitio²⁷ como un importante primer paso hacia la obtención de los permisos ambientales y de construcción necesarios para el desarrollo.

²² Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 23

²³ Anexo C39, Informe de Análisis de Las Olas, 2007

²⁴ Anexo C30, Informe de Norton y EDSA, de septiembre de 2004, pp. 26 a 35

²⁵ *Íd.*, p. 10

²⁶ Ver Declaración Testimonial de David Janney ¶ 6 y Declaración Testimonial de Roger Raguso ¶ 6

²⁷ Anexo C54, Plan Maestro del Sitio, 17 de septiembre de 2008

49. Tomando como base el estudio de mercado que ya habían llevado a cabo y la experiencia combinada en desarrollo, construcción y venta de bienes inmuebles del Sr. Aven, Raguso, Janney y Shioleno, las Demandantes desarrollaron una visión para el proyecto a futuro. El plan era crear un lugar de uso mixto residencial y comercial que ofreciera alojamiento de lujo frente al mar y condominios con destino residencial, con vista al mar o a los terrenos, y todas las comodidades necesarias, incluyendo un spa, piscinas, gimnasio, restaurantes, club de playa, estación de servicio y supermercado.
50. Una vez encargado el plan maestro, debido a la escala del proyecto, las Demandantes dividieron conceptualmente el sitio en cuatro áreas, que reflejaban los diferentes destinos que se darían al terreno. Estos eran:

(b) **La Concesión**

Este era el terreno que formaba parte de la zona marítima y que era objeto de la Concesión, donde se ubicaría el club de playa, con acceso directo al mar. El club de playa constaría de 18 habitaciones de hotel de lujo, varias unidades bajo régimen condominial y otras instalaciones importantes que podrían ser utilizadas por todos los residentes de Las Olas, como un gimnasio, un spa y piscinas. Se iba a desarrollar como parte de la segunda fase del proyecto, ya que ayudaría a atraer a potenciales compradores. Este sector del proyecto se denominaba originalmente Hotel Colinas del Mar, pero posteriormente se cambió el nombre a Las Olas Luxury Beach Resort²⁸.

²⁸ Anexo C189, Representación del sitio del club de playa y Anexo 190, Representación del club de playa, vista aérea



(c) **Servidumbres y lotes relacionados**

Las Demandantes también planeaban construir pequeños condominios para uso residencial en el lado occidental del terreno, a los que podría accederse a través de nueve servidumbres que llegarían hasta el sitio Las Olas desde la ruta principal al oeste de la finca. Dos lotes también darían directamente a la ruta principal. En total, había 72 lotes en este sector del sitio del proyecto.



(d) **Áreas comerciales y residenciales en condominio**

Tal como explica el Sr. Damjanac en su Declaración Testimonial, estas áreas, sobre todo en los extremos noroeste y noreste del sitio, se destinaron para establecimientos comerciales, como supermercados, restaurantes y, posiblemente, una estación de servicio para beneficio de los residentes de Las Olas. También habría un hotel en el lote directamente detrás de la Concesión. Estas serían las últimas áreas del sitio del proyecto a desarrollar.

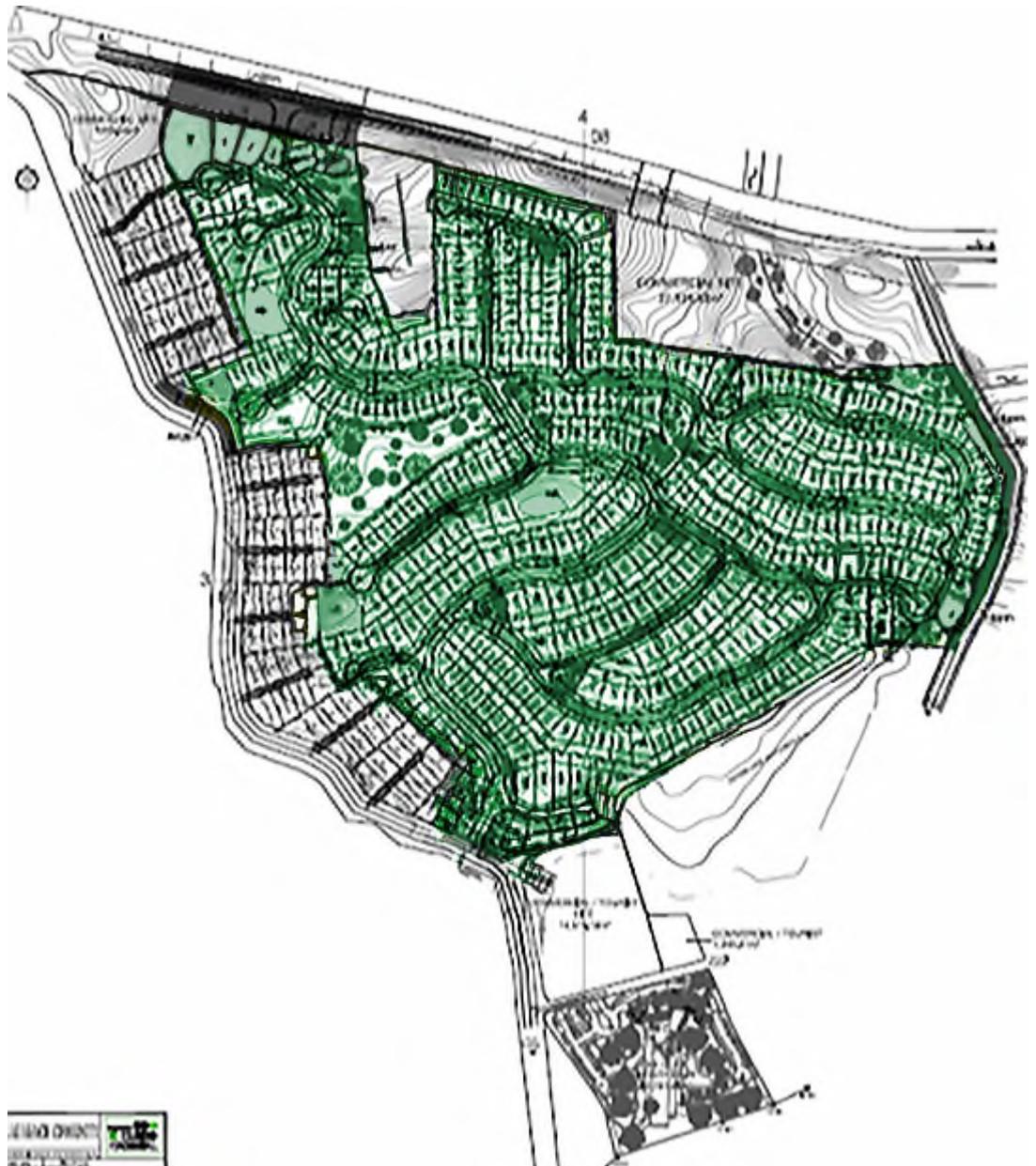


(e) **El sector destinado al Condominio**

La parte principal del sitio comprendería 288 lotes individuales sobre los que se construirían condominios. Seis de estos 288 lotes eran más grandes y se construirían parques condominiales, que formarían parte de la fase final de desarrollo. En el año 2010, se prepararon representaciones de estos parques²⁹. Una serie de calles internas conectaría a los condominios con las vías públicas al norte, al oeste y al este del sitio. Tal como explica el Sr. Aven en su declaración testimonial, el plan de las Demandantes era desarrollar esta parte

²⁹ Anexo C197, Representaciones de los parques del Condominio

del sitio en tres etapas de un tercio cada una, empezando por el tercio más cercano a la playa³⁰.



B. Obtención de los permisos necesarios

(a) El régimen de permisos de Costa Rica para proyectos de desarrollo inmobiliario

51. Para poder iniciar el desarrollo de un proyecto inmobiliario en Costa Rica, es necesario solicitar a varios ministerios y autoridades gubernamentales una cantidad de

³⁰ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 123

distintos permisos. En el cuadro del Anexo C202 se incluye información detallada sobre cada uno de los permisos necesarios y los organismos que los otorgan³¹.

52. El más importante de estos permisos al principio del proceso es el permiso de factibilidad ambiental (la “**Viabilidad Ambiental**”), administrado por la SETENA, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, una rama especializada del Ministerio del Ambiente (“**MINAE**”).
53. El MINAE es en sí mismo parte de la Administración Central del gobierno de Costa Rica, que consta de otros ministerios, como el Ministerio de Salud y el Ministerio de Vivienda. Como Ministerio del Ambiente, el MINAE tiene la responsabilidad general de todo lo relacionado con el ambiente, los recursos naturales y la energía.
54. La SETENA, que depende del MINAE, es responsable de la emisión de la Viabilidad Ambiental y, posteriormente, del control del cumplimiento por parte del titular del permiso de las condiciones impuestas para su otorgamiento³².
55. El régimen de Viabilidad Ambiental se rige por una serie de reglamentos, leyes parlamentarias y decretos ejecutivos, de los cuales los más importantes son la Ley Orgánica del Ambiente, que establece el requisito de que todos los desarrolladores deben obtener la Viabilidad Ambiental³³ y el Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (el “**Reglamento de EIA**”)³⁴.
56. A fin de obtener la Viabilidad Ambiental requerida, un proyecto debe someterse a una evaluación ambiental inicial. A través de la evaluación ambiental inicial, la SETENA determina a qué tipo de Evaluación de Impacto Ambiental debe someterse el proyecto propuesto.
57. De acuerdo con el Reglamento de EIA, existen dos tipos de evaluación ambiental inicial: el documento D1 para los proyectos que se considera que tienen un impacto ambiental potencial alto y el D2 para proyectos con bajo impacto ambiental potencial. Debido a su magnitud, Las Olas debía completar un Formulario D1.

³¹ Anexo C202, Permisos para desarrollo inmobiliario de Costa Rica

³² Anexo C184, Ley Orgánica del Ambiente N.º 7554; Anexo C208, Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental; Anexo C214, Guías de la SETENA, Decreto Ejecutivo N.º 34522 - MINAE; Anexo C215, Guías de la SETENA, Decreto D1; Anexo C212, Reglamento de Organización de la SETENA, Decreto N.º 36815.

³³ Anexo C184, Ley Orgánica Ambiental, artículos 17 a 24, 43, 44 y 84

³⁴ Anexo C208, Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental

58. El Reglamento de EIA, junto con el Decreto Ejecutivo N.º 34522-MINAE³⁵ establece los documentos requeridos para sustentar la solicitud de viabilidad ambiental mediante el formulario D1 ante la SETENA. Estos son:
- (b) un formulario D1 debidamente firmado;
 - (c) un estudio de ingeniería básica;
 - (d) un estudio arqueológico básico;
 - (e) un estudio de geología básica; y
 - (f) un estudio biológico básico en el caso de que el proyecto propuesto esté situado en un área ambientalmente frágil (AAF) o cerca de ella.
59. El Anexo 3 del Reglamento de EIA define un AAF e incluye humedales que no sean parte de un Área Silvestre Protegida (“ASP”), áreas cubiertas por un bosque y la zona marítimo-terrestre³⁶.
54. Para presentar el formulario D1, también es necesario presentar una serie de autorizaciones obtenidas de otros organismos, incluyendo una certificación del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (“SINAC”) de que el área del proyecto propuesto no se encuentre dentro de un ASP, sobre lo cual se incluye más información a continuación.
60. Una vez que la SETENA ha reunido toda la información necesaria, evalúa el nivel probable de impacto ambiental del proyecto y determina qué tipo de documento de Evaluación de Impacto Ambiental debe presentar el desarrollador. Los diferentes documentos de Evaluación de Impacto Ambiental incluyen un Estudio de Impacto Ambiental, un Plan de Gestión Ambiental y una Declaración Jurada de Compromisos Ambientales. Una vez presentados por el desarrollador, la SETENA tiene dos meses para analizar la solicitud de acuerdo con los criterios legales y técnicos aplicables de sus órganos internos y determinar si procede o no conceder la Viabilidad Ambiental³⁷.

³⁵ Anexo C214, Guía de la SETENA, Decreto Ejecutivo N.º 34522-MINAE

³⁶ Anexo C208, Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, Anexo 3

³⁷ Anexo C208, artículo 40 y Anexo C217, Guías de la SETENA EsIA – PGA. Decreto N.º 32966

61. Una vez que se otorga la Viabilidad Ambiental, si el diseño del proyecto cambia sustancialmente, el desarrollador debe informar a la SETENA de la modificación propuesta y aportar pruebas para demostrar que dicha modificación no aumentará el impacto ambiental del proyecto, ni modificará el área de construcción en más de un 20%. La SETENA luego decidirá si aprueba la modificación o no³⁸. Una vez emitida, la Viabilidad Ambiental se considera válida siempre y cuando la construcción comience dentro de los dos años a partir de la fecha de emisión.
62. Una vez que la Viabilidad Ambiental ha sido otorgada por la SETENA, el desarrollador puede solicitar los demás permisos requeridos para el proyecto. Estos incluyen, entre otros, los permisos de construcción de la Municipalidad y, en su caso, los permisos de corta de árboles y explotación forestal del SINAC³⁹.
63. El SINAC, al igual que la SETENA, es una dependencia del MINAE. La organización administrativa interna del SINAC comprende los siguientes órganos:
- (b) el Consejo Nacional de Áreas de Conservación (CONAC);
 - (c) la Secretaría Ejecutiva;
 - (d) el Consejo Regional (CORAC);
 - (e) las estructuras administrativas de las Áreas de Conservación; y
 - (f) los Consejos Locales.
64. El SINAC tiene facultades para (i) manejar los recursos forestales, la vida silvestre y las áreas protegidas; y (ii) dictar políticas y planificación e implementar procesos para garantizar el manejo sostenible de los recursos naturales.
65. El SINAC es el encargado de gestionar todos los asuntos relacionados con las ASP. Estas áreas se crean mediante una ley del parlamento o decreto ejecutivo. Hay siete categorías de ASP, incluidos los humedales y las reservas forestales. Las

³⁸ Anexo C208, Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, artículo 46.3

³⁹ Anexo C219, Ley de Planificación Urbana N.º 4240; Anexo C210, Plan de Zonificación Municipal de Esterillos - Mapa; Anexo C211, Plan de Zonificación Municipal de Esterillos – Estatuto; Anexo C205, Ley de Construcciones, Ley N.º 833; Anexo C206, Reglamento de Construcciones, Resolución N.º 4290 del INVU; y Anexo C170, Ley Forestal N.º 7575; y Anexo C209, Manual de procedimientos R-SINAC-028-2010.

competencias y responsabilidades del SINAC relativas a las ASP incluyen la definición de las estrategias y políticas para consolidar y desarrollar ASP y recomendar su creación⁴⁰.

66. El SINAC también se encarga de gestionar el Patrimonio Natural del Estado, que incluye todos los bosques y terrenos forestales en manos de organismos públicos o como parte de una reserva natural y todos los humedales que no son ni ASP ni AAF⁴¹.
67. El SINAC tiene 11 áreas de conservación a su cargo, cada una de las cuales es una unidad territorial gestionada por el Consejo Regional correspondiente⁴². En el caso del proyecto Las Olas, el área de conservación correspondiente es ACOPAC, el área de conservación de la costa central del Pacífico. Como parte de su labor de supervisión de estas áreas de conservación, el SINAC es responsable de (i) la protección, clasificación, gestión y supervisión de los humedales; (ii) la determinación de su importancia nacional o internacional; (iii) la determinación de si existe o no un humedal; y (iv) la definición de los límites de los humedales mediante decreto ejecutivo⁴³.
68. A tal fin, cada área de conservación debe nombrar a un profesional en la gestión de recursos naturales (un biólogo, ingeniero forestal o administrador de ASP, por ejemplo) capaz de identificar y delimitar un humedal⁴⁴. En el caso del ACOPAC, esa persona era el Sr. Manfredi. El SINAC también cuenta con un departamento de humedales, el Programa Nacional de Humedales, un órgano técnico encargado de recomendar políticas, planes y acciones para proteger mejor a los humedales. Este programa no tiene ninguna responsabilidad operativa, pero puede ayudar al área de conservación local (en el caso de Las Olas, el ACOPAC) si carece de la capacidad técnica para realizar alguna tarea determinada. También tiene autoridad para revisar los criterios relacionados sobre humedales emitidos por el área de conservación.
69. Como parte de sus responsabilidades, el SINAC también emite permisos para la tala y la caza⁴⁵. Además, como se mencionó anteriormente, antes de solicitar la Viabilidad

⁴⁰ Anexo C207, Ley de Biodiversidad, artículo 25

⁴¹ Anexo C170, Ley Forestal N.º 7575, artículo 13

⁴² Anexo C201, Mapa de las Áreas de Conservación del SINAC

⁴³ Anexo C220, Ley de Conservación de la Vida Silvestre de 1992, artículo 7(h)

⁴⁴ Anexo C218, Decreto Ejecutivo N.º 35803-MINAE

⁴⁵ Anexo C170, Ley Forestal N.º 7575 y Anexo C209, Manual de procedimientos R-SINAC-028-2010.

Ambiental a la SETENA, los desarrolladores deben obtener una certificación del SINAC que confirme que el terreno en cuestión no forma parte de un ASP.

70. Los expedientes que se encuentran en poder del SINAC sobre proyectos son registros públicos. El público interesado, incluidos los propietarios de los terrenos, por lo tanto, tienen libre acceso a la información, salvo que se esté preparando un acto o resolución final, en cuyo caso el SINAC podría negarse a proporcionar dicha información hasta que tenga lugar el acto o resolución final⁴⁶.
71. Otro órgano dentro del MINAE es el Tribunal Ambiental Administrativo (el “TAA”). Creado por la Ley Orgánica del Ambiente, el TAA es un tribunal administrativo con competencia para conocer de las denuncias hechas en relación con la violación de las normas que protegen el ambiente y los recursos naturales. Si se presenta una denuncia ante una autoridad distinta del TAA, esta debe remitirla al TAA. Al investigar dichas denuncias, el TAA debe trabajar en coordinación con la SETENA, el SINAC y otros organismos, como la Municipalidad local, para reunir pruebas⁴⁷.
72. Otro organismo que juega un papel en la obtención de los permisos correspondientes para un proyecto inmobiliario es la Municipalidad local. Los municipios tienen amplias facultades para gobernar derivadas de los propósitos generales para los cuales fueron creados. En este sentido, la Constitución de Costa Rica les confía la administración de los servicios y les proporciona autonomía administrativa, política y económica dentro de su territorio.
73. Sin embargo, a pesar de sus propósitos generales, en materia ambiental, las atribuciones de un municipio están limitadas por la existencia de leyes sectoriales que confieren competencias a otros órganos y entidades estatales, como la SETENA y el SINAC. En el caso de los desarrollos inmobiliarios, la Municipalidad tiene la facultad de regular el uso de la tierra y de intervenir en la planificación urbana y regular el control de las construcciones. De esta manera, tiene autoridad para (i) otorgar permisos de construcción, lo que hace una vez que verifica que el desarrollador haya obtenido todos los demás permisos necesarios (como la Viabilidad Ambiental); y (ii)

⁴⁶ Artículo 30 de la Constitución Política de Costa Rica

⁴⁷ Anexo C185, Reglamento de procedimientos del TAA; Anexo C184, Ley Orgánica del Ambiente; Anexo C186, Ley de Administración Pública

controlar el cumplimiento mediante inspecciones durante las fases de construcción y operación⁴⁸.

74. Teniendo en cuenta el gran número de entidades gubernamentales con competencia ambiental, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Costa Rica ha establecido que existe una obligación impuesta a todas las entidades y órganos de la Administración Pública de trabajar en coordinación⁴⁹. Además, existe una obligación específica impuesta al SINAC de coordinar con otras autoridades competentes en la prevención, mitigación y seguimiento de los daños a la vida silvestre⁵⁰.

(b) Las Demandantes obtienen los permisos necesarios

75. A principios de 2005, el Sr. Aven se mudó a Costa Rica y se estableció en un suburbio de San José, donde podría involucrarse mucho más con el proyecto⁵¹. Debido a la complejidad del régimen de permisos de Costa Rica sobre el que el Sr. Aven sabía muy poco, y en vista de que no hablaba español, las Demandantes contrataron abogados, arquitectos, ingenieros y otros profesionales para colaborar en todas las etapas del desarrollo.
76. El primer paso que tomaron las Demandantes en relación con el desarrollo fue encargarle a arquitectos que desarrollen el plan maestro del sitio para el club de playa en la Concesión, ya que estaba previsto que fuera parte de las primeras fases del proyecto.
77. Una vez obtenido el plan maestro del sitio, el primer paso y el más importante fue solicitar y obtener los permisos ambientales y de construcción necesarios de las autoridades correspondientes. Hasta el momento en que se obtuvieron estos permisos, la inversión de las Demandantes consistía simplemente en la propiedad del terreno y una concesión por un plazo de 20 años renovable con el gobierno de Costa Rica. Si bien los terrenos y la Concesión ya tenían un valor, una vez que los Inversionistas hubieran obtenido los permisos pertinentes, que les permitieran materializar el mayor y mejor uso de sus terrenos, el valor de su proyecto aumentaría sustancialmente, y

⁴⁸ Anexo C219, Ley de Planificación Urbana N. ° 4240; Anexo C205, Ley N. ° 833 sobre Construcciones, Anexo C206, Reglamento de Construcciones, Resolución N.° 4290 del INVU; y Anexo C210, Plan de Zonificación Municipal de Esterillos - Mapa.

⁴⁹ Anexo C226, Decisión del TAA número 00079-2015, expediente número 09-002172-1027-CA.

⁵⁰ Anexo C220, Ley de Conservación de la Vida Silvestre, artículo 7.

⁵¹ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 52

simplemente seguiría mejorando a medida que el desarrollo del sitio condujera naturalmente a la generación de todas las demás fuentes de ingresos que era capaz de soportar (y que los Inversionistas habían previsto para el proyecto).

78. Como parte de la obtención de la Viabilidad Ambiental de la SETENA para la Concesión, las Demandantes contrataron a DEPPAT, una empresa de consultoría ambiental de Costa Rica, hecho confirmado por el Sr. Bermúdez en su Declaración Testimonial⁵². El Sr. Bermúdez presentó la solicitud D1 y los documentos adjuntos y mantuvo informado al Sr. Aven de la evolución del trámite ante la SETENA. Como parte de esta solicitud, de conformidad con los requisitos de la SETENA, se obtuvo la confirmación del SINAC de que la Concesión no estaba dentro de un ASP⁵³ y, el 20 de enero de 2006, las Demandantes pagaron un depósito de garantía ambiental por la suma de USD17.500⁵⁴.
79. El 17 de marzo de 2006, las Demandantes recibieron la Viabilidad Ambiental de la SETENA para el sector de la Concesión del proyecto⁵⁵. Como es habitual, de acuerdo con los requisitos de seguimiento de la SETENA mencionados anteriormente, la Viabilidad Ambiental contenía ciertas condiciones y recomendaciones para su implementación, incluyendo el nombramiento de un Regente Ambiental de la Concesión para que supervise el desarrollo del proyecto una vez comenzada la construcción y proporcione informes de cumplimiento bimensuales a la SETENA.
80. La Evaluación de Impacto Ambiental de la SETENA para la Concesión incluyó un estudio de un área de 500 metros alrededor de la Concesión y señaló que el uso principal de los terrenos hasta ese momento había sido, sobre todo, el desarrollo urbano y algunas actividades agrícolas⁵⁶.
81. La Evaluación de Impacto Ambiental también señaló que no se esperaban impactos significativos como resultado del proyecto⁵⁷. Además, como parte de su evaluación del área de influencia indirecta que podría tener el proyecto, la Evaluación de Impacto Ambiental de la SETENA contempló a las comunidades de Esterillos Oeste, Esterillos

⁵² Ver Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez ¶ 20

⁵³ Anexo C223, Expediente de la SETENA sobre la Concesión

⁵⁴ Anexo C34, Certificado de Depósito de Garantía Ambiental, 20 de enero de 2006

⁵⁵ Anexo C36, Viabilidad Ambiental de la SETENA para la Concesión, 17 de marzo de 2006

⁵⁶ Anexo C223, Expediente de la SETENA sobre la Concesión, p.26

⁵⁷ *Ibíd.*

Este y Bejuco⁵⁸. El estudio señaló además que no había ningún río o arroyo en el inmueble u otra fuente de agua y que la vegetación predominante era pastizales con algunos árboles dispersos, ninguno de los cuales era una especie en peligro de extinción⁵⁹. Es importante destacar que el Estudio de Impacto Ambiental no identificó ambientes frágiles en el área de estudio⁶⁰.

82. La Evaluación de Impacto Ambiental de la SETENA sobre la Concesión también señaló que el desarrollador, La Canícula, había llevado a cabo un estudio sociológico en el que se determinó que:

- (b) el 40% de los encuestados sabían del proyecto;
- (c) el 92% de los encuestados consideraban que el proyecto iba a tener efectos positivos sobre las condiciones sociales y ambientales; y
- (d) solo el 12,7% de los encuestados consideraban que el proyecto iba a tener efectos negativos sobre el ambiente⁶¹.

83. Una vez obtenida la Viabilidad Ambiental, las Demandantes procedieron a obtener los permisos de construcción para el club de playa. Este fue un largo proceso. Después de un prolongado proceso de selección, en el año 2007, se designó al arquitecto y empresa de ingeniería, Mussio Madrigal, para tramitar ante la Municipalidad local los permisos de construcción correspondientes, y así lo hicieron⁶².

84. Mussio Madrigal comenzó realizando una visita al lugar y revisó el 'Plano Regular' del área —un documento que determinaba la densidad de edificios y establecía restricciones sobre el número de plantas que se podían construir. En los meses siguientes, desarrollaron el plan maestro del sitio, que más tarde sería utilizado para tramitar la Viabilidad Ambiental para el sector del proyecto destinado al condominio⁶³. El plan maestro del sitio consistió en un plan general para todo el proyecto e identificaba donde se ubicarían los lotes individuales, los lotes más

⁵⁸ *Íd.* p. 69

⁵⁹ *Íd.* p. 46 y p. 55

⁶⁰ *Íd.* p. 55

⁶¹ *Íd.* pp. 69 a 70

⁶² Anexo C43, Contrato de Mussio Madrigal, 25 de abril de 2007

⁶³ Anexo C54, Plan Maestro del Sitio, 17 de septiembre de 2008

grandes y la infraestructura. A lo largo de este período Mussio Madrigal informó de su avance al Sr. Aven, como gerente del proyecto.

85. En mayo de 2007, las Demandantes contrataron a Zurcher Arquitectos para preparar un diseño detallado del club de playa⁶⁴. Se eligió a Zurcher debido a su reputación en el diseño de hoteles de lujo y otras instalaciones comerciales. Las Demandantes consideraron que el club de playa sería la mayor atracción de Las Olas y querían asegurarse de que fuera suficientemente lujoso.
86. Más tarde ese mismo año, Mussio Madrigal logró obtener los permisos de construcción para la Concesión⁶⁵. También en 2007, Mussio Madrigal contrató a un equipo de cuatro personas para eliminar la maleza del terreno. Esto era necesario para preparar el terreno para la construcción, asegurar que el sitio del proyecto se mantuviera limpio y ordenado y atractivo para los potenciales compradores, y también para garantizar que el sitio no se llenara de malezas. Según lo descrito por el Sr. Arce y el Sr. Aven, en sus Declaraciones Testimoniales, el terreno era muy fértil ya previamente había sido utilizado como tierras de pastoreo para ganado⁶⁶.
87. Una vez finalizado el plan maestro del sitio, Mussio Madrigal desarrolló el plan del sitio para las servidumbres y los lotes que daban a estas, y tramitó y obtuvo los permisos de construcción pertinentes para dos de las servidumbres en el primer trimestre de 2007⁶⁷.
88. Al mismo tiempo, la empresa Mussio Madrigal estaba gestionando la Viabilidad Ambiental ante la SETENA para el sector del proyecto destinado al condominio. Como, por sus características, podía considerarse que el proyecto probablemente tendría un alto impacto ambiental, correspondía presentar el formulario D1. El Formulario de solicitud D1 de las Demandantes se presentó a la SETENA el 8 de noviembre de 2007. Acompañando esta solicitud, Mussio Madrigal presentó un plan de manejo ambiental del proyecto.

⁶⁴ Anexo C190, Representación del club de playa, vista aérea; Anexo C189, Representación del sitio del club de playa

⁶⁵ Anexo C40, Permisos de construcción para la Concesión, 2007

⁶⁶ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 84 y Declaración Testimonial de Minor Arce ¶ 12

⁶⁷ Anexo C40, Permisos de construcción para la Concesión, 2007

89. Posteriormente, el 10 de enero de 2008, un miembro del Departamento de Gestión Institucional de la SETENA llevó a cabo una inspección del sitio del proyecto Las Olas⁶⁸.
90. Tras esa inspección, el 23 de febrero de 2008, la SETENA solicitó a las Demandantes presentar más documentos, incluido un mapa actualizado de la cobertura vegetal, un certificado de registro del inmueble, confirmación de que las obras no comenzarían hasta que hayan obtenido la Viabilidad Ambiental, un registro fotográfico del área del proyecto y la confirmación del SINAC de que el terreno no estaba en un ASP⁶⁹.
91. El 14 de marzo de 2008, por lo tanto, Mussio Madrigal escribió al SINAC para solicitarle la confirmación de que el sitio del proyecto no se encontraba en un ASP⁷⁰.
92. Por otra parte, el 24 de marzo de 2008, Mussio Madrigal solicitó a la SETENA la extensión de la Viabilidad Ambiental de la Concesión para evitar su caducidad, ya que su validez estaba sujeta a la condición de que las obras de construcción comenzaran dentro del plazo de dos años desde la fecha de emisión y todavía no se había iniciado ninguna obra.
93. El 2 de abril de 2008, Mussio Madrigal recibió la confirmación por escrito del SINAC de que el sector del proyecto destinado al Condominio no estaba comprendido dentro de un ASP, lo que significaba que estaban un paso más cerca de obtener la Viabilidad Ambiental para ese sector del proyecto⁷¹.
94. La carta del SINAC, en la que se confirmaba que el proyecto no estaba dentro de un ASP, junto con el resto de la información solicitada, se presentó a la SETENA el 3 de abril de 2008⁷².
95. Tras la recepción de esa información, el 2 de junio de 2008, la SETENA emitió la Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio. En la Viabilidad Ambiental, la SETENA confirmó que los documentos que había recibido cumplían los requisitos, y sobre esa base, otorgó la Viabilidad Ambiental, sujeto a ciertas condiciones. Estas

⁶⁸ Anexo C222, Expediente de la SETENA sobre el Sector del Condominio

⁶⁹ Anexo C222, Expediente de la SETENA sobre el Sector del Condominio

⁷⁰ Anexo C45, Carta de Mussio Madrigal al SINAC, 14 de marzo de 2008

⁷¹ Anexo C48, Confirmación del SINAC de que el Sector del Condominio no era un ASP, del 2 de abril de 2008

⁷² *Ibíd.*

condiciones incluían que Inversiones Cotsco depositara una garantía ambiental de USD8000 (lo que hizo el 20 de julio de 2010, antes de dar inicio a la construcción) y que se nombrara a un Regente Ambiental para inspeccionar el proyecto y verificar el cumplimiento de los permisos aplicables y presentar informes bimensuales a la SETENA. Como explica el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, esto se hizo en junio de 2010, cuando se nombró al Sr. Bermúdez de DEPPAT como Regente Ambiental, antes de comenzar con la construcción⁷³.

96. En la Viabilidad Ambiental se señalaba asimismo, con base en la inspección anterior del sitio por parte de la SETENA, que *“el terreno donde se ubicará el proyecto se define como plano-ondulado, con pendientes entre 0% y 15% y en la mayor parte del AID [Área de Influencia Directa]. En el AP [Área del Proyecto] no hay quebradas ni ríos permanentes o intermitentes, y la cobertura vegetal está compuesta de pasto con árboles dispersos y sectores pequeños con cobertura vegetal en el AP [sic]. El área circundante al proyecto está conformada por terrenos de uso similar al AP, y edificios y casas en construcción”*⁷⁴.

97. Además, la Evaluación de Impacto Ambiental para el Sector del Condominio señalaba que la mayor parte de la vegetación del sitio del proyecto era pastos o gramíneas con árboles dispersos, y que no se detectaron áreas protegidas⁷⁵. Continuaba diciendo que los terrenos alrededor del sitio del proyecto tenían características similares, con algunas casas construidas⁷⁶. La Evaluación de Impacto Ambiental también se refirió a la encuesta sociológica del desarrollador, en la que se concluyó, entre otras cosas, que:

(b) A la pregunta acerca de los posibles beneficios del proyecto, el 59% respondió trabajo, el 29% respondió turismo, el 17% desarrollo y sólo el 23% respondió que el proyecto no tendría ningún beneficio;

(c) A la pregunta acerca de los posibles efectos negativos del proyecto, el 59% de los encuestados no creía que el proyecto fuera a tener efectos negativos y el

⁷³ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 94

⁷⁴ Anexo C52, Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio, 2 de junio de 2008

⁷⁵ Anexo C222, Expediente de la SETENA sobre el Sector del Condominio, p. 220

⁷⁶ *Íd.*, p. 271

18% estaban preocupados por los problemas de inundaciones en Esterillos Oeste;

- (d) A la pregunta sobre el impacto en el ambiente, el 35% consideró que el proyecto no tendría ningún impacto sobre el ambiente, el 47% consideró que el proyecto tendría poco efecto y sólo el 18% consideró que el proyecto tendría un gran efecto en el ambiente;
- (e) A la pregunta sobre las principales preocupaciones ambientales de los encuestados sobre el proyecto, el 41% respondió inundaciones y pidió un muy buen diseño del sistema de drenaje; y
- (f) En general, el 82% de los encuestados se mostraban a favor del proyecto⁷⁷.

98. La SETENA concluyó, en su Evaluación de Impacto Ambiental, que el impacto causado por el desarrollo del proyecto sería bajo a nulo. Una de las medidas de mitigación previstas por la SETENA fue la instalación de desagües pluviales en áreas del proyecto para minimizar la escorrentía y arrastre de suelo⁷⁸. En base a esta medida de mitigación y las respuestas de los encuestados, se desprende claramente que las inundaciones por lluvia eran un problema de larga data en la zona, problemática que la Municipalidad más tarde intentó abordar por medio de la instalación de desagües pluviales.

99. Poco después de la emisión de la Viabilidad Ambiental y antes de que las Demandantes obtuvieran los permisos de construcción pertinentes para el Sector del proyecto destinado al Condominio, estalló la crisis financiera de 2008. Como resultado, las Demandantes decidieron suspender las obras en el proyecto hasta que la economía se recuperara. Tal como explica el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, gracias a la determinación de las Demandantes de autofinanciar el proyecto, no tuvieron que pagar intereses y capital de ninguna deuda, por lo que el proyecto efectivamente pudo entrar en hibernación de septiembre de 2008 a diciembre 2009 inclusive sin verse afectado⁷⁹.

⁷⁷ *Íd.*, p. 49

⁷⁸ *Íd.*, p. 195; p. 319; p. 322; p. 349

⁷⁹ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 103

100. Tal como relatan el Sr. Aven y el Sr. Damjanac en sus Declaraciones Testimoniales, después de que el proyecto se reabriera en enero de 2010, se tomó la decisión, en base a los palpables cambios en el mercado inmobiliario local, de adaptar el diseño del club de playa para reducir su tamaño y el precio de las unidades individuales⁸⁰.
101. Como resultado de estos cambios, tal como se explicó anteriormente, las Demandantes tuvieron que solicitar a la SETENA una nueva Viabilidad Ambiental para la Concesión. Las Demandantes encargaron al arquitecto José Andrés Castro que preparara la solicitud modificada para la SETENA. Daniel Loria Sims, un consultor ambiental que más tarde se convirtió en Regente Ambiental de la Concesión, lo ayudó con esa labor.
102. También en enero de 2010, las Demandantes solicitaron a la Municipalidad los permisos de construcción para el Sector del Condominio. Este trámite lo efectuó el Sr. Vargas, el entonces abogado del Sr. Aven.
103. Los permisos de construcción pendientes para las servidumbres fueron emitidos por la Municipalidad de Parrita el 16 de julio de 2010 y unos meses más tarde, el 7 de septiembre de 2010, se emitieron los permisos de construcción para el resto del sitio del proyecto⁸¹.
104. La SETENA emitió la nueva Viabilidad Ambiental para la Concesión el 23 de agosto de 2011, pero para ese entonces el proyecto había sido suspendido por la Demandada⁸².

C. Comienzan las obras y las actividades de marketing y venta

105. A principios del otoño de 2010, una vez que se habían emitido los permisos de construcción para las servidumbres y el Sector del Condominio, las Demandantes procedieron a construir la infraestructura en dicho sector.
106. El trabajo había comenzado en dos de las Servidumbres para las cuales Mussio Madrigal había obtenido los permisos de construcción en el año 2007, antes de la crisis financiera y el consiguiente cierre del proyecto por aproximadamente 18 meses.

⁸⁰ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 107 y Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 46(b)

⁸¹ Anexo C86, Descripción general del Proyecto Las Olas, 14 de septiembre de 2010

⁸² Anexo C138, Viabilidad Ambiental para la Concesión, 23 de agosto de 2011

En ese momento, Mussio Madrigal también había contratado a un equipo de cuatro personas para eliminar la maleza de los terrenos para evitar que el área quede descuidada.

100. Tal como describen los Sres. Arce, Bermúdez y Aven en sus Declaraciones Testimoniales, el sitio Las Olas era parte de una vieja finca ganadera y consiste principalmente de pastos altos y árboles dispersos⁸³. Esto se ve confirmado por la descripción que hace la SETENA del terreno en su Evaluación de Impacto Ambiental del Sector del Condominio, como un terreno principalmente de pastos y gramíneas con árboles dispersos⁸⁴. Como resultado, se hizo necesario limpiar el terreno de vez en cuando cortando la maleza y el pasto. Esto se hizo con el fin de mantener el sitio despejado para la construcción y también para asegurarse de que el terreno se viera en cuidado, para beneficio de los potenciales compradores de los lotes. Como confirman el Sr. Aven y el Sr. Damjanac en sus Declaraciones Testimoniales, en ningún momento los trabajadores del lugar cortaron ningún árbol que habría requerido un permiso a tal efecto, según se refleja en los informes bimestrales del Sr. Bermúdez a la SETENA⁸⁵.
107. En el cuarto trimestre de 2007, se abrieron calles para las dos servidumbres más cercanas a la playa y se instalaron adoquines y alcantarillas. Se instalaron tuberías de agua hacia cada uno de los lotes que daban a esas servidumbres. Posteriormente, se tendieron líneas para suministrar electricidad a cada uno de los lotes, para lo cual se obtuvo un permiso de la compañía local de electricidad, ICE.
108. En agosto de 2008, poco después de que Mussio Madrigal solicitara a la SETENA la extensión de la Viabilidad Ambiental de la Concesión, comenzaron las obras en el club de playa. Mussio Madrigal supervisó este trabajo realizado por un contratista local. Desafortunadamente, sin embargo, para el momento en que estalló la crisis financiera de 2008, solamente se habían construido los cimientos y las paredes de cuatro unidades pequeñas.

⁸³ Ver Declaración testimonial de Minor Arce Solano ¶ 12; Esteban Bermúdez ¶ 37 y David Aven ¶ 84

⁸⁴ Anexo C222, Expediente de la SETENA sobre el Sector del Condominio, p.55

⁸⁵ Anexos C68, C74, C87, C94, C109, C118, C120, C130, C136, C140, C147, C150, C151 y C153, Informes de actualización DEPPAT SETENA de junio-julio 2010 a junio-julio 2012

109. Recién en julio y septiembre de 2010, después de que el proyecto se reiniciara y se hubiera emitido el resto de los permisos de construcción, pudo comenzar la construcción en el resto del sitio. Se habían terminado las obras en otras tres servidumbres que se extendían a lo largo de la vía principal de la playa a Esterillos Oeste, incluidas calles, electricidad, agua y alcantarillas para mayo de 2011, cuando la Municipalidad ordenó la paralización del proyecto, tal como se describe en más detalle a continuación.
110. También en julio de 2010, las Demandantes aceptaron la solicitud de la Municipalidad local de instalar desagües pluviales en dos vías públicas que bordeaban el sitio del proyecto. Según explicó el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, se llegó a un acuerdo por el cual los desarrolladores de Las Olas comprarían los desagües pluviales y la Municipalidad usaría su equipo para instalarlos y conectarlos a los desagües pluviales en el sitio del proyecto Las Olas⁸⁶. Los desagües pluviales se instalaron en las calles internas en el sitio del proyecto para recoger el agua de lluvia que caía de las elevaciones más altas y se acumulaba en una depresión que había en la topografía del sitio.
111. La Municipalidad había estado instalando desagües pluviales en vías públicas cerca de Las Olas para hacer frente a las inundaciones causadas por las fuertes lluvias, pero se había quedado sin dinero antes de poder terminar el proyecto. Como resultado, Las Olas había acordado proporcionar cierta ayuda financiera mediante la compra de los desagües pluviales restantes. Esto fue, en gran medida, una colaboración entre Las Olas y el Municipio, según explicó el Sr. Damjanac en su Declaración Testimonial⁸⁷. De hecho, hacía tiempo que los problemas de drenaje de la lluvia eran evidentes en la zona, hecho que se reflejó en la encuesta sociológica llevada a cabo por Inversiones Cotsco como parte del trámite de Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio. Como se mencionó anteriormente, el 41% de los encuestados consideraron que las inundaciones podrían ser un posible efecto negativo del proyecto y pidieron un muy buen diseño del sistema de drenaje, y la propia SETENA insistió

⁸⁶ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 114

⁸⁷ Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 108

en el Plan de Gestión Ambiental que se instalaran desagües pluviales en áreas del proyecto para reducir al mínimo la escorrentía y el arrastre de suelo⁸⁸.

112. El trabajo de los desagües pluviales tomó aproximadamente cinco meses y, una vez instalados, fueron muy eficaces. El Sr. Damjanac, que para ese entonces estaba viviendo en el sitio del proyecto y actuando como el principal contacto en el lugar, tomó fotografías de la magnitud de las inundaciones durante la temporada de lluvias antes de que se instalaran los desagües pluviales y la ausencia de inundaciones durante la misma época después de su instalación⁸⁹.
113. También durante ese tiempo, las Demandantes estaban trabajando duro en la comercialización y venta de los lotes de Las Olas.
114. Tal como explica el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, Las Olas abrió una oficina comercial en San José en abril de 2008. Al principio, Las Olas empleó a Andrea Cooper, quien anteriormente había trabajado en marketing y ventas para el proyecto de gran éxito Los Sueños. A partir de septiembre de 2008 aproximadamente, las oficinas de venta ubicadas en San José y en el sitio fueron administradas por Johnny Podesta, un vendedor con experiencia que había trabajado anteriormente para otra empresa de desarrollo muy exitosa en Costa Rica, Costa Developers. La oficina de San José contrató cuatro personas para telemarketing.
115. A fines de 2009, poco antes de que se reiniciara el proyecto, el Sr. Aven contactó al Sr. Damjanac con la idea de reanudar las actividades de marketing. Como explica el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, el Sr. Damjanac comenzó a llamar a posibles inversionistas a fines de 2009 para sondear el mercado⁹⁰. Durante ese tiempo, el Sr. Damjanac hizo alrededor de 700 a 800 llamadas y, con base en sus conversaciones, concluyó que la demanda de viviendas junto al océano, como las que se ofrecen en Las Olas aumentaba cada día⁹¹.
116. En diciembre de 2009, el Sr. Damjanac aceptó la oferta del Sr. Aven para ocupar el puesto de director de marketing y ventas en Las Olas. El Sr. Damjanac estaba muy

⁸⁸ Anexo C223, Expediente de la SETENA sobre la Concesión

⁸⁹ Anexo C187, Fotografías de la Municipalidad de Parrita trabajando para instalar los desagües pluviales donados por Las Olas; Anexo C66, Video de una inundación

⁹⁰ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 105

⁹¹ Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 41

entusiasmado con la oportunidad ya que era consciente de lo especial que era el proyecto Las Olas y creía que sería un gran éxito. Se mudó a Las Olas y allí estableció una oficina y su casa⁹².

117. A pesar de su trabajo en el nuevo plan de negocios, el papel principal del Sr. Damjanac en Las Olas era comercializar y vender lotes, labor que ocupaba alrededor del 75% de su tiempo⁹³. Empleó los servicios de intermediarios, a quienes se les pagaría una comisión de alrededor de un 5%.
118. En 2010, el Sr. Damjanac creó carteles en las vías públicas para publicitar Las Olas. Hay un flujo de tráfico considerable desde San José por la ruta costera pasando Las Olas hasta Manuel Antonio, uno de los atractivos turísticos más visitados de Costa Rica. El Sr. Damjanac dispuso erigir un gran cartel junto a Las Olas, frente a la ruta principal. También hizo colocar nueve anuncios en total en Jaco y sus alrededores, con fotos del estilo de vida e información sobre el proyecto y nuestros datos de contacto⁹⁴. Como resultado, el Sr. Damjanac recuerda que Las Olas recibió una gran cantidad de consultas telefónicas y visitas espontáneas⁹⁵.
119. Además, el Sr. Damjanac colocó anuncios en publicaciones como AM Costa Rica, La Nación, la revista For Sale by Owner, el Toronto Globe & Mail, el National Post, el Calgary Herald y en los sitios web inmobiliarios gratuitos, tales como Mygola.com.
120. La mayor parte de los esfuerzos de venta del Sr. Damjanac se centraron en hablar con compradores potenciales. En el año 2007, el Sr. Aven había adquirido los datos de contacto de miles de personas que habían visitado Costa Rica y habían expresado su interés en comprar inmuebles en ese país⁹⁶. Las Demandantes también compraron datos de contacto de clientes potenciales a empresas como Ventas Leads⁹⁷, que habían armado grandes bases de datos de personas con interés en comprar casas de vacaciones en Costa Rica. Tal como explica el Sr. Damjanac en su Declaración Testimonial, esta era información muy valiosa.

⁹² *Íd.* ¶ 42

⁹³ *Íd.* ¶ 45

⁹⁴ Para ver ejemplos de los tipos de imágenes utilizados, ver Anexo C100, Plan de negocios de Las Olas, 20 de diciembre de 2010, p. 28, y Anexo C199, Fotografías de los carteles en el lugar

⁹⁵ Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 88

⁹⁶ Anexo C195, Hojas de contacto de compradores potenciales

⁹⁷ Anexo C224, Ejemplo de datos de clientes potenciales proporcionada por Ventas Leads, 20 de enero de 2011

121. Durante el año 2010, el Sr. Damjanac, casi todos los días, se dedicó a trabajar metódicamente con los datos de posibles clientes. Hacía alrededor de 50 a 100 llamadas telefónicas por día y obtenía alrededor de 10 a 20 contactos con perspectivas decentes. El Sr. Damjanac llamaba a estas personas en forma regular para hacer el seguimiento⁹⁸.
122. Para alentar a los compradores a participar más activamente en el proceso de compra, se les invitaba a hacer un depósito de reserva reembolsable de un lote y les daban 45 a 65 días para acercarse y ver el lote en Las Olas. Las Demandantes también ofrecían una serie de incentivos, como los siguientes⁹⁹:
- (b) ofrecían reembolsarles a los compradores sus gastos de viaje a Costa Rica si posteriormente compraban un lote; y
 - (c) ofrecían a los compradores una comisión de USD2000 si podían encontrar un negocio inmobiliario comparativo igual o mejor en el mercado costarricense. Ninguno pudo hacerlo nunca.
123. Durante el año 2010 hasta mayo de 2011, las Demandantes recibieron aproximadamente 25 depósitos, y más de 100 personas visitaron el sitio gracias a los esfuerzos de marketing del Sr. Damjanac, un resultado importante en un momento en que las economías recién estaban empezando a recuperarse de la crisis financiera. Como confirma el Sr. Damjanac en su Declaración Testimonial, también había una cantidad de ventas en curso en mayo de 2011 que se cayeron como consecuencia de la paralización del proyecto por parte de la Demandada.
124. Durante este tiempo, el Sr. Shioleno también participó en la comercialización del proyecto. Como él mismo explica en su Declaración Testimonial, colocó anuncios en periódicos como el Tampa Tribune y otros en la zona de Tampa, St. Petersburg, Clearwater, Pasco y Sarasota y sus alrededores. También colaboró en la preparación de folletos y otros materiales de marketing donde se mostraba el sitio Las Olas y los diferentes lotes disponibles¹⁰⁰.

⁹⁸ Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 72

⁹⁹ Anexo C100, Plan de negocios de Las Olas, 20 de diciembre de 2010 p. 25

¹⁰⁰ Ver Declaración Testimonial de Jeffrey Shioleno ¶ 19

125. Aparte de dirigir el marketing y las ventas del proyecto Las Olas, el Sr. Damjanac ayudó al Sr. Aven y los demás inversionistas a obtener cotizaciones para la construcción de los nuevos diseños post crisis financiera. Para ello, consiguió cifras de ventas de agentes inmobiliarios locales de la zona a principios de 2010¹⁰¹. También estudió los inmuebles comparables de otros desarrollos ubicados alrededor del sitio del proyecto Las Olas, desde Tárcoles hasta Dominical en la costa¹⁰².
126. Como resultado del trabajo del Sr. Damjanac, se hizo evidente que los precios de venta habían bajado de su nivel anterior a la crisis financiera de 2008. Sin embargo, muchos de los sitios comparables que el Sr. Aven y el Sr. Damjanac consideraron eran, en su opinión, inferiores al de Las Olas, al considerar factores como la ubicación y la proximidad a una hermosa playa. Además, en vista de la ausencia total de deuda en el proyecto Las Olas, los precios de venta de los lotes y condominios podían ajustarse sin afectar la capacidad del proyecto para obtener ganancias.
127. A lo largo de 2010, el Sr. Aven y el Sr. Damjanac discutían con frecuencia cómo debía modificarse el plan de negocios a la luz de las conclusiones de nuestro análisis de mercado. Como resultado de esas discusiones y la amplia investigación del Sr. Damjanac, el Sr. Aven decidió adoptar las siguientes medidas:
- (b) El club de playa y las unidades del hotel / condominio en la Concesión se rediseñarían de modo de reflejar las nuevas condiciones de mercado. Sus especificaciones serían más bajas que las del diseño anterior y las unidades se venderían por menos dinero. En un principio, apuntaron a un promedio de USD249.000 para las unidades más grandes y USD150.000 para las unidades más pequeñas. Además de ofrecer dos piscinas, un club de playa y otras instalaciones, ahora incluiría un complejo turístico hotelero / de condominios de 66 unidades. El Sr. Castro fue el encargado de preparar los nuevos diseños¹⁰³.

¹⁰¹ Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 55

¹⁰² Para ver ejemplos, ver Anexo C100, Plan de negocios de Las Olas del 20 de diciembre de 2010, pp. 31 a 33/39

¹⁰³ Anexo C196, Representaciones de José Andrés Castro

- (c) La parcela de 14.000 metros cuadrados frente al club de playa también se rediseñó para construir un hotel de más de 100 habitaciones. Posteriormente, se hicieron los diseños conceptuales iniciales¹⁰⁴.
 - (d) Los lotes del Sector del Condominio seguirían siendo iguales. El único cambio fue bajar el precio de los lotes de USD160.000 a entre USD80.000 y USD 90.000.
 - (e) Se redujo el tamaño de los condominios que iban a construirse en los lotes del Sector del Condominio. Las casas más pequeñas tenían un precio inicial más bajo de alrededor de USD160.000 a USD250.000, en comparación con el nivel anterior a la crisis de entre USD260.000 y USD750.000.
 - (f) Los precios de venta de los lotes en las servidumbres también fueron reajustados a la baja de un nivel previo a la crisis de USD100.000 por lote a alrededor de USD50.000 a USD70.000 por lote.
128. Como resultado de este trabajo, se elaboró un nuevo plan de negocios durante el último trimestre de 2010¹⁰⁵. Este plan amalgamaba toda la información que habían reunido el Sr. Damjanac y el Sr. Aven sobre los costos probables con los ingresos proyectados del proyecto, basado en el plan de negocios verticalmente integrado que el Sr. Aven había concebido desde el inicio¹⁰⁶.

D. Los cambios drásticos y repentinos de la relación regulatoria

(a) Las medidas adoptadas para frenar la construcción

129. Hasta alrededor de mediados de enero de 2011, todo progresaba sin complicaciones en el proyecto, cuando las Demandantes recibieron una carta de la SETENA en la que solicitaba el original de un documento del MINAE que la SETENA supuestamente había recibido el 3 de abril de 2008, antes de la emisión de la Viabilidad Ambiental¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Anexo C57, Representaciones del diseño del hotel, 2010

¹⁰⁵ Anexo C100, Plan de negocios de Las Olas, 20 de diciembre de 2010

¹⁰⁶ Anexo C39, Informe de Análisis de Las Olas, 2007

¹⁰⁷ Anexo C104, Carta de la SETENA a David Aven, 17 de enero de 2011

130. Según recuerdan el Sr. Damjanac y el Sr. Aven en sus Declaraciones Testimoniales, a fines de 2010 o principios de 2011, el Sr. Bucelato, un vecino que parecía decidido a causar problemas, se acercó al sitio y afirmó que el proyecto era ilegal y que pronto haría que lo clausurasen porque las Demandantes habían falsificado un documento y él tenía una copia de ese documento. Sin embargo, como el Sr. Bucelato había estado haciendo amenazas vacías y, en general, molestando hacía tiempo, el Sr. Damjanac y el Sr. Aven no le prestaron atención¹⁰⁸.
131. Las Demandantes desconocían el documento del 3 de abril de 2008 al cual se refería la carta de la SETENA, pero como explica el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, en ese momento comenzó a sospechar que la petición de la SETENA estaba relacionada con el documento que el Sr. Bucelato aseguró tener en su poder unas semanas antes.
132. Como resultado, el 9 de febrero de 2011, siguiendo las indicaciones del Sr. Aven, su entonces abogado, el Sr. Vargas, escribió a la SETENA para informarles, entre otras cosas, que las Demandantes no tenían ninguna conexión o conocimiento del documento del 3 de abril de 2008, que no era un documento que hubiera sido previamente solicitado por la SETENA o cualquier otra institución u organismo gubernamental y que el Sr. Aven solo podía suponer que era parte de una maniobra elaborada por el Sr. Bucelato para sabotear el proyecto Las Olas¹⁰⁹.
133. Más tarde, el 14 de febrero de 2011, las Demandantes recibieron una carta de un empleado del SINAC, Luis Picado Cubillos, en la que solicitaba una medida cautelar inmediata para suspender las obras en el sitio del proyecto (la “**Notificación del SINAC**”). Dicha Notificación hacía referencia a una demanda que se había interpuesto el 2 de febrero de 2011 ante la fiscalía local en Aguirre contra el proyecto Las Olas en base a “*anomalías cometidas contra el medio ambiente*”, incluyendo “*tala de sotobosque*”, “*movimientos de tierra*”, “*posible relleno de [posible] humedal*” y “*secado de posible humedal al alcantarillar un trayecto de unos 450 metros de longitud el cual va a desfogar a un manglar cercano*”, y debido a que se habían encontrado firmas falsificadas en el expediente del proyecto. A continuación,

¹⁰⁸ Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 126

¹⁰⁹ Anexo C111, Carta de David Aven a la SETENA, 9 de febrero de 2011

la Notificación del SINAC requería a las Demandantes el cese de la construcción o cualquier otro trabajo en el sitio del proyecto.

134. Las Demandantes estaban muy conmocionados por este acontecimiento. Habían escuchado rumores en diciembre de 2010 o enero de 2011, alrededor de seis semanas antes, de que alguien estaba afirmando que había humedales en el sitio del proyecto, pero no tenían idea de por qué o cuál era la fuente de esos rumores.
135. No obstante, como consecuencia de los rumores, el Sr. Aven y su abogado, el Sr. Vargas, visitaron las oficinas locales del MINAE y la SETENA para averiguar qué era exactamente lo que estaba pasando, pero no tuvieron éxito. Luego, en la última semana de enero de 2011, el Sr. Vargas habló con el Sr. Picado, que en ese entonces era el director de la oficina local del MINAE. El Sr. Picado no mencionó nada acerca de que hubiera algún problema ambiental en el sitio del proyecto en ese momento.
136. Como resultado de ello, las Demandantes no entendían el fundamento de las denuncias. No habían hecho nada malo y habían obtenido todos los permisos ambientales y de construcción necesarios para el proyecto, incluida la confirmación del SINAC de que el sitio del proyecto no estaba dentro de un ASP¹¹⁰. Hasta la fecha, ninguna de las autoridades con competencia en materia ambiental había hecho ninguna sugerencia de que el proyecto no cumpliera con todas las leyes y reglamentos aplicables.
137. Anteriormente, el proyecto había sido objeto de varias denuncias injustificadas por parte del Sr. Bucelato. Tal como explican el Sr. Aven y el Sr. Damjanac en sus Declaraciones Testimoniales, el Sr. Bucelato había tratado de comprar el sitio del proyecto en el año 2002 y, al no poder hacerlo, parecía estar decidido a sabotear el proyecto Las Olas. Según relata el Sr. Damjanac, el Sr. Bucelato se aparecía en el sitio con frecuencia y hacía acusaciones sin fundamento sobre el proyecto frente a los potenciales clientes. Hizo una serie de denuncias con respecto al proyecto a lo largo de los años, primero en la Municipalidad de Parrita a principios de 2009, después en la Defensoría del Pueblo, a mediados de 2010, y luego nuevamente en la Municipalidad a fines de 2010. Una por una, las denuncias del Sr. Bucelato fueron investigadas y desestimadas por dichas autoridades por la absoluta falta de pruebas.

¹¹⁰ Anexo C222, Expediente de la SETENA sobre el Sector del Condominio

138. Llegado ese punto, en febrero de 2011, las Demandantes consultaron a un abogado costarricense y al propio Regente Ambiental del proyecto, el Sr. Bermúdez, cuyos informes bimensuales a la SETENA siempre habían confirmado que el proyecto cumplía con los términos de la Viabilidad Ambiental y todos los demás permisos aplicables¹¹¹. Tal como manifiesta el Sr. Bermúdez en su Primera Declaración Testimonial, le confirmó al Sr. Aven que todas las obras se habían llevado a cabo de manera adecuada y que no tenía ninguna razón para creer que hubiera habido algún incumplimiento de las leyes ambientales aplicables por parte de las Demandantes.
139. Además, se les informó a las Demandantes que la Notificación del SINAC no tenía ningún efecto legal. Si bien el SINAC tiene la facultad de dictar medidas cautelares relativas a los permisos que emite el propio organismo y tiene poderes de policía sobre los recursos naturales que implican la capacidad de establecer una medida cautelar, en la práctica, dado que el SINAC no tiene competencia sobre la construcción u otros permisos operativos, la medida cautelar era ineficaz.
140. Sobre esa base, y sobre la base de que (i) contaban con todos los permisos pertinentes de la SETENA y la Municipalidad, que incluían la confirmación de que el área no representaba una amenaza para el ambiente ni estaba dentro de un ASP; y (ii) no habían hecho nada malo, las Demandantes hicieron caso omiso de la Notificación del SINAC.
141. No obstante, el 23 de febrero de 2011, el Sr. Aven, en representación de Inversiones Cotsco, presentó un recurso de revocatoria de la Notificación del SINAC por haber sido emitida por un empleado incompetente del SINAC sin competencia para dictar dicha medida cautelar respecto del proyecto¹¹².
142. El 25 de febrero de 2011, el Sr. Aven recibió una respuesta a su recurso de revocatoria de la Notificación del SINAC del Sr. Picado, el mismo empleado responsable de la emisión de la Notificación¹¹³. En su respuesta, el Sr. Picado manifestó que la situación había surgido a partir de una denuncia presentada por la Municipalidad de Parrita en base a una inspección ocular relacionada con la construcción de un área de ingreso sin

¹¹¹ Anexos C68, C74, C87, C94, C109, C118, C120, C130, C136, C140, C147, C150, C151 y C153, Informes de actualización DEPPAT SETENA de junio-julio de 2010 a junio-julio de 2012

¹¹² Anexo C113, Recurso de revocatoria de la Notificación del SINAC, 23 de febrero de 2011

¹¹³ Anexo C114, Respuesta del Estado al recurso de revocatoria, 25 de febrero de 2011

el respectivo permiso municipal. A continuación, el Sr. Picado hizo referencia a que “se vienen presentando anomalías con [el] proyecto” “desde el año 2008 aproximadamente”. Esta fue la primera vez que las Demandantes habían oído hablar de tales anomalías.

143. Como resultado de su preocupación por estos repentinos acontecimientos, el Sr. Aven y los asesores del proyecto comenzaron a revisar la correspondencia intercambiada a lo largo de los años con las distintas autoridades gubernamentales en relación con los permisos y las autorizaciones obtenidas por el proyecto. Fue durante esta revisión que el Sr. Bermúdez descubrió, en el expediente de la SETENA, una carta del Sr. Bogantes a Hazel Diaz Meléndez de la Defensoría del Pueblo, del 27 de agosto de 2010, en la que se hacía referencia a un informe del SINAC sobre el proyecto que había confirmado, en julio de 2010, que no había humedales en el sitio del proyecto (el “**Informe del SINAC de julio de 2010**”)¹¹⁴. Esta fue la primera vez que las Demandantes y sus asesores habían oído hablar de este informe y, dada su posible relevancia respecto del supuesto conflicto con el proyecto, el Sr. Aven fue a la oficina local del MINAE para obtener una copia.
144. Al llegar a la oficina local del MINAE, el Sr. Aven solicitó una copia del Informe del SINAC de julio de 2010 que confirmaba la ausencia de humedales en el sitio del proyecto. Se llamó al Sr. Bogantes, el autor de la carta del 27 de agosto de 2010, y dijo no tener una copia del informe en el expediente. Según recuerda el Sr. Aven en su declaración testimonial, el Sr. Aven desafió al Sr. Bogantes y exigió que se le proporcionara una copia, ya que era su derecho. El Sr. Bogantes luego llamó a la oficina del MINAE en Puriscal y habló con una abogada de nombre Laura Chávez. Después de hablar con el señor Aven, la señora Chávez ordenó al Sr. Bogantes que le haga llegar al Sr. Aven una copia del informe, lo cual hizo de mala gana.
145. Ese informe revelaba que el 8 de julio de 2010 se había llevado a cabo una inspección del sitio por parte del SINAC, que concluyó que:

Durante la inspección llevada a cabo en el Proyecto Las Olas ubicado en Esterillos Oeste, se observó que una parte de la topografía del inmueble es plana y otra es accidentada. En la parte plana del inmueble hay una depresión topográfica o canal de drenaje superficial de alrededor de un metro

¹¹⁴ Anexo C80, Carta del SINAC a Hazel Diaz Meléndez, 27 de agosto de 2010

de profundidad con respecto a la pendiente en algunos tramos. En esta depresión superficial se observó agua estancada. En otros sectores, el agua fluye por el cauce; en algunas áreas no supera los 20 cm, y continúa hasta el inmueble vecino.

[...]

*Debido a su accidentada topografía y la pendiente descendente hacia la parte plana del inmueble, el agua de lluvia (agua de precipitación) se recarga en estas pendientes y cae directamente en la depresión situada en el terreno, sobre todo durante la temporada de lluvias. Se llevaron a cabo dos inspecciones en los meses de enero y febrero de este año por parte de funcionarios del MINAET, y en su informe, **señalan claramente que el medio ambiente no se ve afectada. Tampoco mencionan la existencia de un humedal o espejo de agua en el inmueble.***

[...]

La Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA¹¹⁵) en la Resolución N.º 1597-2008-SETENA otorgó el Permiso de Viabilidad Ambiental al Condominio Residencial Las Olas.

[De acuerdo con] la inspección del inmueble del Condominio Residencial Las Olas, sus características topográficas y ecológicas y el perfil de la vegetación y el suelo, y [basado en] los informes mencionados anteriormente que no indican que se encuentren áreas de humedales en ninguna parte de este inmueble, se concluye que no hay humedales en este terreno.

146. Con posterioridad a la recepción de ese informe, el 27 de agosto de 2010, el Sr. Bogantes le había escrito a la Sra. Diaz, confirmándole que “no indican haber daño ambiental” y que “con respecto a las visitas no se indica que se encuentre humedales ni lagos ni lagunas en la zona”¹¹⁶.
147. En esa época, la SETENA también había llevado a cabo una inspección del sitio del proyecto Las Olas como resultado de otra de las denuncias sin fundamento del señor Bucelato. Se había llevado a cabo una inspección el 18 de agosto de 2010 y la SETENA elaboró un informe el 19 de agosto de 2010, en el que concluía que la denuncia del Sr. Bucelato debía ser rechazada dado que no había pruebas de que hubiera humedales en el sitio del proyecto. El 1 de septiembre de 2010, la SETENA

¹¹⁵ Anexo C52, Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio, 2 de junio de 2008

¹¹⁶ Anexo C80, Carta del SINAC a Hazel Diaz Meléndez, 27 de agosto de 2010

aprobó una resolución en la que confirmaba la desestimación de la denuncia del Sr. Bucelato por falta de pruebas¹¹⁷.

148. Tras la recepción de la Notificación del SINAC del 14 de febrero de 2011, el Sr. Aven le indicó al Sr. Bermúdez, Regente Ambiental del Sector del Condominio, que escribiera al SINAC para exponer su opinión sobre el cumplimiento del proyecto de todas las leyes y reglamentos ambientales aplicables.
149. El 22 de marzo de 2011, el Sr. Bermúdez escribió al SINAC para manifestar su preocupación por el hallazgo de humedales en la Notificación del SINAC en base a que:
- (b) todas las inspecciones previas de los diversos organismos del gobierno habían concluido que no había humedales en el proyecto;
 - (c) el proyecto contaba con la Viabilidad Ambiental requerida;
 - (d) la única actividad en el sitio del proyecto que afectaba al supuesto humedal se trataba, en noviembre de 2010, de la instalación de tuberías para recoger el agua de lluvia que caía de las colinas de los alrededores y se acumulaba en una depresión natural que había en el terreno. Dijo que esta depresión no era un humedal; y
 - (e) no se había talado ningún árbol que habría requerido un permiso a tal fin.
150. El Sr. Bermúdez nunca recibió una respuesta a su carta.
151. Luego, el 13 de abril de 2011 o alrededor de esa fecha, recibieron una resolución de la SETENA en la que solicitaba a la Municipalidad el dictado de una medida cautelar para suspender cualquier trabajo adicional en el Sector del Condominio (la **“Resolución de la SETENA de abril de 2011”**)¹¹⁸. Dicha Resolución se basaba en el hecho de que el documento que sustentaba la decisión original de la SETENA de otorgar la Viabilidad Ambiental para el proyecto era supuestamente falsificado. Tal como explica el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, en ese momento, las Demandantes supusieron que este era el documento presuntamente falsificado que se

¹¹⁷ Anexo C83, Resolución de la SETENA en la que se confirma la ausencia de humedales, 1 de septiembre de 2010

¹¹⁸ Anexo C122, Resolución de la SETENA de abril de 2011, 13 de abril de 2011

mencionaba en la Notificación del SINAC, que también había sido objeto de la solicitud de la SETENA del 17 de enero de 2011¹¹⁹. La Resolución de la SETENA de abril de 2011 también requería que se enviara una copia a la Fiscalía Adjunta Agrario Ambiental.

152. El 29 de abril de 2011, el Sr. Aven le indicó a su abogado que interpusiera un recurso de apelación contra la Resolución de la SETENA de abril de 2011, sobre la base de que las Demandantes no sabían nada sobre el documento en cuestión y que, hasta donde tenían conocimiento, no era el documento en el que se había basado la SETENA al momento de emitir la Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio.
153. No obstante, a pesar de la apelación en trámite, el 11 de mayo de 2011, las Demandantes recibieron una copia de la notificación de paralización de la Municipalidad de Parrita (la “**Notificación de Paralización**”). Esta Notificación hacía referencia a la Resolución de la SETENA de abril de 2011 y, al parecer, sobre la base del principio de coordinación entre los órganos de administración pública, requería el cese de todas las obras en el sitio del proyecto.
154. En este punto, el Sr. Aven y el Sr. Damjanac no podían creer lo que estaba sucediendo. No podían entender por qué las autoridades estaban actuando de esta manera, cuando apenas un tiempo atrás (en julio y agosto de 2010) habían vuelto a confirmar algo que se había declarado desde el principio —el proyecto no representaba una amenaza ambiental y no contenía ningún humedal. Sin embargo, en vista de la Notificación de Paralización, se detuvieron todas las obras en el sitio del proyecto.
155. Las Demandantes más tarde se enteraron de que, el mismo día en que la SETENA emitió su Resolución de abril de 2011, el TAA también había emitido una orden de suspensión contra el proyecto como medida cautelar sobre la base de una denuncia presentada por el Sr. Bucelato (la “**Orden de Suspensión del TAA**”), aunque dicha orden nunca se recibió. La Orden de Suspensión del TAA parece basarse en una carta del 3 de enero de 2011 del Sr. Picado en la que se resume una serie de inspecciones que hizo en el lugar del proyecto el 6, 10, 17 y 21 de diciembre de 2010.

¹¹⁹ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 172

156. En esa carta, el Sr. Picado manifestó que vecinos del sitio Las Olas afirmaron que, aproximadamente dos meses antes de su inspección, la Municipalidad había comenzado a instalar una tubería para secar el humedal existente. Llegó a la conclusión de que hay *“cuerpos de agua, supuestamente clasificadas como humedales, en el terreno”* y recomendó solicitar *“al Programa Nacional de Humedales que inspeccione el lugar de los hechos [...] para determinar si los supuestos humedales denunciados por la sociedad civil existen o no”*. También recomendó que el Instituto Nacional de Innovación y Transferencia en Tecnología Agropecuaria (“INTA”) realizara un muestreo de suelos del sitio en el cual se habían identificado los supuestos humedales con el fin de determinar el tipo de suelo presente en el inmueble.
157. Tal como explica el Sr. Damjanac en su Declaración Testimonial, tras la recepción de la Notificación de Paralización, las Demandantes interrumpieron todo el trabajo en el sitio del proyecto, a excepción de algunos trabajos de mantenimiento necesarios.
158. El 19 de mayo de 2011, el fiscal penal, Luis Martínez Viñega, visitó el sitio del proyecto, acompañado por el Sr. Picado y algunos otros funcionarios del MINAE. El Sr. Damjanac los acompañó en su recorrido por el sitio. Según describe el Sr. Damjanac en su Declaración Testimonial, se dirigieron a la parte suroeste del sitio, cerca de las servidumbres, y el Sr. Picado ordenó a los trabajadores que pusieran estacas en el suelo en ciertos puntos para marcar los supuestos humedales. Después de la inspección, el Sr. Damjanac regresó a esos puntos y junto con un empleado de Las Olas, cavó agujeros de alrededor de 1,5 metros en el suelo junto a esas estacas. Ninguno de los agujeros que el Sr. Damjanac cavó contenía agua o incluso suelo húmedo, como se ve claramente en las fotografías que tomó¹²⁰. No había absolutamente ninguna base para afirmar que estas áreas formaran parte de algún humedal.
159. Las Demandantes posteriormente se enteraron de la existencia de aún más informes de inspección que habían sido preparados por las autoridades en relación con el proyecto Las Olas. A pesar del hecho de que (i) el SINAC había confirmado desde el principio que el proyecto no estaba afectado por un ASP; (ii) la SETENA había

¹²⁰ Anexo C200, Fotografías de los agujeros de prueba; Anexo C128, Video de la inspección de los agujeros por parte del MINAE

emitido la Viabilidad Ambiental necesaria, sobre la base, entre otras cosas, de una inspección física del sitio del proyecto; (iii) el 8 de julio de 2010, el SINAC había inspeccionado el sitio del proyecto y confirmado que no había humedales¹²¹; y (iv) el 19 de agosto de 2010, la SETENA había confirmado que no había humedales en el sitio del proyecto¹²²; siguiendo las recomendaciones del Sr. Picado en su carta del 3 de enero de 2011, el 18 de marzo de 2011, el SINAC elaboró dos informes de inspección adicionales en los que identificó un “*Humedal Palustrino*” y afirmó que “*fue completamente rellenad[o]*” y “*que se realizó un daño al ecosistema de humedal*”. Esto era totalmente contradictorio con el Informe anterior del SINAC de julio de 2010, que por cierto el SINAC envió al Sr. Aven el mismo día.

160. Durante toda esta etapa, el Sr. Aven y el Sr. Damjanac intentaban cada vez más desesperadamente comprender los motivos de las acciones infundadas y contradictorias de la Demandada. Como explica el Sr. Damjanac en su Declaración Testimonial, la Notificación de Paralización resultó ser el último clavo en el ataúd ya que el proyecto se paralizó por completo en ese punto¹²³.
161. El Sr. Aven se pasó la segunda mitad de 2011 trabajando para demostrar a la SETENA que no había humedales en el sitio del proyecto, que no podrían haberse cometido infracciones ambientales y que no tenía ninguna responsabilidad por el documento presuntamente falsificado que se encontraba en el expediente de la SETENA. El 15 de noviembre de 2011, la SETENA reconfirmó la validez de la Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio¹²⁴. La SETENA indicó que la Viabilidad Ambiental se había expedido sobre la base de documentación válida. La carta oficial del SINAC, del 2 de abril de 2008, que había sido enviada a Mussio Madrigal y presentada junto con la solicitud D1, era prueba suficiente de que el sitio del proyecto no estaba en un área protegida.

(b) Una explicación del abrupto cambio de comportamiento de Costa Rica

162. Las Demandantes no podían entender la razón del cambio continuo de posición y aparente deseo de las autoridades de volver a examinar cuestiones que habían sido

¹²¹ Anexo C72, Informe del SINAC de julio de 2010, 16 de julio de 2010

¹²² Anexo C79, Informe de la SETENA donde confirma la ausencia de humedales, 19 de agosto de 2010

¹²³ Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 132

¹²⁴ Anexo C144, Resolución de la SETENA de noviembre de 2011, 15 de noviembre de 2011

resueltas hacía tiempo. Sin embargo, tal como señala el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, tenía sus sospechas sobre el motivo de esta campaña injustificada contra el proyecto Las Olas.

163. A fines de julio y mediados de agosto de 2010, el Sr. Bogantes visitó el sitio del proyecto, donde fue recibido por el Sr. Damjanac. Los dos hombres estaban caminando por el sitio del proyecto observando el trabajo que se había realizado hasta la fecha, cuando el Sr. Bogantes le dijo al Sr. Damjanac que los desarrolladores tendrían que darle lotes o bien dinero para poder mantener el proyecto en marcha. Tal como relata el Sr. Damjanac en su Declaración Testimonial, estaba horrorizado y le pidió al Sr. Bogantes que se explicara, a lo que el Sr. Bogantes respondió que el Sr. Damjanac sabía de lo que estaba hablando¹²⁵. En opinión del Sr. Damjanac, este fue un claro intento de soborno.
164. Más tarde, en agosto de 2010, el Sr. Bogantes nuevamente visitó el sitio Las Olas en una de sus muchas inspecciones. Recorrió el inmueble con el Sr. Damjanac, tal como este último confirma en su Declaración Testimonial. Al volver a la oficina del sitio Las Olas donde se encontraba el Sr. Aven, el Sr. Bogantes afirmó que había problemas con el proyecto relacionados con la existencia de humedales y árboles. Él hablaba en español y el Sr. Damjanac traducía para el Sr. Aven. El Sr. Aven le mostró la Viabilidad Ambiental y los permisos de construcción para demostrar que todo estaba en orden. La reacción del Sr. Bogantes fue la de desestimar los permisos y afirmar que los problemas no explicitados podrían resolverse si los desarrolladores contribuyeran a su *“plan de jubilación o pensión”*.
165. El Sr. Aven y el Sr. Damjanac estaban indignados y el Sr. Aven le dejó muy en claro al Sr. Bogantes que no pagarían sobornos, y que eso sería ilegal, tanto en Costa Rica como en Estados Unidos. Según explica el Sr. Aven, no denunció este claro pedido de soborno a las autoridades en ese momento ya que le preocupaba que, si lo hacía, podría crear problemas para el proyecto
166. Parece haber un vínculo entre la negativa del Sr. Aven y el Sr. Damjanac de participar en el ilícito del Sr. Bogantes y los problemas subsiguientes que el Sr. Bogantes generó para el proyecto Las Olas. Después de todo, fue el 27 de agosto de 2010, como

¹²⁵ Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 99

máximo apenas unas semanas después de su fallido intento de soborno, que el Sr. Bogantes escribió una carta a la Sra. Diaz de la Defensoría del Pueblo en la que denunciaba problemas en el sitio del proyecto Las Olas. Como se mencionó anteriormente, en esa carta, a pesar de llegar a la conclusión de que no había humedales en el sitio del proyecto, ni se causó ningún daño al medio ambiente, el Sr. Bogantes hace referencia a “*anomalías con el proyecto Las Olas*” sin especificar de qué tipo¹²⁶.

167. De todos modos, este no fue el primer intento de soborno al que el Sr. Aven estuvo expuesto. En las etapas iniciales del proyecto, el 4 de septiembre de 2009, el Sr. Aven asistió a una reunión en la Municipalidad local para discutir la cuestión de los permisos de construcción. Lo acompañó su entonces abogado, Gavridge Pérez. En esa reunión, un empleado de la Municipalidad, Ovideo, intentó obtener un soborno de USD200.000 del Sr. Aven y el proyecto Las Olas para garantizar la continuación del proyecto sin complicaciones. Les explicó que era la cabeza de un grupo de alrededor de 12 o 13 miembros de la Municipalidad y que compartiría el dinero con ellos. Una vez más, el Sr. Aven estaba indignado y simplemente se negó a participar. Le explicó a Ovideo, en presencia del Sr. Pérez y varios otros empleados de la Municipalidad, que el soborno es un delito en los EE.UU. y, según creía, también en Costa Rica y que él no estaba dispuesto a correr el riesgo de ir a la cárcel. Sin embargo, por recomendación del Sr. Pérez, que fue testigo del intento de soborno, el Sr. Aven no lo denunció a las autoridades por temor a causar problemas para el proyecto en un momento en que la Municipalidad estaba considerando la solicitud del permiso de construcción del proyecto.
168. El Sr. Aven mencionó el intento de soborno a un conocido cercano en ese momento —Fernando Zumbado, exministro de Vivienda de Costa Rica. Tal como manifiesta el Sr. Zumbado en su Declaración Testimonial, no estaba sorprendido por lo que le había ocurrido al Sr. Aven¹²⁷. Había oído rumores de corrupción en la Municipalidad de Parrita y se compadeció de la situación del Sr. Aven. Más que nada, el Sr. Zumbado se sintió avergonzado por lo sucedido y, como explica en su Declaración Testimonial, quiso hacer algo para resolver la situación. Le contó lo que había pasado

¹²⁶ Anexo C80, Carta del SINAC a Hazel Diaz Meléndez, 27 de agosto de 2010

¹²⁷ Ver Declaración testimonial de Fernando Zumbado, ¶ 22

al entonces Ministro de Vivienda, hermano del presidente Oscar Arias, pero esa conversación quedó en la nada¹²⁸.

169. Tiempo después, el 16 de septiembre de 2011, el Sr. Aven presentó una denuncia penal formal contra el Sr. Bogantes en relación con su intento de soborno. Huelga decir que el Sr. Aven nunca más fue contactado sobre esta denuncia. En diciembre de 2012, el Sr. Aven se dirigió a la oficina del fiscal para saber cómo avanzaba la causa, solo para que le dijeran que no había nada para ver en el expediente.
170. Varios años más tarde, en julio de 2015, el abogado del Sr. Aven en Costa Rica, Manuel Ventura, asistió a la oficina del fiscal y después de cierta insistencia de su parte, finalmente pudo obtener una copia del expediente¹²⁹. El expediente reveló que la investigación había sido abandonada por falta de pruebas. Había notas en el expediente que señalaban que el fiscal había intentado en varias ocasiones ponerse en contacto con el Sr. Aven. El fiscal dijo haberle pedido al Sr. Aven, el 4 de noviembre de 2011, que fuera a su oficina para una entrevista. El Sr. Aven nunca recibió dicha solicitud. En el expediente también se señalaba que el fiscal había solicitado pruebas al Sr. Aven, y que este había dicho que no estaba interesado en seguir adelante con el caso. Tal como manifiesta el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, esto es simplemente falso. Una tercera nota en el expediente afirmaba que el fiscal había intentado llamar al Sr. Aven. El Sr. Aven nunca recibió esa llamada, y la fiscalía tampoco contactó a su abogado.
171. Dadas estas circunstancias, el Sr. Aven solo puede concluir que el fiscal no tenía ningún interés en hacer el seguimiento de su denuncia contra el Sr. Bogantes, presumiblemente porque tenía la intención de citarlo como testigo en el proceso penal contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac

(c) La investigación penal y la falta de pruebas de responsabilidad penal

172. A principios del año 2011, el fiscal penal Martínez inició una investigación penal para determinar si el Sr. Aven y el Sr. Damjanac habían violado las leyes ambientales de Costa Rica con sus actividades en el sitio Las Olas¹³⁰. La investigación se basaba en

¹²⁸ *Ibíd.* ¶14

¹²⁹ Anexo C162, Denuncia policial de tiroteo, 15 de abril de 2013

¹³⁰ *Ver* Declaración Testimonial de David Aven ¶ 177.

gran medida en una serie de denuncias de terceros presentadas por el vecino Steve Bucelato¹³¹. Durante su testimonio en el juicio, el Sr. Bucelato se describió a sí mismo como un músico retirado, y admitió que no sabía la definición de “humedal” conforme a la ley costarricense. El Sr. Bucelato basó sus denuncias en su propia observación personal del sitio Las Olas, sin ningún tipo de conocimiento para respaldar sus acusaciones. No obstante, el Sr. Martínez decidió basar una investigación penal en las declaraciones del Sr. Bucelato, y, finalmente, presentar cargos penales, a pesar de las pruebas reales a disposición del Sr. Martínez incluso antes del año 2011, que demostraban que el Sr. Aven y el Sr. Damjanac no habían cometido ningún delito.

173. Por ejemplo, a principios de 2011, Las Olas había recibido la Viabilidad Ambiental de la SETENA y un permiso de construcción de la Municipalidad de Parrita¹³². Además, Las Olas había designado a su Regente Ambiental, quien emitió una serie de informes basados en inspecciones del inmueble, en los que no encontró problemas de cumplimiento ni irregularidades¹³³. De hecho, el Sr. Martínez tenía poca o ninguna prueba de la comisión de alguna infracción desde el inicio de su investigación salvo por las manifestaciones generales de un músico retirado, y esa situación no cambió a lo largo del curso de la investigación y el proceso penal.
174. Desde el comienzo de la investigación, el Sr. Aven cooperó plenamente con las autoridades, ya que no tenía nada que ocultar. El 6 de mayo de 2011, el Sr. Martínez solicitó que el Sr. Aven asistiera a una reunión para prestar declaración en relación con los posibles cargos penales¹³⁴. El abogado del señor Aven, Sebastián Vargas, también asistió a esa reunión¹³⁵. A pesar de que tenía el derecho de negarse a hablar con el fiscal, el Sr. Aven prestó declaración, en la que describió el proyecto Las Olas en detalle y presentó los permisos, informes y autorizaciones correspondientes recibidos por el proyecto, cada uno de los cuales indicaban que el proyecto cumplía con las normas ambientales de Costa Rica, y que el Sr. Aven no había cometido

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Anexo C52, Viabilidad Ambiental para el Sector del Condominio, 2 de junio de 2008; Anexo C40, Permisos de construcción para la Concesión de 2007

¹³³ Anexos C68, C74, C87, C94, C109, C120, C130, C140, C147, C150, C151, y C153, Informes de actualización DEPPAT SETENA de junio-julio de 2010 a junio-julio de 2012

¹³⁴ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 181

¹³⁵ *Ibid.*

ningún delito¹³⁶¹³⁷. La reunión se llevó a cabo aproximadamente tres semanas después de la Resolución de la SETENA de abril de 2011.

175. El Sr. Aven también habló sobre el intento de soborno del Sr. Bogantes en la reunión, y le pidió al Sr. Martínez que investigara el hecho¹³⁸. Como se explicó anteriormente, unos meses después, en septiembre de 2011, el Sr. Aven presentó una denuncia formal contra el Sr. Bogantes en la que describía el intento de soborno en detalle¹³⁹. El Sr. Aven ofreció al Sr. Damjanac como testigo en la demanda, ya que el Sr. Damjanac estuvo presente durante el intento de soborno y podía corroborar la descripción de los hechos del Sr. Aven¹⁴⁰. Asimismo, el Sr. Aven no tiene razones para creer que alguna vez su denuncia haya sido siquiera considerada, y como se mencionó anteriormente, fue desestimada arbitrariamente, sin notificar al Sr. Aven, por “falta de pruebas”¹⁴¹. Sin embargo, está muy claro que la base probatoria del fiscal para iniciar la investigación es totalmente inconsistente. De hecho, a lo largo de la investigación del Sr. Martínez, no sólo no había pruebas de la comisión de ningún ilícito por parte del Sr. Aven, sino que había bastantes pruebas de que el Sr. Aven había tenido la intención de actuar, y efectivamente actuó, en total cumplimiento de la legislación costarricense.
176. No obstante, el Sr. Martínez continuó con su investigación y solicitó dos informes ambientales adicionales. El primero fue emitido por el INTA, el mismo organismo al que el Sr. Picado, en su carta del 3 de enero de 2011, había recomendado solicitar el muestreo de suelos en el lugar de los supuestos humedales en Las Olas, con el fin de determinar, de conformidad con los criterios legales aplicables, si el suelo era característico de un humedal¹⁴². El segundo informe fue emitido por el MINAE. El INTA es un instituto nacional de investigación agrícola con experiencia específica en clasificaciones de humedales. El Dr. Diógenes Cubero Fernández, un especialista en humedales del INTA, inspeccionó el inmueble Las Olas y emitió un informe el 5 de

¹³⁶ Declaración Testimonial de David Aven ¶ 182

¹³⁷ La reunión tuvo lugar casi tres semanas después de la Resolución de la SETENA de abril de 2011.

¹³⁸ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 184

¹³⁹ Anexo C139, Denuncia penal contra Christian Bogantes, 16 de septiembre de 2011

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² Anexo C124, Informe del INTA sobre el Proyecto Las Olas, 5 de mayo de 2011, *Ver también* ¶131 del presente Memorial

mayo de 2011, en el que indicaba que no había humedales en el lugar¹⁴³. Unas dos semanas después, el MINAE emitió el Informe ACOPAC-CP-081-11, en el que llegaba a la conclusión opuesta y afirmaba que el sitio Las Olas contenía humedales¹⁴⁴.

177. El Sr. Martínez realizó otra visita al sitio en mayo de 2011, en la que recorrió el inmueble en busca de los supuestos humedales mencionados en el informe del MINAE¹⁴⁵. Durante la inspección, el Sr. Aven se refirió al informe del INTA, y señaló que contradecía el informe del MINAE y demostraba que el Sr. Aven no había cometido un delito. En respuesta, el Sr. Martínez simplemente declaró que “no cree” en el informe del INTA¹⁴⁶. Durante la visita, el Sr. Martínez también acusó al Sr. Aven y el Sr. Damjanac de cortar árboles de forma ilegal en violación a las leyes forestales de Costa Rica¹⁴⁷. El Sr. Aven le pidió al Sr. Martínez que le mostrara alguna prueba de eso, y el Sr. Martínez solo pudo señalar el tocón de un árbol de calibre pequeño, cuya tala no está prohibida por la legislación forestal de Costa Rica¹⁴⁸. Dos expertos forestales poco después confirmaron este hecho a través de dictámenes periciales y testimonios prestados en juicio¹⁴⁹.
178. De conformidad con la legislación costarricense, la responsabilidad penal requiere prueba de la intención de cometer un delito¹⁵⁰. La investigación penal del Sr. Martínez reveló pruebas abrumadoras de que el Sr. Aven y el Sr. Damjanac no tenían la intención de cometer ningún delito —que habían sido diligentes en tramitar la Viabilidad Ambiental de la SETENA y los permisos de construcción de la Municipalidad de Parrita, y en conseguir el apoyo de expertos cualificados, tales como su Regente Ambiental, para asegurarse de que estaban cumpliendo con las normas de Costa Rica. Todos estos actos refutan el propósito delictivo, y debería haber llevado al Sr. Martínez a abandonar su investigación y desistir de presentar cargos penales. Esto habría sido lo correcto y el resultado de una investigación

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ Anexo C126, Informe del SINAC (ACOPAC-CP-081-11) del 16 de mayo de 2011

¹⁴⁵ *Ver* Declaración Testimonial de David Aven ¶ 193; Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 138

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *Ver* Declaración Testimonial de David Aven ¶ 194; Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 141

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ Anexo C148, Informe Forestal de INGEOFOR, diciembre de 2011

¹⁵⁰ *Ver* Declaración Testimonial de Néstor Morera ¶ 32.

competente. La investigación del Sr. Martínez fue cualquier cosa menos competente, y, tal como se demuestra a continuación, el proceso penal no fue muy distinto.

E. El juicio de David Aven

(a) La acusación

179. El 21 de octubre de 2011, el Fiscal Martínez presentó formalmente cargos penales contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac ante el Juzgado Penal de Aguirre y Parrita en el Segundo Circuito Judicial de Puntarenas¹⁵¹. El Sr. Aven fue acusado de dos delitos: (1) haber ordenado el drenaje y secado de humedales en violación del artículo 98 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre; y (2) haber invadido un área de conservación en violación del artículo 58 de la Ley Forestal de Costa Rica¹⁵². Por su parte, el Sr. Damjanac fue acusado de explotación ilegal de un bosque en violación del artículo 61 de la Ley Forestal de Costa Rica¹⁵³.
180. Las alegaciones de hecho en la denuncia penal se basaron en gran medida en las aseveraciones contenidas en la denuncia del Sr. Bucelato. La denuncia adolecía de numerosas imprecisiones, la primera de las cuales es evidente por la línea de tiempo de las presuntas violaciones. En particular, la denuncia alegaba que desde abril de 2009, el Sr. Aven ordenó el relleno gradual de un humedal situado en la parte occidental del sitio Las Olas, y que esto continuó entre noviembre de 2010 y febrero de 2011¹⁵⁴. Sin embargo, en septiembre de 2008, Las Olas cesó todas las obras en el proyecto debido a la crisis financiera mundial¹⁵⁵. Como resultado, el sitio del proyecto estuvo esencialmente vacío desde septiembre de 2008 hasta principios de 2010 —de hecho, no hubo actividad en el proyecto en abril de 2009, y mucho menos una actividad relacionada con el relleno de supuestos humedales¹⁵⁶.
181. La denuncia alegaba además que el Sr. Aven había contratado a dos individuos llamados Francisco Iglesias Caldera y Gabriel Alberto Montero Arce en noviembre de 2010. Según la denuncia, el Sr. Aven les ordenó construir un canal a los efectos de drenar el supuesto humedal en la parte occidental del proyecto, entre noviembre de

¹⁵¹ Anexo C142, Acusación interpuesta contra David Aven y Jovan Damjanac, 21 de octubre de 2011

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *Íd.* pp. 2 a 4.

¹⁵⁵ *Ver* Declaración Testimonial de David Aven ¶ 198

¹⁵⁶ *Ibíd.*

2010 y febrero de 2011¹⁵⁷. Asimismo, la denuncia afirmaba que el Sr. Aven había ordenado cubrir el humedal drenado con tierra para poder construir calles pavimentadas¹⁵⁸. Como se discutió anteriormente y en la Declaración Testimonial del Sr. Aven, las calles pavimentadas cumplían plenamente con el permiso de construcción expedido por la Municipalidad de Parrita¹⁵⁹. Además, el fiscal ambiental no presentó ninguna prueba creíble de que dichas calles hubieran sido construidas sobre humedales o tenido algún efecto sobre ellos¹⁶⁰.

182. A pesar del hecho de que el Sr. Aven también fue acusado de violaciones a la ley forestal, la denuncia penal carecía, en gran medida, de denuncias concretas respecto del Sr. Aven en relación con esos cargos. En cambio, las acusaciones relacionadas con la ley forestal estaban mayormente dirigidas al Sr. Damjanac. El Sr. Aven presuntamente fue acusado solamente en virtud de ocupar una posición de liderazgo en Las Olas. No obstante, la denuncia penal afirmaba que el Sr. Damjanac efectivamente había ordenado a dos trabajadores llamados Melvin José González Benavides y Antonio Gutiérrez Méndez que cortaran alrededor de 400 árboles que estaban protegidos por las leyes forestales de Costa Rica¹⁶¹. Los árboles supuestamente tenían diámetros de cinco a veinticinco centímetros¹⁶². La denuncia también alegaba que el Sr. Damjanac había ordenado cortar un árbol de higuera¹⁶³. Ambos cargos eran totalmente infundados y carentes de mérito, y el Sr. Damjanac finalmente fue absuelto tras un juicio penal completo.

183. Las infundadas acusaciones contenidas en la denuncia penal eran totalmente incompatibles con numerosos informes de expertos independientes, basados en múltiples inspecciones del sitio. En primer lugar, el informe del INTA, que fue emitido por el Dr. Diógenes Cubero Fernández el 11 de mayo de 2011, concluyó que el sitio Las Olas no contenía humedales¹⁶⁴. El Dr. Cubero analizó numerosas muestras de suelo tomadas del inmueble Las Olas, y concluyó en su informe que las

¹⁵⁷ Anexo C142, Acusación interpuesta contra David Aven y Jovan Damjanac, 21 de octubre de 2011, p. 4.

¹⁵⁸ *Íd.*

¹⁵⁹ *Ver* Declaración Testimonial de David Aven ¶ 202

¹⁶⁰ De hecho, el Sr. Caldera incluso prestó testimonio en el juicio, y declaró que el Sr. Aven nunca le ordenó rellenar humedales y que no tenía conocimiento de que hubiera ningún humedal en el sitio del proyecto.

¹⁶¹ Anexo C142, Acusación interpuesta contra David Aven y Jovan Damjanac, 21 de octubre de 2011, pp. 5 a 6.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ Anexo C124, Informe del INTA sobre el proyecto Las Olas en el que se confirma la ausencia de humedales, 5 de mayo de 2011.

características del suelo eran completamente incompatibles con el suelo de zonas de humedales¹⁶⁵.

184. Además, Las Olas encargó un informe a Menor Arce Solano, un consultor forestal costarricense. El Sr. Arce realizó varias visitas al lugar antes de concluir, en un informe de septiembre de 2010, que no había un bosque en el inmueble Las Olas¹⁶⁶. Tal como se describe en detalle en su Declaración Testimonial, también expresó su preocupación sobre la metodología empleada por el MINAE en su informe del 7 de julio de 2011. El Sr. Arce consideró que el MINAE utilizó una metodología completamente subjetiva para determinar las zonas de muestreo para su estudio y no pudo definir los parámetros a ser evaluados para determinar la existencia de un bosque de conformidad con el artículo 3(d) de la Ley Forestal N.º 7575¹⁶⁷.
185. Los hallazgos del Sr. Arce coincidían con un informe de diciembre de 2011 emitido por INGEOFOR, una empresa de consultoría ambiental costarricense¹⁶⁸. INGEOFOR analizó las conclusiones del informe del MINAE ACOPAC-CP-129-2011-DEN, que afirmaba haber descubierto un bosque en el inmueble Las Olas¹⁶⁹. El informe de INGEOFOR no estuvo de acuerdo con las conclusiones del MINAE, y determinó que el sitio Las Olas no contenía un bosque, sino que mayormente consistía de pasto para ganado¹⁷⁰.

(b) Instrucción y audiencia preliminar

186. El tribunal penal programó una audiencia preliminar en la causa del Sr. Aven y el Sr. Damjanac para el 19 de junio de 2012¹⁷¹. En la audiencia preliminar, el juez tiene la oportunidad de determinar si el fiscal tiene pruebas suficientes para elevar el caso a juicio¹⁷². Si no hay pruebas suficientes, el juez puede desestimar ciertos cargos o el fiscal podría decidir no seguir adelante con algunos de ellos. El Sr. Aven, que fue representado por su abogado Néstor Morera, declaró en la audiencia preliminar en su

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ Anexo C82, Informe Forestal de Minor Arce Solano, septiembre de 2010

¹⁶⁷ Ver Declaración Testimonial de Minor Arce Solano ¶¶ 18 y ss.

¹⁶⁸ Anexo C148, Informe Forestal de INGEOFOR, diciembre de 2011

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ Ver Declaración Testimonial de Néstor Morera ¶ 21; Declaración Testimonial de David Aven ¶ 201

¹⁷² Ver Declaración Testimonial de Néstor Morera ¶ 13

defensa¹⁷³. Al hacerlo, el Sr. Aven presentó los permisos e informes ambientales pertinentes, incluido el informe del INTA y el informe de INGEOFOR¹⁷⁴. Como el Sr. Aven explicó en su Declaración Testimonial, después de presentar sus pruebas, el juez le dio la oportunidad a los abogados del gobierno de interrogar al Sr. Aven con respecto a los cargos¹⁷⁵. El gobierno mayormente pasó por alto esta oportunidad, y eligió formular solo una pregunta relacionada con el supuesto documento falsificado¹⁷⁶. Además, los abogados del gobierno no presentaron ninguna prueba en la audiencia preliminar, y en cambio decidieron simplemente reiterar las alegaciones de hecho expuestas en la denuncia penal¹⁷⁷.

187. A pesar de las abrumadoras pruebas presentadas para respaldar la defensa del Sr. Aven, y la absoluta falta de pruebas en apoyo de las acusaciones de la fiscalía, el juez determinó, después de la audiencia preliminar, que tres de los cargos debían someterse a juicio.

(c) Juicio

188. El juicio penal del Sr. Aven y el Sr. Damjanac comenzó el 5 de diciembre de 2012¹⁷⁸. El Sr. Morera representó tanto al Sr. Aven como al Sr. Damjanac en el juicio. El juez fue Rafael Solís Gullock. Tal como menciona el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, la estrategia de defensa era bastante simple: la defensa planeaba presentar cada uno de los informes que refutaban las acusaciones y llamar a cada uno de los individuos que realizaron esos informes a declarar como testigos a favor del Sr. Aven y el Sr. Damjanac¹⁷⁹. Como se describe más adelante, esta estrategia demostró ser eficaz en exponer los numerosos defectos en los argumentos de la fiscalía, pero debido a la aplicación de una norma procesal poco clara, no produjo un resultado favorable para el Sr. Aven o el Sr. Damjanac.

¹⁷³ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 202

¹⁷⁴ *Ibíd.*

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ *Íd.* ¶ 205

¹⁷⁹ *Íd.* ¶ 206

(i) Testigos de la Fiscalía

189. Los argumentos de la fiscalía estuvieron plagados de testimonios contradictorios y, de a ratos, completamente desfavorables o irrelevantes. Asimismo la fiscalía no ofreció ninguna prueba documental convincente que justificara los cargos penales ni brindó una explicación creíble acerca de cómo múltiples peritos habían arribado a conclusiones completamente opuestas a las vertidas en la denuncia penal. Al final del juicio, estaba claro que la fiscalía no había podido satisfacer la carga de la prueba ni tenía prácticamente posibilidades de obtener una condena penal. Como resultado de ello, la fiscalía decidió aprovechar una laguna procesal oscura para obtener un nuevo juicio y la oportunidad de corregir los errores que tan adversos le habían resultado en el primer procedimiento.
190. La fiscalía llamó al Sr. Bogantes como uno de sus primeros testigos para que brindara testimonio a favor del cargo formulado contra el Sr. Aven relativo a los humedales. Lo único que logró el testimonio del Sr. Bogantes fue socavar los argumentos de la fiscalía. Intentó poner énfasis en el informe del MINAE del 16 de mayo de 2011, en el cual se afirmaba que existían humedales en el sitio de Las Olas¹⁸⁰. Sin embargo, el Sr. Bogantes mismo había llegado a la conclusión diametralmente opuesta menos de un año antes. En efecto, el Sr. Bogantes realizó una investigación con el Sr. Manfredi que desembocó en el informe del SINAC de julio de 2010, donde se aseveraba que, de hecho, el sitio de Las Olas no contenía humedales¹⁸¹. El Juez Solís específicamente se refirió a este informe durante el testimonio del Sr. Bogantes y pidió que se explicara esta contradicción. Al hacerlo, el Juez Solís leyó casi íntegramente el informe de julio de 2010 al Sr. Bogantes, remarcando las discrepancias obvias con el testimonio que brindó en el juicio. En respuesta a ello, el Sr. Bogantes ofreció una serie de explicaciones poco convincentes que no hicieron más que debilitar su credibilidad.
191. En primer lugar, el Sr. Bogantes afirmó que únicamente fue el conductor durante la investigación con el Sr. Manfredi y poco tuvo que ver con las conclusiones del informe. Esta declaración fue directamente refutada por una carta que el Sr. Bogantes escribió a Hazel Diaz Meléndez de la Defensoría de los Habitantes en agosto de 2010,

¹⁸⁰ Anexo C126, Informe del SINAC, 16 de mayo de 2011

¹⁸¹ Anexo C72, Informe del SINAC de julio de 2010, 16 de julio de 2010

en la cual confirmó que efectivamente había realizado la inspección¹⁸². En segundo lugar, el Sr. Bogantes criticó al Sr. Manfredi al aseverar que éste era un biólogo y no un “especialista 100%” en clasificación de humedales. Nuevamente, lo único que logró con esto fue que se cuestione la credibilidad del MINAE. Incluso si la crítica del Sr. Bogantes al Sr. Manfredi tuviera asidero, plantea serios interrogantes acerca de por qué el MINAE estaría dispuesto a emitir un informe oficial realizado por una persona que no podía clasificar humedales debidamente, y por qué alguien habría de confiar en las conclusiones de cualquier informe posterior del MINAE supuestamente elaborado por especialistas. En tercer lugar, el Sr. Bogantes atribuyó los resultados de su informe de julio de 2010 al hecho de que la inspección se llevó a cabo durante el verano. Nuevamente, esto únicamente socavó la credibilidad de su testimonio y del MINAE en general: no ofreció ninguna explicación coherente sobre por qué los humedales no pueden clasificarse durante el verano ni por qué el MINAE estaría dispuesto a emitir informes oficiales durante el verano si son inherentemente desconfiables.

192. El Sr. Bucelato también brindó testimonio para la fiscalía y ofreció una seguidilla incoherente y estrafalaria de afirmaciones infundadas, incluidas admisiones de que él no solo había invadido la propiedad de Las Olas, sino que además había removido vida silvestre de allí. El Sr. Bucelato reconoció durante su testimonio que no sabía nada sobre clasificaciones de humedales en virtud del derecho costarricense. En efecto, no ofreció ningún tipo de prueba científica que respaldara su testimonio y, en cambio, afirmó que sus aseveraciones venían “*del corazón*”.
193. Asimismo, la fiscalía llamó a Monica Vargas Quesada, empleada de la Municipalidad de Parrita, para que brindara testimonio. El 31 de mayo de 2010, la Sra. Vargas presentó una denuncia ante el MINAE relacionada con el sitio de Las Olas. La denuncia se basaba en otra denuncia aparte, presentada ante la Sra. Vargas por varios vecinos del sitio de Las Olas. Según ambas denuncias, había humedales en la propiedad, pero el testimonio de la Sra. Vargas en el juicio no probó en absoluto la existencia de humedales. En cambio, admitió que nunca vio personalmente humedales en el sitio de Las Olas, ya que nunca había ingresado a la propiedad. Por otra parte, reconoció que su departamento, denominado Departamento de Acción Ambiental, no

¹⁸² Anexo C80, Carta del SINAC a Hazel Diaz Meléndez, 27 de agosto de 2010

está a cargo de la clasificación de humedales. Cabe remarcar que ni uno solo de los vecinos individualizados en la denuncia presentada ante la Sra. Vargas aceptó prestar declaración testimonial en el juicio del Sr. Aven, excepto el Sr. Bucelato¹⁸³.

194. Ninguno de los varios testigos llamados por la fiscalía hizo aporte alguno para solidificar sus argumentos y, en ciertas ocasiones, dichos testigos ofrecieron testimonios que de hecho avalaban los argumentos del Sr. Aven. Los testigos de la fiscalía reiteradamente formularon afirmaciones infundadas y contradictorias que en gran medida socavaron su credibilidad. Como resultado de ello, la fiscalía no estuvo siquiera cerca de satisfacer la carga de la prueba, lo cual quedó además demostrado por la solidez y credibilidad de los testigos de la defensa.

(ii) Testigos de la Defensa

195. De acuerdo con la estrategia descrita anteriormente, la defensa ofreció peritos de humedales y silvicultura independientes y experimentados para que brindaran testimonio durante el proceso judicial. Respecto de las alegaciones sobre los humedales, la defensa propuso al Dr. Cubero, un especialista en humedales del INTA. El Dr. Cubero inspeccionó la propiedad de Las Olas en la primavera de 2011 y, posteriormente, emitió un informe el 5 de mayo de 2011, en el cual concluyó que la propiedad de Las Olas no contenía humedales¹⁸⁴. Su testimonio se condijo con su informe de 2011. En particular, el Dr. Cubero enfatizó que es necesario realizar un análisis del suelo para clasificar el área como un humedal. La fiscalía no había puesto el foco en las características del suelo del sitio de Las Olas y, en cambio, se concentró principalmente en la mera existencia de agua, un factor insuficiente para la clasificación de humedales.
196. Respecto de las alegaciones relacionadas con la silvicultura, la defensa llamó a Minor Arce Solano, un consultor de silvicultura independiente. El Sr. Arce había inspeccionado el sitio de Las Olas en dos ocasiones distintas y emitió un informe en septiembre de 2010 en el cual detalló sus hallazgos, incluida la conclusión de que no

¹⁸³ Carlos Alberto “Beto” Solano Mora también vivía cerca del sitio de Las Olas y brindó testimonio para la fiscalía. Durante su testimonio, el Sr. Mora declaró que, si bien no es experto en materia ambiental, vivió cerca del sitio de Las Olas toda su vida y cree que no existen bosques o humedales en la propiedad. Por el contrario, confirmó que la propiedad estaba mayormente conformada por pasturas para ganado.

¹⁸⁴ Anexo C124, Informe del INTA para el proyecto Las Olas, 5 de mayo de 2011.

había bosques en la propiedad¹⁸⁵. Su testimonio se correspondió con su informe. Asimismo, durante su testimonio, el Sr. Arce también mencionó y se apoyó en el informe de INGEOFOR de diciembre de 2011¹⁸⁶, en el cual también se determinó que no había bosques en la propiedad.

197. La defensa también presentó pruebas documentales amplias para demostrar que no había humedales ni bosques en la propiedad y que el proyecto de Las Olas había obtenido debidamente las aprobaciones y los permisos gubernamentales necesarios. Los documentos admitidos y/o analizados por la defensa incluyeron los siguientes: (1) la Resolución N.º 1597-2008-SETENA del 2 de junio de 2008, donde se otorgó la Viabilidad Ambiental a Las Olas¹⁸⁷; (2) el Informe de Inspección ACOPAC-OSRAP371-2010 SINAC del 16 de julio de 2010, donde se estableció que no existían humedales en el sitio de Las Olas¹⁸⁸; (3) la Resolución 2086-2010 SETENA del 1 de septiembre de 2010, donde se rechazaron las denuncias de Steve Bucelato¹⁸⁹; (4) varios permisos de construcción emitidos por la Municipalidad de Parrita entre 2008 y 2011 donde se autorizaba el desarrollo del sitio del proyecto¹⁹⁰; (5) el Informe del INTA del 5 de mayo de 2011, donde se determinó que no existían humedales en el sitio de Las Olas¹⁹¹; (6) el Informe de Minor Arce Solano de septiembre de 2010, donde se concluyó que no había bosques en el sitio de Las Olas;¹⁹² (7) el Informe de Silvicultura del INGEOFOR de diciembre de 2011, donde se determinó que no existían bosques en el sitio de Las Olas¹⁹³; (8) informes periódicos emitidos por Esteban Bermúdez, Regente Ambiental de Las Olas, donde se estableció que el proyecto cumplía con la normativa ambiental y que no existían no conformidades en el sitio del proyecto¹⁹⁴; (9) la Resolución No. 2850-2011-SETENA del 15 de noviembre de 2011, donde se confirmó la revocación de la Resolución No. 839-2011-

¹⁸⁵ Anexo C82, Informe Forestal de Minor Arce Solano, septiembre de 2010

¹⁸⁶ Anexo C148, Informe Forestal de INGEOFOR, diciembre de 2011

¹⁸⁷ Anexo C52, Viabilidad Ambiental para el Condominio, 2 de junio de 2008

¹⁸⁸ Anexo C72, Informe del SINAC de julio de 2010, 16 de julio de 2010

¹⁸⁹ Anexo C83, Resolución de la SETENA donde se confirma la inexistencia de humedales, 1 de septiembre de 2010

¹⁹⁰ Anexo C40, Permisos de Construcción para la Concesión, 2007; Anexo C71, Permisos de Construcción N.º 090-10 a 96-10, 16 de julio de 2010, y Anexo C85, Permisos de Construcción, septiembre de 2010

¹⁹¹ Anexo C124, Informe del INTA sobre el proyecto Las Olas, 5 de mayo de 2011

¹⁹² Anexo C82, Informe Forestal de Minor Arce Solano, septiembre de 2010

¹⁹³ Anexo C148, Informe Forestal de INGEOFOR, diciembre de 2011

¹⁹⁴ Anexos C68, C74, C87, C94, C109, C120, C130, C140, C147, C150, C151 y C153, actualizaciones DEPPAT SETENA de junio-julio 2010 a junio-julio

SETENA y se revalidó la Viabilidad Ambiental del proyecto¹⁹⁵; y varios otros documentos.

(iii) La regla de los diez días

198. A medida que el juicio se acercaba a su fin, estaba totalmente claro que la fiscalía no había satisfecho su carga de la prueba y había cometido una serie de errores graves relacionados con sus testigos y la falta de pruebas documentales. Luego de una breve suspensión por Navidad y Año Nuevo, se programó el reinicio del procedimiento judicial para el 16 de enero de 2013. En la mañana del 16 de enero, el Sr. Aven realizó una declaración de clausura en la que reintrodujo ciertas pruebas documentales que refutaban los argumentos de la fiscalía.
199. Luego de que el Sr. Aven finalizó su declaración, se programó que la defensa y la fiscalía realizaran sus declaraciones de clausura antes del final del juicio¹⁹⁶. Sin embargo, luego de la declaración del Sr. Aven, la fiscalía presentó una solicitud de aplazamiento ante el juez, afirmando que no alcanzaba el tiempo para que ambas partes completaran sus declaraciones de clausura y que ambas declaraciones debían realizarse el mismo día¹⁹⁷. Como gesto de cortesía profesional, el Sr. Morera no se opuso al aplazo¹⁹⁸. En consecuencia, el Juez Solís aceptó la solicitud y se aplazó el juicio hasta el 25 de enero de 2013.¹⁹⁹
200. Uno o dos días antes del reinicio programado del juicio, el Juez Solís envió un escrito a las partes donde les informaba que debía tomarse licencia por una condición de salud relacionada con su mano izquierda²⁰⁰. En ese momento, no había jueces disponibles para reemplazar al Juez Solís a la brevedad.²⁰¹ En virtud del Artículo 336 del Código Penal de Costa Rica, si un juicio penal ha sido suspendido por diez días, el proceso debe discontinuarse y el juicio debe comenzar de nuevo por completo²⁰². Esta disposición es conocida como la “regla de los diez días”. El efecto de esta regla es que el tribunal inicia un juicio totalmente nuevo donde las partes deben volver a foja cero,

¹⁹⁵ Anexo C144, Resolución de la SETENA de noviembre de 2011, 15 de noviembre de 2011

¹⁹⁶ Ver Declaración Testimonial de Néstor Morera ¶ 39

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ *Íd.* ¶ 40

²⁰¹ *Íd.* ¶ 37

²⁰² Anexo C213, Artículo 336 del Código Penal de Costa Rica

sin posibilidad de apoyarse en pruebas o testimonios del primer juicio²⁰³. El inicio de un nuevo proceso es generalmente automático en virtud del Artículo 336 luego del lapso de los diez días, salvo que las partes acuerden seguir con el procedimiento original a pesar de la interrupción de diez días²⁰⁴.

201. El Sr. Morera buscó acordar con la fiscalía que se renuncie a la regla de los diez días. Sin embargo, la fiscalía vio esta regla como una oportunidad para corregir los errores que había cometido en el juicio en trámite²⁰⁵. Quedaba claro que era muy improbable llegar a una condena y, tal como explicó el Sr. Morera, el caso del Sr. Aven era importante para las estadísticas anuales de la fiscalía²⁰⁶. Por lo tanto, la fiscalía se rehusó a dejar de lado la regla de los diez días y se reinició el juicio²⁰⁷. Tal como explicó el Sr. Morera, los nuevos procesos en virtud del Artículo 336 son inusuales en Costa Rica, y el juicio del Sr. Aven no constituía un ejemplo típico de aplicación del Artículo 336²⁰⁸. Asimismo, el objetivo de la regla es brindar continuidad en el proceso de justicia penal y proteger a las partes de juicios prolongados, pero no brindar a la fiscalía una segunda oportunidad de obtener una condena luego de cometer errores en el juicio original²⁰⁹. Como consecuencia de la negativa de la fiscalía a renunciar a la regla de los diez días, todas las pruebas presentadas por la defensa, incluidos todos los informes periciales, testimonios periciales, permisos gubernamentales y resoluciones, debían presentarse íntegramente por segunda vez en un nuevo juicio. Asimismo, la fiscalía tendría injustamente la oportunidad de estudiar las declaraciones contradictorias e infundadas de sus propios testigos para asegurarse de que esto no sucediera por segunda vez.

F. Temores razonables y justificables de volver a Costa Rica

202. Tal como se ha explicado anteriormente, la denuncia del Sr. Aven contra el Sr. Bogantes fue mayormente ignorada, a pesar de la seriedad de las acusaciones. Por otro lado, si bien el fiscal estaba más que contento de acusar formalmente al Sr. Aven en relación con la supuesta falsificación del informe del MINAE, no mostró ningún

²⁰³ Ver Declaración Testimonial de Néstor Morera ¶ 37

²⁰⁴ *Íd.* ¶ 42-43

²⁰⁵ *Íd.* ¶ 43

²⁰⁶ *Íd.* ¶ 18

²⁰⁷ *Íd.* ¶ 43

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ *Ibíd.*

interés por identificar y procesar al verdadero culpable luego de que se exonerara al Sr. Aven de todos los aspectos del supuesto fraude.

203. Las denuncias del Sr. Damjanac contra el Sr. Bucelato ante la policía, formuladas a fines de 2010 y en 2011 a raíz de sus amenazas de violencia física, también fueron esencialmente ignoradas. Encima de ello, la manifiesta voluntad de la fiscalía de aprovechar una norma procesal penal para enjuiciar por segunda vez a los Sres. Aven y Damjanac únicamente contribuyó a sus crecientes preocupaciones sobre la justicia e imparcialidad de las autoridades con respecto a ellos.
204. A comienzos de 2013, luego de la finalización del primer juicio contra estos dos hombres, el Sr. Aven recibió una serie de amenazas anónimas. Esto había comenzado en enero de 2012 con una llamada telefónica amenazante en la cual la persona del otro lado de la línea le dijo claramente al Sr. Aven que se fuera del país mientras todavía pudiera. Si bien esto preocupó al Sr. Aven y se lo mencionó a su abogado penal, el Sr. Morera, en ese momento el Sr. Aven lo desestimó como una broma.
205. Sin embargo, a principios de 2013, las amenazas se tornaron más serias. El 2 de febrero, el Sr. Aven recibió un correo electrónico de Rubén Jimenez que decía:²¹⁰

Sr. David Aven, me contaron que no le fue bien en su audiencia. No piense que en la siguiente le va a ir mejor. Le recomiendo volver a su país mientras pueda. Aquí les va mal a los gringos avaros que causan problemas todo el tiempo. Vuelva a su país ahora.

206. Luego, el 15 de abril de 2013, el Sr. Aven y el Sr. Shioleno fueron víctimas en un tiroteo, mientras volvían en auto a San José de un viaje al juzgado en Quepos y al sitio del proyecto Las Olas. Le dispararon cinco veces de cerca al auto desde una motocicleta con dos pasajeros. Como describe el Sr. Aven, luego de los disparos, la motocicleta aceleró y desapareció a la distancia. El Sr. Aven inmediatamente se contactó con sus abogados, el Sr. Ventura y el Sr. Morera, y, tal como recuerda el Sr. Ventura en su declaración testimonial, fueron juntos a la estación de policía, donde presentaron una denuncia de lo sucedido. Un equipo forense examinó el auto, tal como demuestran las fotografías del Sr. Aven, y se contactó a la empresa de alquiler

²¹⁰ Anexo C159, Correo electrónico amenazante de Rubén Jiménez a David Aven, 2 de febrero de 2013

de autos propietaria del automóvil. Sin embargo, al igual que la acusación de soborno contra Bogantes, la denuncia policial sobre este incidente nunca prosperó²¹¹.

207. Aproximadamente una semana más tarde, el 11 de abril de 2013, el Sr. Aven recibió otro correo electrónico de R. Jiménez que decía lo siguiente:²¹²

Estás recibiendo el mensaje (GRINGO) GRINGO Aven, tienes mucha suerte, la próxima no serás tan afortunado. Vete de Costa Rica y abandona los juicios. Esta es la última advertencia, no recibirás más, no te puedes esconder, sabemos dónde estás todo el tiempo, sabemos que estuviste en EE.UU. dos semanas en marzo, sabemos que tienes que presentar el caso de nuevo y sabremos dónde y cuándo será la próxima audiencia judicial. Tal vez te estamos observando ahora. ¿Entiendes el mensaje? (GRINGO) R. Jiménez.

208. Varios meses después, el 22 de julio de 2013, el Sr. Aven recibió otro correo electrónico amenazante de Rubén que decía lo siguiente²¹³:

Gringo Aven, sabemos que te mudaste a EE.UU. No vuelvas y no causes problemas para el Gobierno de Costa Rica. Tienes una opción, o pierdes dinero o pierdes tu vida. Te estamos observando y podemos encontrarte.

209. Luego, el 30 de septiembre de 2013, el Sr. Aven recibió otro correo electrónico, esta vez de la casilla gohomenow@live.com, que decía:²¹⁴

Todavía no captas el mensaje, GRINGO Aven, tuviste suerte pero no por mucho más. Sabemos tus movimientos, tu dirección en CLEARWATER, tu novia te acaba de visitar. Abandona todos tus negocios en Costa Rica o ni tú ni tus amigos tendrán más suerte. ¡Entiende el mensaje, Gringo!

210. Tal como explica el Sr. Aven en su Declaración Testimonial, no conoce a nadie llamado Rubén Jiménez ni ha podido rastrear al autor de estos correos electrónicos. Si bien inicialmente consideró que la llamada telefónica amenazante era una broma, luego del tiroteo en abril de 2013 empezó a tomar estas amenazas contra su vida muy en serio. Finalmente, en mayo de 2013, decidió irse contra su voluntad de su hogar en San José y volver a EE.UU.

211. Tal como explica el Sr. Damjanac en su declaración testimonial, luego de la finalización del primer juicio, él también recibió varias amenazas anónimas mediante correos electrónicos y llamadas telefónicas. Fueron similares a las amenazas recibidas

²¹¹ Anexo C162, Denuncia policial de tiroteo; Anexo C163, Fotografías de daños al auto

²¹² Anexo C164, Correo electrónico amenazante, 22 de abril de 2013

²¹³ Anexo C165, Correo electrónico amenazante, 22 de julio de 2013

²¹⁴ Anexo C166, Correo electrónico amenazante, 30 de septiembre de 2013

por el Sr. Aven. El Sr. Damjanac ahora teme por su propia seguridad y también la de su familia.

212. A raíz de estos hechos, es entendible que el Sr. Aven tenga temor de volver a Costa Rica para comparecer nuevamente ante los tribunales y, como resultado de las experiencias decepcionantes que ha tenido, no confía en la capacidad de las autoridades costarricenses para ofrecerle la protección que necesitaría si retornara.
213. Desde que se fue de Costa Rica, el Sr. Aven, por instigación de la Demandada, ha sido el objetivo de una Notificación Roja de INTERPOL, mediante la cual la Demandada notificó a todos los países miembro de INTERPOL que se buscaba la extradición del Sr. Aven. Dada la naturaleza del supuesto ilícito, esta medida fue una reacción enormemente exagerada de la Demandada. Luego de enterarse de la emisión de la Notificación Roja, los Abogados del Sr. Aven inmediatamente protestaron ante la Demandada e impugnaron la Notificación Roja mediante los procedimientos de INTERPOL. Cierta tiempo después, INTERPOL notificó a los Abogados del Sr. Aven que la Notificación Roja había sido eliminada permanentemente y emitió para el Sr. Aven un certificado para que pudiera demostrar, si así lo requiriera cualquier agencia nacional de policía, que la Notificación Roja original había sido anulada. Durante el período en que la Notificación Roja permaneció vigente, el Sr. Aven figuró en el sitio web de acceso público de INTERPOL como buscado para ser procesado o encarcelado en Costa Rica. Como habrá notado la Demandada, esa información es recogida periódicamente por agencias externas que, a su vez, almacenan y difunden esa información para procesos de *due diligence* corporativa y similares. Es por ello que resulta imprescindible que los Estados tengan cuidado al utilizar el sistema de INTERPOL; dicho sistema representa una herramienta valiosa para ser utilizada en iniciativas genuinas de aplicación de la ley, pero cuando se utiliza sin un debido respeto por el bienestar de los individuos, rápidamente puede transformarse en un instrumento de abuso. La Demandada estuvo al tanto durante todas las etapas de que el Sr. Aven no era un criminal peligroso (el hecho de que la Notificación Roja fue solicitada indebidamente está confirmado por su posterior eliminación) y la Demandada sabía que someter al Sr. Aven a una Notificación Roja de INTERPOL, aunque fuera de manera temporal, le ocasionaría un daño.

214. Si bien fue un gran alivio para el Sr. Aven cuando INTERPOL confirmó que la Notificación Roja había sido levantada²¹⁵, no queda claro si la Demandada aceptó dicha remoción. A la fecha, la Demandada se ha rehusado a explicar qué respuesta (si es que tiene alguna) le dio a INTERPOL cuando la Notificación Roja sobre el Sr. Aven fue impugnada. El objetivo del sistema de Notificaciones Rojas es asistir a las autoridades para que atrapen a criminales peligrosos cuando intentan cruzar fronteras internacionales y extraditarlos al país responsable de emitir la Notificación Roja. Bajo ningún concepto puede el Sr. Aven ser considerado un criminal peligroso. Los delitos que se le imputan, incluso si se probaran judicialmente, solo constituyen infracciones ambientales menores. La posterior eliminación de la Notificación Roja de INTERPOL comprueba lo que afirma el Sr. Aven: que había sido indebidamente emitida en primer lugar.
215. A raíz de la Notificación Roja, tal como explica en su declaración testimonial, el Sr. Aven ha sufrido financiera, física y emocionalmente. Ha perdido una oportunidad de negocios específica con Google y Facebook dado que la existencia de la Notificación Roja fue detectada por *World Check* y él ya no es visto como un socio comercial deseable. El estrés y el temor combinados derivados de la Notificación Roja, las amenazas que sufrió y el tiroteo de abril de 2013 han deteriorado su salud mental y física. Actualmente sufre migrañas fuertes y está siendo tratado por un trastorno por estrés postraumático.

G. Inexistencia de humedales o bosques en el sitio del proyecto Las Olas

216. Las medidas arbitrarias de la Demandada contra el proyecto Las Olas y, personalmente, contra los Sres. Aven y Damjanac se basaron en la supuesta existencia en el sitio del proyecto de dos cosas: un bosque y un humedal. Incluso en el presente, el fiscal penal sigue el proceso contra estos dos hombres, a pesar de que (i) la SETENA, el órgano gubernamental a cargo de cuestiones ambientales, ha reconfirmado la Viabilidad Ambiental de las Demandantes para el Condominio, lo cual confirma que no hay áreas protegidas, incluidos bosques y humedales, en el sitio del proyecto; y (ii) el INTA, el órgano al cual, según instrucciones específicas del SINAC, debe consultarse para determinar la existencia de humedales en el sitio del proyecto, ha informado que no existen humedales.

²¹⁵ Anexo C173, Certificado de INTERPOL, 11 de septiembre de 2015

217. A modo de resumen, la Demandada ha arribado a las siguientes conclusiones respecto del sitio de Las Olas:

- (b) El 20 de enero de 2006, el SINAC, el órgano encargado de identificar y proteger humedales, confirmó que la Concesión no se encuentra dentro de un ASP;
- (c) El 17 de marzo de 2006, luego de una inspección del sitio y un Estudio de Impacto Ambiental, la SETENA otorgó la Viabilidad Ambiental a la Concesión;
- (d) El 2 de abril de 2008, el SINAC confirmó a la SETENA que el Condominio no se encuentra dentro de un ASP²¹⁶;
- (e) El 2 de junio de 2008, luego de una inspección del sitio y la presentación de la solicitud D1, la cual incluyó un Estudio de Impacto Ambiental, la SETENA otorgó la Viabilidad Ambiental al Condominio²¹⁷;
- (f) El 8 de julio de 2010, luego de una denuncia infundada del Sr. Bucelato, se llevó a cabo una inspección a cargo del Sr. Bogantes y el Sr. Manfredi, el representante del SINAC que debía determinar si existían humedales;
- (g) El 16 de julio de 2010, sobre la base de la inspección del 8 de julio, el SINAC emitió un informe donde confirmó que no existen humedales en el sitio del proyecto²¹⁸;
- (h) El 18 de agosto de 2010, luego de una segunda denuncia infundada del Sr. Bucelato, la SETENA llevó adelante una inspección del sitio del proyecto para determinar si existían humedales²¹⁹;
- (i) El 19 de agosto de 2010, la SETENA emitió un informe sobre su inspección del 18 de agosto donde confirmó que no hay humedales en el sitio del proyecto²²⁰;

²¹⁶ Anexo C36, Viabilidad Ambiental de la SETENA para la Concesión, 17 de marzo de 2006

²¹⁷ Anexo C48, Confirmación del SINAC para el Condominio de que no se encuentra dentro de un ASP, 2 de abril de 2008

²¹⁸ Anexo C72, Informe del SINAC de julio de 2010, 16 de julio de 2010

²¹⁹ Anexo C78, Informe de Inspección de la SETENA, 18 de agosto de 2010

- (j) El 27 de agosto de 2010, el Sr. Bogantes, del SINAC, escribió a Defensoría de los Habitantes para confirmar que no existen daños ambientales ni hay humedales en el sitio del proyecto²²¹;
- (k) El 1 de septiembre de 2010, mediante una resolución, la SETENA desestimó la segunda denuncia del Sr. Bucelato sobre la base de una completa falta de pruebas²²²;
- (l) No obstante, el 30 de noviembre de 2010, el SINAC le escribió a la SETENA para solicitar la suspensión de la Viabilidad Ambiental para el Condominio argumentando que un grupo de residentes había objetado la “*veracidad*” de un estudio preliminar de impacto ambiental elaborado por el SINAC el 27 de marzo de 2008²²³;
- (m) Posteriormente, el 6, 10, 17 y 21 de diciembre de 2010, el SINAC realizó inspecciones adicionales en el sitio de Las Olas²²⁴;
- (n) El 3 de enero de 2011, el SINAC emitió un informe donde manifestó que el sitio del proyecto parecía tener un cuerpo de agua consistente con un humedal y que aproximadamente 400 árboles habían sido eliminados ilegalmente. El SINAC sostuvo que “*es importante obtener un pronunciamiento [sobre la existencia de humedales] del Programa Nacional de Humedales*” y solicitó que el “*INTA tome muestras de los suelos en el sitio de los hechos informados para determinar qué tipo de suelo hay en esa propiedad*”. El SINAC también recomendó que se formularan cargos penales y administrativos por la eliminación de un bosque y que se ordene la suspensión de las obras del proyecto²²⁵;

²²⁰ Anexo C79, Informe de la SETENA donde confirma la inexistencia de humedales, 19 de agosto de 2010

²²¹ Anexo C80, Carta del SINAC a Hazel Diaz Meléndez, 27 de agosto de 2010

²²² Anexo C83, Resolución de la SETENA donde confirma la inexistencia de humedales, 1 de septiembre de 2010

²²³ Anexo C93, Carta del SINAC a la SETENA, 30 de noviembre de 2010

²²⁴ Anexo C101, Informe de Inspección del SINAC, 3 de enero de 2011

²²⁵ *Ibíd.*

- (o) El 14 de febrero de 2011, el SINAC emitió una resolución administrativa de suspensión sobre el proyecto Las Olas para evitar que se siguieran realizando obras²²⁶;
- (p) El 13 de abril de 2011, en respuesta a la solicitud del SINAC, la SETENA revocó la Viabilidad Ambiental del Condominio y el TAA ordenó suspender cualquier obra adicional en el sitio del proyecto²²⁷;
- (q) El 18 de marzo de 2011, luego de una inspección en la que participaron el Sr. Piccado y representantes del INTA, el SINAC emitió un informe donde manifestó que existía un humedal palustrino en el sitio del proyecto que estaba siendo afectado por las obras de construcción²²⁸;
- (r) El 18 de marzo de 2011, el SINAC emitió otro informe, en el cual concluyó que el humedal palustrino descrito en el primer informe del SINAC de esa misma fecha había sido llenado²²⁹;
- (s) El 5 de mayo de 2011, el INTA elaboró un informe sobre el sitio del proyecto a raíz de una solicitud del SINAC del 4 de febrero de 2011 y concluyó que no existen humedales en el sitio del proyecto;
- (t) El 11 de mayo de 2011, la Municipalidad de Parrita emitió una notificación de cierre y cese de operaciones para evitar futuras obras en el sitio del proyecto;
- (u) El 23 de mayo de 2011, el SINAC informó, a solicitud del fiscal ambiental, que el sitio del proyecto contenía un humedal y existía un daño a un área boscosa;
- (v) El 7 de julio de 2011, el MINAE confeccionó un informe donde alegaba que un bosque en el sitio del proyecto había sido talado ilegalmente;
- (w) El 23 de agosto de 2011, la SETENA otorgó una Viabilidad Ambiental modificada para la Concesión;

²²⁶ Anexo C112, Notificación del SINAC, 14 de febrero de 2011

²²⁷ Anexo C121, Orden de Suspensión del TAA, 13 de abril de 2011

²²⁸ Anexo C116, Informe de Inspección del SINAC, 16 de marzo de 2011

²²⁹ Anexo C117, Informe de Inspección del SINAC, 18 de marzo de 2011

- (x) El 21 de octubre de 2011, se formularon cargos penales contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac por el supuesto drenaje y llenado de un humedal y la supuesta destrucción de un bosque;
- (y) El 7 de noviembre de 2011, el SINAC emitió un informe adicional sobre el sitio del proyecto, donde esta vez concluyó que existe un cuerpo de agua que podría describirse como un humedal, además de pruebas de tala de vegetación;
- (z) El 30 de noviembre de 2011, el tribunal penal ordenó suspender los trabajos en el sitio del proyecto; y
- (aa) El 15 de noviembre de 2011, la SETENA reconfirmó la Viabilidad Ambiental para el Condominio.

218. El nivel de disfunción y conclusiones conflictivas entre los varios órganos gubernamentales de la Demandada es sorprendente. Tal como se ha explicado anteriormente, el fiscal penal parece haber tenido sus propios motivos al optar por perseguir denuncias contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac a pesar de las pruebas claras emanadas del principal órgano de la Demandada a cargo de determinar la existencia de humedales, el INTA, de que no hay humedales en el sitio del proyecto. A pesar de que representantes del SINAC y el INTA, incluido el Dr. Diógenes Cubero-Fernández, realizaron una inspección conjunta del sitio del proyecto el 16 de marzo de 2011²³⁰, con el objetivo manifiesto de “[d]eterminar si existe algún humedal” y que el Sr. Cubero posteriormente concluyó que los suelos del sitio no eran típicos de un sistema de humedales²³¹, el SINAC de todas formas concluyó en su informe de inspección que existía un humedal palustrino en el sitio del proyecto²³². Evidentemente, el Sr. Picado no consideró los puntos de vista del INTA, a pesar de que la inspección pareció haber sido realizada de manera conjunta. Por otro lado, el SINAC parece incapaz de brindar conclusiones definitivas sobre el proyecto, hallando de a ratos que no hay humedales en el sitio del proyecto, determinando en otras ocasiones que podría haber humedales en el sitio del proyecto y, más recientemente, a pesar de que el informe del INTA que encargó no había encontrado pruebas de humedales, concluyendo que existen humedales en el sitio del proyecto.

²³⁰ Anexo C116, Informe de Inspección del SINAC, 16 de marzo de 2011

²³¹ Anexo C124, Informe del INTA, 5 de mayo de 2011.

²³² Anexo C116, Informe de Inspección del SINAC, 16 de marzo de 2011

219. Tal como se ha señalado anteriormente, las inspecciones en el sitio del proyecto fueron emprendidas por los órganos costarricenses correspondientes antes de que se otorgaran Viabilidades Ambientales a las Demandantes respecto del proyecto, y las Demandantes cumplieron en todo momento con los términos de esas Viabilidades Ambientales, tal como se puede observar en los informes del Regente Ambiental y como confirmó el Sr. Bermúdez en su Declaración Testimonial²³³.
220. Asimismo, a fin de tomar todos los recaudos posibles, el Sr. Bermúdez encargó un informe de silvicultura en 2010 para asegurarse de que no existieran árboles en el sitio del proyecto que no pudieran talarse sin permiso²³⁴. Tal como explica el Sr. Arce en su Declaración Testimonial, durante su inspección del sitio del proyecto, mayormente observó árboles para los que no se requerían permisos de tala y no vio nada que pudiera considerar un bosque²³⁵.
221. El Sr. Arce también revisó el informe del MINAE del 7 de julio de 2011 sobre el proyecto Las Olas, en el cual se alegaba que se había talado un bosque. Como describe el Sr. Arce en su Declaración Testimonial, a fines de 2011, a solicitud del Sr. Bermúdez, llevó adelante otra inspección del sitio y elaboró una crítica del informe del MINAE. El Sr. Arce fustigó las conclusiones del informe del MINAE del 7 de julio de 2011. En su Declaración Testimonial, explicó que el informe del MINAE incluía una serie de errores y no había empleado una metodología sólida. Sobre la base de su inspección, el Sr. Arce concluyó que el sitio de Las Olas mayormente comprendía tierras de pastoreo con matorrales y unos pocos árboles dispersos, por lo que no era posible concluir que se había talado un bosque. El Sr. Arce luego explica que posteriormente brindó pruebas de ello ante el tribunal en el juicio penal del Sr. Damjanac²³⁶.
222. Las conclusiones del Sr. Arce también están avaladas por el informe de INGEOFOR obtenido en diciembre de 2011. INGEOFOR, una consultora ambiental costarricense, concluyó categóricamente que *“el área revisada no es un Bosque según la definición dispuesta en el Artículo 3 [...] de la Ley Forestal, N.º 7575, y el Decreto Ejecutivo*

²³³ Anexos C68, C74, C87, C94, C109, C120, C130, C140, C147, C150, C151 y C153, actualizaciones DEPPAT SETENA de Junio-Julio de 2010 hasta Junio-Julio y *ver* Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez

²³⁴ Anexo C82, Informe Forestal de Minor Arce, septiembre de 2010

²³⁵ *Ver* Declaración Testimonial de Minor Arce Solano ¶ 14

²³⁶ *Íd.* ¶ 29

35868-MINAET”²³⁷. En cambio, INGEOFOR consideró que el área en cuestión era un área de regeneración muy temprana a temprana, una conclusión consistente con las descripciones que el Sr. Arce y el Sr. Bermúdez hicieron del sitio y la descripción del sitio brindada por la SETENA en su Estudio de Impacto Ambiental en 2008.

223. El informe de INGEOFOR también critica la metodología empleada por el MINAE en su informe del 7 de julio de 2011 al concluir que no existen muestras identificadas por el MINAE que permitan determinar si el área inspeccionada era un bosque o no²³⁸.
224. Estos hallazgos son consistentes con el otorgamiento por parte de la SETENA de la Viabilidad Ambiental para el Condominio y con los informes bimensuales del Sr. Bermúdez sobre el sitio del proyecto, los cuales no encontraron pruebas de incumplimientos con la Viabilidad Ambiental o con la ley en general.
225. La clara ausencia de un bosque en el sitio del proyecto está también avalada por imágenes satelitales del sitio del proyecto Las Olas tomadas en 1997, 1992, 1997, 2005 y 2013²³⁹.
226. Pasando a la cuestión de los humedales, en la presentación de las Demandantes queda completamente claro a raíz de las conclusiones de los órganos de la Demandada que no existían humedales en el sitio del proyecto. Las decisiones de la SETENA de emitir y luego reconfirmar la Viabilidad Ambiental para el sitio del proyecto confirman esto, como también lo hace el informe del INTA del 5 de mayo de 2011 (un informe encargado por el SINAC mismo), donde se concluye que no hay humedales en el sitio del proyecto²⁴⁰. Asimismo, como se ha mencionado previamente, también existe un número de informes elaborados tanto por la SETENA como por el SINAC en el período 2008-2010 que confirman la inexistencia de humedales en el sitio del proyecto²⁴¹.
227. La ausencia de humedales también fue confirmada en el testimonio pericial brindado por el Dr. Cubero, un especialista en humedales del INTA, en el primer juicio penal

²³⁷ Anexo C148, Informe Forestal de INGEOFOR, diciembre de 2011

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Anexo C198, Fotografías aéreas – 1974, 1992 y 1997; Anexo C33, Imagen satelital de Las Olas, 2005; Anexo C160, Imagen satelital de Las Olas, 2013

²⁴⁰ Anexo C124, Informe del INTA, 5 de mayo de 2011

²⁴¹ Anexo C72, Informe del SINAC, 16 de julio de 2010; Anexo C79, Informe de la SETENA, 19 de agosto de 2010; Anexo C80, Carta del SINAC a Hazel Díaz Meléndez, 27 de agosto de 2010; Anexo C83, Resolución de la SETENA, 1 de septiembre de 2010

del Sr. Aven y el Sr. Damjanac. Como ya se ha mencionado anteriormente, el Dr. Cubero inspeccionó el sitio de Las Olas en la primavera de 2011 y, posteriormente, emitió un informe el 5 de mayo de 2011 en el cual concluyó que la propiedad de Las Olas no contenía humedales²⁴². Tanto en su informe como en su testimonio, el Dr. Cubero enfatizó que es necesario realizar un análisis de suelos para clasificar un área como humedal, un hecho que el SINAC mismo previamente había reconocido. En efecto, parece que el SINAC admitió la necesidad de análisis de suelos cuando realizó una inspección conjunta en el sitio del proyecto el 16 de marzo de 2011 con el Dr. Cubero del INTA para determinar si había un humedal²⁴³. Sin embargo, sorprende que el informe de esa inspección emitido posteriormente por el SINAC el 18 de marzo de 2011²⁴⁴ concluyó que había un humedal en el sitio cuando las conclusiones del Dr. Cubero derivadas de esa misma inspección y basadas en los análisis de suelos que realizó demostraron que no existía dicho humedal en Las Olas²⁴⁵.

228. Asimismo, el perito de las Demandantes, el Sr. Barboza, biólogo y ex empleado del SINAC con experiencia de trabajo en la actual formulación de la política nacional de humedales en Costa Rica, concluye en su informe que²⁴⁶:

- (b) SINAC no aplicó rigurosamente el marco jurídico para evaluar el sitio del proyecto Las Olas, ya que no describió las características ecológicas que deben encontrarse para determinar que un área es un humedal palustrino;
- (c) Según las coordenadas proporcionadas por el SINAC para el supuesto humedal, el área se encuentra fuera del sitio del proyecto Las Olas en todo caso, y mayormente ocupa la ruta pública que recorre el lado oeste del sitio del proyecto;
- (d) Es posible que el SINAC erróneamente determinara que ciertas obras autorizadas realizadas en el sitio del proyecto de conformidad con el plan de gestión ambiental establecido por la SETENA cuando otorgó la Viabilidad Ambiental constituían un llenado y drenaje de humedales; y

²⁴² Anexo C124, Informe del INTA, 5 de mayo de 2011.

²⁴³ Anexo C117, Informe de Inspección del SINAC, 18 de marzo de 2011.

²⁴⁴ *Ibíd.*

²⁴⁵ Anexo C124, Informe del INTA, 5 de mayo de 2011.

²⁴⁶ Informe Pericial de Gerardo Barboza ¶ G

- (e) No existen humedales en el sitio del proyecto Las Olas.
229. Más específicamente, el Sr. Barboza explica que existen tres criterios necesarios para establecer la presencia de humedales. Éstos son la presencia combinada de vegetación hidrófita, suelos hídricos y condiciones acuosas²⁴⁷. También explica que el procedimiento normal para identificar humedales incluye (i) observar la presencia de estos tres elementos; (ii) una vez observados, emprender una evaluación en campo para delimitar los parámetros del área de humedales; y (iii) registrar la presencia de las tres condiciones, lo cual involucra la toma de muestras de especímenes acuáticos y suelos por parte de especialistas capacitados²⁴⁸. Una vez que se ha identificado un humedal, su territorio geográfico debe definirse utilizando tecnología GPS²⁴⁹.
230. El Sr. Barboza declaró inequívocamente que es necesario tomar muestras de suelos para clasificar el suelo con precisión y así determinar la existencia o inexistencia de un humedal, de acuerdo con los criterios establecidos en la ley²⁵⁰.
231. Basado en estos criterios, el Sr. Barboza concluye autoritativamente que la metodología implementada por el SINAC para alcanzar sus conclusiones sobre humedales en su informe del 18 de marzo de 2011 era inapropiada e inadecuada²⁵¹. Por ejemplo, el SINAC brindó únicamente descripciones parciales y muy limitadas de las características ecológicas del sitio que no reunían los tres criterios descritos anteriormente. El SINAC no informó la existencia de vegetación hidrófita y, en cambio, identificó especies no hidrófitas, como colubrina y guásimo. Asimismo, el Sr. Barboza observa que el informe del 18 de marzo de 2011 no indicó si las muestras de suelos fueron sometidas a análisis.
232. El informe del SINAC también era contradictorio *prima facie*. Basado en la inspección en campo del 16 de marzo de 2011, el informe advierte que, “*en el sitio de la inspección, detectamos la presencia de un humedal palustrino sin mareas con una capa freática superficial*”. Sin embargo, posteriormente en el mismo párrafo, el autor

²⁴⁷ *Íd.* ¶ E.I.1.

²⁴⁸ *Íd.* ¶ E.I.4.

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ Anexo C117, Informe del SINAC, 18 de marzo de 2011; Informe Pericial de Gerardo Barboza ¶ F.II.1.

indicó que, “*al momento de la inspección, no se identificaron fuentes de aguas superficiales*”²⁵².

233. Se observa otra contradicción al comparar el informe del SINAC del 18 de marzo de 2011 con el del INTA, el instituto costarricense especializado en la clasificación de suelos, ambos, tal como ya se ha explicado, basados en una inspección llevada a cabo el mismo día, aparentemente de manera conjunta²⁵³. El SINAC remarcó en su informe que “[c]omo parte del muestreo de suelos, funcionarios del INTA detectaron la presencia de suelos hidromórficos característicos de estos ecosistemas”²⁵⁴, mientras que el INTA informó que “*la interferencia antrópica que se dio durante varias décadas en este sector (infraestructura vial, deforestación, cría de ganado) y la definición de la Unidad de Gestión en el Punto 4 no conllevan la categorización de estos suelos como típicos de ecosistemas de humedales*” (énfasis añadido)²⁵⁵. De hecho, el INTA no encontró ningún suelo hidromórfico (uno de los tres criterios obligatorios para la determinación de un humedal) en el sitio del proyecto, lo cual nos lleva a la conclusión inevitable de que no existían humedales en el sitio del proyecto Las Olas.
234. El Sr. Barboza considera que la simple referencia por parte del SINAC a la “*detec[ci]ón de] un humedal palustrino*” sin ninguna prueba convincente a tal efecto demuestra su deseo de concluir que existía un humedal en el sitio de Las Olas cuando en realidad no había ninguno²⁵⁶. También advierte que la mayoría de los informes del SINAC son “*cualitativos, sin muestras de suelos o vegetación hidrófita*”²⁵⁷.
235. Por otro lado, el análisis por parte del Sr. Barboza de los informes del SINAC sobre el sitio de Las Olas (específicamente los informes del 18 de marzo, 23 de mayo y 29 de junio de 2011)²⁵⁸ le permitieron determinar que las coordenadas proporcionadas por el SINAC para la ubicación del supuesto humedal revelaban que ese supuesto humedal estaba ubicado fuera del sitio del proyecto Las Olas, un hecho ilustrado por las imágenes satelitales preparadas por el Sr. Barboza que muestran la ubicación del

²⁵² Anexo C117, Informe del SINAC, 18 de marzo de 2011

²⁵³ *Ibíd.*

²⁵⁴ *Ibíd.*

²⁵⁵ Anexo C124, Informe del INTA, 5 de mayo de 2011

²⁵⁶ Informe Pericial de Gerardo Barboza ¶ F.II.1.

²⁵⁷ *Íd.* ¶ F.II.3.

²⁵⁸ Anexo C117, Informe del SINAC, 18 de marzo de 2011; Anexo C129, Informe del SINAC, 23 de mayo de 2011; Anexo C225, Informe del SINAC, 29 de junio de 2011

supuesto humedal en relación con el sitio de Las Olas²⁵⁹. Esta inexactitud no solo debería haber eliminado las dudas sobre la existencia de humedales en el sitio del proyecto, sino que además pone en duda la confiabilidad de todo el contenido de esos informes y las conclusiones allí vertidas, a nivel más general.

236. Finalmente, el Sr. Barboza indica, tal como se ha mencionado anteriormente, que el plan de gestión ambiental especificado por la SETENA cuando se otorgó la Viabilidad Ambiental para el Condominio incluía las siguientes medidas para proteger las aguas y los suelos:

(b) Protección de aguas: *“Drenaje, manteniendo los drenajes naturales en lo posible y direccionando los que se cambien. Cuando se considere necesario, deben utilizarse trampas o cortes de gradiente”*.

(c) Protección de suelos: *“Drenaje de agua pluvial en el área del proyecto para minimizar escurrimientos y desplazamientos del suelo. Cuando se considere necesario, deben utilizarse trampas y/o cortes de gradiente”*; *“c) Las pendientes tendrán una inclinación moderada y aquellas mayores a un metro estarán protegidas, y deberán protegerse las aperturas realizadas para construir rutas con obras permanentes para evitar aludes”*; *“f) Los suelos removidos deben colocarse en ubicaciones apropiadas dentro del área o en un sitio autorizado por el propietario y depositados; mientras tanto, deben protegerse”*²⁶⁰.

237. Queda claro a partir de estas disposiciones que el desarrollo de la infraestructura en el sitio del proyecto de conformidad con el plan de gestión ambiental habría conllevado la transformación y reorientación de la tierra y las aguas de escurrimiento. En la opinión del Sr. Barboza, es probable que el SINAC haya malinterpretado estas obras como llenado y drenaje de humedales. Un simple estudio de los suelos (tal como se requiere) habría permitido al SINAC evaluar y descontar esta posibilidad²⁶¹.

238. Por todos estos motivos, queda absolutamente claro que no existen humedales en el sitio del proyecto Las Olas. Un análisis detallado de los informes del SINAC revela

²⁵⁹ Anexo C33, Imagen satelital de Las Olas donde se muestran supuestos humedales, 2005; Anexo C160, Imagen satelital de Las Olas donde se muestran supuestos humedales, 2013

²⁶⁰ Informe Pericial de Gerardo Barboza ¶ F.II.4.

²⁶¹ *Ibíd.*

varias inconsistencias y deficiencias y echa luz sobre una manifiesta voluntad por parte del SINAC de concluir que existen humedales en el sitio, a falta de pruebas a tal efecto. Asimismo, la evidente voluntad del fiscal de priorizar los informes deficientes y contradictorios del SINAC, sin más indagaciones ni explicaciones, por sobre la conclusión del INTA, el principal especialista en suelos del país, al efecto de que no existen humedales pone seriamente en duda sus motivos al perseguir la investigación contra el Sr. Aven.

H. Conclusión

239. En 2002, las Demandantes tomaron la decisión cuidadosa y considerada de invertir en Costa Rica, habiendo identificado una propiedad extremadamente deseable a lo largo de un tramo de playa prístina que representaba una oportunidad fantástica de desarrollo. Con otros asesores, vieron el proyecto con gran optimismo, convencidos de que los beneficiaría no solo a ellos, sino también al pueblo de Costa Rica. Si bien resultaría un proceso costoso que demandaría mucho tiempo, las Demandantes, junto con sus asesores, hicieron todo lo necesario para asegurarse de obtener todos los permisos ambientales y de construcción pertinentes, en ocasiones incluso ayudando a la municipalidad local con sus propios proyectos, en beneficio de la comunidad local y propio.
240. Su proyecto se desarrolló sin sobresaltos hasta principios de 2011, cuando ciertos órganos gubernamentales lanzaron un ataque continuo contra el desarrollo de Las Olas e incluso personalmente contra los Sres. Aven y Damjanac. Comenzaron a difundirse denuncias espurias sobre humedales y documentos falsificados, ciertos funcionarios gubernamentales intentaron obtener sobornos de los dos hombres y, cuando se rechazaron estos intentos, adoptaron una actitud hostil contra Las Olas e hicieron todo lo posible para interrumpir el desarrollo mediante una seguidilla de inspecciones e informes, hasta que finalmente lograron sabotear el proyecto. Todo esto se realizó sin informar en absoluto a las Demandantes, quienes de buena fe continuaron destinando dinero y recursos al proyecto.
241. La gota que rebalsó el vaso, meros días luego de que el órgano ambiental de la Demandada reconfirmara la validez del permiso ambiental de Las Olas, fue cuando se

formularon contra los Sres. Aven y Damjanac cargos por delitos ambientales de cuya comisión no existían pruebas.

242. Si bien todas las Demandantes han sufrido daños financieros a raíz de las medidas de la Demandada, el Sr. Aven pagó el precio más alto. Obligado a abandonar un país del cual había hecho su hogar, ha perdido toda esperanza de materializar el potencial del proyecto y limpiar su nombre. El Sr. Aven se había convencido de que existía algún malentendido inocente dentro de la burocracia de la Demandada cuando fue formalmente acusado por el fiscal en 2011. Fiel a su naturaleza, el Sr. Aven hizo todo en su poder para cooperar totalmente con las autoridades costarricenses, incluso brindando declaraciones y presentando documentos voluntariamente ante el fiscal y el Tribunal. Sin embargo, lamentablemente, la Demandada se ha rehusado a enmendar sus errores y las Demandantes ahora buscan una reparación por las medidas de la Demandada y una indemnización por las pérdidas sufridas como resultado.

III. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LOS RECLAMOS

A. Derecho aplicable

(a) Normas de interpretación aplicables

243. El presente arbitraje se tramita de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (el “**Reglamento de la CNUDMI**”). El Artículo 33(1) del Reglamento de la CNUDMI dispone que el Tribunal “...aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio”. Según el Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA, “el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con [el DR-CAFTA] y con las normas aplicables del derecho internacional”. Las normas aplicables del derecho internacional comprenden normas extraídas del derecho internacional consuetudinario y principios generales del derecho internacional, según se apliquen al trámite del arbitraje y en consonancia con la interpretación que el Tribunal le otorgue al texto del Tratado.
244. Las normas aplicables a la interpretación del DR-CAFTA son las normas de derecho internacional consuetudinario sobre interpretación de tratados que se aplican a tratados que expresamente otorgan beneficios a sujetos de derecho que no son parte de dichos tratados. Los Artículos 31 y 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho*

de los Tratados (la “CVDT”) se refieren al enfoque general de la interpretación establecido consuetudinariamente²⁶². Sin embargo, es necesario proceder con precaución y prudencia cuando un tribunal aplica el método general de interpretación a disposiciones de tratados estipuladas en beneficio de terceros, ya que una de las partes de un arbitraje en virtud del Capítulo 10 siempre habrá sido ajena a la negociación del Tratado²⁶³.

245. El Artículo 31(1) de la CVDT consagra la norma general aplicable a la interpretación de tratados: “*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*”. La premisa subyacente de esta norma general es que se presume que el texto de un tratado es *la* expresión auténtica y contemporánea de las intenciones de los Estados parte. Por lo tanto, el punto de partida para cualquier ejercicio de interpretación de tratados debe ser el lenguaje mismo del tratado²⁶⁴.

La Corte estima necesario indicar que el primer deber de un tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado es intentar darles efecto según su sentido natural y ordinario en el contexto en el cual ocurren. Si las palabras relevantes en su

²⁶² CLA20, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (“CVDT”). El Artículo 32 de la CVDT refleja una opinión unánime de que los intérpretes de tratados solamente deben consultar materiales complementarios, tales como trabajos preparatorios, como una ayuda para la interpretación, y únicamente en casos en los que aplicar el enfoque general sobre la interpretación, encapsulado en el Artículo 31(3) de la CVDT, arrojaría un significado “ambiguo u oscuro” o que “conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. El Artículo 32 de la CVDT permite además recurrir a fuentes complementarias, como trabajos preparatorios, “para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31”. Entendido dentro del contexto de una disposición que permite ese recurso cuando el significado es “ambiguo u oscuro”, queda de manifiesto que las fuentes complementarias no deben usarse como parte del proceso para arribar a una interpretación inicial, y únicamente deben considerarse (si no hay un sentido ambiguo u oscuro) como instrumentos potencialmente confirmatorios. En otras palabras, si el significado alcanzado sin recurrir a fuentes complementarias es claro e inequívoco, sería inapropiado cambiar dicha determinación meramente porque fuentes complementarias *disponibles* introducen una ambigüedad o duda a un significado que de lo contrario resulta perfectamente claro.

²⁶³ CLA124, *Industria Nacional de Alimentos SA e Indalsa Perú c. Perú*, Caso CIADI N.º ARB/03/4, Decisión sobre Anulación, Opinión de Sir. Frank Berman (13 de agosto de 2007) ¶¶ 9-13. Ver, también, en general, Mahnoush H. Arsanjani y W. Michael Reisman, “Interpreting Treaties for the Benefit of Third Parties: The ‘Salvors’ Doctrine” and the Use of Legislative History in Investment Treaties” 104 (2010) A.J.I.L. 597-604; y Todd Weiler, “Who Then Must Judge?” en *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2013*, A. Rovine, ed. (Leiden: Martinus Nijhoff, 2015) 299, pp. 315-329.

²⁶⁴ Ver, por ejemplo, CLA72, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 54-55 (16 de mayo de 2006). Ver también CLA75, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 54 (3 de agosto de 2006); *National Grid PLC c. Argentina*, Arbitraje sobre TBI en virtud del CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción ¶ 80 (20 de junio de 2006); y *United States – Countervailing Duties on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Germany* (2002), Doc. OMC WT/DS213/AB/R y Corr.1, ¶¶ 61-62.

*significado natural y ordinario tienen sentido en su contexto, será el fin de la cuestión*²⁶⁵.

246. El objeto y fin de un tratado orienta a los intérpretes acerca de cómo debe entenderse el sentido ordinario de su texto, en contexto²⁶⁶. El contexto es el resto del lenguaje contenido en el tratado, particularmente el texto más cercano a los términos que se están considerando. El contexto también puede identificarse haciendo referencia al preámbulo, las notas al pie y los anexos de un tratado²⁶⁷. Para eliminar cualquier margen de duda, las Partes del DR-CAFTA incluso establecieron los objetivos del Tratado en el Artículo 1.2. Según su parte relevante:

1. *Los objetivos de este Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida, y transparencia, son:*
 - ...
 - (d) *aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;*
 - ...
 - (f) *crear procedimientos eficaces para ... la solución de controversias; y*
 - ...
2. *Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del Derecho Internacional.*
[Énfasis añadido]

247. Estos objetivos están acompañados por el texto incluido en el preámbulo del Tratado, el cual muestra los objetivos deseados para los derechos poseídos y las reparaciones buscadas por las Demandantes en el presente caso. En su parte relevante, el preámbulo del DR-CAFTA dispone lo siguiente:

El Gobierno de la República de Costa Rica, el Gobierno de la República Dominicana, el Gobierno de la República de El Salvador, el Gobierno de la República de Guatemala, el Gobierno de la República de Honduras, el Gobierno de la República de Nicaragua y el Gobierno de los Estados Unidos de América, decididos a:

...

ASEGURAR un marco comercial previsible para la planificación de las actividades de negocios y de inversión;

²⁶⁵ CLA14, *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*, [1950] C.I.J. Rep. 4, p. 8 (Opinión Consultiva).

²⁶⁶ CLA65, *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/01/11, Laudo ¶ 52 (12 de octubre de 2005).

²⁶⁷ CLA20, Art. 31(2) de la CVDT. Los incisos (a) y (b) mencionan otros instrumentos, los cuales podrían brindar fuentes adicionales de contexto, pero que no son relevantes en el presente caso.

...

PROMOVER la transparencia y eliminar el soborno y la corrupción en el comercio internacional y la inversión;

CREAR nuevas oportunidades para el desarrollo económico y social en la región;

...

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...

[Énfasis añadido]

248. Sería manifiestamente inconsistente con el objeto y el fin del DR-CAFTA que las disposiciones violadas por la Demandada (los Artículos 10.5 y 10.7) se interpretaran de manera tan deferencial que las medidas adoptadas por los funcionarios costarricenses e identificadas por las Demandantes no se sometieran a un escrutinio apropiado y razonable. El escrutinio apropiado involucra una interpretación adecuada de términos tales como justo y equitativo. El escrutinio razonable involucra la aplicación de ese estándar a la luz del objeto y el fin del Tratado. La Demandada y las demás Partes del DR-CAFTA expresamente delinearón el objeto y los fines del DR-CAFTA en su preámbulo y en el Artículo 2.1. Por lo tanto, resulta razonable que, al determinar si una decisión del gobierno fue justa y equitativa en el contexto relevante, el Tribunal considere el objeto y los fines establecidos en el Tratado. Si se entiende que ciertos funcionarios costarricenses ejercieron una autoridad discrecional de manera inconsistente con el objeto y el fin del Tratado y de manera injusta e inequitativa, debe reconocerse la violación.
249. El Artículo 31(3) de la CVDT también dispone, en su parte relevante, que: “*Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta... (c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”²⁶⁸. Se destaca

²⁶⁸ Los incisos (a) y (b) de esta disposición se refieren a fuentes probatorias relacionadas con acuerdos o prácticas ulteriores de las partes del tratado en lo atinente a la interpretación de un tratado. Estas disposiciones son irrelevantes en el presente caso pero, incluso si esas pruebas existieran, no sería apropiado aplicarlas en el contexto de un arbitraje inversor-Estado. La lógica de estos incisos se basa en la premisa de que únicamente haya Estados parte del tratado, el cual solo gobierna relaciones entre Estados, en calidad de Estados. Tradicionalmente se entendió que los Estados eran, ante todo, responsables de

entre estas normas relevantes del derecho internacional el principio general de buena fe del derecho internacional, el cual, como se demostrará más adelante, es utilizado por intérpretes de tratados para determinar el significado de las frases “trato justo y equitativo” o “protección y seguridad plenas” en el contexto apropiado. En virtud de su inclusión en el Artículo 10.5(1) del DR-CAFTA, las Partes del DR-CAFTA han empleado estos términos como estándares del tratado. Y, si consideramos el párrafo 2 de esa misma disposición, las Partes también han reconocido que estos dos estándares han alcanzado el estatus de estándares del derecho internacional consuetudinario.

(b) Relevancia de otras disposiciones del DR-CAFTA

250. Como ha confirmado recientemente la Demandada en el contexto de otro arbitraje en virtud del DR-CAFTA, considera que se puede recurrir a otras disposiciones del Tratado para ayudar a determinar si una Parte ha violado los Artículos 10.5 o 10.7²⁶⁹. El Capítulo 10 no contiene ninguna referencia expresa a las disposiciones citadas por la Demandada en ese caso, y el Artículo 10.5(3) expresamente dispone lo siguiente: “*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*”. Por lo tanto, la Demandada debe considerar recurrir a otras disposiciones del DR-CAFTA como una forma justificable de interpretar las disposiciones del Capítulo 10, incluido el Artículo 10.5, sobre la base de que cada una representa una “*norma aplicable del derecho internacional*”, según lo establecido en el Artículo 10.22(1), y/o “*toda forma*

interpretar textos de tratados, sin disposiciones sobre resolución de controversias a cargo de un tercero neutro. Los incisos (a) y (b) regulan los tipos de conducta del Estado (que no impliquen directamente una renegociación) que podrían afectar la interpretación, sobre la base de que cada parte es responsable de manejar sus propias expectativas e intereses. En contraste, los tratados perfeccionados en beneficio de terceros establecen derechos e intereses que existen más allá de los de las partes del tratado y que no pueden ser apropiada o íntegramente representados por futuras reuniones o instrumentos de los cuales necesariamente se excluyó su participación. De manera similar, si uno postula al intérprete como un árbitro independiente, los incisos (a) y (b) sirven de base para establecer un impedimento contra una de las partes del Tratado subyacente sobre la base de un acto o acuerdo posterior. Sería imposible concebir un impedimento aplicado a un tercero beneficiario del Tratado. Por lo tanto, es evidente que estos dos incisos no deben ser considerados parte de las normas *aplicables* de derecho internacional respecto de la interpretación de tratados de protección de inversiones de los cuales emanan derechos e intereses independientes de partes que no son Estados, exigibles mediante una resolución de controversias independiente (la cual, a su vez, necesariamente conllevará la interpretación del lenguaje del tratado por parte del árbitro independiente y neutro).

²⁶⁹ CLA127, *Spence y otros c. Costa Rica*, Arbitraje DR-CAFTA / Reglamento de la CNUDMI, Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, 26 de mayo de 2015, ¶¶ 60-65; Ver, además: CLA128, *Spence y otros c. Costa Rica*, Arbitraje DR-CAFTA / Reglamento de la CNUDMI, Escrito posterior a la Audiencia de la Demandada, 26 de mayo de 2015, ¶¶ 8-28. La Demandada también invocó el párrafo 23 del Artículo 17.3 del DR-CAFTA en su Réplica en el presente caso como prueba de su cumplimiento con el Artículo 10.5 en relación con el potencial otorgamiento de medidas cautelares.

pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, tal como dispone el Artículo 31(3)(c) de la CVDT²⁷⁰. Si bien las Demandantes están en desacuerdo con las premisas que la Demandada intentó justificar al recurrir a otras disposiciones del DR-CAFTA, cualquiera de esos métodos habría sido válido.

(i) Artículo 17.2(1)(b) – El margen de apreciación aplicable

251. Por ejemplo, en el otro procedimiento en virtud del DR-CAFTA ya mencionado, la Demandada recientemente declaró: “*El Artículo 17.2 permite a Costa Rica un grado de discreción al implementar leyes ambientales, incluido un grado de discreción respecto de cómo llevar a cabo la expropiación, teniendo en cuenta la asignación de recursos*”. Si bien esta constituye una representación groseramente inexacta de cómo el Artículo 17.2 da forma a la interpretación del Artículo 10.5 en un caso sobre la aplicación de leyes ambientales, la Demandada al menos iba por buen camino.
252. La parte relevante del Artículo 17.2 del DR-CAFTA dispone 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.*
- (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.*
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*

²⁷⁰ La Demandada también puede considerar relevantes estas disposiciones del tratado porque constituyen una fuente contextual de interpretación, tal como se establece en el Artículo 31(2) de la CVDT, pero su enfoque sugiere que es el contenido sustantivo de estas otras disposiciones en sí mismas el que debe tomarse como referencia para dar significado a las disposiciones del Capítulo 10 en el contexto del caso particular.

comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

[Énfasis añadido]

253. La conducta indebida a la que apunta esta disposición no existe en el presente caso. Aquí hay un daño causado por algo que (si dejamos de lado las cuestiones de corrupción y abuso del debido proceso) podríamos llamar en el mejor de los casos una aplicación irracionalmente rigurosa de la normativa, mientras que el Artículo 17.2 trata sobre una negativa intencional a aplicar cabalmente la ley. Prohíbe que las Partes intencionalmente sean laxas al aplicar la ley para atraer o mantener negocios o inversiones. Por lo tanto, los incisos (1)(a) y (2) reflejan el compromiso de las Partes de mantener altos estándares de aplicación de medidas ambientales, mientras que el inciso (1)(a) da cuenta de qué consideran las Partes el margen de apreciación apropiado cuando deben analizar el historial de aplicación de otra Parte para cumplir con el DR-CAFTA. Mientras que el Artículo 17.1 confirma el reconocimiento mutuo de las Partes de la autoridad respectiva para adoptar y mantener medidas de política ambiental, el Artículo 17.2 se enfoca exclusivamente en la aplicación de esas medidas²⁷¹.
254. Es en el Artículo 17.2(1)(b) que las Partes estipulan la metodología precisa para evaluar si la discreción de la que cada una goza para aplicar sus propias medidas ambientales ha sido ejercida apropiadamente. En primer lugar, confirman que el escrutinio puede concentrarse en un amplio espectro de decisiones de aplicación—es decir, *“asuntos indagatorios, acciones ante tribunales, de regulación y de observancia de las normas”*. En segundo lugar, las Partes confirman la validez de la priorización de decisiones en el contexto de la escasez de recursos de aplicación. En tercer lugar, disponen que cualquier *“curso de acción o inacción [de aplicación de la ley] sostenido o recurrente”* será analizado en función de si *“reflej[a] un ejercicio razonable de tal discrecionalidad, o deriv[a] de una decisión adoptada de buena fe respecto de la asignación de recursos”* [énfasis añadido].

²⁷¹ El error de Costa Rica en el otro caso fue intentar basarse en los términos del Artículo 17.2 para defender la forma en la que aprobó y mantuvo ciertas medidas legislativas y regulatorias en vez de si habían sido “aplicadas” o cómo habían sido “aplicadas”.

255. La lógica exige que el mismo margen de apreciación se aplique cuando la alegación trata sobre algún otro defecto en la aplicación de medidas ambientales, como no haber respetado el debido proceso, lo cual conlleva la violación de una Parte de una de sus obligaciones en virtud del DR-CAFTA. En otras palabras, independientemente de si la alegación involucra una aplicación continuamente permisiva o injustamente exigente de una ley ambiental, la conducta del Estado receptor debe evaluarse en función de si el “*curso de acción o inacción [del funcionario] refleja un ejercicio razonable de discrecionalidad*”.

(ii) Artículos 17.3 y 18.8

256. En el presente caso, otras dos disposiciones del DR-CAFTA pueden ser utilizadas complementariamente para dar forma a la interpretación del Artículo 10.5: los Artículos 17.3 y 18.8. Puede interpretarse que ambos son “*normas relevantes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes*” según lo establecido en el Artículo 31(3)(c) de la CVDT y/o constituyen “*normas aplicables del derecho*” a los efectos del Artículo 10.22(1) del DR-CAFTA. Cada disposición será analizada en mayor detalle más adelante.

(c) La doctrina puede ser instructiva, mas no vinculante

257. El Artículo 31(3)(c) de la CVDT también proporciona los medios metodológicos a través de los cuales los intérpretes de tratados pueden recurrir a fuentes doctrinales del derecho internacional público, en la medida que pueda justificarse su relevancia en el caso particular. Las principales fuentes de doctrina son las fuentes secundarias del derecho internacional, a saber, la obra de publicistas reconocidos y los motivos subyacentes de los fallos emitidos por jueces internacionales. La jurisprudencia constante del derecho internacional de inversiones es una forma de doctrina accesible mediante este método de interpretación, pero también puede recurrirse a otras subcategorías de derecho internacional público. Por ejemplo, ciertas características prominentes de la doctrina internacional sobre derechos humanos pueden ser relevantes para una interpretación de disposiciones tales como los Artículos 10.5 y/o 10.7 del DR-CAFTA.

258. Para ser claros, las Demandantes *no* sugieren que el Tribunal deba basarse en doctrina al interpretar el texto del DR-CAFTA, ni argumentan que el Tribunal deba

considerarse de alguna manera vinculado por el razonamiento de publicistas u otros intérpretes de tratados, incluidos tribunales establecidos en virtud del Capítulo 10 del DR-CAFTA²⁷². Meramente se observa que la regla consuetudinaria de interpretación, tal como se expresa en el Artículo 31(3)(c) de la *CVDT*, permite a un intérprete considerar los motivos subyacentes a los fallos de otros jueces internacionales, tratando como “*relevantes*” a aquellos especímenes en los que se involucraron las mismas disposiciones, o bien disposiciones con lenguaje similar, y especialmente si se aplicaron en circunstancias análogas a las del presente caso²⁷³.

259. Por último, para despejar cualquier duda, las leyes municipales de Costa Rica *no* constituyen de manera alguna “*derecho aplicable*” en este caso. El sistema jurídico municipal de Costa Rica, incluido cualquier acto u omisión de sus funcionarios o cualquier medida que haya adoptado o mantenido en relación con las cuestiones controvertidas, *únicamente* puede servir como prueba en el presente procedimiento. El único efecto que pueden tener las leyes municipales de Costa Rica en este arbitraje es el de fuente para arribar a conclusiones de hecho²⁷⁴.

B. El Tribunal tiene jurisdicción sobre los reclamos de los inversionistas

(a) Jurisdicción *Ratione Voluntatis*

260. Al someter sus reclamos a arbitraje en este foro y renunciar a sus derechos a buscar una indemnización por las supuestas violaciones del DR-CAFTA en otros foros, las Demandantes prestaron su consentimiento al arbitraje²⁷⁵. El consentimiento de la Demandada al arbitraje está dispuesto en el Artículo 10.17 del DR-CAFTA. Por este motivo, hay jurisdicción *ratione voluntatis*.

²⁷² En este sentido, las Demandantes remarcan cómo el Artículo 10.26(4) del DR-CAFTA dispone lo siguiente: “*El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto*”.

²⁷³ Ver, por ejemplo, CLA74, *Azurix Corp. c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo Definitivo ¶ 391 (14 de julio de 2006). Ver también CLA52, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6ta ed. (Oxford University Press 2003), p. 602.

²⁷⁴ En este aspecto cabe resaltar que, en virtud del Artículo 42(1) del *Convenio CIADI*, la legislación municipal puede interpretarse (por sí sola o en combinación con el derecho internacional) como el derecho aplicable de otros procedimientos. Se debe ser cuidadoso antes de consultar laudos del CIADI para establecer la existencia de doctrina como la que aparenta reflejarse en la jurisprudencia constante.

²⁷⁵ De acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 10.16 y 10.18, las Demandantes presentaron un consentimiento escrito al arbitraje alrededor del 24 de enero de 2014, junto con la Notificación de Arbitraje, al mismo tiempo que se presentaron las renunciaciones firmadas por las Demandantes y las empresas que controlaban y/o de las cuales eran propietarias. Se ha cumplido escrupulosamente con los términos de dichas renunciaciones.

(b) Jurisdicción *Ratione Personae*

261. La jurisdicción *ratione personam* existe porque todas las Demandantes son nacionales de los Estados Unidos de América, por lo que califican como “*inversionistas de una Parte*”, tal como esa frase se encuentra definida en el Artículo 10.28 del CAFTA.

(c) Jurisdicción *Ratione Materiae*

262. Cada Demandante indirectamente posee activos, en la forma de derechos de propiedad sobre tierras, a los que ha destinado capital con la expectativa de obtener una ganancia, de acuerdo con la definición de “*inversión*” contenida en el inciso (g) en virtud del Artículo 10.28(h) del CAFTA. Las medidas gubernamentales aquí descritas se relacionan directamente con estas inversiones, conforme a lo dispuesto en el Artículo 10.1 del CAFTA. Por ello, el Tribunal posee jurisdicción *ratione materiae* sobre los reclamos de las Demandantes.

(d) Jurisdicción *Ratione Temporis*

263. Entre los inversores estadounidenses y Costa Rica, el DR-CAFTA entró en vigencia el 1 de enero de 2009. El Capítulo 10 del DR-CAFTA se aplica a medidas adoptadas o mantenidas en relación con todas las “*inversiones cubiertas*”. La única limitación temporal sobre las inversiones cubiertas es que deben haber existido en o luego de la fecha en la cual el Tratado entró en vigor. Todas las inversiones reclamadas en el presente arbitraje satisfacen este requisito implícito. Asimismo, todas las medidas aquí controvertidas fueron adoptadas o mantenidas luego del 1 de enero de 1999.

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

265. El arbitraje no fue iniciado sino hasta después de que pasaran seis meses desde que se adoptaran o mantuvieran las medidas, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 10.16(3) del CAFTA. Por otro lado, el presente arbitraje fue iniciado más de noventa

días luego de que las Demandantes presentaran su Notificación de Intención, el 17 de septiembre de 2013, conforme a lo establecido en el Artículo 10.16(2) del CAFTA²⁷⁶.

266. Por lo tanto, existe jurisdicción *ratione temporis* para todos los reclamos de los Inversores que deben tratarse.

C. Artículo 10.5 del CAFTA

(a) Significado del Artículo 10.5

267. El Artículo 10.5 dispone lo siguiente:

Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato¹

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 sustantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:
 - (a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y
 - (b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.
3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo.

¹ El Artículo 10.5 se interpretará de conformidad con el Anexo 10-B.

Anexo 10-B

Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario” referido de manera general y específica en los Artículos 10.5, 10.6, y el Anexo 10-C resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho

²⁷⁶ El objetivo de una Notificación de Intención es brindar al Estado receptor la oportunidad de remediar las medidas identificadas por los potenciales demandantes como inconsistentes con sus obligaciones en virtud del DR-CAFTA. Las Demandantes presentaron su Notificación de Intención el 17 de septiembre de 2013, en la cual expresaron su deseo de resolver la conducta y las medidas que habían ocasionado la controversia sin necesidad de recurrir a un arbitraje formal. Al contrario de lo establecido expresamente en el Artículo 1115, la Demandada no realizó ningún esfuerzo por resolver la controversia identificada en la Notificación de Intención de las Demandantes mediante consultas o negociaciones.

internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.

(i) El trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas ya no son solamente estándares de tratados: representan la obligación absoluta (es decir, “mínima”) del Estado receptor hacia extranjeros (es decir, inversionistas extranjeros) en virtud del derecho internacional consuetudinario

268. El Artículo 10.5(2) confirma la opinión consensuada de las Partes de que los estándares de “trato justo y equitativo” (“TJE”) y “protección y seguridad plenas” (“PSP”) no son meramente estándares de tratados, sino también estándares del derecho internacional consuetudinario. En otras palabras, la disposición constituye un reconocimiento por parte de Costa Rica y las demás Partes del DR-CAFTA de que se consideran vinculadas por estos dos estándares como cuestión de derecho internacional (es decir, incluso si las frases TJE y PSP no figuran en ninguna parte del Tratado). Esta fue una postura previamente rechazada por Costa Rica y otros países de América Central y América del Sur, que previamente habían adherido a la doctrina *Calvo*²⁷⁷, si bien la postura contraria había sido mantenida hace tiempo por su futuro socio en el DR-CAFTA, Estados Unidos de América²⁷⁸.
269. Para mayor certeza, al acordar el Artículo 10.5(1), las partes se comprometieron a “otorgar[] a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario” y, mediante el Artículo 10.16, las Partes aceptaron responder por violaciones del Artículo 10.5. El Anexo 10-B define la categoría de derecho internacional consuetudinario “incluida” por las Partes en el Artículo 10.5 como

²⁷⁷ Ver, en general: CLA15, Manuel R. Garcia-Mora, “The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law,” *Marquette L.Rev.* 33 (1950) 208-209; y CLA28, César Augusto Bunge y Diego César Bunge, *The San Jose De Costa Rica Pact and the Calvo Doctrine*, 16 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 13 (1984).

²⁷⁸ Ver, por ejemplo, CLA88, Kenneth J. Vandeveld, *U.S. International Investment Agreements* (Oxford: OUP, 2009), quien observó, respecto de las cartas de presentación del Secretario de Estado sobre varios tratados bilaterales de inversión dirigidas al Senado:

Entonces, si bien las primeras cartas de presentación del Secretario eran ambiguas, para mediados de 1995 el Secretario manifestó muy claramente que el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, el deber de cumplir con obligaciones relativas a inversiones y la prohibición de medidas arbitrarias y [o] discriminatorias son elementos del derecho internacional consuetudinario. Las cartas indican que cada uno de ellos es requerido por el derecho internacional consuetudinario, pero que ninguno de esos cuatro agota la integridad del estándar mínimo internacional.

“*todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros*”. Por lo tanto, es evidente que Costa Rica y las demás Partes del DR-CAFTA consideran que los estándares de TJE y PSP son ejemplos ilustrativos en vez de los únicos ejemplares del tipo de conducta esperada de cada Estado receptor en virtud del derecho internacional consuetudinario y, por referencia expresa, el Artículo 10.5.

270. Asimismo, como se explicará más adelante, la referencia que las Partes hicieron a “*principios*” en el Anexo 10-B demuestra su aceptación de que ‘el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario’ es evolutivo por naturaleza en vez de aplicarse rígidamente con independencia del derecho sustantivo. Su contenido está permanentemente sujeto a renovaciones mediante la aplicación de principios jurídicos generales a controversias futuras que surjan de patrones fácticos continuamente cambiantes.

(ii) Las Partes del DR-CAFTA abandonaron la norma de derecho internacional consuetudinario referida al agotamiento de los recursos locales

271. Las Demandantes también remarcan cómo, considerando el texto del Capítulo 10, Costa Rica y las otras Partes del DR-CAFTA han irreversiblemente renunciado a cualquier derecho a apoyarse en la norma de derecho internacional consuetudinario relacionada con el agotamiento de recursos locales como excepción contra reclamos formulados en virtud del Artículo 10.5. La renuncia constitutiva de las Partes a esa defensa consuetudinaria de agotamiento de recursos se manifiesta en una de las condiciones suspensivas que han establecido para que su consentimiento al arbitraje en virtud del Tratado sea válido. Antes de que el inversionista puede llevar adelante su reclamo potencial, primero debe proporcionar pruebas escritas al potencial demandado de que ha renunciado irrevocablemente a su “*derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue ha constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16*”²⁷⁹.

²⁷⁹ CLA83, Artículo 10.16(2) del DR-CAFTA.

272. Si las partes no hubieran querido renunciar a ningún derecho a oponer una excepción de agotamiento de recursos locales en respuesta a un reclamo formulado en virtud del Artículo 10.5 (o, lo que es más, cualquier reclamo relativo al Capítulo), habrían redactado esta condición suspensiva de otra manera, o bien directamente la habrían dejado de lado. En cambio, hicieron imposible que un inversionista espere el resultado de una controversia con el Estado receptor, durante la cual tendría la posibilidad de intentar perseguir sus recursos locales, sin arriesgarse a probablemente perder cualquier derecho a buscar una reparación ante un tribunal del DR-CAFTA (más allá de un reclamo residual sobre si su apelación definitiva fue debidamente considerada y desestimada por un tribunal de casación [o inferior] del Estado receptor). Esto se debe a que las Partes han brindado a sus potenciales inversores demandantes solamente dos años y nueve meses desde la fecha en la que surgió el primer semblante de una controversia con el Estado receptor para iniciar un arbitraje en virtud del Tratado²⁸⁰.
273. Dado el período increíblemente breve permitido por los Artículos 10.16(2) y 10.18(1) para que se inicie un reclamo arbitral luego de descubrirse el daño originario, la “opción” del DR-CAFTA de perseguir recursos locales se ha tornado prácticamente ilusoria. Tres años, menos el período de notificación de 90 días, no alcanza ni por asomo para que un inversor extranjero en un país signatario del DR-CAFTA agote todos los recursos locales disponibles. Por ello, elegir agotar los recursos municipales destruiría cualquier reclamo que se pueda perseguir conforme al Capítulo 10 en primer lugar. Para el momento en que se hayan agotado todos los recursos, ya sería demasiado tarde para recurrir a un tribunal del DR-CAFTA a fin de que trate lo que habría sido el reclamo original²⁸¹. En cambio, el inversionista demandante frustrado únicamente tendría derecho a perseguir un reclamo en virtud del Capítulo 10 respecto de las partes del proceso de apelación que caen dentro del período de limitación de tres años²⁸². El resultado probablemente sería similar al experimentado por el

²⁸⁰ El Artículo 10.18(1) dispone lo siguiente: “Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje ... si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo ... conocimiento de la violación...” y el Artículo 10.16(2) establece que “[al] menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje ... el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje”.

²⁸¹ Este resultado indudablemente se daría incluso si uno descontara la posibilidad de que los abogados que representan a la demandada en cada nivel perseguirán la estrategia esencial de dilatar todo el proceso.

²⁸² A fin de demostrar la capacidad tanto de agotar los recursos locales como de perseguir un reclamo en virtud del DR-CAFTA sobre la conducta originaria (que sería la base de la violación alegada), lógicamente es necesario asumir que el inversionista reclamante no podría obtener ninguna reparación sin haber sido forzado a agotar sus recursos (en otras palabras, no habría tenido éxito en su proceso de resolución de

inversionista demandante cuyo reclamo no prosperó en el caso *Mondev c. EE.UU.* arbitrado en el marco del TLCAN²⁸³.

274. Si, como ciertamente parece, un inversor no puede esperar seriamente *tanto* agotar sus recursos locales *como* lograr que un tribunal del DR-CAFTA considere su reclamo original, sería completamente inequitativo que la Parte demandada tenga de todas formas el derecho a apoyarse en el argumento del agotamiento de los recursos locales si el inversionista demandante tomó la decisión aparentemente lógica de probar su suerte ante un tribunal del DR-CAFTA desde el inicio²⁸⁴. No obstante, este no es el único argumento razonable para concluir que las Partes han renunciado a cualquier derecho a apoyarse en la norma consuetudinaria sobre el agotamiento de recursos locales.
275. Indudablemente, un inversor que se reserva el derecho a “*continuar*” procesos de resolución de controversias en virtud de la legislación de un Estado receptor putativamente parece no haber agotado sus recursos locales todavía. De esta proposición lógicamente se desprende que, si un Estado receptor retiene su consentimiento a un arbitraje en virtud de un tratado hasta que el inversionista le haya proporcionado una renuncia escrita a “*cualquier derecho*” a continuar procedimientos municipales contra dicho Estado surgidos de la misma cuestión, el Estado no puede sostener razonablemente que se reserva su derecho a oponer la excepción de agotamiento de recursos locales con la excusa de que el inversionista abandonó el proceso municipal antes de que éste llegara a su fin. Postular lo contrario sería

controversia y apelación). Por supuesto, en todo caso, es totalmente posible que una conducta de un gobierno que viole una disposición del DR-CAFTA (por ej., el Artículo 10.3) sea completamente consistente con el régimen jurídico municipal, o incluso directamente requerida en virtud de dicho régimen.

²⁸³ CLA50, *Mondev c. EE.UU.*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002

²⁸⁴ Este punto está reforzado por la disposición aclaratoria en el TBI Modelo de EE.UU. de 1992, ya que el Capítulo 10 del DR-CAFTA fue negociado sobre la base de un TBI Modelo de EE.UU. posterior, que únicamente excluyó una prohibición expresa sobre interferencias arbitrarias porque se consideró que estaba completamente cubierta por el estándar de TJE. Según el Artículo 2(2)(b) del TBI Modelo de 1992 (CLA36):

Ninguna parte podrá de manera alguna socavar por medios arbitrarios o discriminatorios la gestión, operación, el mantenimiento, uso, goce, la adquisición, expansión o disposición de inversiones. A los efectos de la resolución de controversias en virtud de los Artículos VI y VII, una medida puede ser arbitraria o discriminatoria sin perjuicio de que una parte tenga o haya aprovechado la oportunidad de revisar tales medidas en las cortes o los tribunales administrativos de una Parte [énfasis añadido].

inconsistente con el objetivo de las Partes establecido en el Artículo 1.2(1)(f) de “*crear procedimientos eficaces para ... la solución de controversias*”²⁸⁵.

276. Asimismo, si las Partes realmente hubieran querido aferrarse a la norma de agotamiento de recursos locales para utilizarla como excepción contra cualquier reclamo en virtud del derecho internacional consuetudinario formulado contra ellas conforme al Artículo 10.5, habrían incluido una disposición explícita para esa contingencia en vez de consentir sin reservas a que dichos reclamos se traten de conformidad con el *Convenio CIADI*, con arreglo al Artículo 10.17(2)(a) del DR-CAFTA. El Artículo 26 del *Convenio CIADI* dispone que el consentimiento de un Miembro Contratante al arbitraje se “*considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso*” [énfasis añadido]. También establece que una Parte Contratante puede optar por “*exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento*”. El hecho de que las Partes del DR-CAFTA aparentemente decidieron no incluir una condición de esa naturaleza en el Tratado determina que no existe tal intención, particularmente a la luz del requisito incluido en el Artículo 25 del *Convenio CIADI* al efecto de que el consentimiento al arbitraje *debe* brindarse “*por escrito*”.

(iii) Principios generales del derecho internacional dan forma al contenido sustantivo del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario expresado en el Artículo 10.5, según cada caso

277. Por lo tanto, queda en evidencia que el texto del Anexo 10-B, tomado en conjunto con los Artículos 10.5(1) y 10.16(1), reconoce el derecho de “*inversionistas de otra Parte*” a perseguir un arbitraje contra Partes del DR-CAFTA por *cualquier* conducta/medida que sea demostrablemente inconsistente con “*todos los principios [es decir, todo principio] del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros*”. El inversionista puede ejercer

²⁸⁵ El adjetivo “*eficaz*” no puede aplicarse razonablemente a un proceso de resolución de controversias que parece abierto a inversionistas demandantes pero en realidad está cerrado, salvo o hasta que el inversionista demandante haya demostrado que ha agotado todos los recursos locales disponibles.

este derecho de acción a su discreción y no debe depender de si puede demostrar que ya ha agotado recursos locales²⁸⁶.

278. Asimismo, ni el Artículo 10.5 ni el Anexo 10-B imponen ningún tipo de restricción o limitación al significado o la aplicación de los “*principios del derecho internacional consuetudinario*” mencionado en la segunda disposición. Estos “*principios*” únicamente necesitan estar orientados a la protección de los derechos e intereses económicos de “extranjeros”. En este sentido, también cabe remarcar que el término “*extranjeros*” connota una categoría de sujetos de derecho que debe ser más amplia que inversores extranjeros, aunque incluye a estos últimos de todas formas²⁸⁷. Por otro lado, la referencia a “extranjeros” constituye un indicio del entendimiento entre las Partes de que los derechos e intereses económicos controvertidos pertenecen a individuos, en contraposición con los del Estado receptor.
279. Sin embargo, antes de determinar si el principio en cuestión versa sobre la protección de los derechos e intereses económicos de individuos, los intérpretes del Anexo 10-B y el Artículo 10.5(2)(b) también deben analizar cuidadosamente la frase “*principios del derecho internacional consuetudinario*”. El consenso ortodoxo sobre las fuentes del derecho internacional, reflejado en el Artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, reconoce las tres fuentes principales del derecho internacional: (1) tratados; (2) derecho internacional consuetudinario; y (3) principios generales del derecho internacional. Por lo tanto, *prima facie*, la frase “*principios consuetudinarios del derecho internacional*” es un oxímoron. Esta elección aparentemente inconexa de términos puede de todas maneras conciliarse mediante la aplicación adecuada del enfoque consuetudinario sobre la interpretación de tratados, delineada anteriormente, y considerando la referencia por parte de los redactores a

²⁸⁶ El inversionista goza de discreción (respecto de si agotar los recursos disponibles en virtud del derecho municipal y hasta qué grado) sobre la base de que el Artículo 10.16(1) le otorga el derecho a perseguir un arbitraje respecto de una “controversia relativa a una inversión”. Por lo tanto, corresponde al inversionista demandante decidir si agotará los recursos locales, en cuyo caso no podrá perseguir un arbitraje hasta su finalización (de lo contrario, violaría el requisito de renuncia establecido en el Artículo 10.16(2)). Si el inversionista demandante elige no agotar los recursos locales, podrá firmar la renuncia requerida y proceder inmediatamente a iniciar el arbitraje.

²⁸⁷ El término “*extranjeros*” debe incluir a inversionistas extranjeros porque las Partes han definido el Artículo 10.5 por referencia al tratamiento de “*extranjeros*” mientras definieron la clase de personas con derecho a perseguir reclamos en virtud del Artículo 10.5 como “*inversionistas de otra Parte*” que se encuentran realizando, han realizado o buscan realizar una inversión en el territorio del Estado receptor Parte del DR-CAFTA.

“principios” como una invitación²⁸⁸. El contexto textual es de gran ayuda, ya que demuestra el uso dado a la frase, es decir, contribuir a que se atribuya un significado concreto y sustantivo al párrafo (1), aplicado en un contexto contemporáneo y particularizado [es decir, específico del caso]. Dicho uso obviamente también se condice con el objeto y fin del Capítulo y el Tratado: fomentar el crecimiento económico en el área de libre comercio al promover y proteger a los inversionistas extranjeros y sus inversiones. Solo una interpretación del sentido ordinario de los términos combinados en “*principios consuetudinarios del derecho internacional*” es considerar la frase como un exhorto a recurrir a principios generales del derecho internacional al atribuir un significado al estándar mínimo consuetudinario aplicado a los hechos de un caso particular.

280. Como se ha remarcado anteriormente, el nivel mínimo de trato de extranjeros en virtud del derecho internacional consuetudinario es evolutivo. Por ende, las Partes obviamente prescribieron el uso de principios generales del derecho internacional por parte de futuros intérpretes del Tratado para garantizar que el Artículo 10.5 no fuera entendido como una referencia a alguna versión antigua o rígida de la protección de la que disponen los extranjeros en virtud del derecho internacional consuetudinario. Requerir que los intérpretes recurrieran a principios generales de la ley era una manera de garantizar que la protección ofrecida por el Artículo 10.5 siempre reflejara la práctica contemporánea. Naturalmente, los principios generales del derecho internacional siempre reflejan la práctica moderna debido a la metodología comparativa utilizada para identificarlos. Las Partes reconocieron este hecho en el Artículo 10.5(2)(a), el cual dispone lo siguiente en su parte relevante: “*de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo*” [*énfasis añadido*]. Por contraste, la metodología ortodoxa para determinar si una norma se ha vuelto parte del cuerpo del derecho internacional consuetudinario involucra un proceso complejo para catalogar evidencia de las declaraciones y prácticas oficiales de un número indefinido de Estados. Esta empresa nunca podría realizarse en el contexto de un solo arbitraje y, en todo caso, únicamente reflejaría una

²⁸⁸ Ver CLA18, Georg Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law* (Oceana Pubs: New York, 1965), pp. 87-91.

acumulación de declaraciones y prácticas del pasado, en vez del entendimiento contemporáneo de una norma en particular²⁸⁹.

281. Por lo tanto, es evidente que, cuando las Partes se refirieron a “*principios consuetudinarios del derecho internacional*”, buscaban que los intérpretes de tratados abordaran la cuestión de cómo entender y aplicar el Artículo 10.5(1), en cualquier caso dado, al recurrir a los principios relevantes y aplicables del derecho internacional. Asimismo, buscaron que los principios relevantes fueran los orientados a la protección de los derechos e intereses económicos individuales. Así, las Partes se aseguraron de que la protección ofrecida por el Artículo 10.5 continuara reflejando las concepciones modernas de protección para inversionistas extranjeros, al tiempo que se previno que esta disposición se ampliara arbitrariamente para incluir especímenes no económicos y/o comunales del derecho internacional consuetudinario.
282. Tal como se explicará a continuación, hay dos principios generales del derecho internacional que esencialmente dan forma a la interpretación y la aplicación del Artículo 10.5(1) en el presente caso: el principio de buena fe y el principio del debido proceso. Del principio general de buena fe del derecho internacional surgen dos prohibiciones contra conductas del Estado receptor que deriven en: (1) la frustración de las expectativas legítimas respaldadas por una inversión del inversionista extranjero; y/o (2) el ejercicio arbitrario y/o discriminatorio de la autoridad gubernamental, ya sea intencional o negligente. Del principio general del debido proceso del derecho internacional surge la obligación de brindar imparcialidad

²⁸⁹ Este es el proceso descrito en la primera oración del Anexo 10-B, cuyo fin obviamente era restringir su responsabilidad exclusivamente a la categoría de las normas del derecho consuetudinario que pudieran lógicamente considerarse dentro del grupo de protecciones para individuos, en contraposición con los Estados, respecto de sus derechos e intereses económicos. Por ejemplo, el texto del Anexo 10-B manifiestamente prohíbe que un inversionista inicie un reclamo en virtud del DR-CAFTA a raíz de que un Estado receptor haya declarado una guerra sin causa legítima o no haya reconocido aguas territoriales de un Estado tercero o haya cometido un genocidio sistemático, todas violaciones del derecho internacional consuetudinario, pero no referentes a obligaciones relacionadas directamente con la protección de los derechos e intereses económicos de individuos. Ver, por ej. CLA53, *ADF Group Incorporated c. Estados Unidos*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/1, (2003) 18 ICSID Rev-FILJ 195, (2004) 6 ICSID Rep 470, (2003), 6 de enero de 2003, 9 de enero de 2003 ¶ 184, donde se cita: CLA50, *Mondev International Limited c. Estados Unidos*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, (2003) 42 ILM 85, (2004) 6 ICSID Rep 192, (2004) 125 ILR 110, IIC 173 (2002), 11 de octubre de 2002, ¶ 113. Ver, además, CLA97, *Chemtura Corporation c. Canadá*, Reglamento de Arbitraje CNUDMI / TLCAN, Laudo, 2 de agosto de 2010, ¶ 122, y ver, en general, CLA109, Todd Weiler, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards of Treatment in Historical Context* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2013), pp. 241-258.

procesal a los inversionistas extranjeros respecto de todos los procesos de toma de decisiones, ya sean legislativos, ejecutivos o judiciales.

(b) El principio de buena fe

(i) La frustración de expectativas legítimas respaldadas por una inversión

283. La buena fe “*es una norma indiscutible del derecho internacional, sin la cual la noción misma de derecho internacional sería absurda*”²⁹⁰. Es “*el faro común que guía el entendimiento y la interpretación de las obligaciones*”, así como el trato justo y equitativo brinda a los inversionistas extranjeros la oportunidad de conformar y mantener expectativas legítimas respecto de la manera en que serán tratados, incluidas expectativas sobre los derechos de propiedad que han adquirido y cualquier permiso gubernamental inherente durante su calidad de terratenientes. Por lo tanto, los inversionistas razonablemente tienen derecho a apoyarse en promesas efectuadas por un Estado, tanto implícitas como explícitas. Cuanto menos ambigua sea la promesa, más razonable es la expectativa²⁹¹. Cuanto más específica es la promesa, más razonable es la expectativa²⁹².
284. Para despejar cualquier duda, los conceptos de confianza perjudicial y expectativa legítima no solo son los componentes de un delito que ocurre cuando el Estado receptor viola una promesa explícita realizada exclusivamente a un inversionista extranjero particular. En cambio, se basan en el principio de la buena fe y, por lo tanto, han sido utilizados en varias ocasiones para explicar el significado de ‘trato justo y equitativo’ en casos apropiados. En otras palabras, es el principio de buena fe el que requiere que los funcionarios del Estado receptor se abstengan de incurrir en conductas que “... *afecten [adversamente] las expectativas básicas consideradas por el inversionista extranjero*” al establecer su inversión²⁹³. Tal como se indica en el

²⁹⁰ CLA68, Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Court and Tribunals* (Cambridge: CUP, 2006), p. 113.

²⁹¹ CLA70, *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, Arbitraje CNUDMI (26 de enero de 2006), ¶¶ 241-243.

²⁹² CLA77, *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. Turquía*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/02/5 (19 de enero de 2007), ¶¶ 241-243.

²⁹³ CLA81, *Sempra Energy International c. Argentina*, Laudo y opinión disidente parcial, Caso CIADI N.º ARB/02/16 (28 de septiembre de 2007), ¶ 298; donde se cita CLA54, *Técnicas Medioambientales, TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/AF/00/2 (29 de mayo de 2003), ¶ 254.

pasaje comúnmente citado de *Tecmed c. México*, el estándar de trato justo y equitativo del derecho internacional consuetudinario requiere que un Estado:

... brind[e] un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación²⁹⁴.

285. El principio general de la buena fe tuvo un gran impacto en el derecho internacional de inversiones mucho antes de la explosión de los arbitrajes que comenzó hace poco más de una década. Por ejemplo, el Tribunal de *AMCO Asia c. Indonesia* se basó en la doctrina de derechos adquiridos del derecho internacional consuetudinario²⁹⁵ al explicar cómo los inversionistas extranjeros tenían derecho “a materializar la inversión, operarla con una expectativa razonable de obtener ganancias y gozar del beneficio de los incentivos otorgados por la ley”²⁹⁶.
286. Por supuesto, los inversionistas pueden tener las expectativas que deseen sobre el rendimiento de sus inversiones y la disposición del Estado receptor en los años venideros. Legitiman esas expectativas cuando realizan una evaluación razonada y

²⁹⁴ CLA54, *Tecmed*, ¶ 154; aprobado en CLA59, *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA c. Chile*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/01/7 (25 de mayo de 2004), ¶¶ 114-115.

²⁹⁵ CLA34, *AMCO Asia c. Indonesia*, 24 ILM 1985 p. 1022 p. 1034-35, 1 Informes CIADI, 377 pp. 490 y 493; donde se cita CLA11, *German interests in Polish Upper Silesia* (Fondo), P.C.I.J., 25 de mayo de 1926, Serie A, N.º 7 (1926), pp. 22 y 44; CLA16, *Arabia Saudita c. Arabian American Oil Company (Aramco)*, 27 ILR 117 (1958), pp. 168, 205; CLA27, *Starrett Housing Corp. c. República Islámica de Irán*, 4 (1984) Rep. Trib. Recl. Irán-EE.UU. 122, 156-57 (1983); y CLA13, *Award in the Shufeldt Claim*, 24 de julio de 1930, UNRIAA, Vol. II, XXVII, pp. 1081, 1097. Ver, además, CLA17, *The Sapphire Award* (1963) 35 ILR 136, p. 181.

²⁹⁶ CLA34, *AMCO*, p. 1035.

prudente del “estado del derecho y la totalidad del entorno de negocios” antes y durante el establecimiento de sus inversiones²⁹⁷. Salvo que exista alguna garantía extraordinaria de estabilidad, ningún inversionista puede esperar razonablemente que las circunstancias prevalentes al momento de establecer la inversión permanezcan completamente intactas durante la vida de dicha inversión²⁹⁸. Por otro lado, los inversionistas extranjeros ciertamente tienen derecho a esperar que el Estado receptor continúe comportándose de manera justa y equitativa durante la vida de la inversión, desechando cualquier conducta arbitraria, discriminatoria o poco transparente.

287. Por lo tanto, los inversionistas extranjeros tienen derecho a esperar un nivel razonable de estabilidad y/o certeza respecto de cómo se administrarán los derechos de propiedad o regímenes regulatorios, bajo la protección del estándar de trato justo y equitativo del derecho internacional consuetudinario²⁹⁹. Se incurrirá en responsabilidad internacional si funcionarios del Estado receptor ejercen conductas que efectivamente “[destruyen] los acuerdos sobre la base de los cuales se indujo al inversionista extranjero a invertir”³⁰⁰.
288. Es por esto que los publicistas y jueces internacionales relacionan de varias formas el principio de buena fe, el estándar de trato justo y equitativo y la teoría de legítimas expectativas con la obligación del Estado receptor de “brindar un entorno regulatorio y de negocios transparente y predecible” a los inversionistas extranjeros. Al hacer esto, no buscan crear nuevas normas ni ampliar las antiguas, sino que meramente expresan lo que ya es el status del derecho internacional consuetudinario hoy en día. Tal como advirtió recientemente el Tribunal de *Gold Reserve c. Venezuela*, la concepción de legítimas expectativas como la manifestación del trato justo y

²⁹⁷ CLA77, *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. Turquía*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/02/5 (19 de enero de 2007), ¶ 255; donde se cita *Saluka*, op. cit., ¶ 305.

²⁹⁸ Ver, por ej.: CLA39, 1999 Informe de la UNCTAD sobre el Trato Justo y Equitativo, pp. 59-60 (ver, además, el Informe de la UNCTAD de 2004 sobre Transparencia, p. 71):

Si un inversionista extranjero desea establecer si una acción de un Estado en particular es justa y equitativa, como cuestión práctica, el inversor deberá establecer las normas pertinentes relativas a la acción del Estado; el grado de transparencia en el entorno regulatorio, por lo tanto, afectará la capacidad del inversor de evaluar si en un caso en particular se ha brindado un trato justo y equitativo.

²⁹⁹ CLA77, *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. Turquía*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/02/5 (19 de enero de 2007), ¶¶ 248-250. Ver, además, *Eureko BV c. Polonia*, Laudo Parcial, Arbitraje CNUDMI (19 de agosto de 2005), ¶¶ 235 y 242.

³⁰⁰ CLA47, *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo Parcial (CNUDMI, 13 de septiembre de 2001), ¶ 611

equitativo se basa precisamente en el tipo de análisis comparativo tenido en cuenta por las Partes al establecer que el estándar mínimo del Artículo 10.5 esté conformado por principios del derecho internacional:

Esto fue recientemente manifestado de manera sucinta por otros tribunales del CIADI, por ejemplo en *Total c. Argentina* y en *Toto Construzioni Generali SpA c. República del Líbano*. Sobre la base de consideraciones convergentes de buena fe y seguridad jurídica, el concepto de legítimas expectativas se encuentra en distintas tradiciones jurídicas según las cuales se pueden crear razonable o legítimamente algunas expectativas para una persona privada a raíz del comportamiento constante y/o las promesas de su socio jurídico, particularmente cuando dicho socio es la administración pública de la cual depende esta persona privada. En particular, en el derecho alemán, la protección de las legítimas expectativas está relacionada con el principio de *Vertrauensschutz* (protección de la confianza), una noción fuertemente influenciada por el desarrollo de la Legislación de la Unión Europea, que apunta a garantías precisas y específicas otorgadas por la administración. Esa misma noción encuentra equivalencias en otros países europeos, tales como Francia con el concepto de *confiance légitime*. La protección sustantiva (en oposición a la procesal) de las legítimas expectativas ahora también puede encontrarse en el derecho inglés, si bien no fue reconocida sino hasta la década pasada³⁰¹.

289. Las expectativas pueden encontrarse en la reconocida opinión disidente de Thomas Wälde en *Thunderbird c. México*. El ahora difunto Profesor Wälde, que comenzó su carrera profesional trabajando en políticas de desarrollo con el también difunto ex Secretario General del CIADI Ibrahim Shiata en las Naciones Unidas, explicó:

Los inversionistas necesitan confiar en la estabilidad, claridad y previsibilidad de los mensajes regulatorios y administrativos del gobierno tal como aparecen ante el inversionista cuando se le transmiten, y sin posibilidad de eludir tales compromisos mediante ambigüedades u ofuscaciones insertadas en dicho compromiso identificadas posteriormente en retrospectiva. Esto es no menos sino más aplicable respecto de inversionistas más pequeños y emprendedores que suelen carecer de experiencia pero aportan el ímpetu emprendedor necesario para incrementar el comercio de servicios y las inversiones que el TLCAN busca fomentar. Tener en cuenta la naturaleza del inversor no es una formulación de un estándar diferente, sino un ajuste de la aplicación del estándar a los hechos particulares de una situación específica.

... en el marco de sistemas desarrollados de derecho administrativo, un ciudadano (incluso más un inversionista) debe estar protegido contra cambios de política inesperados y perjudiciales si el inversionista realizó una inversión sustancial con una garantía razonable de la autoridad pública sobre la estabilidad de dicha política.... Sin embargo, esa protección no es

³⁰¹ CLA115, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014, ¶ 576.

incondicional ni eterna. Conlleva un proceso de equilibrio entre las necesidades de políticas públicas flexibles y la confianza legítima en expectativas particulares respaldadas por una inversión... El “estándar de trato justo y equitativo” no puede emanar de sentimientos subjetivos personales o culturales; debe estar arraigado en normas y principios objetivos que reflejen de manera autoritativa y universal o al menos generalizada la actitud contemporánea del derecho económico moderno nacional e internacional. Por lo tanto, la amplia aceptación del principio de “legítimas expectativas” avala el concepto de que efectivamente es parte del “trato justo y equitativo” que los gobiernos deben proporcionar a los inversionistas extranjeros en virtud de los tratados de inversión modernos y de conformidad con el Art. 1105 del TLCAN³⁰².

290. Se expresó una opinión similar en *Saluka c. República Checa*:

La decisión de un inversionista de realizar una inversión se basa en una evaluación del estado de derecho y la totalidad del entorno de negocios al momento de dicha inversión, así como en la expectativa del inversionista de que la conducta del Estado receptor posterior a la inversión será justa y equitativa.

Por lo tanto, el estándar de “trato justo y equitativo” se relaciona estrechamente con la noción de legítimas expectativas, que constituye el elemento dominante de ese estándar. En virtud del estándar de “trato justo y equitativo” incluido en el Artículo 3.1, debe por lo tanto considerarse que la República Checa ha asumido la obligación de brindar un tratamiento tal a los inversionistas extranjeros que evite la frustración de sus expectativas legítimas y razonables.

...

Las expectativas de los inversionistas extranjeros ciertamente incluyen el cumplimiento por parte del Estado receptor de estándares fundamentales arraigados tales como la buena fe, el debido proceso y la no discriminación³⁰³.

291. En resumen, el derecho internacional consuetudinario protege al inversionista extranjero que debe tomar decisiones importantes sobre el establecimiento, la expansión y/o la operación de su inversión en el territorio del Estado receptor. Armado del principio de la buena fe, el derecho internacional consuetudinario le da al inversionista el derecho a esperar que los regímenes municipales administrativos, regulatorios y judiciales, así como los funcionarios a cargo de su funcionamiento, operen de manera transparente, estable y previsible³⁰⁴. No tiene derecho a esperar un

³⁰² CLA67, *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, Opinión Disidente, CNUDMI/TLCAN, 26 de enero de 2006, ¶¶ 5 y 8.

³⁰³ CLA71, *Saluka* ¶¶ 301-303.

³⁰⁴ CLA62, *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/01/8 (12 de mayo de 2005), ¶¶ 274-277; y CLA82, *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, Caso CIADI N.º ARB/01/8 (25 de septiembre de 2007), ¶ 89.

nivel de perfección de estos regímenes, pero sí tiene derecho a esperar que los funcionarios desempeñen sus deberes de buena fe, consistentemente y con respeto por la ley. Estas son las expectativas consagradas en el derecho internacional consuetudinario y protegidas mediante la participación de Costa Rica en el DR-CAFTA.

292. Por lo tanto, el inversionista extranjero goza del derecho absoluto a estar libre de exigencias de pagos ilegales por parte de funcionarios del Estado receptor bajo amenaza de retener o revocar los permisos requeridos para que la inversión prospere. Y ciertamente tiene derecho a esperar que, si se le pide un soborno, su reclamo ante el Estado receptor sobre ese delito sea investigado inmediata y minuciosamente, de buena fe, y que ni él ni su inversión sufran represalia alguna por haber informado el acto ante las autoridades pertinentes.

(ii) Arbitrariedad en el ejercicio de la autoridad pública

La arbitrariedad bajo cualquier forma es o debe ser aborrecible al *homo juridicus*. Su perspectiva profesional se rige íntegramente por la actitud de que, ante la ley, situaciones iguales ameritan soluciones iguales³⁰⁵.

293. La prohibición contra la arbitrariedad es de larga data en el derecho internacional de las inversiones. En las primeras décadas del siglo XX, se reflejó en la teoría de las “*denegaciones de justicia sustantivas*”, que los publicistas habían efectivamente fusionado tanto con el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario como con su precursor, el denominado estándar de civilización³⁰⁶. Por ejemplo, Borchard escribió: “*Como norma, la discriminación injustificada es un ingrediente de los reclamos sustentables*”³⁰⁷, mientras que Desvernine ahondó en esto al indicar que “*una decisión groseramente injusta o notoriamente inequitativa puede ser y ha sido considerada un equivalente de denegación de justicia*”. Desvernine

³⁰⁵ CLA22, Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, op. cit., pp. 100-101.

³⁰⁶ Para un ejemplo y una descripción más recientes de esta síntesis de los estándares mínimos, ver CLA117, *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014, ¶¶ 561-565 y 584, si bien el Tribunal remarcó muy puntualmente que el contenido del estándar mínimo consuetudinario no es de ninguna manera estático y, de hecho, había aumentado su alcance y protección en el transcurso de esos años.

³⁰⁷ CLA130, Borchard, p. 458.

también observó que cualquier tipo de decisión gubernamental puede ser “*tan injusta*” que constituye una denegación de justicia³⁰⁸.

294. Estas opiniones reforzaron y fueron reforzadas por la práctica de quienes redactan tratados, que se remonta a principios de siglo, de incluir cláusulas que prohíben interferencias “*arbitrarias y/o discriminatorias*” o “*arbitrarias y/o irrazonables*” con los derechos de propiedad y la persona de inversionistas y comerciantes extranjeros³⁰⁹. Publicistas posteriores, tales como Georg Schwarzenberger y Bin Cheng, expresaron una lógica diferente para prohibir la arbitrariedad, basada en cambio en el principio general de la buena fe. Para ellos, y para publicistas y jueces posteriores, la arbitrariedad representaba la antítesis del estado de derecho en la sociedad internacional, cuyos dos principios fundamentales eran el principio primordial de igualdad soberana y el principio mitigante de la buena fe³¹⁰. Este enfoque también fue reforzado por hechos contemporáneos en derechos humanos internacionales³¹¹, cuya jurisprudencia ha brindado a tribunales de tratados de inversión una fuente de doctrina adicional para interpretar las disposiciones de nivel mínimo de trato, incluido el TJE³¹².
295. Tal como observó García-Amador más de 50 años atrás, en virtud de un enfoque de estándares mínimos avalado por el principio general de la buena fe, todos los Estados serían considerados los dueños legítimos de “*facultades discrecionales amplias*” respecto de cualquier cuestión que se incluya “*esencialmente en la jurisdicción interna*”, como el trato hacia extranjeros. Sin embargo, por otro lado, el ejercicio “*arbitrario*” o “*abusivo*” de esas facultades discrecionales permaneció prohibido en

³⁰⁸ CLA10, Desvernine, *Claims Against Mexico* (New York: Private Edition, 1921), pp. 79-80. El caso involucra una conclusión de hecho por parte de un funcionario del Estado receptor de que ciertas facturas constituían pruebas de un fraude cometido por el extranjero, a pesar de que dicha conclusión era manifiestamente falsa.

³⁰⁹ CLA109, Weiler, *The Interpretation of International Investment Law*, op. cit., pp. 166-169

³¹⁰ Esta concepción universalista de ‘sociedad internacional’ suplantó la antigua concepción de un derecho de naciones en el cual una lenta marcha hacia la civilización sería nutrida por Estados de riqueza y fortaleza superior. El principio de buena fe se complementó más con el principio de igualdad soberana que con la teoría de las denegaciones de justicia sustantivas, la cual, después de todo, se basaba en el ‘estándar de civilización’ arcaico.

³¹¹ Ver, p. ej., CLA32: Artículo 9 de la Declaración sobre los *Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/40/144, 13 de diciembre de 1985: “*Ningún extranjero será privado arbitrariamente de sus bienes legítimamente adquiridos*”.

³¹² Ver, en general, CLA63, Andrea Bjorklund, 861-878; CLA109, Weiler, *The Interpretation of International Investment Law*, op. cit., pp. 169-178.

virtud del derecho internacional consuetudinario³¹³. El concepto está arraigado en el derecho internacional, tal como se demuestra en la *Convención Internacional para la Abolición de Prohibiciones y Restricciones de Importación y Exportación* de 1927, un tratado multilateral que ostensiblemente habría eliminado todos los controles fronterizos entre signatarios si hubiera entrado en vigor. De todas formas, el Artículo 5 de la Convención habría otorgado amplia autoridad a las partes para excluir medidas de su alcance, “a fin de proteger, en circunstancias extraordinarias y anormales, los intereses vitales del país”. No obstante, esta reserva de autoridad soberana fue de por sí limitada por las condiciones de que: (1) tales medidas únicamente se adoptaran durante la vigencia de las circunstancias justificativas alegadas y (2) solamente se “*aplic[aran] de manera tal que no se produ[dujera] una discriminación arbitraria contra cualquier otra Parte Contratante*”³¹⁴.

296. Esta misma lógica se aplicó a la facultad soberana de confiscar derechos de propiedad de extranjeros, al condicionar el ejercicio de dicha facultad a la existencia de una justificación de orden público racional cuando se la solicitara:

Cuando un Estado confisca la propiedad de un extranjero, debe estar preparado para brindar una justificación si se le pide una. Si no existen pruebas, otros Estados no deben presuponer que se han cumplido los estándares internacionales mínimos. Cuando el derecho de confiscación no ha sido utilizado para el bien público, tal como generalmente es reconocido por los Estados, sino con algún motivo arbitrario, los Estados extranjeros bien pueden protestar.

...

Incluso la legislación sobre planificación y salud genuina ... puede abusarse, por ejemplo, si se imponen regulaciones sanitarias o de cuarentena, no de buena fe para proteger la salud pública, sino con el objetivo real, mas no reconocido, de arruinar al comerciante extranjero. Cuando están claras las pruebas de este motivo indirecto, el Estado extranjero involucrado puede protestar apropiadamente sobre la base de que el comerciante ha sido infundadamente privado de sus derechos³¹⁵.

³¹³ F.V. García-Amador, *The Changing law of International Claims*, Vol. I (Oceana, New York: 1984), pp. 112-113.

³¹⁴ Steve Charnovitz, "Exploring the Environmental Exceptions in GATT Artículo XX," 5 *Journal of World Trade* 38 (1991), 40-42. Donde se cita la *Convención Internacional para la Abolición de Prohibiciones y Restricciones de Importación y Exportación*, celebrada en Ginebra, 8 de noviembre de 1927, 97 LNTS 391; 8 *Sociedad de Naciones O.J.* 1653 (1927); Reclamos por excepción de Gobiernos en virtud del Artículo 6 de la Convención, 9 *Sociedad de Naciones O. J.* 1233 (1928).

También cabe remarcar el Artículo 4(8), que probablemente habría privado a la Convención de gran parte de su impacto liberalizador: “Prohibiciones o restricciones aplicadas a productos que, en relación con la producción o el comercio, son o pueden estar en el futuro sujetas, dentro del país, a un monopolio del Estado o a monopolios ejercidos bajo control del Estado”.

³¹⁵ B.A. Wortley, *Expropriation in Public International Law* (Cambridge: CUP, 1959), pp. 103 y 110.

297. La lógica moderna para proteger a los inversionistas extranjeros de resultados arbitrarios es parecida a la proporcionada por Thomas Wälde para reivindicar las legítimas expectativas. Tal como explicó el Tribunal de *Lemire c. Ucrania*:

Los inversionistas extranjeros cubiertos por un TBI gozan de un nivel adicional de protección: pueden utilizar los mismos instrumentos de los que disponen los inversionistas locales y, asimismo, pueden valerse de la protección ofrecida por las garantías de derecho internacional conferidas por el tratado. El trato diferente entre inversionistas extranjeros y locales es una consecuencia natural de un TBI. Sin embargo, este trato desigual no carece de justificación: la justicia no es darles lo mismo a todos, sino *suum cuique tribuere*. Los extranjeros, que no tienen derechos políticos, están más expuestos que los inversionistas locales a medidas arbitrarias del Estado receptor y, por lo tanto, como cuestión de política legítima, pueden gozar de una protección más amplia [énfasis añadido]³¹⁶.

298. Por lo tanto, la prohibición de arbitrariedad sigue siendo fundamental a la hora de analizar el ejercicio de autoridad discrecional en virtud de los tratados de protección de inversiones. Por ejemplo, en uno de los primeros casos arbitrados en virtud del TLCAN, *Metalclad c. México*, el Estado receptor fue declarado responsable por la decisión de un gobernador regional de tornar una inversión inútil al decretar que era parte de una nueva reserva de cactus justo antes de finalizar su mandato. El gobernador dictó su decreto de último momento luego de enterarse de que un tribunal federal había finalmente dejado sin efecto una orden de suspensión que sus compatriotas en el gobierno local habían obtenido luego de iniciar una demanda judicial procesalmente abusiva contra el inversionista extranjero, privándolo de cualquier posibilidad de operación o desarrollo de la inversión.
299. Este desenlace fue particularmente difícil para el inversor, ya que el establecimiento de su inversión inicialmente había tenido éxito ante los niveles estadual y federal del gobierno. No fue sino hasta que se realizó una inversión sustancial de capital que el gobernador exigió por primera vez al inversor que le pagara un soborno. Poco después de que el inversionista rechazara ese intento de extorsión, todo comenzó a desmoronarse. De repente, se le informó que había quedado pendiente un permiso de construcción, correspondiente a una instalación cuya etapa de construcción ya estaba prácticamente finalizada. Los contactos federales del inversor le aseguraron que era una cuestión meramente formal, por lo que se presentó una solicitud. Se decidió denegar el permiso supuestamente formal sin una audiencia. Cuando el inversionista

³¹⁶ CLA41, Lemire ¶ 57.

incrédulo decidió establecer el negocio de todas formas, funcionarios locales iniciaron un procedimiento ante un tribunal constitucional a pesar de que no tenían ningún tipo de legitimación. Sin embargo, pasaron años hasta que un tribunal superior desestimó la acción y, mientras tanto, la inversión permaneció congelada por una suspensión automática. Una vez que se levantó esa suspensión, el gobernador dictó su decreto y el inversionista jamás tuvo la oportunidad de operar su inversión³¹⁷.

300. Tan solo unos pocos años más tarde, la inversión en México de un inversionista español, *Tecmed*, sufrió un destino similar. En ese caso, un permiso, cuya renovación se suponía que sería una mera formalidad, no fue renovado. Se brindó notificación insuficiente de la intención del Estado de rechazar la solicitud de renovación, y al inversionista extranjero no se le ofreció ninguna oportunidad de responder a las supuestas deficiencias posteriormente citadas para justificar el rechazo. La empresa de inversión no podía ser operada sin ese permiso, y cualquier reinicio esperado dependía de que prosperara un proceso judicial municipal incierto y dilatado³¹⁸.
301. Más recientemente, en *Quiborax c. Bolivia* y *Dan Cake c. Hungría*, se determinó que el Estado era responsable en un caso donde se revocaron caprichosamente concesiones de recursos minerales, presumiblemente por motivos discriminatorios³¹⁹. Y en *Dan Cake c. Hungría*, un tribunal regional a cargo de supervisar un concurso preventivo (iniciado por un otrora socio comercial local) impuso condiciones a la solicitud de reparación del inversionista cuyo efecto fue indirectamente garantizar que dicha reparación se tornara imposible de obtener antes de que fuera demasiado tarde para que le sea de utilidad al inversionista³²⁰.

³¹⁷ CLA42, *Metalclad Corporation c. México*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/1, (2001) 16 ICSID Rev-FILJ 168, (2001) 40 ILM 36, (2001) 26 YB Com Arb 99, (2002) 119 ILR 618, (2002) 5 ICSID Rep 212, (2001) 13(1) World Trade and Arb Mat 45, 25 de agosto de 2000; y CLA61, Todd Weiler, “Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of *Metalclad v. Mexico*” en *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, T. Weiler, ed. (Londres: Cameron, mayo de 2005 [desde 2012: Leiden: Brill). 713, pp. 718-724 *et sub*.

³¹⁸ CLA54 *Tecmed* ¶ 173

³¹⁹ CLA123, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N.º ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015, ¶¶ 291-295. El Tribunal no estaba convencido de que el estándar de TJE debía igualarse con el estándar mínimo consuetudinario por considerar que el contenido de aquél no debe interpretarse para que se corresponda con el contenido de éste. Sin embargo, a los efectos del presente caso, el Tribunal de todas formas determinó que los hechos avalaban la existencia de una violación, incluso si el estándar de derecho consuetudinario se considerara más ‘ínfimo’ que ‘mínimo’ en relación con el estándar de TJE.

³²⁰ CLA122, *Dan Cake S.A. c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/12/9, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 24 de agosto de 2015, ¶¶ 151-160.

302. Por lo tanto, es evidente que hay varias formas de abordar la prohibición contra la arbitrariedad. En una de sus opiniones más citadas, Christoph Schreuer intentó clasificar el conjunto de ejemplos de varios casos en las siguientes cuatro conocidas categorías (o patrones) de arbitrariedad:

- a. una medida que produce un daño al inversor sin ningún objetivo legítimo aparente;
- b. una medida que no esté basada en estándares jurídicos sino en la discreción, en un prejuicio o en una preferencia personal;
- c. una medida adoptada por motivos distintos de los esgrimidos por quien tomó la decisión;
- d. una medida adoptada violando intencionalmente el debido proceso y el procedimiento adecuado³²¹.

303. Si bien dichos ejercicios pueden brindar a los tribunales un acceso simplificado a los casos más comunes de arbitrariedad en el derecho internacional de inversiones actual, sigue siendo difícil, sino imposible, para cualquier juez determinar qué pensaba realmente quien tomó la decisión cuando adoptó la medida impugnada. Schwarzenberger encapsuló el problema de la siguiente manera:

[C]ualquiera que conozca las técnicas mediante las cuales se aplican y distinguen precedentes judiciales está al tanto del elemento de subjetividad inherente a las decisiones, incluso a nivel judicial, de qué situaciones supuestamente son iguales. En los campos de decisiones cuasijudiciales, administrativas o políticas, es incluso más difícil verificar la existencia de un ejercicio arbitrario de discreción. Cuanto más amplio es el alcance de la discreción, más fácil es encontrar argumentos plausibles para esconder motivos irrelevantes u objetables detrás de las razones esgrimidas. Si la discreción se ejerce dentro de un marco tan amplio de jurisdicción territorial, solamente los abusos de soberanía más potentes podrán estar sometidos a alguna prohibición contra el uso arbitrario del derecho soberano³²².

304. El enfoque favorito de los publicistas desde hace tiempo para sortear este problema a la hora de adjudicar una controversia involucra instruir a los jueces para que enfoquen su atención ya sea en pruebas de irregularidades procesales o en el impacto de la toma de decisiones discrecionales del gobierno sobre extranjeros, en vez de esperar recibir

³²¹ CLA91, *EDF c. Rumania*, ¶ 303. Ver, además, CLA46, *Lauder c. República Checa*, Trib. Ad Hoc, Laudo, 33 de septiembre de 2001, ¶ 221; CLA54 *Tecmed*, ¶ 154; CLA45, *Loewen Group Inc. & R. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB/AF/98/3, Laudo sobre Jurisdicción, 9 de enero de 2001, ¶ 131; y CLA71 *Saluka*, ¶ 307

³²² CLA22, Georg Schwarzenberger, *International Law and Order* (Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1971), pp. 100-101.

el tipo de pruebas que probablemente revelaría el *verdadero* motivo detrás de las decisiones analizadas³²³. Cheng explicó el método de la siguiente manera:

Cada caso debe juzgarse según sus circunstancias particulares analizando ya sea la intención o el motivo de quien adoptó la medida o el resultado objetivo del acto, a la luz de la práctica internacional y la experiencia humana. Cuando se puede establecer ya sea una intención o un plan ilícito o el acto es claramente irrazonable, existe un abuso prohibido por la ley [énfasis añadido].³²⁴

305. El beneficio adicional de este enfoque (es decir, concentrarse en ya sea encontrar pruebas de parcialidad procesal manifiesta en ejercicio de la autoridad discrecional o determinar si el resultado general del acto discrecional parece manifiestamente injusto, irrazonable, arbitrario y/o patentemente discriminatorio) es que el juez puede de todas formas reconocer y mantener una deferencia apropiada a la autoridad soberana bajo la cual se tomó la decisión bajo análisis. Esto se logra simplemente manteniéndose agnóstico respecto de la legitimidad relativa de la plétora de potenciales motivos políticos subyacentes a esa decisión³²⁵. Se trata de evaluar la imparcialidad del proceso de toma de decisiones y analizar la razonabilidad y/o proporcionalidad relativa de la decisión, a la luz de cualesquiera sean los objetivos políticos no discriminatorios esgrimidos para adoptar la medida en cuestión.
306. Por supuesto, también sigue siendo cierto que las pruebas de mala fe, motivos impropios o intención maliciosa usualmente conllevarán responsabilidad del

³²³ Una lógica similar apuntala la práctica arbitral de hacer inferencias adversas sobre el registro de hechos en casos donde el registro de pruebas disponible avala la aseveración de que otras pruebas (solicitadas a la demandada pero retenidas por ésta) revelarían el *verdadero motivo* detrás de una decisión impugnada, si se producen.

³²⁴ CLA68, Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Court and Tribunals* (Cambridge: CUP, 2006)

³²⁵ Si bien publicistas posteriores se basaron en una concepción universalizada de la buena fe, la cual se aplicaba por igual en todo el derecho internacional, estos publicistas anteriores se basaban en una narrativa de progreso civilizacional para unificar lo que entendían que era el derecho de naciones. Ver, por ejemplo, CLA21, Frederick S. Dunn, *The Diplomatic Protection of Americans in Mexico* (Kraus Reprint, New York:1971), pp. 1 y 426:

... en última instancia involucra la posibilidad de mantener un orden socioeconómico unificado para el comercio y las relaciones internacionales entre unidades políticas independientes de diversas culturas y etapas de civilización, distintos sistemas jurídicos y económicos y diferentes grados de prestigio y poderío físico³²⁵.

Indudablemente, la existencia misma de la institución [de comités de reclamos mixtos que otorguen reparación por denegaciones de justicia] funciona como un fuerte exhorto a que los gobiernos y sus funcionarios sean más cuidadosos en el trato brindado a extranjeros de lo que normalmente serían³²⁵.

Estado³²⁶, pero dichas pruebas no son necesarias para que prospere un reclamo de interferencia arbitraria en los derechos o intereses económicos de un inversionista extranjero³²⁷, la cual violaría tanto el Artículo 10.5 del DR-CAFTA como el estándar de trato justo y equitativo del derecho internacional consuetudinario.

307. En resumen, por más de un siglo, los jueces internacionales han analizado la conducta de funcionarios del Estado receptor al evaluar tanto el impacto de las decisiones gubernamentales como el proceso mediante el cual se ejerció discreción para tomar esas decisiones. La lógica de este enfoque se ha visto incrementalmente fortalecida a través de los años mediante la inclusión expresa de prohibiciones contra la interferencia arbitraria ejercida sobre extranjeros y/o sus inversiones en tratados bilaterales³²⁸, posteriormente abarcadas por el nuevo estándar de TJE encontrado en prácticamente todos los tratados modernos de protección de inversiones³²⁹.

³²⁶ Ver, por ejemplo, CLA92, *Cargill, Inc c. México*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2, 13 de agosto de 2009, ¶ 296.

³²⁷ Ver, por ejemplo, CLA26, F.A. Mann, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments” 52 (1981) Brit. Yrbk. Int’l. Law 241, p. 245:

En otras palabras, se postula que la buena fe se presume aquí y en cualquier otro lado, y que la mala fe no necesita ser comprobada por el inversionista si puede establecer que existió una violación del deber objetivo primordial de actuar con imparcialidad, igualdad y razonabilidad. Si se establece que las autoridades del país receptor han actuado parcial, inequitativa o irrazonablemente, habrán actuado de mala fe. Esta última frase a primera vista parece tener una connotación subjetiva, y pueden existir situaciones de derecho en las cuales esto sea así. Pero, considerando los deberes primordiales impuestos al país receptor, se postula que este no es el caso.

Loewen, ¶ 50:

Ni las prácticas de los Estados, las decisiones de tribunales internacionales ni la opinión de comentaristas avalan la opinión de que la mala fe o la intención maliciosa son un elemento esencial para que el trato injusto e inequitativo o la denegación de justicia constituyan una violación de la justicia internacional. La injusticia manifiesta, en el sentido de la falta de un debido proceso que conlleve un resultado que ofende el sentido de propiedad judicial, es suficiente, incluso si se aplica la Interpretación de acuerdo con sus términos.

³²⁸ En efecto, tal como se puede observar en el Artículo 10.9(3)(c) del DR-CAFTA, el cual exime a ciertos tipos de medidas de la prohibición general de adoptar requisitos de desempeño, las Partes han demostrado su compromiso continuo con la opinión consensuada de que las medidas que “no se apliquen de manera arbitraria o injustificada” [*énfasis añadido*] deben considerarse legítimas, *per se*.

³²⁹ El Modelo de TBI de EE.UU. de 2004 (CLA57) fue utilizado como el punto de partida para las negociaciones sobre el Capítulo 10 del DR-CAFTA. La explicación brindada por Estados Unidos para no incluir una disposición de “arbitrarias y...” en el Modelo de 2004 fue que se había vuelto redundante a la luz del uso generalizado del estándar de TJE. Un gran número de tribunales arbitrales que operaron en virtud de tratados negociados sobre la base de modelos anteriores han mostrado un consenso con esta opinión al reconocer que el estándar de TJE prohíbe interferencias arbitrarias, irrazonables o discriminatorias por parte del Estado receptor contra los inversionistas y/o sus inversiones. Ver, en general, Kenneth J. Vandeveld, *U.S. International Investment Agreements* (Oxford: OUP, 2009), p. 358, donde se

308. Ya sea que uno se enfoque en los aspectos procesales del trato brindado a un inversionista o en el resultado sustantivo, y que uno avale su teoría de responsabilidad con una disposición expresa de un tratado, la teoría de las denegaciones de justicia sustantivas o el principio general de buena fe del derecho internacional, así como la prohibición contra abusos de derecho resultantes, las decisiones de funcionarios del Estado receptor permanecen, con toda razón, sujetas a un escrutinio respecto de la arbitrariedad relativa del resultado³³⁰.

(iii) Abuso de derechos

309. El principio general de buena fe del derecho internacional obviamente es una fuente inagotable de normas del derecho internacional consuetudinario relativas al trato brindado a ciudadanos extranjeros. Es así ya que tiene que ver con la esencia misma de la relación entre Soberanos, así como la relación entre un Soberano y otros sujetos del derecho internacional. Tal como explicó Bin Cheng en su tratado trascendental sobre los principios generales del derecho internacional:

[C]uando la ley somete una cuestión al juicio de la persona que ejerce el derecho, esta discreción debe ejercerse de buena fe, y la ley deberá intervenir en todos los casos en los que se abuse de dicha discreción³³¹.

Cuando el derecho otorga a su titular una facultad discrecional, ésta debe ejercerse con honestidad, razonabilidad y sinceridad, de conformidad con el espíritu de la ley y con el debido respeto por los intereses de los demás. Todos los derechos deben ejercerse razonablemente y de manera compatible tanto con las obligaciones contractuales de la parte que los ejerce como con las normas y principios generales del régimen jurídico. No deben ejercerse ficticiamente para evadir dichas obligaciones o normas jurídicas ni maliciosamente para dañar a otros. Las violaciones de estos requisitos del principio de buena fe constituyen abusos de derechos y están prohibidas por la ley³³².

cita, por ej., CLA62, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, ¶ 290:

El estándar de protección contra la arbitrariedad y la discriminación está vinculado con aquel del trato justo y equitativo. Toda medida que pudiera entrañar arbitrariedad o discriminación es en sí misma contraria a un trato justo y equitativo.

³³⁰ Ver, por ejemplo, CLA43, el Primer Laudo Parcial de *S.D. Myers*, *op. cit.* ¶ 258 y ss.

³³¹ CLA68, Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Court and Tribunals* (Cambridge: CUP, 2006), pp. 132-133.

³³² *Íd.* p. 136.

La buena fe en el ejercicio de los derechos... significa que los derechos de un Estado deben ejercerse de manera compatible con sus obligaciones varias emanadas ya sea de tratados como de la ley en general. A raíz de esta interdependencia de derechos y obligaciones, los derechos deben ejercerse razonablemente. El ejercicio razonable y de buena fe de un derecho implica un ejercicio que genuinamente persigue los intereses que el derecho busca proteger y que no está diseñado para causar ningún perjuicio injusto a los intereses legítimos de otro Estado, ya sea que dichos intereses están protegidos por un tratado o por el derecho internacional a nivel general. La línea divisoria exacta entre el derecho y la obligación o, en otras palabras, la línea que delimita los derechos de ambas partes se remonta a un punto donde hay un equilibrio razonable entre los intereses en conflicto involucrados. Este se transforma en el límite entre el derecho y la obligación y constituye, en efecto, el límite entre los respectivos derechos de las partes. La protección de la ley se extiende hasta este límite, que generalmente es indefinido, salvo por el principio de buena fe. Toda violación de este límite constituye un abuso de derechos y un incumplimiento de la obligación—un ilícito. De esta forma, el principio de buena fe, al reconocer su interdependencia, armoniza los derechos y obligaciones de cada persona, así como todos los derechos y obligaciones dentro del ordenamiento jurídico en su totalidad³³³.

La buena fe en el ejercicio de la facultad discrecional inherente a un derecho parece por tanto implicar una genuina disposición por parte del titular de ese derecho de utilizar la discreción de manera razonable, honesta y sincera de conformidad con el espíritu, el fin y la letra de la ley. También puede denominarse un sentido espontáneo del deber de cumplir escrupulosamente con la ley³³⁴.

310. No es necesario analizar en demasía cómo el principio de buena fe da forma al estándar mínimo consuetudinario específicamente en relación con la teoría de los abusos de derecho. Ya se ha demostrado en cómo el principio da forma a la prohibición consuetudinaria contra la arbitrariedad en la toma de decisiones discrecionales. La única razón para considerar al sujeto en forma separada es abordar la conexión entre los abusos de derecho y la corrupción por parte de funcionarios públicos con autoridad discrecional para tomar decisiones que podrían tener un impacto significativo en la inversión. Tal como confirmó el Tribunal en *EDF c. Rumania*, un pedido de soborno por parte de un funcionario del Estado constituye una violación manifiesta de la obligación de TJE del Estado receptor, “*así como una*

³³³ CLA68, Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Court and Tribunals* (Cambridge: CUP, 2006), pp. 131-132.

³³⁴ CLA68 Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Court and Tribunals* (Cambridge: CUP, 2006), p. 135.

violación del orden público internacional” y “una violación fundamental de las expectativas legítimas y la transparencia”³³⁵.

311. Sin embargo, en esencia, cuando un funcionario ejerce la autoridad discrecional otorgada a él por el Soberano para cometer un acto de corrupción o bien facilitar o instigar un acto de corrupción, esto constituye un serio abuso de derechos por el cual el Estado debe ser considerado responsable. Esta conclusión se ve reforzada por el Artículo 18.8 del DR-CAFTA, el cual establece lo siguiente:

Artículo 18.8: Medidas Anti-Corrupción

1. Cada Parte adoptará o mantendrá las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su legislación interna, en asuntos que afecten el comercio o inversión internacional, a:
 - (a) un funcionario público de esa Parte o una persona que desempeñe funciones públicas para esa Parte que solicite intencionalmente o acepte, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, promesa o ventaja, para sí mismo o para otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
 - (b) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que ofrezca u otorgue intencionalmente, directa o indirectamente, a un funcionario público de esa Parte o a una persona que desempeñe funciones públicas para esa Parte, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, promesa, o ventaja, para sí mismo u otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas;
 - (c) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que intencionalmente ofrezca, prometa, u otorgue cualquier ventaja pecuniaria indebida o de otra índole, directa o indirectamente, a un funcionario extranjero, para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en la ejecución de las funciones oficiales, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la conducción de negocios internacionales; y
 - (d) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que ayude o instigue, o conspire en, la comisión de cualquiera de las ofensas descritas en los subpárrafos (a) al (c).
2. Cada Parte adoptará o mantendrá penas y procedimientos adecuados para hacer cumplir las medidas penales adoptadas o mantenidas de conformidad con el párrafo 1.
3. En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las empresas, la Parte velará por que estas empresas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, para cualquiera de las ofensas descritas en el párrafo 1.
4. Cada Parte se esforzará por adoptar o mantener las medidas apropiadas para proteger a aquellas personas que, de buena fe, denuncien los actos de soborno o corrupción descritos en el párrafo 1.

[Énfasis añadido]

³³⁵ CLA91, *EDF (Services) Ltd c. Rumania*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/05/13, 2 de octubre de 2009, ¶ 221.

312. En efecto, la disposición citada no solo confirma que existe una violación del Artículo 10.5 cuando un funcionario costarricense ejerce una autoridad discrecional que, si es abusada, puede destruir el valor de una inversión. También demuestra por qué además se viola el Artículo 10.5 si las autoridades pertinentes de un Estado receptor no mantienen procedimientos adecuados para perseguir el delito de corrupción o bien no mantienen medidas apropiadas para proteger a personas (incluidos, obviamente, inversionistas extranjeros) que han denunciado la comisión de esos delitos ante el Estado receptor. Al redactar y aceptar los términos del Artículo 18.8, Costa Rica y las demás Partes del DR-CAFTA asumieron obligaciones serias en las cuales obviamente se pueden basar legítimas expectativas de conductas futuras.

(c) El principio del debido proceso

313. El principio del debido proceso se encuentra estrechamente ligado al principio de la buena fe, particularmente con respecto a la doctrina del abuso de derecho, que emana de esta última. Ambos principios son aplicables a aquellos casos en que se han conferido facultades soberanas a los funcionarios del Estado anfitrión y este las ha ejercido. Los dos pueden aplicarse independientemente de si tales facultades discrecionales fueron ejercidas por el poder ejecutivo/administrativo, el legislativo o el judicial, aunque el concepto de debido proceso está más asociado con la creación de normas en los ámbitos judicial y legislativo que la buena fe. Ello se debe al mayor grado de deferencia que tradicionalmente se le ha reconocido a las decisiones de los legisladores democráticamente elegidos y a los miembros de un poder judicial independiente. La terminología del debido proceso se emplea más comúnmente en estos escenarios pues el principio se puede trasladar con más facilidad a las categorías de equidad procesal, y se considera convencionalmente que es menos objetable (es decir, más respetuoso) impugnar una norma con fundamento en algún defecto del procedimiento que ella generó antes que a la norma en sí misma. Esto es especialmente cierto en cuanto a la aplicación del principio del debido proceso a la conducta de los funcionarios judiciales de un Estado anfitrión, que se manifiesta en la doctrina moderna de la denegación de justicia.

314. Esta diferencia de orientación entre los dos principios puede apreciarse si se observan las diferencias de enfoque que se verifican en su aplicación. Si bien el enfoque de la buena fe requiere, para analizar el ejercicio de los poderes discrecionales por parte de

quienes se encargan de la toma de decisiones administrativas y regulatorias, que se haga foco en el resultado último para los inversores afectados por tales decisiones, el enfoque del debido proceso está más relacionado con la identificación de fallas de procedimiento que pudieran haber contribuido a las decisiones –sea porque quien tomó la decisión estuvo errado al observar las normas procesales vigentes o porque no existían tales normas (para guiar/limitar la manera en que se tomaron las decisiones lesivas).

315. Dolzer y Schreuer observaron correctamente: “[u]n procedimiento justo es un requisito elemental para el estado de derecho y un elemento vital del TJE. Ello comprende al concepto tradicional del derecho internacional de la denegación de justicia.”³³⁶ Para que quede claro, la mención de “ello” de Dolzer y Schreuer se refería al principio del debido proceso, no al TJE. Esta distinción tiene relevancia porque la doctrina de la denegación de justicia únicamente representa una manifestación del principio general de derecho internacional del debido proceso. En los últimos años, algunos tribunales llegaron a considerar erróneamente que la doctrina de la denegación de justicia solo era aplicable al examen de los regímenes jurídicos municipales,³³⁷ aunque la opinión con consenso es que a la doctrina de la denegación de justicia también le concierne la observación de las reglas del debido proceso en el funcionamiento de los poderes administrativos/regulatorios del Estado.³³⁸
316. Tal como se explicó precedentemente, en virtud del Artículo 10 del DR-CAFTA, aquel inversor que hubiera sufrido una pérdida como consecuencia de una decisión administrativa o regulatoria debe optar entre someter su reclamo a arbitraje o perseguir resarcimiento bajo el régimen jurídico municipal. En caso de elegir esta última opción, la limitación del Tratado del plazo *de facto* a 33 meses importará –con toda probabilidad– la preclusión para que el inversor pueda invocar cualquier

³³⁶ CLA104, Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2^{da} (Oxford, OUP, 2012) p. 154.

³³⁷ Ver, p.ej.: CLA101, *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al. c. Estados Unidos*, Laudo, Arbitraje TLCAN/CNUDMI, Caso CIADI Nro. ARB/10/5, 12 de enero de 2011, ¶¶ 222-225. Otro suceso reciente implicó la atribución errónea del desarrollo de la doctrina de la denegación de justicia al TJE, a pesar de que el estándar de TJE recién surgió décadas *después* de que quedó establecida la doctrina sobre denegación de justicia en el derecho consuetudinario (originalmente emanada de la aplicación del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario, o sea, protección y seguridad. Ver, también: Todd Weiler, *The Interpretation of International Investment Law*, op. cit., pp. 257-259

³³⁸ Ver, por ejemplo, CLA104, Dolzer y Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 178-182; o Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford: OUP, 2010) 241-243.

pretensión más allá de un reclamo por denegación de justicia si no queda satisfecho con el resultado (en tal caso, como el reclamo necesariamente se referirá al resultado último del sistema judicial del Estado anfitrión, tendrá que haber seguido el asunto hasta su conclusión de cualquier manera). En el presente caso, los inversores han ejercido el derecho de buscar reparación directamente y en forma inmediata ante un tribunal del DR-CAFTA. Así, sus reclamos, que se relacionan con la conducta de funcionarios del Estado anfitrión más que a sentencias judiciales, han de ser considerados a la luz de una aplicación del principio del debido proceso distinta de la doctrina de la denegación de justicia.

317. Inspirado en el principio general del debido proceso, el Artículo 10.5 y el estándar mínimo exigen que Costa Rica: (1) garantice que los inversores sean notificados de normas o decisiones importantes que pudieran tener un impacto negativo en sus inversiones;³³⁹ (2) brinde a los inversores una oportunidad significativa para hacer oír sus objeciones y/o recomendaciones; (3) no se rehúse a ejecutar sentencias válidas dictadas por los tribunales municipales, aunque ello fuera percibido como desfavorable a los intereses del gobierno;³⁴⁰ (4) adopten decisiones únicamente fundadas en criterios relevantes y por razones legítimas de orden público, que puedan ser conocidas por quienes se ven afectados por la decisión antes de que la decisión se adopte; (5) no tome decisiones en función de criterios discriminatorios tales como nacionalidad, contenido local, género, raza o credo;³⁴¹ y (6) garantice libertad frente a la coerción, sea para participar en prácticas corruptas o aceptar términos menos favorables que aquellos a los que de otro modo el inversor tendría derecho en virtud del régimen jurídico municipal.³⁴²
318. Los ejemplos reconocidos de conductas que podrían considerarse incompatibles con el principio general del debido proceso también fueron ampliados y/o aclarados por las Partes del DR-CAFTA con respecto a medidas de política ambiental legítimas y presuntas, según lo indica el Artículo 17.3, que dispone:

Artículo 17.3: Reglas de Procedimiento

³³⁹ Ver, por ejemplo, CLA48, *Middle East Cement c. Egipto*, Laudo, 12 de abril de 2002.

³⁴⁰ CLA90, *Siag & Vechi c. Egipto*, Laudo, 1 de junio de 2009, ¶¶ 451–5.

³⁴¹ CLA66, *Bayindir c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶¶ 242-243.

³⁴² CLA49, *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002, ¶¶ 67–9; CLA100, *Total c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 ¶ 338; o CLA85, *Desert Line c. Yemen*, Laudo, 6 de febrero de 2008, ¶¶ 151–94.

1. Cada Parte garantizará que los procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos, de acuerdo con su legislación, se encuentren disponibles, para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental.
 - (a) Dichos procedimientos serán justos, equitativos y transparentes y para este fin, deberán cumplir con el principio del debido proceso y estar abiertos al público, excepto en los casos en que la administración de justicia requiera lo contrario.
 - (b) Las partes en dichos procedimientos tendrán el derecho de apoyar o defender sus posiciones respectivas, incluyendo la presentación de información o pruebas.
 - (c) Cada Parte establecerá sanciones y reparaciones apropiadas y efectivas por las infracciones de su legislación ambiental, que:
 - (i) tomen en consideración, según sea apropiado, la naturaleza y la gravedad de la infracción, cualquier beneficio económico obtenido por el infractor, su condición económica y otros factores pertinentes; y
 - (ii) podrán incluir sanciones y acciones civiles y penales tales como acuerdos de cumplimiento, penas, multas, medidas precautorias, suspensión de actividades y requerimientos para tomar medidas correctivas o pagar por el daño ocasionado al ambiente.
2. Cada Parte garantizará que las personas interesadas puedan solicitar a las autoridades competentes de la Parte, que investiguen supuestas infracciones de su legislación ambiental y que las autoridades competentes de cada Parte le deberán dar consideración a tales solicitudes de acuerdo con su legislación.
3. Cada Parte garantizará que las personas con un interés jurídicamente reconocido conforme a su derecho interno sobre un determinado asunto, tengan adecuado acceso a los procedimientos referidos en el párrafo 1.
4. Cada Parte otorgará apropiado y efectivo acceso a reparaciones de acuerdo con su legislación, las cuales podrán incluir derechos, tales como:
 - (a) demandar por daños a otra persona bajo la jurisdicción de esa Parte, de conformidad con la legislación de esa Parte;
 - (b) solicitar sanciones o medidas de reparación, tales como multas, clausuras de emergencia o suspensión temporal de actividades, u órdenes para mitigar las consecuencias de las infracciones de su legislación ambiental;
 - (c) solicitar a las autoridades competentes de esa Parte que adopten acciones adecuadas para el cumplimiento de su legislación ambiental, con el fin de proteger o evitar el daño al ambiente; o
 - (d) citar a las autoridades competentes de esa Parte que adopten acciones adecuadas para el cumplimiento de su legislación ambiental, con el fin de proteger o evitar el daño al ambiente.
5. Cada Parte garantizará que los tribunales que realizan o revisan los procedimientos referidos en el párrafo 1 sean imparciales e independientes y no tengan ningún interés sustancial en el resultado del asunto.
6. Para mayor certeza, nada en este Capítulo se considera que faculta a examinar bajo este Tratado si los tribunales judiciales, cuasijudiciales o administrativos de una Parte han aplicado apropiadamente su propia legislación ambiental.³⁴³

³⁴³ Las Demandantes observan cómo el párrafo (6) solamente se aplica a la conducta de los tribunales y juzgados (y no, por ejemplo, a los actos de fiscales o funcionarios regulatorios); y que también se aplica únicamente con respecto a la aplicación de “legislación ambiental” [a diferencia de la categoría, mucho más

[Énfasis añadido].

319. Al convenir mantener los procesos mediante los cuales han de cumplirse las medidas ambientales, Costa Rica y las demás Partes del DR-CAFTA también confirmaron sus compromisos respectivos a perseguir las supuestas violaciones en virtud de dichas medidas de conformidad con los niveles mínimos del derecho internacional. Si bien no sería correcto interpretar nada de lo establecido en la disposición que antecede como un adicional a la obligación ya debida a los ‘Inversores de otra Parte’ en virtud del Artículo 10.5, la norma sin embargo asiste al Tribunal para interpretar correctamente la obligación de Costa Rica del Artículo 10.5 frente a los Inversionistas demandantes individuales, en contexto.
320. Por ejemplo, además de reconfirmar la obligación de reconocer el debido proceso a los inversores extranjeros que hubieran sido objeto de procesamiento en virtud de una medida ambiental, el subpárrafo (1)(c)(i) proporciona un ejemplo explícito del modo en que pueden respetarse los principios de la buena fe y el debido proceso, en virtud del Artículo 10.5(1), cuando un inversor extranjero se convierte en sujeto de una investigación o procesamiento en virtud alguna medida de política ambiental del Estado anfitrión. Parece evidente que no se concede un debido proceso, en tales casos, si el funcionario responsable del procesamiento de violaciones a una medida de política ambiental omitió tomar en consideración “*la naturaleza y la gravedad de la [supuesta] infracción*”, con relación a cualquier beneficio económico que el supuesto infractor hubiera obtenido con la supuesta infracción, así como –y lo que es quizás más importante– la situación económica del supuesto infractor.
321. Se concluye que: (1) si un funcionario no puede producir pruebas convincentes de que efectivamente se dio consideración contemporánea a los factores mencionados en el Artículo 18.8, y (2) las decisiones efectivamente adoptadas por dicho funcionario parecen ser desproporcionadas o de otro modo discordantes con el principio del debido proceso, se configurará *prima facie* una violación del Artículo 10.5.

amplia de “medidas”, de las cuales las “leyes” son solo un ejemplo; ver el Artículo 2.1: “medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”. Lo que resulta más importante es que queda de manifiesto que el propósito del párrafo (6) es el de evitar que una Parte impugne la sustancia de la legislación ambiental de otra Parte, colateralmente, atacando fallas de procedimiento en la forma en que se hace cumplir. De otro modo, los términos del párrafo (6) harían que el resto de la disposición deviniera efectivamente inútil.

(e) **Aplicación del Artículo 10.5 a los hechos del caso**

(i) **Frustración de las expectativas legítimas con sustento en la inversión**

322. Las Demandantes demostraron una total buena fe al establecer su inversión en Costa Rica, observando y pretendiendo cumplir cada uno de los requisitos impuestos por la Demandada, para la protección absoluta del interés público. Contrataron profesionales para garantizar el permanente cumplimiento de todas las normas y los procedimientos vigentes durante el proceso de establecimiento de la inversión. El Sr. Aven hace todo lo posible para describir, en su Declaración Testimonial, la importancia que él, en carácter de principal inversionista, le asignaba a la adquisición de todas las aprobaciones y los permisos requeridos para poder desarrollar el proyecto. Para señalar lo evidente, los Inversores tenían un interés sustancial para obrar así: el éxito de su proyecto dependía de varios aspectos, incluido el cumplimiento de la legislación. El Sr. Aven, emprendedor y desarrollador experimentado, sabía perfectamente que la obtención de todos los permisos era fundamental para el éxito del proyecto y por ese motivo él, en nombre de los Inversionistas, dedicó tanto tiempo, esfuerzo y dinero para contar con la participación de los expertos técnicos y jurídicos adecuados. Él reconoció que Costa Rica tiene un sistema muy particular, con múltiples organismos y un énfasis particular en la protección del medio ambiente. Ello no es algo que los Inversionistas cuestionen, sino todo lo contrario; valoran la importancia de la protección ambiental para un país como Costa Rica. Fue pensando en ello y en la necesidad de abrirse camino en el complejo sistema regulatorio costarricense que el Sr. Aven contrató expertos para que colaboraran.³⁴⁴
323. Un requisito consistía en lo que en Costa Rica se denomina “*Regente Ambiental*” del proyecto (o sus partes integrantes). La persona designada para el emplazamiento del proyecto principal (es decir, el condominio) era el Sr. Esteban Bermúdez, de una reconocida consultora ambiental, DEPPAT. El Sr. Bermúdez prestó declaración en estas actuaciones y estableció detalladamente el trabajo realizado para relacionarse

³⁴⁴ La demostración de una dependencia prejudicial es claramente un elemento concomitante de la probanza de que un inversor extranjero tenía suficientes motivos para mantener expectativas legítimas respecto del tratamiento a su persona por parte de las autoridades del Estado anfitrión. Tal como el Tribunal manifestó en el caso CLA121, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société S.A. c. Albania*, Caso CIADI Nro. ARB/11/24, Laydi (15 de mayo de 2015) ¶¶ 629-634, la conducta contemporánea de un inversor (es decir, antes de tomar conocimiento de que sus expectativas habían sido frustradas) puede brindar cierta idea acerca de lo que las partes pueden haber creído antes de que la disputa se sometiera al arbitraje.

con los diversos organismos con competencia sobre el desarrollo de este tipo de proyectos. También describió los roles de los distintos organismos costarricenses con competencia en relación a desarrollos como Las Olas. A partir de la declaración del Sr. Bermúdez queda claro (como con las declaraciones prestadas por el Sr. Aven y el Sr. Damjanac) que se dedicó una enorme cantidad de trabajo a la adquisición de los permisos pertinentes y a mantenerse comprometidos y abiertos para con las autoridades. El Sr. Bermúdez sintetizó el trabajo que desempeñó en Las Olas, incluida la presentación de 13 informes ante la SETENA entre junio de 2010 y julio de 2012.³⁴⁵ Él señala, a partir de dichos informes: “*nunca observé nada adverso con respecto a la tala de árboles o a los humedales en el emplazamiento del proyecto*”,³⁴⁶ y “*nunca vi evidencia alguna de que se haya provocado un daño ambiental ni nada que sugiriese que el emplazamiento corría peligro de daño ambiental*”.³⁴⁷

324. Tal como lo señala el Sr. Bermúdez, en ocasiones él necesitaba contratar expertos en determinadas áreas de especialidad. Una de las designaciones consistió en la contratación del Sr. Minor Arce Solano, el consultor forestal. El Sr. Arce se ocupa en detalle de su trabajo al analizar el emplazamiento de Las Olas en cuanto a si había en el sitio un “*bosque*” según el significado que le asigna la legislación de Costa Rica, como para que se invocaran las protecciones. Su crítica del trabajo del MINAE, en su informe del 7 de julio de 2011 (ACOPAC-CP-099-11) es seria y convincente: en pocas palabras, él desautoriza dicho informe con fundamento en múltiples motivos, desde la metodología empleada hasta la definición de los parámetros. Queda claro, a partir del análisis que el Sr. Arce realizó en ese momento, y tal como se consigna en sus pruebas aportadas al presente arbitraje, que la reciente afirmación de que había un “*bosque*” en Las Olas estaba absolutamente errada. En resumen, el informe del MINAE, que sirvió de base para el ataque al proyecto, era de calidad pobre y no era confiable, por motivos que deberían haber sido evidentes para el MINAE en aquel momento. El deseo de los Inversionistas de cumplir con todos los requerimientos adecuados con relación a los árboles que se encontraban en el emplazamiento de Las Olas también queda en claro en la Declaración Testimonial del Sr. Damjanac, donde el testigo se refiere al encargo de un estudio por parte del Sr. Arce acerca de cuáles

³⁴⁵ Ver Declaración Testimonial de Esteban Bermúdez ¶ 28.

³⁴⁶ *Ibíd.* ¶ 31.

³⁴⁷ *Ibíd.* ¶ 35.

eran los árboles que podrían talarse de conformidad con las disposiciones legales y cuáles no.³⁴⁸

325. Como otra demostración de los esfuerzos de apertura y buena fe de los Inversores a fin de dar cumplimiento a todas las leyes y reglamentaciones vigentes, el Sr. Damjanac hace referencia a que acompañaron a un representante de la SETENA a mediados de agosto de 2010 a una inspección del sitio, momento en que dicho representante confirmó abiertamente que no había humedal en el sitio, postura que devino oficial poco tiempo después con la emisión de la Resolución de la SETENA Nro. D1-1362-2007-SETENA del 1 de septiembre de 2010.
326. Los Inversores contactaron preventivamente a las autoridades a pesar de haber únicamente escuchado rumores acerca de potenciales problemas desde la perspectiva del Gobierno. Asimismo, mantuvieron una excelente relación de trabajo con la autoridad responsable de determinar si el proyecto era viable en términos ambientales, la SETENA, en todo momento.
327. Apenas el Sr. Aven recibió la notificación de la SETENA sobre supuestos problemas con el Condominio del proyecto, tanto él como su personal y sus asesores se pusieron en contacto con los funcionarios de la SETENA y adoptaron todas las medidas necesarias para garantizar que no quedara sin responder ninguna inquietud de la SETENA. Del mismo modo, el Sr. Aven igualmente se puso personalmente a disposición de la Fiscalía apenas se dio a conocer la noticia de la imputación penal. Así, no debería haber causado sorpresa que la SETENA dictara su Resolución de noviembre de 2011, en la cual reconfirmara la Viabilidad Ambiental original de Las Olas.³⁴⁹ Así como el Sr. Damjanac había atendido la solicitud de inspección de la SETENA a mediados de agosto de 2010, los funcionarios de la SETENA fueron eficientes al decidir, en agosto de 2010, que las quejas presentadas por el Sr. Bucelato y sus dos aliados del gobierno local, las Sras. Monica Vargas Quesada y Hazel Diaz Melendez, carecían de mérito.
328. La intervención de funcionarios y organismos además de los reguladores pertinentes en este caso trae reminiscencias del patrón fáctico del caso *Khan Resources c.*

³⁴⁸ Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 121.

³⁴⁹ Ver CLA120, *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. & CAUC Holding Company Ltd. c. Mongolia*, Caso CPA Nro. 2011-09, Laudo sobre el Fondo, 2 de marzo de 2015 ¶ 350.

Mongolia, donde el accionar del Estado anfitrión al “omitir volver a registrar la licencia de un licenciataria cuya solicitud estaba en cumplimiento de [las normas que establecían los requisitos del regulador para el otorgamiento de] Licencias para Exploración y Extracción Minera... constituyó una violación del debido proceso.” La diferencia entre los dos casos radica en que, en el caso que nos ocupa, la autoridad competente para el otorgamiento de licencias efectivamente estaba dispuesta a reincorporar al inversor objetado, pero otros funcionarios con sus propios planes intervinieron para asegurarse de que el pleno cumplimiento fuera irrelevante. Supongamos, a los fines de la argumentación, que los funcionarios mongoles encargados del otorgamiento de licencias implicados en el caso *Kan* realmente hubieran quedado complacidos con el triunfo del imperio de la ley para los inversores extranjeros, pero que había otros funcionarios –que no tenían responsabilidad directa sobre el mantenimiento de la relación de licencia y que poseían planes personales con propósitos contrarios a los intereses de los inversores. Sin que los inversores lo supieran, estos otros funcionarios tenían la posibilidad de trabajar bajo cuerda, primero fabricando una excusa para hacer que la licencia fuera suspendida temporariamente y luego empleando sus facultades para asegurarse de que la suspensión durara el tiempo suficiente para que se tornara permanente en la práctica. Ni los funcionarios encargados del otorgamiento de licencias ni los inversores se enteraron de estos ardides hasta que fue demasiado tarde para que cualquiera de ellos pudiera hacer algo determinante acerca del *impasse*, arruinando lo que de otro modo podría haber continuado como una relación regulatoria saludable y de reciprocidad. La única proposición que uno tendría que aceptar, a fin de transformar esta hipótesis en realidad, es que Mongolia es la clase de lugar donde un grupo determinado de funcionarios gubernamentales podía, obrando bajo cuerda, subvertir lo que de otro modo habría sido una relación regulatoria saludable con un inversionista extranjero... ¿para poder lograr uno o varios planes personales? Lamentablemente, las Demandantes saben la respuesta en el presente caso: si pudo pasar en Costa Rica, es posible que pudiera pasar en otro lugar.

329. El Sr. Aven demostró el mismo nivel de apertura con el Fiscal Martínez, haciendo un gran esfuerzo por reunirse con él e invitarlo para que viera el sitio del proyecto por sí mismo. Incluso llegó a realizar una propuesta de conciliación a la Fiscalía que era más que justa, dada la naturaleza falaz de lo alegado.

330. El derecho de un inversor a tener expectativas legítimas acerca del tratamiento que recibirán él mismo y sus inversiones, está arraigado fundamentalmente en el principio y en la práctica de la buena fe. Los Inversionistas demostraron su buena fe desde el día en que comenzaron con el establecimiento de su inversión en Costa Rica. Tenían derecho a esperar en contrapartida lo mismo de la Demandada. La manera en que un Estado anfitrión participa en una relación recíproca de buena fe con un inversor extranjero consiste en prometer, y brindar, seguridad jurídica a dicho inversor respecto de su trato.
331. La seguridad jurídica es un valor fundamental del estado de derecho internacional. No equivale a una obligación *de facto* inmutable, ni constituye una garantía frente a un cambio de políticas. Significa que el Estado anfitrión estará a los compromisos que haga frente a los inversores, sean éstos efectuados expresamente (por ejemplo, en un contrato de concesión) o puestos de manifiesto en la interpretación de sus regímenes regulatorios.³⁵⁰
332. Antes de que intervinieran las personas de Monica Vargas Quesada, Hazel Diaz Melendez, el Fiscal Martínez y, especialmente, el Sr. Bogantes, los Inversores, la SETENA y los funcionarios responsables del Municipio de Parrita mantenían una excelente relación de trabajo. Actuando en un marco de permanente buena fe durante años, el Sr. Aven adquirió expectativas legítimas acerca del modo en que se desenvolvería el establecimiento de su inversión en el Proyecto Las Olas –a través de su participación en un régimen de otorgamiento de licencias y permisos complejo pero transparente junto con su contraparte y la del Sr. Damjanac en la SETENA y el Municipio de Parrita.
333. Según lo consagrado en la Constitución y las leyes de Costa Rica (además del DR-CAFTA y el derecho internacional consuetudinario vigente), los Inversores razonablemente esperaban que, al obtener las certificaciones necesarias de viabilidad ambiental por parte de la SETENA y, luego, los permisos de construcción necesarios

³⁵⁰ Ver, por ejemplo, CLA100, *Total SA c. Argentina*, Caso CIADI Nro. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad (21 de diciembre de 2010), ¶¶ 128-134; CLA122, *Micula y otros c. Rumania*, Caso CIADI Nro. ARB/05/20, Laudo y opinión separada (11 de diciembre de 2013), ¶ 678. Ver, también: CLA96, *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Casos CIADI N.º ARB/05/18 y ARB/07/15, Laudo (28 de febrero de 2010), ¶¶ 434-442, donde citan: CLA81, *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI Nro. ARB/02/16, Laudo (28 de septiembre de 2007) ¶ 303; CLA54, *Tecmed* ¶ 134; y CLA79, *LG&E Energy Corp et al. c. República Argentina*, Caso CIADI Nro. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006) ¶ 124-130.

por parte del Municipio, ellos estarían en condiciones de establecer su inversión de conformidad con sus planes (verificados por el gobierno). Las expectativas razonables también constituyen expectativas legítimas cuando hay una participación de buena fe de los inversores y los funcionarios del Estado anfitrión.

334. Una vez que recibieron las certificaciones y los permisos necesarios de parte de la SETENA y del Municipio de Parrita, los Inversores tenían derecho a albergar la expectativa legítima de que podrían confiar en los derechos de acción que cada uno expresamente disponía. En este caso, desafortunadamente, los Inversores no pudieron en definitiva confiar razonablemente en las expectativas legítimas que representaban dichos permisos y certificaciones. Ellos establecieron *prima facie* la causa de su derecho en este aspecto. Como tal, lógicamente la carga estratégica pesa sobre la Demandada, que debe aportar pruebas suficientes para demostrar por qué debería permitírsele dar marcha atrás con las expectativas que sus propias normas y conducta generaron para los Inversores en primer lugar.

(ii) Omisión manifiesta de reconocer el debido proceso en la toma de decisiones administrativas y regulatorias

335. Tal como se señaló precedentemente, quienes interpretan tratados gozan de la discrecionalidad de considerar otras fuentes de derecho internacional pertinentes y/o vigentes para llevar a cabo sus mandatos interpretativos. El Artículo 10.22 del DR-CAFTA confiere esta discrecionalidad a los árbitros al establecer que el derecho aplicable del Tratado comprende “las normas del derecho internacional, según sean aplicables”, lo que incluye las normas de derecho internacional consuetudinario en materia de interpretación, tal como se refleja en el Artículo 31(3)(c) de la CVDT. El otro camino no involucra tanto un ejercicio interpretativo discrecional sino que implica garantizar que la decisión de uno pueda conciliarse con *todas* las obligaciones de derecho internacional del Estado anfitrión que pudieran tener relevancia en su trato a los inversores extranjeros. Prevalen, entre tales obligaciones, aquellas que configuran obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.³⁵¹

³⁵¹ Ver, por ejemplo, CLA118, *Al-Warraq c. Indonesia*, Arbitraje Ad Hoc [Acuerdo de Inversión de la OCI], Laudo, 15 de diciembre de 2014, ¶¶ 556-562. Ver también CLA100, *Total SA c. Argentina*, op. cit. ¶¶ 129-130; CLA81, *Sempre*, op. cit. ¶¶ 331-332; y CLA94, *Toto Costruzioni Generali SpA c. Líbano*, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI Nro ARB/07/12, 8 de septiembre de 2009 ¶¶ 152-168. No obstante, ver, en contrario: CLA101, *Grand River Enterprises*, op. cit. ¶¶ 66-71, también: ¶ 210.

336. Ello es especialmente cierto cuando las partes de los tratados han incluido una redacción que categoriza las obligaciones de tratados existentes por encima de aquellas que se contemplan en el nuevo acuerdo. En dicho escenario, los intérpretes del nuevo tratado deben asegurarse de respetar esta opción.³⁵² El DR-CAFTA es justamente un Tratado de esas características. Las Partes acordaron su fidelidad a las obligaciones existentes y demostraron la intención de evitar cualquier interpretación del Tratado que impidiera "...a las Partes Centroamericanas mantener sus instrumentos jurídicos existentes de la integración centroamericana."³⁵³ Uno de los instrumentos medulares de la integración centroamericana es la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, es congruente con la norma que la interpretación del Artículo 10.5(1) por parte de ningún tribunal pueda excusar a un Estado anfitrión de prodigar un trato a los inversores extranjeros que en modo alguno sea incompatible con los compromisos que ha asumido en virtud de la CADH, también conocida como *Pacto de San José*.³⁵⁴
337. Además de brindar garantías para el debido proceso, la CADH también consagra el derecho de uso y goce de los derechos de propiedad. Al respecto, el Artículo 21(2) establece: "*Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*" Las Demandantes aducen que deberían tener derecho a citar y fundarse en las doctrinas y principios emanados de la práctica y la jurisprudencia de los dos órganos creados para administrar la CADH: la Comisión de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con inclusión de interpretaciones de otros tratados en materia de derechos humanos de

³⁵² CLA103, *Roussalis c. Romania*, Laudo, Caso CIADI Nro. ARB/06/1, 7 de diciembre de 2011, ¶¶ 315-318.

³⁵³ El Artículo 1.3 del DR-CAFTA establece :

Artículo 1.3: Relación con Otros Tratados

1. Las Partes confirman los derechos y obligaciones vigentes entre ellas conforme al Acuerdo sobre la OMC y otros acuerdos de los que sean parte.
2. Para mayor certeza, nada en este Tratado impedirá a las Partes Centroamericanas mantener sus instrumentos jurídicos existentes de la integración centroamericana, adoptar nuevos instrumentos jurídicos de integración, o adoptar medidas para fortalecer y profundizar esos instrumentos, siempre y cuando esos instrumentos y medidas no sean inconsistentes con este Tratado.

³⁵⁴ CLA129, Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969; OAS TS N.º 36. Costa Rica depositó el instrumento de ratificación el 8 de abril de 1970.

los que Costa Rica sea Parte, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos administrado por las Naciones Unidas.

338. La Demandada es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (el “PIDCP”). Así como el DR-CAFTA ha de entenderse redactado con la mirada puesta en la CADH, del mismo modo ha de entenderse como confirmatorio de las obligaciones existentes consignadas en el PIDCP. Entre las obligaciones que asumieron las Partes del PIDCP, se encontraba la obligación de asegurar a todo acusado en un proceso penal a ser “juzgado sin dilaciones indebidas”³⁵⁵ y a ser oído “por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”.³⁵⁶ Dichas obligaciones son vinculantes para la Demandada como asunto de derecho internacional,³⁵⁷ y un inversor extranjero justamente tiene la expectativa de que la Demandada garantizará que sus mecanismos acusatorios satisfagan dichos estándares básicos. La historia de la acusación contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac muestra una dilación indebida causada por el cínico aprovechamiento de un vacío procesal con el propósito de prolongar el proceso haciendo que se eliminara todo el primer juicio luego de finalizada la etapa probatoria en vista de que el Sr. Aven y el Sr. Damjanac habían determinado con éxito los numerosos vicios en el caso que se había incoado contra ellos. La fiscalía debe haber sabido que el caso que presentaron estaba destinado al fracaso, tan solo a la luz de la patente falta de intencionalidad de los acusados de cometer cualquier ofensa, dado que el proyecto Las Olas estaba totalmente autorizado al momento de los supuestos delitos. La única conclusión que se puede extraer acerca del objeto de la continuidad del proceso penal era que existía un propósito ilegítimo de parte del fiscal al iniciar originalmente el asunto bajo una acción penal y luego al mantenerla, incluso ante pruebas contundentes. La prioridad fue en todo momento mantener activo el proceso penal sin importar lo inexorable de su fracaso, dado que la existencia de proceso penal en trámite de por sí perjudicaría al proyecto Las Olas y a sus propietarios extranjeros.
339. Los problemas crónicos con el sistema costarricense de justicia penal fueron mencionados por Fernando Zumbado, exembajador de la Demandada ante los Estados

³⁵⁵ CLA24, PIDCP, Artículo 14(3)(c)

³⁵⁶ *Ibíd.*, Article 14(1)

³⁵⁷ Ver CLA118, *Al-Warraq c. Indonesia*, *op cit.*

Unidos y exrepresentante ante las Naciones Unidas, así como exministro de estado. Se trata de un testigo sin ningún interés sustancial en el caso, con una profunda experiencia de Costa Rica y lealtad hacia ese país. Él manifestó: “*el proceso en el transcurso de los últimos siete años me ha demostrado cómo el sistema de justicia costarricense está abierto al abuso de personas que buscan impulsar su propia agenda política,*”³⁵⁸ con un creciente problema en cuanto a la instauración de cuestiones civiles por parte de los fiscales ante juzgados penales.³⁵⁹ Ello, combinado con el ritmo parsimonioso de los procesos penales (el Sr. Zumbado hace referencia a ciertos casos que se extendieron por diez o 15 años), puede causar la devastación de la vida de una persona inocente a través de los daños financieros y de reputación resultantes.³⁶⁰ Él considera el ataque al proyecto Las Olas como “*inexplicable e inaceptable*” y que “*lo que le ha sucedido a Las Olas y al Sr. Aven no es normal.*”³⁶¹ Concluye que “*hay algo muy raro sobre la acusación contra el Sr. Aven.*”³⁶² La crítica del Sr. Zumbado, fundada en sus propias experiencias de ser atacado mediante procesos penales errados, así como las observaciones sobre lo que ocurrió con el proyecto Las Olas, proporciona una convincente comprobación de las quejas presentadas por las Demandantes en este arbitraje.

340. Aunque es de fecha posterior al DR-CAFTA, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (la “CNUCC”) de 2003 también obliga a la Demandada. De conformidad con la CNUCC, la Demandada se comprometió a cumplir diversos estándares con relación a la lucha contra la corrupción. Entre ellos, se encuentran las obligaciones de aplicar códigos de conducta adecuados “*para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas*” por parte de los funcionarios públicos³⁶³ y establecer sistemas de aplicación a fin de “*dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de [delitos de corrupción]*”.³⁶⁴ Dado su carácter vinculante a nivel del derecho internacional, los inversores extranjeros tienen la expectativa legítima de que la Demandada cumplirá con sus obligaciones en virtud de la CNUCC y libraré batalla contra la corrupción. Las

³⁵⁸ Ver Declaración Testimonial de Fernando Zumbado ¶ 14.

³⁵⁹ *Ibid.* ¶ 15.

³⁶⁰ *Ibid.* ¶ 16.

³⁶¹ *Ibid.* ¶ 28.

³⁶² *Ibid.* ¶ 31.

³⁶³ CLA56, UNCAC, Article 8(2).

³⁶⁴ *Ibid.* Artículo 30(3).

pruebas de este caso indican una grosera falla de la Demandada en este aspecto, con numerosas denuncias acerca de pedidos de sobornos intentados por parte de sus funcionarios, que fueron ignorados. En el mejor de los casos, la reacción de la Demandada ante las denuncias de corrupción de diversos funcionarios públicos puede caracterizarse como apática. Semejante abordaje, tan laxo, a un asunto tan serio como lo es la corrupción no solo resulta intolerable, sino que constituye un incumplimiento de los deberes legales que obligan a la Demandada, así como un incumplimiento de las expectativas legítimas de los inversores extranjeros.

341. Asimismo, como se señaló precedentemente, el principio general de derecho internacional del debido proceso también determina de qué manera el nivel mínimo de trato ha de aplicarse en las circunstancias de un caso dado. Tales circunstancias siempre incluyen necesariamente consideraciones del contexto temporal y de la expresión de la autoridad del Estado anfitrión identificada como la fuente del daño sufrido por el inversor extranjero. La consideración del contexto temporal implica estar alerta ante la posibilidad de que existan distintos tipos de conducta gubernamental que pudieran afectar al juez de una generación de manera muy diferente de lo que afectarían a otro. La consideración de los tipos de autoridad del Estado anfitrión implica clasificar la función del Estado implicado, según la tipología tradicional de los tres poderes: judicial, legislativo y ejecutivo (es decir, la rama administrativa/regulatoria).
342. En este caso, solamente la conducta de funcionarios en ejercicio de la función ejecutiva del Estado de Costa Rica es objeto de debate. Así, los estándares internacionales que tradicionalmente se consideran en casos de ejercicio de funciones legislativas o judiciales no resultan específicamente relevantes para el caso que nos ocupa. Lo mismo es cierto acerca de las actitudes generales de deferencia aplicables para el análisis de las decisiones adoptadas por un cuerpo legislativo democráticamente elegido (por ejemplo, leyes) o por un poder judicial que funciona adecuadamente (por ejemplo, sentencias). No se efectuó alegación alguna en este caso en el sentido de que ningún instrumento legislativo ni sentencia judicial hubiera ocasionado una violación del DR-CAFTA. Así, las partes deben tener la precaución de no fundarse en doctrinas desarrolladas para otros poderes del Estado, tal como la

interpretación restrictiva de la doctrina de la denegación de justicia,³⁶⁵ o la dimensión de deferencia implícita generalmente otorgada a la legislación adoptada para un propósito aparentemente adecuado en una sociedad libre y democrática. Por el contrario, este caso incumbe estrictamente a las decisiones y la conducta de burócratas, que están regidos por leyes y reglamentaciones, o decisiones judiciales, del mismo modo que los Inversores.

343. Una demandante estableció que tuvo lugar una violación del Artículo 10.5 cuando brindó pruebas de que las personas encargadas de la toma de decisiones no se condujeron de un modo congruente con el principio del debido proceso. Las tres manifestaciones del principio del debido proceso que resultan más aplicables al presente caso son las siguientes: (1) transparencia; (2) notificación; y (3) el derecho a ser oído. Aparte del funcionamiento de la SETENA, el expediente demuestra que Costa Rica mantiene un ‘sistema’ totalmente disfuncional y falto de transparencia: el mismísimo funcionamiento de ese sistema afecta seriamente la posibilidad de la Demandada de cumplir con las expectativas legítimas que un proceso transparente y eficaz de aprobaciones para proyectos inmobiliarios garantizaría de otro modo. De hecho, la situación apremiante de los Inversores demuestra gráficamente el marcado contraste entre el proceso de aprobaciones de desarrollos inmobiliarios en Costa Rica y la malicia de otros actores, cuyo rol en ese proceso oscila entre periférico e inexistente, que puede llegar a frustrar los resultados previstos para ese proceso.
344. Monica Vargas Quesada, funcionaria que trabaja en el Departamento de Gestión Ambiental del Municipio, ejemplifica la noción del burócrata con una participación apenas periférica en el proceso de aprobaciones de correcto funcionamiento, pero cuya injerencia constituyó una grave violación de los derechos del debido proceso que asiste a las Demandantes. La Sra. Vargas fue llamada a declarar como testigo en el juicio penal del Sr. Aven, donde ella admitió que en realidad ella jamás había ido al lugar del proyecto Las Olas. Sin embargo, el expediente contiene “*informes*” redactados por la Sra. Vargas que simplemente parecen repetir las quejas infundadas de personas como el Sr. Bucelato contra el proyecto Las Olas, como si fueran hechos

³⁶⁵ Efectivamente, el Artículo 10.5(a) del DR-CAFTA expresa la intención de las partes de que, en lo que respecta al estándar de trato justo y equitativo, los inversionistas demandantes pueden fundarse explícitamente en la doctrina de la denegación de justicia al presentar quejas por el trato prodigado por el Estado anfitrión mediante procedimientos judiciales civiles y administrativos.

probados.³⁶⁶ Sin embargo, ella no se detuvo allí. La Sra. Vargas también promovió investigaciones, tanto por parte del SINAC/MINAE como del TAA, nuevamente con base en las quejas infundadas del Sr. Bucelato.³⁶⁷ De hecho, la Sra. Vargas llegó al extremo de fabricar una reclamación al sostener que el Municipio nunca había permitido ninguna actividad de construcción en el sitio de Las Olas.³⁶⁸ En ningún momento durante el término de un año de tales actividades la Sra. Vargas notificó a los Inversores que estaba llevando adelante ningún tipo de investigación de las obras que tenían lugar en el sitio de Las Olas. Por lo tanto, ellos no tuvieron la posibilidad de responder a las conclusiones incorrectas que ella había sacado, por cuanto ellos ni siquiera estaban al tanto de su accionar.

345. De hecho, aparentemente sin estar enterada del hecho de que la Resolución de la SETENA de abril de 2011 únicamente se refería a la determinación de la Viabilidad Ambiental que avalaba al Condominio en el sitio de Las Olas, la Sra. Vargas se encargó de quejarse directamente ante los funcionarios de la SETENA –en más de una ocasión en junio de 2011– acerca de lo que ella aparentemente suponía era una construcción en curso que contravenía su Resolución de abril de 2011.³⁶⁹ El Municipio efectivamente había recibido instrucciones de la SETENA de revocar el permiso de construcción concurrente, y así lo había hecho, pero también había continuado otorgando permisos de manera lícita para la construcción en el sitio no afectado por la orden de la SETENA, conforme los funcionarios de la SETENA continuaban trabajando con los funcionarios de Las Olas en otras varias aprobaciones que se pretendían para el sitio.³⁷⁰ En su carácter de funcionaria municipal, la Sra. Vargas claramente estaba trabajando con un fin contrario al de sus colegas, por cuanto en todo momento se abstuvo de ponerse directamente en contacto con los Inversores, quienes la habrían corregido de haber sido alertados acerca de su malintencionada intervención.

³⁶⁶ Anexo C55, Primer Informe de Monica Vargas sobre la Queja de Bucelato, 26 de abril de 2009; Anexo C70, Segundo Informe de Monica Vargas sobre las Afirmaciones de Bucelato, 16 de junio de 2010.

³⁶⁷ Anexo C67, Queja de Monica Vargas ante el MINAE Monica, 31 de mayo de 2010; Anexo C70, Segundo Informe de Monica Vargas sobre las Afirmaciones de Bucelato, 16 de junio de 2010; Anexo C69, Queja de Monica Vargas ante el TAA y el MINAE, 15 de junio de 2010.

³⁶⁸ Anexo C70, Segundo Informe de Monica Vargas sobre las Afirmaciones de Bucelato, 16 de junio de, 2010.

³⁶⁹ Anexo C131, Carta de Monica Vargas a la SETENA, 11 de junio de 2011; Anexo C132, Primera carta de Monica Vargas a la SETENA donde denuncia construcción en curso, 28 de junio de 2011; Anexo C133, Segunda carta de Monica Vargas a la SETENA donde denuncia construcción en curso, 29 de junio de 2011.

³⁷⁰ Anexo C85, Permisos de construcción para el Condominio, 7, de septiembre de 2010; Anexo C135, Carta del Municipio donde se autoriza el drenaje pluvial, 8 de julio de 2011; Anexo C85, Permisos de Construcción, 16 de julio de 2010.

346. La intervención de la Sra. Vargas no fue inocua, de ninguna manera. Tras haber recibido información difamatoria de parte del Sr. Bucelato, ella fue la persona que instigó las investigaciones iniciales del TAA en el sitio de Las Olas, con una queja de fecha 15 de junio de 2010. Gracias a la apreciable intervención del Alcalde William Carajal Campos, mejor informado, la Sra. Vargas fue obligada a informar al TAA, apenas dos meses después, que en realidad todos los permisos del sitio de Las Olas estaban en orden.³⁷¹
347. El nombre de Vargas también surgió con relación a otra denuncia falsa del Sr. Bucelato del 1 de noviembre de 2011, esta vez difamando al Sr. Aven al alegar que había obtenido las resoluciones originales sobre viabilidad ambiental de parte de la SETENA, en 2008, a través de la presentación de un documento falsificado.³⁷² Aún es incierto cómo fue que llegó a manos del Sr. Bucelato esa información falsa. Las Demandantes señalan, sin embargo, que el Sr. Bogantes había comenzado a investigar a Las Olas a finales de agosto de 2010, inmediatamente después de que su segundo pedido de soborno fuera rechazado por el Sr. Aven.³⁷³ La destinataria de su carta fue una tal Hazel Diaz Melendez, la Defensora del Pueblo de la localidad.
348. La Sra. Diaz jugó un papel muy similar al de la Sra. Vargas en su fiasco administrativo. De hecho, las dos funcionarias no solo aparentemente mantenían un contacto estrecho con el Sr. Bucelato, sino también entre ellas. La Sra. Diaz abrió su primera investigación sobre el sitio de Las Olas el 20 de julio de 2010; en la misma fecha, ella había recibido las falsas denuncias del Sr. Bucelato de que los empleados de Las Olas habían rellenado humedales y talado bosque protegido. Durante el siguiente mes, ella demandó una investigación a la Alcaldía y formuló una queja oficial ante el TAA, en cada instancia repitiendo las mentiras del Sr. Bucelato sin una pizca de verificación independiente, del mismo modo que había procedido la Sra. Vargas.³⁷⁴
349. No fue sino la instigación de la Sra. Diaz al Alcalde lo que provocó la aparente intervención de este último para aclararle las cosas a su empleada, la Sra. Vargas, tal

³⁷¹ Anexo C69, Queja de Monica Vargas ante el TAA y el MINAE; Anexo C81, Carta de Monica Vargas al TAA.

³⁷² Anexo C91, Carta de Hazel Diaz al SINAC, 23 de noviembre de 2010.

³⁷³ Anexo C80, Carta de Christian Bogantes del SINAC a Hazel Diaz, 27 de agosto de 2010.

³⁷⁴ Anexo C76, Carta de Hazel Diaz al TAA, 7 de agosto de 2010; Anexo C77, Carta de Hazel Diaz al Alcalde, 7 de agosto de 2010.

como queda demostrado con la carta enviada por la Sra. Diaz, y el Alcalde Carajal, a la Sra. Vargas el 18 de agosto de 2010, donde esta última se vio obligada a admitir que el sitio de Las Olas en realidad contaba con todos sus permisos en regla. Dicha comunicación, sumada al hecho de que la SETENA se había encargado rápidamente de las ambiguas aseveraciones de Bucelato sobre humedales y bosques que ella había obligado a responder con una denuncia,³⁷⁵ pareció aquietar a la Sra. Diaz, aunque no por demasiado tiempo. A las pocas semanas de que los Inversores recibieran los permisos finales de construcción para Las Olas, la Sra. Diaz reapareció en el expediente, esta vez respaldando *a la vez* las afirmaciones difamatorias de Bucelato sobre el origen de la Viabilidad Ambiental de 2008 correspondiente al Condominio y reviviendo las mismas afirmaciones acerca de los humedales y los bosques de los que se había ocupado en forma definitiva la SETENA apenas dos meses antes.

350. En una carta al SINAC en San José, fechada el 23 de noviembre de 2010, la Sra. Diaz exigió conocer por qué el Sr. Bucelato no había recibido respuesta oficial a las afirmaciones, que aparentemente ella había ayudado a plantear también ante el SINAC, relativas a que había tenido lugar una alteración de los mismos humedales y se había talado el mismo bosque protegido. La Sra. Diaz debe haber tenido pleno conocimiento de que la queja, por la cual ahora exigía reparación, ya había sido objeto de consideración y rechazada por el organismo gubernamental efectivamente responsable de garantizar el cumplimiento de normas ambientales en el sitio de Las Olas: la SETENA. Para empeorar las cosas, también exigió una investigación del SINAC acerca de si la SETENA había sido engañada en 2008, de acuerdo con la reiterada teoría difamatoria del Sr. Bucelato, que –según ella indicó- había sido planteada ante el Municipio (tras ser aceptada por la Sra. Vargas).³⁷⁶
351. Recibiría respuesta del SINAC, que ella parecía a la vez haber esperado y temido, dos días más tarde. Se le informó que el SINAC no consideraba válido el documento “*identificado*” por el Sr. Bogantes en su correspondencia de fines de agosto dirigida a ella. Ello aparentemente colmó la paciencia de la Sra. Diaz, quien –a lo largo de los muchos meses que no había dedicado a promover las injuriosas afirmaciones del Sr.

³⁷⁵ Anexo C79, Informe de la SETENA, 19 de agosto de 2010; Anexo C83, Resolución de la SETENA del 1 de septiembre de 2010; y Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶¶ 100-103.

³⁷⁶ Anexo C91, Carta de Hazel Diaz al SINAC reenviando la queja de Steve Bucelato, 23 de noviembre de 2010.

Bucelato– no había notificado ni una vez a los Inversores acerca de su accionar, y mucho menos les dio la oportunidad de responderlas. En la misma fecha, ella volvió a escribir al SINAC exigiendo la adopción de medidas urgentes para investigar de qué manera el SINAC y/o la SETENA habían llegado al punto (por lo menos, a su entender) de participar en un grave fraude ambiental. También solicitó que el SINAC –no el organismo responsable, la SETENA– suspendiera inmediatamente la Viabilidad Ambiental del Proyecto.³⁷⁷ Para colmo, la Sra. Diaz también le escribió al SINAC el 9 de diciembre para exigir que el SINAC emprendiera nuevas investigaciones sobre las afirmaciones aparentemente indestructibles del Sr. Bucelato sobre los humedales y los bosques, que –según la Sra. Diaz había sido supuestamente informada– se habían planteado nuevamente ante el Municipio (una vez más, a través de la Sra. Vargas) en noviembre de 2010.³⁷⁸ Ella recibió respuesta del SINAC más tarde ese mismo día, y en la respuesta se confirmaba que se planeaban inspecciones para ocuparse de las quejas acerca de los humedales y bosques, y que en la opinión del SINAC, el informe misterioso del Sr. Bogantes efectivamente había sido alterado por falsificación.³⁷⁹

352. De hecho, los empleados de la oficina regional del MINAE en Puriscal, incluido el Sr. Bogantes, no habían esperado a la Sra. Diaz para entrar en acción. Sin que los Inversores lo supieran, ellos aparentemente ya habían realizado la primera de cuatro inspecciones del sitio el 6 de diciembre y las restantes inspecciones tuvieron lugar los días 10, 17 y 21 de diciembre. No perdieron tiempo para preparar un informe inicial, que estuvo listo para el 3 de enero de 2011. Efectivamente, parece haberse ahorrado mucho tiempo manteniendo las investigaciones bajo secreto frente a los inversores y a los profesionales que representaban a estos en sus tratativas con el Gobierno en todos los asuntos en materia ambiental, de diseño, ingeniería y construcción. Naturalmente, de cualquier manera dichas personas se sorprenderían al enterarse del Sr. Bogantes y sus colegas, dado que el proyecto Las Olas se encontraba plenamente habilitado al momento, y ellos habían mantenido comunicaciones estrechas y recíprocas con los dos organismos que eran efectivamente responsables de estas cuestiones: la SETENA y el Municipio.

³⁷⁷ Anexo C92, Carta del SINAC a Hazel Diaz, 25 de noviembre de 2010.

³⁷⁸ Anexo C96, Carta de Hazel Diaz al SINAC, 9 de diciembre de 2010.

³⁷⁹ Anexo C97, Carta del SINAC a Hazel Diaz, 9 de diciembre de 2010.

353. A fin de despejar cualquier duda acerca de lo que sucedió entre los meses de mayo y diciembre de 2010, aparte de los desagradables pedidos del Sr. Bogantes a finales de agosto, los Inversores no recibieron notificación alguna de estos otros funcionarios de gobierno con las supuestas inquietudes acerca del desarrollo del Proyecto Las Olas. Durante 2010, y antes y después de ese año, los Inversionistas mantuvieron relaciones cordiales y profesionales con los funcionarios de los departamentos de permisos de construcción e ingeniería tanto de la SETENA como del Municipio. No fue sino hasta avanzado el año 2011, sin embargo, que los Inversores finalmente tomaron conocimiento de que se encontraba en curso una relación totalmente diferente.
354. Se trató básicamente del extremo opuesto de su relación con los funcionarios presuntamente responsables de la regulación de sus actividades; esta otra relación estuvo marcada por la disfuncionalidad y la desconfianza. De hecho, la relación era tan mala que los funcionarios gubernamentales que la lideraban o bien habían decidido no informar siquiera a los Inversores de que existía, o bien eran sencillamente indiferentes a los Inversores pudieran pensar o decir acerca de sus intrigas. Los principales actores en esta relación unilateral fueron inicialmente la Sra. Diaz y la Sra. Vargas. El expediente indica que ambas pueden haber estado trabajando a solicitud del Sr. Bucelato, para quien ellas habían podido emitir varias investigaciones duplicadas e injustificadas sobre el Proyecto Las Olas, las cuales tuvieron en última instancia el efecto acumulativo de amenazar primero y en definitiva hicieron encallar y frustraron cualquier uso útil de las inversiones de las Demandantes.
355. Tal como se señaló previamente, las Demandantes no están facultadas para sustanciar pretensiones en virtud del Artículo 10 fundándose en el incumplimiento de las obligaciones de la Demandada emanadas de otros artículos del DR-CAFTA. No obstante, pueden apuntar a las disposiciones de otras partes del Tratado que pueden proporcionar el marco para la interpretación de las disposiciones relacionadas del Artículo 10. En síntesis, disposiciones como las de los Artículos 18.4 (relativo a medidas administrativas de aplicación general) y 18.5 (relativo a los mecanismos de apelación y revisión) impulsan un enfoque inductivo para interpretar los estándares del Artículo 10.5 en contexto. Los dos aspectos que tienen en común son los siguientes: (i) el deber de otorgar a alguien con un interés directo en la toma de

decisiones la oportunidad de ser escuchado; y (ii) el entendimiento de que las decisiones deben adoptarse con base en fundamentos racionales cuando no fueran razonables. Ambos confirman la comprensión convencional de que el debido proceso está compuesto como mínimo por la exigencia de que las decisiones que se adopten afecten a otras personas racionalmente (es decir, sin arbitrariedad) y la exigencia de que cualquier persona directamente afectada por una decisión tenga al menos la oportunidad de prestar su consentimiento informado antes de concretarse la decisión.

356. La única investigación de la cual habían sido informados los Inversores había sido la visita cordial y profesional de un inspector de la SETENA al sitio a mediados de agosto –quien se anunció como el Sr. Damjanac y les explicó el propósito de su comparecencia. Aparentemente, ninguno de los hombres sospechaba que lo que ocurría no era sino otra queja del cada vez más irritable Sr. Bucelato. Ni la Sra. Diaz ni la Sra. Vargas aparentemente aparecieron en el radar en ese momento. Tampoco ellos tenían conocimiento de que el Sr. Bogantes y el Sr. Manfredi habían concluido una inspección del SINAC con anterioridad ese verano, gracias a los esfuerzos de las Sras. Diaz y Vargas.
357. Lo mismo fue lamentablemente cierto también respecto de la investigación que abrió el TAA ese verano, incoada, una vez más, por las Sras. Diaz y Vargas. El TAA había recibido la queja infundada de Vargas el 16 de julio y la correspondiente queja infundada de Diaz el 7 de agosto. En lugar de contactar a los Inversores para informarles sobre los graves cargos planteados en su contra (nuevamente, por los humedales y los bosques), el Presidente del TAA dictó en cambio una resolución formal el 12 de agosto, en la cual designaba a la Sra. Vargas para que realizara un relevamiento de los costos del daño causado por las actividades en el sitio de Las Olas.
358. Para despejar toda duda, del expediente no puede desprenderse que haya planificado que el TAA llevara adelante su propia investigación o que solicitaría a los acusados que presenten sus observaciones. Por el contrario, aparentemente era un hecho aceptado que las acusaciones infundadas de la Sra. Diaz y de la Sra. Vargas eran auténticas. Lo que resulta más alarmante acerca de la designación de la Sra. Vargas por parte del TAA es que la Sra. Vargas presentó su demanda ante el TAA menos de una semana después de que Manfredi y Bogantes hubieran realizado la inspección y

concluyeran que jamás habían existido humedales en el sitio del Proyecto Las Olas. La Sra. Vargas fue designada por el TAA a pesar de que tanto el SINAC como el TAA son agencias gubernamentales centrales que responden al mismo organismo, el MINAE.

359. Avivados, sin dudas, por las cuatro visitas inesperadas del SINAC al sitio en diciembre (la última durante los feriados tradicionales de Navidad en los cuales el gobierno central efectivamente entra en receso), aparentemente comenzaron a circular rumores acerca de un potencial problema con el desarrollo inmobiliario Las Olas. Justamente, tan pronto como estos rumores llegaron a oídos del Sr. Aven, este resolvió llegar al fondo de la cuestión. Ignorando por completo las intenciones de la Sra. Diaz, la Sra. Vargas, el Sr. Bogantes y otros funcionarios del MINAE, el Sr. Aven no tenía idea de que su suerte ya estaba echada (una vez completado el nuevo informe sobre “humedales y bosques” del SINAC de fecha 3 de enero), cuando su abogado se contactó, el 6 de enero, directamente con el SINAC para averiguar si el organismo tenía algún tipo de inquietudes.³⁸⁰
360. Sin revelar nada acerca de las investigaciones de diciembre o de cualquiera otra medida adoptada en los últimos seis meses, período durante el cual efectivamente se venía pergeñando, en secreto, una causa contra el Sr. Aven, los funcionarios del SINAC, obrando de manera poco honesta, omitieron informar sobre cualquier tipo de sospechas de hechos desafortunados.
361. El SINAC, en cambio, respondió a este ruego solicitándole a la SETENA que investigue este supuesto informe falsificado, en el cual, según planteó (equivocadamente) el SINAC, la SETENA se había basado para otorgar la Viabilidad Ambiental para la Sector del Condominio del Proyecto. La SETENA, reaccionando a las acusaciones de que existía un documento falso entre sus registros, le escribió al Sr. Aven el 17 de enero de 2011, solicitándole una copia ‘fiel’ del misterioso documento del Sr. Bogantes, el SINAC 67389RNVS-2008.³⁸¹ Luego de haber tomado conocimiento de la acusación de falsificación de nada más ni nada menos que del mismísimo Sr. Bucelato unas semanas atrás, el Sr. Aven dedujo que el pedido incomprensible de la SETENA estaba vinculado precisamente con esto y actuó en

³⁸⁰ Anexo C103, Carta de David Aven al SINAC

³⁸¹ Anexo C104, Carta de la SETENA a David Aven, 17 de enero de 2011

consecuencia. El 9 de febrero de 2011, el Sr. Aven respondió a la carta de la SETENA. Lo único que podía hacer era contestar de manera honesta que no contaba con dicho documento y que únicamente podía suponer que las acusaciones formaban parte de una intrincada estratagema ideado por el Sr. Bucelato para hacer fracasar el Proyecto Las Olas.³⁸² De hecho, le llevó más de dos semanas contestar la carta de la SETENA dado que, en su afán por manejarse, como siempre lo había hecho, de buena fe, el Sr. Aven había ordenado a sus empleados y asesores que llevaran adelante un proceso exhaustivo de revisión de expedientes a fin de establecer qué pretendía la SETENA con su enigmático pedido.³⁸³

362. Ocultando sus actividades a los Inversionistas y, aparentemente, sin intenciones de esperar respuesta del Sr. Aven a su pedido, los funcionarios del SINAC formalmente iniciaron acciones penales contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac el 28 de enero de 2011. En menos de una semana, el 2 de febrero³⁸⁴, el Sr. Bucelato había presentado sus demandas penales, las cuales eran un fiel reflejo de aquellas presentadas por el SINAC (naturalmente, esto no resulta llamativo ya que las acusaciones del SINAC se habían basado en las falsas acusaciones que la Sra. Diaz y la Sra. Vargas habían promovido en su nombre durante casi todo un año). El SINAC, obrando de manera diligente, notificó también a la Sra. Diaz de todos estos avances el 4 de febrero, optando en todo momento por no informar al Sr. Aven y a los demás Inversionistas ni mucho menos, darles la oportunidad de plantear observaciones o responder.
363. Recién el 14 de febrero, el Sr. Aven finalmente obtuvo al menos un pantallazo sobre lo que se venía gestando desde mayo, cuando el SINAC dictó una resolución netamente de carácter simbólico cuya finalidad era impedir que avanzara el Proyecto. Sin poder creer este inesperado acontecimiento y desconociendo el verdadero alcance de sus orígenes, el Sr. Aven respondió mediante la presentación de un pedido de revisión de la decisión fundado en que el funcionario que la había dictado no tenía competencia para ello. Dando muestras una vez más del pisoteo de los derechos de los Inversionistas al debido proceso, la revisión oficial del SINAC de la apelación planteada por el Sr. Aven contra la orden administrativa de suspensión de las obras

³⁸² Anexo C111, Carta de David Aven a la SETENA, 9 de febrero de 2011

³⁸³ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 149

³⁸⁴ Anexo C110, Demanda penal presentada por el Sr. Bucelato contra David Aven, 2 de febrero de 2011

fue redactada por el mismo funcionario que había firmado la orden recurrida, el Sr. Luis Picado Cubillos.³⁸⁵

364. El golpe de gracia en esta tragicomedia, la cual encarnaba todo lo que estaba mal alrededor del proceso secreto de “revisión” que se extendió, para entonces, por más de diez meses, fue la comunicación por escrito de fecha 27 de marzo de 2010 del Sr. Bogantes al Sr. Aven. A través de esta comunicación, el Sr. Bogantes envió una copia oficial del informe del SINAC que él y sus colegas en las oficinas locales del SINAC recientemente habían ideado, el cual falsamente concluía, en base a las pruebas, que se habían destruido humedales luego de haberse realizado un relleno no autorizado, y que un bosque protegido entero de 400 árboles había sido talado de manera ilegal, en el sitio del Proyecto Las Olas.³⁸⁶ Sin embargo, como se describe con mayor detenimiento a continuación, esto no fue todo.
365. Como si con ello pretendiera alardear sobre su total y absoluta inmunidad frente a la rigurosidad del debido proceso, el Sr. Bogantes también decidió incluir una copia del informe que él mismo había preparado junto con el Sr. Manfredi el 16 de julio de 2010. Hasta entonces, el Sr. Aven desconocía su existencia así como ignoraba que el mismo funcionario que acababa de orquestar la paralización del Proyecto de los Inversionistas efectivamente había señalado en el informe del 16 de julio de 2010 que, en su opinión, jamás habían existido humedales en el sitio del Proyecto Las Olas. Pero todo ello fue antes de que el Sr. Aven se negara a pagar el soborno que le exigía el Sr. Bogantes, quien estaba obviamente demasiado encantando con poder hacer gala, en la misma comunicación, de que había cambiado de opinión – dejando entrever que el destino del Proyecto Las Olas pendía de un hilo.
366. Es prácticamente impensable que en un país pequeño un grupo de burócratas pueda llevar adelante tantas investigaciones sobre las mismas falsas y recicladas acusaciones (i) ignorando deliberadamente conclusiones decisivas de agencias que tenían efectivamente a su cargo la gestión de la relación regulatoria con un inversionista; y (ii) logrando de manera obstinada y efectiva evitar alertar a los inversionistas involucrados que algo estaba en marcha. Estos burócratas trabajaron de manera tan

³⁸⁵ Anexo C112, Notificación del SINAC, 14 de febrero de 2011; Anexo C113, Recurso de Revocatoria de la Notificación del SINAC, 23 de febrero de 2011; Anexo C114, Respuesta del Estado al Recurso de Revocatoria, 25 de febrero de 2011

³⁸⁶ Anexo C117, Informe del SINAC, 18 de marzo de 2011

eficiente contra los intereses de las Demandantes que consiguieron privar por completo a las Demandantes de cualquier recurso, a través del cual pudieran haber contrarrestado las resoluciones que ordenaban la paralización obligatoria de las obras y un proceso penal celosamente desigual.

367. El amplio alcance de este error sistemático en la justicia administrativa que involucraba a varias agencias (y aparentemente excluía a otras) a lo largo de un período de dos años prácticamente no encuentra ejemplos análogos en la práctica arbitral moderna.³⁸⁷ Durante la mayor parte de estos dos años, un puñado de funcionarios locales oportunistas y excesivamente celosos lograron socavar por completo lo que, desde afuera, parecía ser una relación regulatoria colectiva envidiable entre la SETENA, determinados funcionarios municipales y los Inversionistas. El hecho de que los funcionarios que participaron de esta usurpación sigilosa de la SETENA y buscaron aniquilar la inversión aparentemente jamás sufrieron cargo de conciencia alguno es una cuestión igualmente alarmante e insólita.
368. Las Demandantes señalan que no hay excusa suficiente que justifique el trato injusto e inequitativo que le dispensaron algunos funcionarios, especialmente cuando aparentemente habían sido arrastrados a creer en un falso – pero absolutamente razonable y justificado- sentimiento de seguridad acerca del progreso y de las expectativas de su inversión. El hecho de que los funcionarios municipales y del SINAC fueran cómplices o desconocieran por completo estas maniobras es indistinto. Tampoco es necesario que las Demandantes demuestran que el origen primario de esta traición sistémica de su buena fe se reduzca a la venganza de un funcionario corrupto cuyo pedido de soborno fue, como corresponde, rechazado. El grado de injusticia del resultado es suficiente para demostrar que la Demandada no brindó, en absoluto, el trato que correspondía dispensar de acuerdo al nivel mínimo de trato y al estándar de trato justo y equitativo del derecho internacional consuetudinario, ambos conforme al principio general del derecho internacional del debido proceso.

³⁸⁷ Un ejemplo de trato tratos igualmente graves a un inversor extranjero fue (CLA 118) *Al-Warraq c. Indonesia*, ¶¶ 564-605 y 620-621, donde irregularidades procesales sistemáticas similares, una ignorancia presuntamente deliberada del daño que estas irregularidades causarían a un inversionista extranjero y la mancha de corrupción (es decir, pedidos de sobornos con la promesa de solucionar todos los problemas que pudieran tener los inversionistas con el Estado), derivaron en varias violaciones del estándar de trato justo y equitativo, las varias conclusiones del tribunal de la existencia de violaciones al nivel mínimo de trato y al estándar de trato justo y equitativo en el derecho consuetudinario.

(iii) Arbitrariedad en el ejercicio de funciones

369. A pesar de que prácticamente ninguno de los anteriores ejemplos del evidente incumplimiento por parte de la Demandada de dispensar un trato acorde al principio general del derecho internacional de debido proceso podría entenderse también como un acto de arbitrariedad, la conducta del Fiscal Martínez tipifica la propia esencia de la arbitrariedad en el proceso oficial de toma de decisiones. Al respecto, es importante señalar que las leyes municipales de Costa Rica no prevén un papel parcial para sus fiscales. De hecho, el Artículo 63 del Código de Procedimiento Penal de Costa Rica establece que:

En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo, deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aun en favor del imputado.

370. El expediente señala que, si el Sr. Martínez tiene facultades para cumplir con sus funciones de manera objetiva, no tenía participación alguna en relación con las acusaciones planteadas contra el Sr. Aven. Se trata de un fiscal que no mostró ningún tipo de interés por investigar las acusaciones de intento de soborno que involucraban al mismísimo funcionario que era responsable de presentar su caso ni tampoco por identificar al responsable de efectivamente intentar atribuir al Sr. Aven la comisión de un delito grave, el de entregar documentación falsa a funcionarios de gobierno en pos de su beneficio personal.

371. En efecto, parecería que el Sr. Martínez trabaja para un Servicio Fiscal que no solo comparte su falta de interés por llevar adelante una investigación seria sobre las acusaciones de corrupción contra un funcionario regional jerárquico sino que también cuenta con empleados que están dispuestos a inventar por completo registros oficiales a fin de ocultar esta falta de entusiasmo. ¿Cómo podría explicarse de otro modo que el expediente obtenido de la Fiscalía señala que los funcionarios no pudieron comunicarse con el Sr. Aven pero sí pudieron comunicarse con él a fin de cerrar el caso? No existen pruebas de que nadie en la Fiscalía haya intentado investigar las graves acusaciones de corrupción denunciadas por escrito por el Sr. Aven sobre el Sr. Bogantes, luego de que el Sr. Martínez ignorara en forma absoluta sus intentos iniciales. Ya era suficientemente grave que funcionarios hayan faltado a la verdad y

declararan que los intentos por comunicarse con el Sr. Aven habían sido infructuosos; ahora bien, inventar una conversación entera con el Sr. Aven resulta suficiente para dudar del profesionalismo de la Fiscalía de Costa Rica.

372. El Sr. Martínez demostró también un sentimiento de franqueza completamente inadecuado cuando, durante su visita al sitio de Las Olas, le manifestó al Sr. Aven que no confiaba en absoluto en el nuevo informe del INTA, el cual eximía al Sr. Aven de las supuestas acusaciones relacionadas a los ‘humedales’. Los empleados del INTA son expertos en suelos, y las pruebas de suelo pueden demostrar la existencia o inexistencia de humedales, tanto en el pasado como en el presente. En este caso, el SINAC le había solicitado al INTA que elaborara un informe a fin de confirmar las conclusiones –revisadas- del año 2011 acerca de la existencia de humedales. El hecho de que el Sr. Martínez descartar por completo las conclusiones del INTA, probablemente porque no le servían para armar una causa contra el Sr. Aven, no es más que un acto de manifiesta arbitrariedad de su parte.
373. Igualmente de arbitraria e inquietante fue la analogía planteada por el Sr. Martínez al ignorar el hecho de que la legislación costarricense no prohíbe la tala de árboles más jóvenes en función de su diámetro. Cuando el Sr. Aven solicitó que se especifique el bosque de 400 árboles del que se lo acusó de haber talado de manera ilegal, el Sr. Martínez identificó un único tocón cuyo diámetro era menor al límite establecido por ley y comparó la tala de un árbol joven con el asesinato de un niño. Este comentario sirvió al mismo tiempo para demostrar la arbitrariedad de pensamiento del Fiscal en tanto no podía siquiera aparentar la objetividad que debe tener cualquiera que ocupe su cargo.
374. Asimismo, el Sr. Martínez ha demostrado una excesiva arbitrariedad al optar confiar principalmente en un Informe del SINAC del 18 de marzo de 2011³⁸⁸, con el objeto de fundamentar su caso, informe que no solo había sido desmentido por varios otros informes preparados por instituciones y personas independientes, sino que también fue el producto del trabajo de una persona cuya objetividad no podría haber estado más en duda, la del Sr. Bogantes.

³⁸⁸ Anexo C117, Informe del SINAC, 18 de marzo de 2011

375. Resulta aún más inquietante y arbitraria la decisión del Sr. Martínez de impulsar su caso contra el Sr. Aven cuando, tan solo dos semanas antes de haber obtenido una orden de suspensión de las obras contra el Proyecto Las Olas en su totalidad, la SETENA dictó una resolución mediante la cual dejaba sin validez su Resolución de abril de 2011 y ratificaba la Viabilidad Ambiental original, en virtud de la cual podrían retomarse las obras en el Sector del Condominio. Al tomar esta decisión, la SETENA planteó conclusiones objetivas que debilitaban las causas penales en su totalidad. Los funcionarios de la SETENA habían evaluado si existían fundamentos para plantear las acusaciones vinculadas a los humedales y los bosques, así como si la Viabilidad Ambiental del año 2008 para el Sector del Condominio había sido obtenida a partir de falsos pretextos del Sr. Aven. La respuesta era, obviamente, negativa en relación con todas las acusaciones.
376. En este sentido, para cualquier observador racional e imparcial, la Resolución de la SETENA de noviembre de 2011 debería haber puesto un punto final a todas las acusaciones pendientes. Todo lo contrario, pareciera que el Sr. Martínez no se inmutó por la decisión, ni dio ningún tipo de indicios de que tenía intenciones de cambiar de sus planes. Esta tenacidad monomaniática se mantuvo presente a lo largo de todo el juicio penal que se llevó contra el Sr. Aven. Solo una ofensiva tan peculiar o un grado tal de competitividad podría explicar de modo satisfactorio la decisión del Sr. Martínez de solicitarle al juez que continúe con el proceso el 19 de diciembre de 2013, cuando era claro que aún quedaba tiempo para que los abogados presentaran sus alegatos.
377. La firme voluntad de ganar, o al menos de evitar perder, estuvo presente durante todo el mes siguiente cuando el Sr. Martínez rechazó el pedido razonable planteado por el abogado del Sr. Aven, el Sr. Morera, de renunciar a una regla procesal que de otro modo requeriría que se declarara la nulidad de lo actuado en el juicio, lo cual suponía la realización de un nuevo proceso desde el vamos. Esta regla de los diez días, diseñada para garantizar la continuidad del proceso judicial, jamás fue pensada para brindarle a la Fiscalía una “nueva oportunidad” de enmendar errores, si su causa inicial sobre el fondo había sido infructuosa. Habría sido lo habitual y un gesto de cortesía profesional que el Sr. Martínez hubiera correspondido la decisión del abogado del Sr. Aven al no oponerse a la solicitud de continuación del proceso en

primer lugar. Por el contrario, se trató de otra de las tantas decisiones adoptadas por el Sr. Martínez manifiestamente arbitrarias que contradecían no solo la prohibición de arbitrariedad reconocida por el derecho internacional consuetudinario sino cualquier otra concepción de arbitrariedad consagrada en el principio general de buena fe consagrado en el derecho internacional.

378. En este sentido, no es suficiente con invocar simplemente que los tribunales al final podrán remediar problemas causados incluso por los procesos penales más arbitrarios. En primer lugar, tal como se señaló precedentemente, las Partes del Tratado de Libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (DR-CAFTA) no pretendían agotar los recursos disponibles a nivel local para aplicar a los casos planteados en virtud del Artículo 10.5 (y al menos fuera de los casos en los cuales la primera decisión impugnada es aquella dictada por un juez). Costa Rica debe responder por la conducta del Sr. Martínez si es intención de las Demandantes renunciar a todo otro derecho a exigir algún tipo de reparación en virtud de las leyes municipales, de manera tal que puedan llevar su reclamo ante un tribunal en virtud del DR-CAFTA, conforme expresamente establece el Artículo 10.16.
379. En segundo lugar, y todavía más importante, dada la lentitud en el accionar de los tribunales de Costa Rica, los enemigos y oponentes del Proyecto Las Olas no necesariamente habrían de alcanzar su victoria una vez que las acusaciones contra el Sr. Aven se hubieran ventilado, ni tampoco los problemas vinculados con el sitio Las Olas habrían de solucionarse a través de medidas reparadoras. De ninguna manera; para gente como el Sr. Bogantes y la Sra. Vargas, la victoria se alcanzó una vez que se garantizaron la paralización del Proyecto por al menos un año. El daño a la reputación que genera el solo hecho de verse envuelto en una serie de acusaciones penales podría convertirse en una sentencia de muerte para un proyecto inmobiliario exclusivo que se encuentra en estado avanzado. Dejar un proyecto en un limbo legal por más tiempo supondría perder personal y de los contratistas disponibles, el posible vencimiento de permisos otorgados por un tiempo determinado y el deterioro físico del sitio del proyecto parcialmente completado.
380. Asimismo, en caso ordenarse la suspensión por un período de tiempo suficiente, los sitios del proyecto que se hubieran desarrollado parcialmente, también atraerá a ocupantes ilegales, algo que ha venido ocurriendo en los últimos tres meses en Las

Olas, aparentemente sin que exista ningún tipo de interés por parte de las autoridades costarricenses por cooperar en la protección de los derechos de propiedad b de quienes han visto sus tierras ser ocupadas ilegalmente.

(iv) Abuso de derechos de mala fe

381. Los analistas han distinguido tres clases de abusos de derecho: (1) uno que involucra sopesar el ejercicio de un derecho frente a la obligación concordante de obedecer o ejercer otros derechos posiblemente contradictorios; (2) uno que involucra el incumplimiento por parte de un titular de derechos de ejercer su facultad discrecional de manera honesta, sincera y razonable, de conformidad con el espíritu de la ley y con la debida consideración de los intereses de otros; y (3) uno en el que las pruebas de la falta de buena fe (*bona fides*) o incluso la existencia de mala fe (*male fides*) resulta manifiesta en el ejercicio de la función pública.³⁸⁹ Lamentablemente, nos enfrentamos a uno de esos casos excepcionales en los que una conducta atribuible al Estado anfitrión puede clasificarse dentro del tercer tipo de abuso de derechos.
382. Afortunadamente para el imperio del derecho internacional, han sido pocos los casos relativos a tratados de inversión que efectivamente planteaban acusaciones de corrupción como principal fuente de reclamaciones de que el Estado anfitrión no había obrado conforme al nivel mínimo de trato que reconoce el derecho internacional consuetudinario. De los pocos casos en los que surgieron acusaciones de corrupción, la mayoría afectaban a Estados anfitriones que impugnaban la legitimación activa de un inversionista, fundado en el hecho de que el inversionista había cometido actos de corrupción (casi siempre acompañado por un planteo sincero de que los actos de corrupción planteados por el Estado demandado ocurrieron bajo la administración de un gobierno anterior). Por suerte, las Partes del TLCAN han incluido en otras partes del Tratado disposiciones que permiten interpretar el sentido del Artículo 10.5, como es el caso de la Sección B del Capítulo 18 del DR-CAFTA.
383. Cuanto menos, el hecho de que las Partes decidieran dedicar una sección completa del Capítulo 18 a esta cuestión, en vez de una simple y única disposición, da la pauta del convencimiento consensuado de las Partes de que la corrupción en la administración

³⁸⁹ CLA119, Andreas Ziegler y Jorun Baumgartner, “*Good Faith as a General Principle of (International) Law*” en: A. Mitchell, M. Sornarajah & T. Voon, eds., *Good Faith and International Economic Law* (Oxford: OUP, 2015) 9 pp. 30-31.

pública es una irregularidad tan fundamental que viola el orden público. El Artículo 18.7 difícilmente podría ser más claro al respecto: “Las Partes afirman su resolución de eliminar el soborno y la corrupción en el comercio e inversión internacional”. La sección obliga a las Partes a establecer regímenes locales para combatir la corrupción y cooperar a nivel internacional para su erradicación. La sección incluye incluso un solemne compromiso por “esforzarse por adoptar o mantener las medidas apropiadas para proteger a aquellas personas que, de buena fe, denuncien los actos de soborno o corrupción”. Dado el cinismo lamentable con el cual la Fiscalía silenciosamente se deshizo de la denuncia de corrupción presentada por el Sr. Aven contra el Sr. Bogantes, pareciera que Costa Rica toma sus obligaciones en virtud del Artículo 18.8 muy a la ligera.

384. Para despejar cualquier tipo de duda, los Inversionistas también sostienen que la conducta que se describe a continuación cumple con la prueba menos gravosa aplicable en casos de abusos de derecho ‘comunes’, que suponen el ejercicio arbitrario, caprichoso o discriminatorio de una facultad discrecional. Al igual que el estándar de trato justo y equitativo, en general, no es necesario producir pruebas de qué estaba pensando el funcionario público responsable de la decisión impugnada, mucho menos que sus intenciones eran maliciosas. Por el contrario, es suficiente que el ejercicio de su facultad discrecional haya generado un resultado que resulta *manifiestamente* arbitrario, caprichoso o discriminatorio. Sin embargo, cuando se han aportado pruebas suficientes al expediente que demuestran la existencia de tales intenciones, le corresponde al árbitro evaluar si el pago de daños resulta suficiente, cuestión que abordaremos más adelante, en la Sección sobre Daños del presente Memorial.
385. El Sr. Aven tuvo que hacer frente no solo una sino dos veces al pedido de sobornos por sumas considerables de dos sujetos que ejercían la autoridad soberana de Costa Rica. Uno de ellos, el Sr. Oviedo, ocupaba un cargo en el gobierno municipal que le otorgaba el derecho a otorgar, o denegar, los permisos de construcción que obviamente eran esenciales para que la inversión prosperara. Está fuera de duda que han existido intentos del Sr. Oviedo por extorsionar y obtener pagos a cambio de abstenerse de ejercer su autoridad que perjudicara los intereses de las Demandantes. Las pruebas aportadas por el Sr. Aven en este sentido son irrefutables. Este sujeto, el

Sr. Oviedo, estaba dispuesto a ejercer su función pública de manera diametralmente opuesta a sus responsabilidades constitucionales y el orden público internacional.

386. Cuando el Sr. Oviedo le exigió el pago de un soborno al Sr. Aven lo puso en una situación prácticamente insostenible. Jamás estuvo en duda de que el Sr. Aven se negaría a acceder al pago de coimas, pero al hacerlo necesariamente estaba tomando un riesgo calculado, sabiendo que el destino de su propia inversión y la de los demás inversionistas por miles de millones de dólares pendía de un hilo. Tal vez el Sr. Oviedo tan solo estaba fanfarroneando, tanteando a ver si podía sacar un ingreso extra de un gringo que estaba atónito. Ello habría sido igual de terrible que la otra alternativa, desde el punto de vista del derecho internacional, pero si se trataba tan solo de una pantomima, solo tenía sentido si un extranjero se decidía por no presentar ninguna acción, y continuar, en cambio, con su negocio. Pero también existía la posibilidad de sufrir una represalia, en cuyo caso los Inversionistas, en última instancia, deberían denunciar el incidente y quedar a merced de la buena fe de las autoridades costarricenses de desvincular al funcionario en cuestión de su cargo.
387. Los Inversionistas se enfrentaron al mismo dilema en las dos oportunidades en las que el Sr. Bogantes intentó sacarles una suma similar a cambio de su promesa de tan solo ejercer las funciones inherentes a su cargo federal de buena fe. De más está decir que nadie con intenciones de defraudar la confianza pública depositada en él en su carácter de regulador ambiental es la clase de persona que uno esperaría que cumpla con sus promesas, en el mejor de los casos. De cualquier modo, la reacción incrédula del Sr. Aven y su firme rechazo a este nuevo pedido de sobornos demuestran, una vez más, que se encontraba en una situación prácticamente insostenible. El Sr. Aven era consciente de que, si hacía todo al pie de la letra, obtendría todos los permisos necesarios de la SETENA para, así, en última instancia, tener derecho a recibir los correspondientes permisos de construcción por parte de la Municipalidad. También sabía que tanto el SINAC como la SETENA ya habían cerrado cuestiones que pertenecían al ámbito de sus responsabilidades en virtud del marco regulatorio vigente en Costa Rica.
388. Lo que el Sr. Aven desconocía, de forma escandalosa, era que existían funcionarios que no solo eran capaces de hacer fracasar los avances de su inversión sino que ya se habían embarcado en esta empresa. Cuando el Sr. Bogantes se apareció en sus

oficinas a fines de agosto de 2010, el Sr. Aven no podía saber que Las Olas había sobrevivido a los ataques concertados de dos funcionarios, la Sra. Diaz y la Sra. Vargas, cuyos esfuerzos tan solo habían sido obstaculizados, respectivamente, por la SETENA y el Alcalde.³⁹⁰ Obviamente, el Sr. Bogantes sentía que tenía una ventaja estratégica tan fuerte que le permitiría obtener un rédito de varios cientos de miles de dólares. El Sr. Bogantes estaba al tanto de que la Sra. Diaz y la Sra. Vargas estaban decididas a alcanzar, y aparentemente percibió que ocupaba el lugar perfecto para frustrar, o instigar, tales objetivos, los cuales, al parecer, también compartían con el Sr. Bucelato.

389. Después del desaire que supuso la rotunda negativa del Sr. Aven a ser partícipe de una práctica prohibida por ley, tanto en Costa Rica como en los Estados Unidos, surge del expediente que el Sr. Bogantes se empeñó en destruir todo lo que los Inversionistas se esforzaban por alcanzar. Así, el Sr. Bogantes le envió una nota a la Sra. Diaz donde le informaba que comenzaría a investigar lo que él suponía era documentación sospechosa vinculada a la Viabilidad Ambiental del proyecto para el Sector de Condominio del año 2008. Le dijo además que, a pesar de que podría llevar algo de tiempo, también había solicitado a la Municipalidad el expediente entero y que después vería qué podía hacer.³⁹¹ Durante los siguientes siete meses, el Sr. Bogantes logró no solo levantar sospechas sobre la autenticidad de la Viabilidad Ambiental de 2008 sino que también hizo resurgir las acusaciones vinculadas a los ‘humedales’ y los ‘bosques’ que la SETENA estaba a escasos días de resolver de manera definitiva gracias, en parte, a su propia participación en una evaluación sobre el terreno de los Inversionistas realizada menos de dos meses atrás.³⁹²

390. Según consta en el expediente, el Sr. Bogantes fue quien originalmente “*descubrió*” el documento supuestamente falsificado, el cual se utilizaría para perjudicar la Viabilidad Ambiental de 2008 y para brevemente implicar al Sr. Aven en la comisión

³⁹⁰ Ver Declaración Testimonial de Jovan Damjanac ¶ 104; Anexo C83, Resolución de la SETENA, 1 de septiembre de 2010

³⁹¹ Anexo C80, Carta del SINAC a Hazel Diaz, 27 de Agosto de 2010. En la misma fecha, el Sr. Bogantes también solicitó los archivos de la Municipalidad.

³⁹² Anexo C83, Resolución de la SETENA, 1° de septiembre de 2010. Asimismo, durante su declaración testimonial en el juicio penal contra el Sr. Aven, el Sr. Bogantes sostuvo que él tan solo había sido “*el conductor*” ese día. En retrospectiva, pudo haber recordado el hecho exactamente tal como ocurrió, en vista de cómo –teniendo en cuenta que su pedido de soborno había sido rechazado– pasaría el resto del tiempo intentando socavar las conclusiones a las que se arribaron ese día.

de un delito grave.³⁹³ Fue el propio Sr. Bogantes quien le comunicó al Sr. Aven el 18 de marzo de 2011 las conclusiones forzadas de la “investigación” de la SINAC que comenzó en diciembre del año 2010 por los mismos oficiales locales de la SINAC que jamás recibirían la “*pensión*” especial que el Sr. Bogantes le había ordenado al Sr. Aven que pagara tan solo meses antes.

391. Con la intención, sin duda, de querer hacer especial alarde de que había triunfado sobre los Inversionistas, también el 18 de marzo de 2011, el Sr. Bogantes decidió enviarle al Sr. Aven una copia del Informe del SINAC de julio de 2010 que él mismo había preparado el año anterior junto con la colaboración del Sr. Manfredi. Esta fue la primera señal que podría haberle hecho notar a cualquiera de los Inversionistas que ya se había puesto en marcha una investigación. Habría sido esperable que el Sr. Aven hubiera señalado la fecha de dicho informe, el cual concluía que no existían humedales en el sitio del Proyecto. El informe tenía fecha de 16 de julio de 2010, poco menos que un mes antes de los pedidos de soborno del Sr. Bogantes. Junto con el Informe se adjuntaba el informe más reciente del SINAC, el cual también había sido elaborado sin haberse notificado de ello a los Inversionistas, y el cual falsamente concluía exactamente lo contrario. Resulta prácticamente obvio que el Sr. Bogantes estaba enviando un mensaje, no del todo sutil, al Sr. Aven y a los demás Inversionistas: que les habría ido mucho mejor, en términos económicos, si tan solo hubieran jugado el juego que el Sr. Bogantes les había propuesto.
392. Al abusar de su facultad discrecional con el propósito de tomar represalias contra los Inversionistas que habían rechazado sus pedidos de soborno y, especialmente contra el Sr. Aven, la conducta del Sr. Bogantes representaba la encarnación del despotismo y la arbitrariedad. Ya resultaba lo suficientemente lamentable que el Sr. Bogantes no tuviera reparos en abusar de la confianza que el pueblo de Costa Rica había depositado en él al aceptar sobornos con el objeto de garantizar que el Proyecto no se vería interrumpido por cualquier obstáculo inesperado que pudiera surgir. Pero el hecho de violar su deber público a fin de pergeñar una manera de castigar al Sr. Aven y a los demás Inversionistas era muchísimo peor. El modo en el cual decidió enviar este mensaje de superioridad al Sr. Aven debería escandalizar a cualquier árbitro.

³⁹³ Anexo C80, Carta del SINAC a Hazel Diaz, 27 de agosto de 2010. El Sr. Aven fue inicialmente acusado de falsificar un documento del SINAC, a pesar de que esta acusación fue posteriormente desestimada por el propio Fiscal.

Cuando llegó la hora de que el Sr. Bogantes mintiera en el juicio penal que se seguía contra el Sr. Aven, el hecho de que sus intentos fueran tan poco transparentes no hace más que empeorar la sensación que tienen los Inversionistas de que, así y todo, se salió con la suya. En definitiva, la demostración de egoísmo y engaño no solo ocasionó un gran perjuicio a las Demandantes y al estado de derecho, sino que también privó a los miembros de comunidades vulnerables cercanas al sitio del Proyecto Las Olas de la oportunidad de obtener un empleo rentable, algo que para muchos, todavía hoy, sigue siendo indispensable.

D. Artículo 10.7(1) del CAFTA

(a) Expropiación significa interferencia significativa de una inversión

393. El Artículo 10.7 del CAFTA establece, en su parte pertinente, lo siguiente:

Artículo 10.7: Expropiación e Indemnización

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión encubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo que sea:
 - (a) por causa de un propósito público;
 - (b) de una manera no discriminatoria;
 - (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y
 - (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.
2. La indemnización deberá:
 - (a) ser pagada sin demora;
 - (b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”);
 - (c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y
 - (d) ser completamente liquidable y libremente transferible.
3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

...

Nota al Artículo 10.7

El Artículo 10.7 se interpretará de conformidad con los Anexos 10-B y 10-C.

Anexo 10-C Expropiación

Las Partes confirman su común entendimiento que:

1. El Artículo 10.7.1 intenta reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación.
2. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.
3. El Artículo 10.7.1 aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
4. La segunda situación abordada por el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
 - (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:
 - (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
 - (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y
 - (iii) el carácter de la acción gubernamental.
 - (b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

394. La prueba ortodoxa para determinar si una medida, o serie de medidas, constituye una expropiación indirecta es si interfiere de manera significativa con la capacidad de un inversionista extranjero de obtener todos los beneficios económicos (es decir, de “usar y gozar”) de una inversión establecida en el territorio del Estado anfitrión. En otras palabras, la conducta del Estado anfitrión se encuadra como una expropiación en virtud del Artículo 10.7 cuando genera una privación significativa de la inversión, o efectivamente neutraliza el gozo de una inversión.³⁹⁴ En este sentido, el tribunal del CIADI sostuvo en *AIG Capital Partners c. Kazajstán* que:

³⁹⁴ Ver, por ejemplo, CLA99, *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/07/16, IIC 464 (2010), 20 de octubre de 2010, enviado el 8 de noviembre de 2010, ¶ 408; CLA126, *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA c. Argentina*, [también conocido como “Vivendi IIF”] Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo presentada por la República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/97/3, IIC 446 (2010), 3 de agosto de 2010, ¶ 7.5.24; CLA48, *Middle East Cement Shipping y Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N.º ARB/99/6, Laudo, 12 de abril de 2002, ¶ 107; CLA47, *CME Czech Republic BV c. República Checa*, Tribunal Ad Hoc., Laudo Definitivo, 14 de

Las expropiaciones (“o medidas equivalentes a la expropiación”) comprenden no solo la apropiación abierta, deliberada y reconocida de bienes (como una transferencia del derecho de dominio o la transferencia formal u obligatoria del título a favor del Estado Anfitrión) sino también la interferencia encubierta o indirecta en el uso de la propiedad que tiene por efecto privar a su dueño, ya sea en todo o en una parte significativa, del uso o del beneficio razonablemente esperable del bien incluso cuando no fuera necesariamente en un beneficio obvio para el Estado Anfitrión.³⁹⁵

395. El centro de cualquier análisis sobre expropiación radica en el grado de interferencia, o en su consiguiente privación, en la capacidad del inversionista de mantener y obtener beneficios económicos de su inversión debido al valor fundamental que el derecho internacional le atribuye al derecho individual de propiedad privada como derechos adquiridos en el ordenamiento normativa municipal. Por lo tanto, en casos de expropiación indirecta, la cuestión operativa no se trata de si se expropió o destruyó una inversión, *per se*, sino que radica, en cambio, en los derechos individuales a través de los cuales una inversión se estableció, mantuvo, operó o explotó a cambio de una rentabilidad justa.

396. La inclusión del párrafo (2) del Anexo 10-C del DR-CAFTA refuerza esta conclusión. Este párrafo confirma que la expropiación debe surgir de un acto que “interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible [...] de una inversión”. La decisión de las Partes de expresamente establecer en los puntos (g) y (h) del Artículo 10.28 la definición de “inversión” no hace más que respaldar esta interpretación. En este sentido, una inversión debe entenderse como que comprende:

- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;

397. Es, por tanto, evidente que la conducta del Estado anfitrión, que tuvo como efecto interferir de manera significativa con el uso por parte de un inversionista extranjero de los permisos otorgados en relación con derechos de propiedad que ejerce en una inversión, lo priva del uso y goce de dicha inversión y, como tal, constituye una

marzo de 2003, ¶ 604; CLA27, *Starrett Housing Corporation, y otros c. Gobierno de la República Islámica de Irán y otros*, Laudo Interlocutorio, Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los Estados Unidos, Informe 4, 1983, 154.

³⁹⁵ CLA55, *AIG Capital Partners Inc. y CJSC Tema Real Estate Company c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N. ° ARB/01/6, Laudo, 7 de octubre de 2003, ¶ 10.3.1; CLA54, *Tecmed*, ¶ 114; y CLA42, *Metalclad*, ¶ 103.

expropiación indirecta de su inversión, violando lo dispuesto en el Artículo 10.7(1) del DR-CAFTA.

398. La interferencia, y su consiguiente privación, son “significativas” si tales circunstancias se prolongan por más de un período de tiempo “meramente efímero”.³⁹⁶ Determinar si un período de tiempo debería entenderse únicamente como “efímero” es una cuestión de hecho que debe evaluarse a la luz de las circunstancias de cada caso en particular. Asimismo, la cuestión relevante no es si un inversionista, o cualquier inversionista razonable, podría razonablemente esperar poder recuperarse de la privación que le impuso el Estado anfitrión, sino, por el contrario, si el inversionista-demandante habría podido recuperarse dadas las exigencias financieras y las circunstancias comerciales/de mercado efectivamente en juego en su caso puntual.

(b) Párrafo (4) del Anexo 10-C sobre expropiación indirecta

399. El presente caso es un ejemplo de expropiación indirecta, conforme se describe en el encabezamiento del párrafo (4) del Anexo 10-C. En una nota al Artículo 10.7, las Partes manifestaron su preferencia de que dicha disposición se interprete de conformidad con los términos del Anexo 10-C. Por lo tanto, los otros dos puntos del párrafo (4) son relevantes para dirimir este conflicto.
400. El punto (b) demuestra que la intención de las Partes de incluir el párrafo (4) en un Anexo interpretativo era disipar cualquier tipo de inquietud de que las grandes multinacionales no podrían recurrir al Artículo 10.7 para dar marcha atrás medidas sanitarias y ambientales legítimas, simplemente amenazando a las Partes más desfavorecidas con que iniciarían un proceso arbitral en virtud del Capítulo 10. Incorporar estas aclaraciones a fin de llevar cierta tranquilidad no supuso ningún tipo de inconveniente para los negociadores de las Partes ya que jamás había ocurrido en el derecho internacional consuetudinario que “actos regulatorios no discriminatorios de una Parte, diseñados y aplicados con el fin de proteger objetivos legítimos en pos

³⁹⁶ CLA30, *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Eng'rs of Iran*, 6, Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los Estados Unidos, Informe 219 (1984) 225–226. Ver, también: CLA43, *SD Myers Inc. c. Canadá*, Tribunal CNUDMI/TLCAN, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, (2001) 8 Informe CIADI 18, (2001) 40 ILM 1408, (2003) 15(1) World Trade & Arb. Mat. 184, (2002) 121 ILR 72, ¶ 283.

del bienestar público, como lo son el medio ambiente, la salud y la seguridad públicas” normalmente se entenderían como un tipo de expropiación indirecta.

401. Como era previsible, entonces, nada de lo dispuesto en el punto (b) del párrafo (4) debería, o podría, cambiar el modo en el cual se interpreta, o al menos se interpreta correctamente, el Artículo 10.7(1). En este sentido, las Demandantes señalan el uso de las Partes del término “actos regulatorios no discriminatorios”. En primer lugar, no resulta claro porqué las Partes eligieron utilizar el término “actos” en vez de “medidas”, ya que es este último término el que se define en el Tratado. Si el objeto del punto (b) era efectivamente modificar la interpretación que de otro modo podría haberse hecho del Artículo 10.7(1), la razón sugiere que deberían haber usado la misma expresión que aquella que se emplea en la disposición en cuestión: “medidas equivalentes a la expropiación”.
402. Resulta también llamativo que las Partes se refieran a dichos actos como potencialmente “no discriminatorios”. Dado el contexto, parecería que se trató de una referencia al tipo de “no discriminación” vinculada a la expropiación en vez del concepto de discriminación por nacionalidad, el cual se trata en otra parte del Tratado. Esta distinción no es solo importante porque demuestra que las Partes no pretendían que el punto (b) modificara el significado de los términos utilizados en el Artículo 10.7, sino que da cuenta de la relativa “peculiaridad” de casos en los cuales se está frente a una expropiación indirecta. La principal preocupación pública acerca de que los inversionistas cuenten con los medios necesarios para recurrir a un arbitraje internacional en caso de expropiación era que las leyes y las reglamentaciones de aplicación general pudieran confundirse con medidas equivalentes a la expropiación. En otras palabras, el problema no era el concepto de expropiación indirecta en sí, sino la posibilidad de que el alcance de la norma pudiera ampliarse en tribunales.
403. La cuestión de si esta inquietud era válida o no es, a los fines de esta causa, irrelevante. Lo que sí importa es que las preocupaciones –que el párrafo (4) del Anexo 10-C tiene por fin llevar calma- no versaban sobre casos en los que se adoptaban medidas de expropiación indirecta o progresiva con el objeto de afectar a un único inversor o a una única inversión, sino casos en los que se debatía una medida de aplicación general. Es decir, la preocupación no recaía sobre los casos comunes y corrientes de expropiación discriminatoria [en otras palabras, “actos” que apuntaban a

un único inversor o a una única inversión] sino sobre aquellos casos dirigidos a nadie en particular. Y *eso* es lo que las Partes quisieron significar cuando escribieron en el párrafo (4) que las conclusiones de expropiación indirecta se harían solo en “circunstancias excepcionales”.³⁹⁷ Dado que este caso involucra la más común de las reclamaciones de expropiación, en la que una única inversión se lleva la peor parte de los “actos” de gobierno sometidos a evaluación, el punto (b) del párrafo (4) no es relevante para la tarea que debe llevar adelante este Tribunal.

404. Por los mismos motivos, la finalidad del punto (a) del párrafo (4) tampoco es modificar la interpretación que debe hacerse del Artículo 10.7(1). Al igual que el punto (b), el punto (a) únicamente pretende explicar cómo, según las Partes, debería y debería haberse interpretado en un primer momento el Artículo 10.7(1); es decir, de no haber existido el Anexo. Así, la disposición brinda una pauta útil –aunque para nada especial- sobre la interpretación y aplicación del Artículo 10.7(1) que debería esperarse de un tribunal en un caso que verse sobre una supuesta expropiación indirecta.
405. En este caso resulta de particular interés el apego implícito de las Partes al principio de proporcionalidad, al recordar de qué manera el alcance de un supuesto daño económico debe considerarse en relación con otros factores, tales como el alcance relativo de la interferencia involucrada y “la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión”. Aún más importante es la advertencia de las Partes de que otro factor a tener en cuenta es “el carácter de la acción gubernamental”. En este punto, el carácter de las acciones evaluadas se ha visto empañada por un hecho de corrupción y atadas a nada más ni a

³⁹⁷ Las Demandantes también recuerdan cómo, si uno se avocara a medir la relativa excepcionalidad de medidas que podrían constituir una expropiación indirecta, el tamaño adecuado de la muestra no debería limitarse a ejemplos de otros casos de resolución de conflictos, sino, en cambio, al abanico de medidas que se aplican –sin causar daño alguno- en el desarrollo normal de los negocios y en el ámbito regulatorio en todo el mundo y, por ende, sin necesidad alguna de dirimir el conflicto internacional. Si bien es un dato trivial, las Demandantes de todas formas señalan que la resolución de conflictos internacionales, lógicamente, es un acontecimiento extraordinario en el curso de los negocios de la mayoría de los inversionistas y entes regulatorios. Por consiguiente, tampoco debería llamar la atención descubrir que lo que podría entenderse como “excepcional” en un sentido amplio no necesariamente resulta “excepcional” en el lugar donde se dirimen los conflictos. Dicho de otro modo, el solo hecho de que una cuestión haya sido objeto de arbitraje necesariamente hace que se trate de algo “excepcional” dentro del contexto más amplio de los negocios cotidianos que se realizan en todo el mundo entre inversionistas y Estados anfitriones.

nada menos que al funcionario público que era responsable de involucrar al Estado anfitrión en la misma acción sometida a evaluación.

(c) Diferencia entre expropiación legítima e ilegítima

406. El Artículo 10.7(1) del CAFTA no establece una prohibición a la expropiación. Simplemente delinea la manera en la cual una medida expropiatoria puede adoptarse de manera legítima. En síntesis, la disposición establece que cualquier medida, o serie de medidas, que interfiera de manera significativa con inversiones extranjeras, sea directa o indirectamente, debe adoptarse: (1) por causa de un propósito público de buena fe; (2) de manera tal que el inversionista extranjero afectado reciba el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización; (3) de manera tal que no dispense un trato determinado (ya sea de derecho o de facto) a un inversor o grupo de inversores en particular; y que haya sido implementada con arreglo a lo dispuesto en el principio del debido proceso y cualquier otra norma contemplada en el Artículo 10.5. De hecho, tal como señala F.A. Mann respecto de la práctica de codificación de las normas consuetudinarias sobre expropiación legítima en el estándar de un tratado, “el incumplimiento de una obligación expresamente establecida en un tratado constituye, en sí mismo, un acto ilegal; es decir, un acto sin validez jurídica”.³⁹⁸
407. Por consiguiente, en teoría, si se adoptó una conducta que, en virtud del Artículo 10.7(1), constituye una expropiación de acuerdo a las cuatro condiciones establecidas en los puntos (a) a (d) de dicha disposición, la expropiación es legal desde el punto de vista del derecho internacional consuetudinario y, como tal, no corresponde el pago de ningún tipo de indemnización adicional más allá de los montos establecidos en el párrafo (2).³⁹⁹ No obstante, toda expropiación indirecta es *per se* ilegítima ya que no está acompañada del pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización y continuará siéndolo hasta tanto no se haya efectuado el pago de la correspondiente indemnización.⁴⁰⁰

³⁹⁸ CLA35, F.A. Mann, *Further Studies in International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1990) p. 241.

³⁹⁹ Por lo tanto, en cualquier caso en el que un Estado anfitrión cuestione el hecho de que ha realizado una expropiación indirecta, el tribunal debe considerar si conceder tan solo una indemnización por el valor justo de mercado conforme a los párrafos (2) a (4) del Artículo 10.7 constituye una reparación plena suficiente para al inversionista administrativo.

⁴⁰⁰ Según establece el Artículo 14(3) del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional, la constante falta de un Estado de conformidad con cualquiera de las obligaciones del derecho internacional que haya asumido constituye un delito en el derecho internacional

(d) Aplicación del Artículo 10.7 a los hechos planteados en este caso

408. En el párrafo 17 de su notificación de intención de defender las presentes reclamaciones, la Demandada erróneamente plantea la cuestión relevante para la resolución de las reclamaciones de los Inversionistas en virtud del Artículo 10.7. Con todo respeto, no se trata de evaluar si los inversionistas gozaban de un “derecho al valor de la inversión”. La cuestión relevante es si la conducta de la Demandada interfirió significativamente con la capacidad de los Inversionistas de obtener el mayor rédito económico posible de sus “inversiones” en el territorio de Costa Rica. El texto del Artículo 10.7(1) es claro respecto de estas dos proposiciones contradictorias. Expresamente prohíbe a Costa Rica adoptar o mantener medidas que sean “equivalentes [en efecto] a [la] expropiación” de “inversiones” encubiertas”.
409. A los efectos del Artículo 10.7(1), y en concordancia con la definición de “inversión” establecida en los párrafos (h) y (g) del Artículo 10.28, las inversiones que han sido objeto de medidas equivalentes a una expropiación fueron: una serie de “derechos de propiedad” sobre un terreno y “licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares” que la Demandada les había otorgado respecto de cómo podrían ejercerse tales derechos de propiedad; es decir, de qué manera los Inversionistas podían ejercer tales derechos para darle el uso de mayor provecho a los terrenos sobre las que pesaban tales derechos. Es por ello que, en un sentido práctico, el Tribunal tan solo debe decidir si la conducta delineada precedentemente les impidió a las Demandantes llevar a cabo sus planes de desarrollo del Proyecto Las Olas.
410. Las Demandantes señalaron que la respuesta a esta cuestión es obvia. Debido a la conducta ilícita descrita anteriormente, los Inversionistas se vieron impedidos de desarrollar el complejo Las Olas. Se trata de una simple relación causal. La conducta ilícita de la Demandada les impidió o no a las Demandantes hacer uso de los permisos de construcción que les habían sido otorgados, es así de simple.
411. Las Partes del DR-CAFTA expresamente establecieron que las violaciones al Artículo 10.5 también podrían encuadrarse como violaciones al Artículo 10.7(1)(d). Se trata

consuetudinario. Es evidente que las Partes del CAFTA eran consciencias de esta norma consuetudinaria en la medida en que, al redactar el Artículo 10.7(1), eligieron asegurarse que el alcance del Capítulo 10 abarcara no solo medidas “*adoptadas*” por una Parte en relación con inversionistas o sus inversiones, sino también con medidas “*mantenidas*” por las Partes a los mismos efectos.

estrictamente de una cuestión dual sobre los grados de interferencia. Las Demandantes señalan que las pruebas aportadas al expediente admiten una única interpretación de los hechos: que la Demandada interfirió dolosamente de manera tan significativa con su capacidad de ejercer plenamente los derechos de propiedad y los permisos gubernamentales que tenían en Costa Rica que el resultado era equivalente a una expropiación. El escenario alternativo supone la conclusión de que la privación de derechos causada por la conducta ilícita de Costa Rica no reúne las condiciones necesarias para ser entendida como “equivalente a una expropiación”. Las pruebas, sin embargo, no respaldan esta última conclusión.

412. Asimismo, en tanto la Demandada continuaría siendo internacionalmente responsable por la misma conducta ilícita en virtud del Artículo 10.5, también le cabría la responsabilidad por la violación del Artículo 10.5(1). Conforme se detalla más adelante, el estándar de indemnización en el derecho internacional aplicable también se mantendría intacto. La Demandada debería indemnizar a los Inversionistas por un monto suficiente para brindarles una plena reparación. Como ello necesariamente supondría reestablecer la situación en la que habrían de encontrarse hoy si la conducta ilícita jamás hubiera ocurrido, Costa Rica de todas formas debería pagarles una indemnización suficiente para compensarlos y hacer como si el Proyecto Las Olas jamás se hubiera paralizado o si se hubieran retomado las obras tan pronto como los permisos de construcción hubieran sido nuevamente emitidos por la Municipalidad, inmediatamente después de haber tomado conocimiento de que la SETENA había restablecido el correspondiente certificado de viabilidad ambiental. El problema con este escenario es que jamás existió. Los permisos de construcción jamás se renovaron, y la responsabilidad recae exclusivamente en la Demandada.
413. De hecho, no es difícil trazar las líneas que demuestran la causa próxima entre las tres categorías de conducta ilícita establecidas en el Artículo 10.5 precedente y el hecho de que los permisos de construcción jamás se renovaron (ni deberían haber sido revocados en primer lugar):
- (I) Desde al menos abril de 2009 y hasta febrero de 2011, la Demandada mantuvo al mismo tiempo dos esquemas completamente contradictorios, los cuales suponían la suficiente capacidad de ejercer facultad discrecional para promover el crecimiento de Las Olas (de manera coherente con los altos estándares de sustentabilidad ambiental de Costa Rica) o bien destruirlo (de

manera totalmente contraria a los principios fundamentales de equidad, transparencia o debido proceso). Y la única diferencia entre febrero y marzo de 2011, desde el punto de vista de las Demandantes, es que la Demandada finalmente abrió el telón para dejar ver, por primera vez, la aberración regulatoria que hacía ya tiempo había puesto en marcha con el único objeto de destruir las inversiones de las Demandantes.

De no haber sido por las reiteradas decisiones tomadas por funcionarios como Vargas y Diaz y por organismos como el SINAC y el TAA, con el fin de ocultar sus investigaciones a los Inversionistas e impedirles tomar conocimiento de las acusaciones en su contra, o responderlas, la falsedad de tales acusaciones podría haberse demostrado mucho antes de que se concretara cualquier interrupción del Proyecto.

Si no fuera por la evidente predisposición de Bogantes, Diaz y Vargas para ignorar de manera deliberada el hecho de que el Proyecto Las Olas se venía desarrollando de conformidad con todas las leyes y regulaciones aplicables, y desvirtuar el ejercicio por parte de la SETENA de su facultad de supervisión del Proyecto, las acusaciones falsas planteadas por Bucelato no se habrían reactivado o habrían encontrado vía libre para que se inicie una instrucción penal. De no ser por ello, entonces, el Proyecto Las Olas habría continuado desarrollándose hasta terminarse por completo.

Si la SETENA y los funcionarios responsables del gobierno municipal hubieran podido ejercer sus funciones, es evidente que la relación saludable, profesional y cooperativa que cada uno de ellos mantenía con los Inversionistas y con sus representantes garantizaba que cualquier obstáculo o problema imprevisto que pudiera surgir se habría resuelto en forma amigable y, por lo tanto, es muy probable que el Proyecto se habría completado dentro de los plazos previstos y del presupuesto establecido.

- (II) El expediente contiene una sarta de decisiones irrazonables e injustificadas adoptadas por el Fiscal Martínez que ameritan una única conclusión razonable y es que estaba motivado, de alguna manera, por una especie de animosidad discriminatoria contra el Sr. Aven. Esta aparente animosidad, o estudiada indiferencia, se vio magnificada por las diferentes maneras en las que abusó de su derecho de promover la causa en su contra.

Más aún, del expediente no surge ni un único ejemplo de que la Fiscalía hubiera lidiado con las demandas del Sr. Aven de manera diligente. Todo lo contrario, se pueden encontrar ejemplos de manipulación intencional y declaraciones falsas de los registros administrativos que guardaban la Fiscalía y la oficina local del MINAE, cuando se encontraba bajo directa supervisión de Christian Bogantes.

Supongamos, como hipótesis, que jamás se le hubieran asignado al Fiscal Martínez los expedientes de Aven y Damjanac, y que las causas hubieran recaído, en cambio, en manos de un fiscal riguroso con la objetividad que le exige la ley. En este escenario, las reclamaciones de los Inversionistas podrían versar hoy únicamente sobre: (i) el tiempo y los gastos a los que se los expuso en el año 2011, hasta que la SETENA dictó la resolución de restablecimiento;

y (ii) el daño a la reputación de la marca Las Olas. Sin embargo, debido a que el fiscal era alguien cuyo comportamiento sugiere que, en todo caso, fue diligente al desobedecer su obligación de objetividad, y se impidió continuar con el desarrollo inmobiliario de Las Olas

- (III) La conducta maliciosa y perniciosa del Sr. Bogantes indujo las respectivas cruzadas en las que ya se veían envueltas las Sras. Díaz y Vargas. La manipulación de los registros del MINAE de 2008 a manos del Sr. Bogantes o de un cómplice desconocido le permitieron armar una falsa acusación contra el Sr. Aven por falsificación de documentos que eran esenciales para obtener los permisos necesarios para avanzar con las obras del Proyecto Las Olas. La divulgación de este artilugio por parte del Sr. Bogantes o de su cómplice a la Sra. Díaz, y posiblemente también a Bucelato, reforzaban la posibilidad de que se utilizarían en contra del Sr. Aven, sin siquiera salpicar a su verdadero autor o autores.

Si el Sr. Bogantes hubiera tenido la honestidad e integridad suficientes para atenerse a lo que establecía el informe del 10 de julio que preparó junto con el Sr. Manfredi y se hubiera mantenido al margen de las maquinaciones que finalmente le permitirían anular sus propias conclusiones de que “no existían humedales o bosques”, el desarrollo inmobiliario Las Olas se habría llevado a cabo según los tiempos previstos, sin interrupciones de ningún tipo.

414. En cada uno de estos tristes escenarios, el último eslabón en la cadena de causalidad es el mismo: la paralización a largo plazo de un desarrollo hotelero e inmobiliario de lujo. Los desarrolladores originales nada pueden hacer por revertir el daño a la reputación que ello supone. Cualquier paralización mayor a un año no le deja otra alternativa a los desarrolladores originales más que salir a vender a precios de remate y reconocer la pérdida a los efectos impositivos. El hecho de que la paralización sobre la que versa esta causa se haya extendido por mucho más tiempo y haya involucrado también acusaciones penales no hace más que intensificar lo aterrador de su resolución.

IV. MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

A. Daños vinculados a la destrucción de la inversión

415. Tal como señalamos anteriormente, el Gobierno de Costa Rica violó el Artículo 10.7 y el Artículo 10.5 de distintas maneras. Las Demandantes tienen derecho, en virtud de las reglas del derecho internacional aplicables, a ser reparadas por el daño que sufrieron con motivo de este comportamiento ilícito.

(a) Las Demandantes tienen derecho a una indemnización por el monto del valor justo de mercado de sus inversiones en Costa Rica que se vieron frustradas por la conducta atribuible a la Demandada

416. El Artículo 10.7 del DR-CAFTA expresamente otorga a las Demandantes el derecho a una indemnización equivalente al valor justo de mercado de las inversiones que han sido objeto de una interferencia equivalente a una expropiación. El DR-CAFTA, sin embargo, no especifica el monto de la indemnización que corresponde en aquellos casos en los que el Estado anfitrión expropió un activo de un inversor *de manera ilegítima* o bien violó otras disposiciones del Tratado. Ante la falta de una aclaración expresa al respecto contenida en el Tratado, el estándar correspondiente en el derecho internacional consuetudinario resulta de aplicación.⁴⁰¹
417. La afirmación categórica del estándar de reparación del derecho internacional consuetudinario ha sido plasmada en la sentencia dictada por la Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso *Chorzów Factory*:

El principio esencial contemplado en la noción real de un acto ilegal – principio que parece haber sido consagrado por la práctica internacional y, en particular, por las decisiones de tribunales arbitrales- es que la *reparación debe, en la medida de lo posible, erradicar todas las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que, probablemente, habría existido si el acto no se hubiera cometido*. La restitución en especie, o, de no ser posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría una reparación en especie; el reconocimiento, de ser necesario, del pago de una indemnización por la pérdida sufrida que no podría recuperarse por medio de la restitución en especie o el eventual pago de su correspondiente valor.⁴⁰²

418. El principio consagrado en el caso *Chorzów Factory* es reconocido ampliamente, sino por todo el mundo.⁴⁰³ Ha sido codificado en el Artículo 36 del Proyecto de Artículos

⁴⁰¹ Ver, por ejemplo, CLA76, *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría* (Caso CIADI N. ° ARB/03/16), Laudo, 2 de octubre de 2006, ¶ 483 (“Dado que el tratado no contiene ninguna regla *lex specialis* que regule la cuestión del estándar para estimar los daños en el caso de una expropiación ilegítima, el Tribunal debe aplicar, por defecto, el estándar consagrado por el derecho internacional consuetudinario contenido en el presente caso”). Ver también CLA126, *Vivendi III*, ¶¶ 8.2.3-8.2.5; CLA78, *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI N. ° ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 ¶¶ 349-352.

⁴⁰² CLA12, *Caso sobre la Fábrica en Chorzów* (Alemania c. Polonia), Sentencia del 13 de septiembre de 1928, CIPJ. Ser. A., No. 17, p. 47 (énfasis añadido).

⁴⁰³ Ver, por ejemplo: CLA108, *Occidental Petroleum*, ¶ 792 (CIADI, 5 de octubre de 2012) (“El punto de partida es el principio de ‘reparación plena’, expresado por la Corte Internacional Permanente de Justicia en el caso *Chorzów Factory*...); *ADC*, ¶ 493 (donde se revisan varias decisiones y se concluye que “no cabe duda sobre la presente vitalidad del principio consagrado en el caso *Chorzów Factory*, toda vez que su

sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, en virtud del cual, cuando la restitución en especie no es posible:

[El] estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho... La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.⁴⁰⁴

419. Cuando el objeto de la reparación es indemnizar por una expropiación ilegítima, el principio del derecho internacional consuetudinario incluye, entre otros, el valor justo de mercado de los bienes expropiados.⁴⁰⁵ Este principio del derecho internacional consuetudinario no se limita a la reparación por expropiaciones ilegítimas, sino que, por el contrario, se aplica a *todos* los actos ilegales, incluida la violación de un Estado anfitrión de cualquier otra obligación en virtud del tratado. El tribunal en el caso *Lemire*, al estimar la indemnización que le correspondía a la demandante en concepto de reparación por la violación por parte del Estado anfitrión de la cláusula sobre trato justo y equitativo del Tratado entre Ucrania y los Estados Unidos, entendió que:

[La cláusula sobre trato justo y equitativo] del Tratado no establece ninguna regla sobre el tipo de reparación adecuada en casos de violación... El hecho de que el Artículo II.3 del Tratado no especifica el tipo de reparación que un inversionista perjudicado puede reclamar no implica que una violación al principio de trato justo y equitativo no deba ser reparada: todo hecho ilícito cometido por un Estado contra un inversionista siempre debe darle al inversionista el derecho a ser indemnizado por el daño económico causado. Lo complejo de la cuestión radica en cómo estimar este daño económico.

Generalmente se reconoce que en situaciones en las que la violación del principio de trato justo y equitativo no se traduce en una pérdida total de la

plena vigencia actual ha sido reconocida en reiteradas oportunidades por la Corte Internacional de Justicia”); CLA43, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo Parcial (CNUDMI, 13 de noviembre de 2000), ¶ 311; CLA126, *Vivendi III* Laudo, ¶ 8.2.4–8.2.5; CLA78, *Siemens*, ¶ 351; CLA62, *CMS*, ¶ 400; CLA33, *Amoco International Finance Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, Laudo N.º 310-56-3, Laudo, ¶ 191 (Tribunal de Reclamaciones entre Irán y los Estados Unidos, 17 de julio de 1987).

⁴⁰⁴ CLA44, Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, noviembre de 2001, Suplemento N.º 10 (A/56/10), capítulo IV.E.1.

⁴⁰⁵ CLA86, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, ¶ 775 (“La reparación total da derecho al inversionista que ha sido objeto de una expropiación ilícita a la restitución de daños, que comprende, entre otros, el valor justo de mercado de la inversión expropiada ilícitamente según se determine mediante la aplicación de una metodología de valuación apropiada.”); Ver también CLA126, *Vivendi III*, ¶ 8.2.5 (“Resulta claro también que dicho estándar permite, si así lo exigen los hechos, una tasa de reparación más alta a la establecida... para expropiaciones legítimas.”); CLA33, *Amoco*, ¶ 197 (“[S]i la expropiación es legítima, el valor de la empresa al momento de su expropiación es la medida y el límite de la indemnización, mientras que si es ilegítima, este valor es, o puede ser, solo una parte de la reparación que corresponde pagar.”)

inversión, la finalidad de la indemnización debe ser que el inversionista se encuentre en la misma situación económica en la que habría estado si la demandada no hubiera violado el Tratado.⁴⁰⁶

420. En otras palabras, el objeto de otorgar una indemnización por daños y perjuicios es la misma, independientemente de las disposiciones del tratado que se haya demostrado que han sido violados por la Demandada: que la Demandante se encuentre en la misma situación económica en la que se encontraría si la Demandada no hubiera violado el Tratado.⁴⁰⁷ Si las pérdidas causadas por las violaciones al Artículo 10.5 o a otras obligaciones establecidas en el DR-CAFTA tienen la naturaleza o el efecto de una privación semejante al que habría ocasionado una expropiación, resulta irrelevante si se mantiene el control nominal sobre las empresas de inversión o el título de propiedad de los terrenos.⁴⁰⁸ Los tribunales internacionales de inversión coinciden en que el otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios por un monto equivalente al valor justo de mercado de la inversión es adecuado en todos los casos en los que “la interferencia con los derechos de propiedad deriva en una pérdida equivalente a la pérdida total de la inversión”.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ CLA102, *Joseph Charles Lemire y otros c. Ucrania*, Laudo ¶¶ 147, 149 (CIADI, 28 de marzo de 2011). Ver también: *Fuchs*, ¶ 532 (“El Tratado entre Georgia e Israel nada dice acerca del principio de indemnización aplicable a la violación de la [cláusula sobre trato justo y equitativo]. Sin embargo, el Artículo 36 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional... establece que ‘el estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución’ y que dicha indemnización ‘cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que este sea comprobado’.”.)

⁴⁰⁷ CLA78, *Siemens*, ¶ 351; CLA126, *Vivendi III*, ¶ 8.2.4.

⁴⁰⁸ Ver, por ejemplo: CLA80, *Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. la República Argentina*, Caso N.º ARB/01/3, Laudo, ¶¶ 243–244, 264–268, 359–363, 384–386, 450 (CIADI, 22 de mayo de 2007) (donde se conceden USD 106.200.000 por la violación del trato justo y equitativo, al aplicar el enfoque del valor justo de mercado debido a que “la línea que separa la expropiación indirecta de la violación del trato justo y equitativo puede ser demasiado delgada y en esas circunstancias el principio de indemnización también puede ser similar en uno u otro lado de la línea.”); CLA74, *Azurix Corp. c. la República Argentina*, Caso N.º ARB/01/12, Laudo, ¶¶ 319–322, 442 (CIADI, 14 de julio de 2006) (no se reconoce expropiación debido a que la Demandante “no perdió los atributos de la propiedad”, pero el pago como indemnización por concepto del justo valor de mercado de USD 165.240.753 con motivo de que la Demandada “infringió [con su obligación de] dispensar un tratamiento justo y equitativo a la inversión de [la Demandante]” y otras violaciones al tratado); CLA62 *CMS*, ¶¶ 263–264, 273–281, 409–411, 468 (El Tribunal entendió que no había habido expropiación porque la Demandante aún tenía “la plena propiedad y el control de la inversión”, pero otorgó USD 113.200.000 en concepto de “daños o... indemnización relativos al cumplimiento del trato justo y equitativo.”); CLA108 *Occidental Petroleum*, ¶ 707 (“Luego de haber determinado, en las secciones anteriores del presente Laudo, que la inversión de las Demandantes en el Ecuador no ha recibido el trato justo y equitativo por parte de la Demandada y fue expropiada mediante la sanción del Decreto de Caducidad, el Tribunal determinará a continuación, tal como señala el Artículo III del Tratado, el valor justo de mercado de dicha inversión.”)

⁴⁰⁹ CLA79, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. la República Argentina*, Laudo (CIADI, 25 de julio de 2007), ¶ 35 (“[El valor justo de mercado] es adecuado en casos de expropiación en los que las Demandantes pierden la titularidad sobre su inversión o en los que la

(b) Estimación del valor justo de mercado

421. El valor justo de mercado ha sido definido como “el precio al cual un bien puede intercambiarse entre un hipotético comprador voluntario y capaz y un hipotético vendedor voluntario y capaz, sin que exista obligación alguna de comprar o de vender, y teniendo todas las partes un conocimiento razonable de los hechos, todo ello en un mercado abierto y sin restricciones”.⁴¹⁰ En este mismo sentido, la Guía del Banco Mundial para el Trato de Inversiones Extranjeras Directas de 1992 (*1992 World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*) define el valor justo de mercado en los siguientes términos:

...el monto que un comprador voluntario normalmente pagaría a un vendedor voluntario después de haber considerado la naturaleza de la inversión, las circunstancias en las que operaría en el futuro y sus características específicas, incluido el período en el cual operaría en el futuro y sus características específicas, incluido el período en el cual ha existido, la proporción de los activos tangibles en la inversión total y otros factores relevantes que resultan pertinentes en función de las circunstancias específicas de cada caso puntual.⁴¹¹

422. Las autoridades diferencian expropiación legítima de ilegítima al determinar la fecha de valuación apropiada. En el caso anterior, los tratados comúnmente establecen de modo expreso que la fecha de valuación apropiada es “justo antes de” o “al momento de” la expropiación; en el último caso, los tratados probablemente no especifiquen una fecha de valuación adecuada, dejando que los tribunales apliquen el derecho internacional consuetudinario. En tales circunstancias, la opinión predominante entre

interferencia con los derechos de propiedad deriva en una pérdida equivalente a la pérdida total de inversión”.) Ver, también: CLA62, CMS Gas Transmission Company c. Argentina, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/01/8 (12 de mayo de 2005), ¶ 410 (donde se señala que el estándar del valor justo de mercado es el estándar apropiado en casos de expropiación y posiblemente de otras violaciones que deriven en pérdidas en el largo plazo); CLA126, Vivendi III Laudo, ¶ 8.2.8 (“[E]l grado de daños necesarios para indemnizar el incumplimiento del principio de trato justo y equitativo debería ser diferente al de un caso en el que el propio gobierno expropia la inversión extranjera. La diferencia generalmente radicaría en si la inversión se vio simplemente perjudicada o destruida. En este caso, sin embargo, no nos enfrentamos a una necesidad de diferenciar, en vista de nuestras conclusiones previas de que las mismas medidas del estado violaron ambos artículos pertinentes del TBI y que estas medidas mutilaron el Contrato de Concesión, quitándole todo valor.”)

⁴¹⁰ CLA80, Enron, ¶ 361 (CIADI, 22 de mayo de 2007). Ver, también: CLA87, National Grid P.L.C. c. la República Argentina, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008, ¶ 263 nota 99 (“El valor justo de mercado ha sido definido como ‘el precio, expresado en términos de equivalentes de caja, al cual una propiedad se intercambia entre un hipotético comprador voluntario y capaz y un vendedor hipotético y capaz, actuando en un mercado abierto e irrestricto, cuando ninguno de ellos se vea obligado a comprar o a vender y cuando ambos tengan conocimiento razonable de los hechos relevantes’”) (se omiten citas); CLA62, CMS, ¶ 402 (ídem); CLA108, Occidental Petroleum, ¶ 707 (ídem).

⁴¹¹ CLA37, Comité de Desarrollo del Banco Mundial, *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, Guía IV.5 (1992).

los tribunales hoy es que el derecho internacional consuetudinario establece usar la fecha del laudo arbitral, si hubiere, como la fecha de valuación adecuada.⁴¹² Los fundamentos detrás del uso de la fecha del laudo para fijar la fecha de valuación radica en el hecho de que el derecho internacional consuetudinario exige que el reconocimiento del pago de una indemnización por daños reestablezca al Demandante “a la misma posición en la que se encontraría si la expropiación no hubiera tenido lugar” –y, en el caso de expropiaciones ilegítimas, reparar a la Demandante puede, y comúnmente lo hace, requerir la valuación del bien expropiado a la fecha del laudo.

413

423. Existen tres enfoques generalmente aceptados para determinar el valor justo de mercado de un bien: el enfoque basado en los ingresos, el enfoque basado en el mercado y el enfoque basado en el bien. En algunos casos, varios enfoques son adecuados⁴¹⁴ mientras que en otros se impone aplicar uno solo. No obstante, todo análisis sobre cuál es el enfoque correcto en un caso determinado debe, sin lugar a duda, tener en cuenta el contexto. En el contexto de un emprendimiento comercial inmobiliario, el valor justo de mercado refleja el uso de mayor provecho del terreno destinado al proyecto, el cual suele estimarse a partir de un enfoque basado en el mercado.⁴¹⁵
424. No obstante, según señala el tribunal de *Occidental c. Ecuador*, el “enfoque económico estándar para medir actualmente el valor justo de mercado”⁴¹⁶ es el método de Flujo de Caja Descontado o “FCD”, el cual calcula el valor actual de los

⁴¹² CLA76, *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. la República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/03/16, Laudo del Tribunal, 2 de octubre de 2006; CLA78, *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007; o CLA31, *Amco Asia Corporation y otros c. la República de Indonesia*, Caso CIADI N.º ARB/81/1, Laudo, 5 de junio de 1990.

⁴¹³ Ver, por ejemplo, CLA105 *Unglaube y Unglaube c. la República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/08/1 y ARB/09/20, Laudo de fecha 16 de mayo de 2012.

⁴¹⁴ Ver, por ejemplo, CLA113, *Teco Guatemala Holdings LLC c. Guatemala*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/10/17, 18 de diciembre de 2013, ¶ 338.

⁴¹⁵ CLA40, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA c. Costa Rica*, Laudo Definitivo, Caso CIADI N.º ARB/96/1, IIC 73 (2000), (2000) 439 ILM 1317, 17 de febrero de 2000, CIADI, ¶ 70; y CLA90, *Waguieh Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. Egipto*, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/05/15; IIC 374 (2009), ¶¶ 574 y 580.

⁴¹⁶ CLA108, *Occidental Petroleum*, ¶ 708 (“los flujos de caja [descontados] se determinan de manera apropiada calculando el flujo de beneficios (“flujos de caja”) que las Demandantes habrían esperado obtener razonablemente en un estado de situación en el que hipotéticamente la terminación del Contrato de Participación no ocurrió y comparándolo con el flujo de caja real obtenido por las Demandantes con posterioridad a la terminación. La diferencia entre estos dos flujos de caja (el estado de situación en el que no hubo terminación menos el estado de situación real con terminación del contrato), descontados a la fecha real de terminación contractual, es la medida económicamente apropiada y confiable del daño económico acumulativo sufrido por las Demandantes como consecuencia de la terminación contractual”).)

flujos de caja futuros que se espera que genere un bien, y de los que se ha perdido la Demandante como resultado de verse privada de sus inversiones. El análisis de FCD reconoce que dicho riesgo y el valor tiempo del dinero generan beneficios “posteriores” a partir de un determinado monto en dólares en el futuro que resulta menos cuantioso que recibir la misma suma de dinero en dólares “hoy”. Es decir, el valor actual de los dólares futuros es el valor descontado de su monto futuro. El método del FCD brinda, por estos motivos, una estimación confiable del valor de un activo en cualquier momento: “El valor actual equivale siempre al flujo de caja futuro descontado al costo de oportunidad de capital”.⁴¹⁷ Los tribunales arbitrales han adoptado sistemáticamente al menos algunos de los elementos del análisis del FCD al determinar el valor justo de mercado de una empresa dedicada a una actividad que evidentemente reflejaba el uso del mayor provecho del terreno que destina dicho emprendimiento para llevar adelante su negocio.⁴¹⁸

425. El uso de mayor provecho se determina por factores tales como las características físicas del terreno y la proximidad a instalaciones, servicios públicos y un mercado eficiente. Sin embargo, también es esencial para dicha estimación la existencia de derechos legales de uso vinculados a los derechos de propiedad de los inversionistas sobre el terreno en cuestión. En el presente caso, algunos ejemplos de dichos derechos legales incluyen, entre otros, el certificado de viabilidad ambiental emitido por la SETENA y los permisos de construcción otorgados por el gobierno municipal en pleno ejercicio de su competencia territorial sobre el terreno en cuestión. En otras

⁴¹⁷ CLA114, Brealey, Richard C., Stewart C. Myers, y Franklin Allen, *Principles of Corporate Finance*, Décimoprimera Edición (McGraw Hill/Irwin: New York, 2014), 93.

⁴¹⁸ CLA80, *Enron*, ¶ 385 (“Dado que el FCD refleja la capacidad de las empresas de generar retornos positivos en el futuro, parece ser el método adecuado para valorar una ‘empresa en marcha’ como TGS. Asimismo, existen pruebas concluyentes de que el método de FCD es una herramienta sólida utilizada a nivel internacional para estimar el valor de empresas, si bien debe aplicarse con cautela ya que puede derivar en algún tipo de especulación. Los tribunales también han recurrido a esta metodología en reiteradas oportunidades para estimar el valor justo de mercado de activos con el objeto de determinar la correspondiente indemnización por violaciones al derecho internacional.”); ver también CLA106, *EDF International SA y otros c. Argentina*, Laudo Definitivo, Caso CIADI N.º ARB/03/23, 11 de junio de 2012, ¶1188 (al estimar los daños por la violación del principio de trato justo y equitativo, el tribunal señaló que estaba “convencido de que el método de FCD es el más adecuado [en los casos donde]... [l]a empresa que está siendo valuada es... una empresa con un flujo de ingresos predecible”); CLA76, ADC, ¶ 502 (“Como muchos otros tribunales en casos como el presente, el Tribunal prefiere aplicar el método del FCD.”); CLA62, *CMS*, ¶ 416 (“[l]as técnicas del FCD han sido usadas universalmente, incluso por numerosos tribunales arbitrales, como un método apropiado para la valoración de los activos de las empresas.”); CLA111, *Phillips Petroleum*, ¶ 112 (donde se señala que “un potencial comprador de un activo casi seguramente adoptaría un análisis de FCD para ayudar a determinar el precio que estaría dispuesto a pagar y que los cálculos de FCD son, por lo tanto, pruebas que el Tribunal está justificado a considerar a la hora de pronunciarse sobre la determinación del valor”).

palabras, el uso al que se destine el terreno (conforme permita cualquier desarrollo inmobiliario aprobado) es un factor clave del uso de mayor provecho que podría darse y, en este caso, el terreno se destinaría para operar un complejo turístico como una empresa en marcha. La metodología de FDC resulta apropiada en este caso en tanto refleja el uso de mayor provecho que podría haberse dado a la finca si los actos de Costa Rica no hubieran interferido en su desarrollo.

426. No obstante, un análisis de FCD, si bien capta el riesgo general de fracaso inherente a cualquier emprendimiento, no necesariamente englobaría el mayor riesgo en vista del hecho de que el emprendimiento en cuestión se encontraba en una etapa inicial de desarrollo. Una valuación de FCD modificada de forma adecuada a fin de contemplar este factor de riesgo adicional es, por consiguiente, la medida más adecuada para estimar las pérdidas sufridas por las Demandantes en relación con su inversión en el Proyecto Las Olas.

(c) Todas las implicancias de garantizar una indemnización en base al principio de reparación total

427. Tal como señalamos anteriormente, las acciones y omisiones de la Demandada constituyen violaciones tanto del Artículo 10.5(1) como del Artículo 10.7(1). Debido al hecho de que la conducta de la Demandada constituía medidas equivalentes a una expropiación, se trataba *per se* de una conducta ilegítima. Por lo tanto, si el tribunal estimara los daños únicamente en base a los términos establecidos en los párrafos (2) a (4) del Artículo 10.7, las Demandantes no recibirían una reparación total. El mismo razonamiento cabe aplicar a las violaciones del Artículo 10.5, en tanto toda conducta contraria a las promesas vertidas por un Estado anfitrión en un tratado es, por definición, ilegítima en el derecho internacional.
428. Por consiguiente, las Demandantes tienen derecho a recibir una indemnización sobre la base del principio *restitution integrum*. Restablecer la posición que uno habría ocupado de no haber existido la violación significa más que recibir como indemnización el valor justo de mercado de las inversiones al momento más oportuno, beneficiando de ese modo a la víctima y garantizando que la Demandada no podrá beneficiarse de ningún tipo de enriquecimiento ilícito respecto del terreno expropiado.

Ello incluye cualquier monto indemnizatorio que sea necesario a fin de garantizar que las Demandantes reciban una reparación plena y total.⁴¹⁹

429. Cumplir con esta meta supone garantizar que la indemnización refleja también cualquier monto adicional pagado por las Demandantes a fin de conservar sus derechos sobre la inversión o luchar por ella. Por ejemplo, los impuestos inmobiliarios pagados en relación con los terrenos expropiados después del 1º de enero de 2009 (*de facto* o *de iure*) más todos los honorarios pagados y cualquier otro gasto en el que se hubiera incurrido a fin de obtener los permisos para realizar obras en un terreno que ahora no podrán desarrollar jamás. También implica recibir una indemnización por todos los gastos adicionales incurridos como resultado de la conducta ilícita del Estado o con el objeto de impugnar tal conducta.
430. No se puede simplemente “*erradicar todas las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que, probablemente, habría existido si el acto no se hubiera cometido*”, si dichas sumas no se incluyen en la indemnización por daños que se otorgue. Tal como señalan Dolzer y Schreuer:

En virtud de este principio, la indemnización por una violación del derecho internacional debe reflejar el daño real sufrido por la víctima. En otras palabras, la situación presente de la víctima debe compararse con la que habría predominado de no haberse cometido dicho acto. Por lo tanto, normalmente no se concederá el pago de una indemnización por daño moral o por daños punitivos.

431. Este método subjetivo incluye cualquier daño indirecto pero también los beneficios adicionales que surgen como consecuencia del acto ilegal. Según el Tribunal en el caso *Petrobart c. la República de Kirguistán*:

... en la medida en que, al parecer, Petrobart sufrió un daño como consecuencia de las violaciones de la República al Tratado, Petrobart deberá, en la medida de lo posible, recobrar la posición económica en la que habría de encontrarse de no haber existido tales violaciones.⁴²⁰

⁴¹⁹ Sergey Ripinsky, *Damages in International Investment Law* (Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008) 88

⁴²⁰ CLA104, Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, vol. 2 (Oxford: OUP, 2012) 295, donde se cita: CLA60, *Petrobart c. República de Kirguistán*, Laudo, 29 de marzo de 2005, VIII.7, en Rev. de Arbitraje Internacional de Estocolmo 2005:3, 45 p. 84. Ver también CLA59, MTD Chile SA c. Chile, Laudo, Caso CIADI N.º ARB/01/7 (25 de mayo de 2004), ¶ 238

432. En este sentido, si el Tribunal entiende que la conducta de la Demandada fue ilegítima al haber incumplido con los Artículos 10.5(1) o 10.7(1) debería otorgarle a las Demandantes una indemnización total por los costos de arbitraje, honorarios de abogados y otras erogaciones en las que hubiera incurrido las Demandantes. Si no hubiera sido por la conducta ilícita de la Demandada, tales costos jamás habrían existido.
433. Cumplir con el principio de *restitutio integrum* también exige que el Tribunal ejerza su discrecionalidad al elegir la fecha de valuación que mejor garantice que se conceda una total reparación.⁴²¹

(d) Los daños de las Demandantes relacionados al valor justo de mercado de su inversión

434. Las Demandantes han demostrado anteriormente que el Proyecto Las Olas fue paralizado por agencias del Gobierno de Costa Rica, sin justificación alguna, y que el proyecto continúa paralizado al día de hoy. En las secciones precedentes, las Demandantes han demostrado también que los actos de Costa Rica violan sus obligaciones en virtud del DR-CAFTA, particularmente el Artículo 10.5 y el Artículo 10.7. Como resultado de estas violaciones al DR-CAFTA, la inversión de las Demandantes en Costa Rica se han destruido por completo. La cuestión recae, entonces, en indemnizar a las Demandantes por los hechos internacionalmente ilícitos perpetrados por Costa Rica.
435. Conforme se señalara precedentemente, la postura de las Demandantes es que la indemnización por daños por las violaciones al DR-CAFTA por parte de Costa Rica deberían ser de tal magnitud de borrar todas las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos cometidos por Costa Rica y reestablecer la situación que habría existido de no haberse cometido tales hechos.
436. En este caso puntual, el daño causado al Proyecto Las Olas nace cuando la Municipalidad emitió la Notificación de Paralización del Proyecto, la cual fuera

⁴²¹ Ver, por ejemplo, CLA76, *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. la República de Hungría* (Caso CIADI N.º ARB/03/16), Laudo, 2 de octubre de 2006; CLA96, *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia* (Casos CIADI N.º ARB/05/18 & ARB/07/15), Laudo, 3 de marzo de 2010; CLA93, *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. la República de Tayikistán* (Cámara de Comercio de Estocolmo Caso N.º V (064/2008)), Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 2 de septiembre de 2009.

recibida por la administración de Las Olas en mayo de 2011. Por entonces, el proyecto quedó en punto muerto y, debido a las órdenes de suspensión de las obras en el sitio, en la actualidad el proyecto aún se encuentra paralizado.

437. El Proyecto Las Olas era una oportunidad de inversión potencialmente muy rentable para las Demandantes. Costa Rica cuenta con varios desarrollos inmobiliarios similares que ofrecen servicios semejantes: compras de lotes, casas y unidades de propiedad en condominio; servicios de arrendamiento para dichos sitios; venta de tiempos compartidos; hoteles y servicios relacionados. El Proyecto Las Olas no era, por lo tanto, un proyecto excepcional. Por el contrario, seguía el modelo de varios otros desarrollos inmobiliarios rentables de proyectos residenciales/turísticos de lujo a lo largo de todas las áreas costeras accesibles de Costa Rica.
438. Sin embargo, lo que diferencia al Proyecto Las Olas de otros proyectos similares era su ubicación. Tal como señala el Sr. Aven, Las Olas se beneficiaba de su ubicación privilegiada que daba directamente a una playa virgen, y todas las áreas del sitio del proyecto ubicadas entre la carretera principal y los terrenos frente al mar. El área costera alrededor de Las Olas no estaba sobrecargada de desarrollos inmobiliarios de complejos turísticos y los desarrollos inmobiliarios cercanos no contaban con acceso al mar. Con la apertura de la carretera principal a San José en el año 2010, Las Olas se convirtió en un destino único de fácil acceso y a tan solo media hora en automóvil desde San José y del aeropuerto internacional, además de que no se encuentra muy lejos del Parque Nacional Manuel Antonio, una de las principales atracciones turísticas del país.
439. Las acciones de Costa Rica les impidieron a las Demandantes completar el proyecto inmobiliario que habían comenzado. No existe duda alguna de que las Demandantes habrían completado el proyecto de no haber sido por el hecho de que varias agencias costarricenses interfirieron con los permisos obtenidos legalmente y actuaron para lograr la paralización del proyecto.
440. Las Demandantes superaron el primer obstáculo más importante de cualquier proyecto de desarrollo inmobiliario: obtener todos los permisos necesarios para iniciar las obras. Al momento de la paralización del proyecto, habían obtenido los permisos de construcción para el Sector de Servidumbre y para el Sector del Condominio y,

poco tiempo después de la notificación de paralización, obtuvieron el permiso de construcción para rediseñar el club de playa dentro del área de Concesión (ya habían recibido los permisos de construcción para el diseño original del club de playa).

441. Para las dos primeras fases de las obras de desarrollo, las Demandantes debían instalar la infraestructura necesaria en el Sector de Servidumbre y en el Sector del Condominio. Cuando recibieron la Notificación de Paralización del proyecto, estas obras se encontraban en marcha, habiéndose completado cinco de las nueve servidumbres en el Sector de Servidumbre (junto con todas las conexiones eléctricas, de agua y desechos/drenaje), y la primera tercera parte de las rutas ya habían sido delimitadas en el Sector del Condominio. Una toma de video del Sr. Damjanac muestra el alcance de las obras realizadas en el Sector del Condominio al año 2010.

⁴²²

442. Al momento de la paralización del proyecto, las Demandantes habían invertido cerca de USD 2.920.000 en trabajos de construcción de un presupuesto total anticipado de alrededor de USD 8.900.000 para completar las obras de infraestructura y construir el club de playa.⁴²³

443. El Proyecto Las Olas había sido diseñado de tal modo que se autofinanciaba, y las Demandantes lograron obtener el financiamiento necesario de sus propios recursos hasta que recibieron la Notificación de Paralización en mayo de 2011. Sin embargo, las Demandantes habían tomado la precaución de tramitar un préstamo o una línea de crédito por USD 8.200.000 con el Banco Centroamericano de Integración Económica de Costa Rica, en caso de que fuera necesario obtener fondos para continuar realizando las obras del proyecto. Al momento de la paralización, ello no había sido necesario y jamás se retiraron los fondos garantizados en virtud de dicho préstamo.

444. Además de haber iniciado las obras de infraestructura necesarias para completar las fases 1 y 2 del proyecto, al momento de recibir la Notificación de Paralización, las Demandantes también habían logrado vender una serie de lotes durante dichas etapas. A pesar de ser a una etapa relativamente temprana del proyecto, donde solo se contaba con la infraestructura (aunque la infraestructura era vital para el desarrollo de

⁴²² Anexo C95

⁴²³ Ver CLEX-081 y CLEX-022.

todo el proyecto) y a la espera de los permisos de construcción del club de playa (el club de playa era el punto fuerte del desarrollo), las Demandante vendieron un total de 13 lotes en 2010 y en 2011, sumado a los 8 lotes que habían vendido antes de la reapertura oficial del proyecto el 1° de enero de 2010.

445. Resulta claro, entonces, que existía una fuerte demanda de lotes en el desarrollo Las Olas, incluso en una etapa temprana del proyecto. Como bien señalaron el Sr. Aven y el Sr. Damjanac, sin lugar a dudas, la demanda habría aumentado, especialmente a medida que los potenciales compradores veían cómo se iban construyendo las casas, se terminaban las calles y se levantaba el club de playa.
446. El Sr. Aven, el Sr. Damjanac y el Sr. Janney describen las diferentes fuentes de ingresos que debían combinarse para generar una rentabilidad para los inversionistas del Proyecto Las Olas. En resumen, las fuentes de ingresos eran las siguientes:
- (b) la venta de los lotes;
 - (c) la construcción de las villas, del hotel y de las unidades de propiedad en condominio;
 - (d) la construcción de condominios y la venta de tiempos compartidos de las unidades de propiedad en condominio;
 - (e) el otorgamiento de hipotecas a los propietarios de las casas;
 - (f) el financiamiento a compradores de tiempos compartidos;
 - (g) un programa de venta y alquiler para los propietarios de casas y unidades de propiedad en condominio que implicaba el alquiler de su unidad mientras no la ocupaban, dividiéndose los ingresos en una proporción de 60/40 (60% para el propietario y 0% para el proyecto);
 - (h) la construcción y venta de un hotel;
 - (i) el alquiler de un espacio comercial que se construiría en el proyecto y en los alrededores;
 - (j) una empresa de gestión de instalaciones para el proyecto entero; y

- (k) una empresa inmobiliaria para el manejo de las ventas y preventas de casas y unidades de propiedad en condominio.
447. Todas estas fuentes de ingresos estaban contempladas en una serie de planes de negocios y proyecciones preparadas por el equipo del Proyecto Las Olas.⁴²⁴ El equipo de Las Olas contaba con la experiencia y el conocimiento necesarios para implementar estas distintas fuentes de ingresos. El Sr. Damjanac llevó adelante una exhaustiva investigación de mercado a lo largo del año 2010, cuyos resultados se vieron plasmados en las conclusiones y proyecciones del plan de negocios de diciembre de 2010.
448. Las Demandantes presentan junto con este Memorial un informe pericial elaborado por el Dr. Manuel Abdala de Compass Lexecon, el cual presenta una valuación del proyecto a mayo de 2011, fecha de la Notificación de Paralización. Para ello, el Dr. Abdala evaluó el Proyecto Las Olas tal como se encontraba en mayo de 2011, justo antes de la Notificación de Paralización: una empresa en marcha en desarrollo. Aplicando la metodología de valuación estándar, el Dr. Abdala calcula el precio que un comprador voluntario estaría dispuesto a pagar a un vendedor voluntario por el Proyecto Las Olas tal como se encontraba en mayo de 2011; en otras palabras, el valor justo de mercado de la inversión. Esta valuación asciende a USD 73.900.000.
449. Sin embargo, como señalamos anteriormente, Costa Rica está obligada a otorgar una reparación total por sus hechos internacionalmente ilícitos a fin de erradicar todas las consecuencias producto de tales hechos. Si Costa Rica no hubiera obrado como lo hizo contra la inversión de las Demandantes, las Demandantes se encontrarían hoy en posesión del proyecto.
450. La verdadera reparación que le corresponde a las Demandantes es, por consiguiente, el valor del Proyecto Las Olas a la fecha de hoy toda vez que, si no fuera por las acciones de Costa Rica, las Demandantes tendrían en la actualidad un proyecto operativo y con todos los permisos necesarios, el cual tendría un valor monetario. El Dr. Abdala, por ende, ha presentado una valuación al 30 de noviembre de 2015. Esta valuación, sin embargo, supone que no se llevó adelante ninguna otra obra en el

⁴²⁴ Ver Anexos C46, Resumen de Inversión de Las Olas del 15 de marzo de 2008; C53, Las Olas Anuncia el Permiso de la SETENA 15 de junio de 2008, y C100, Plan de Negocios de Las Olas del 20 de diciembre de 2010.

proyecto entre el momento de la Notificación de la Paralización y noviembre de 2015. Básicamente congela el proyecto al momento en el que se encontraba en mayo de 2011 pero actualiza los datos macroeconómicos y la tasa de descuento a noviembre de 2015, asumiendo que el proyecto se vendiera hoy, y no en mayo de 2011. Esto lleva a una valuación de USD 96.100.000. Naturalmente, de no haber sido por las acciones del Gobierno, se habría continuado con el proyecto entre mayo de 2011 y noviembre de 2015, incrementando de este modo el valor a noviembre de 2015. La valuación del Dr. Abdala es, por lo tanto, intrínsecamente muy conservadora y sólida.

(i) Metodología de valuación

451. Según señala el Dr. Abdala, en el caso de la industria inmobiliaria, el concepto de valor justo de mercado *“implica que los compradores y vendedores dispuestos habrían identificado usos de mayor provecho del terreno, dependientes de los permisos que legalmente deban obtenerse, las características físicas de la ubicación y las condiciones económicas y de mercado subyacentes.”*⁴²⁵
452. Sin embargo, a la fecha de valuación en mayo de 2011, debido a la etapa temprana en la cual las agencias costarricenses paralizaron el proyecto, el proyecto aún no se había completado y el desarrollo inmobiliario seguía en marcha. De más está decir que en esa etapa de desarrollo un proyecto tiene, de todas formas, un valor de mercado y puede venderse a un hipotético comprador dispuesto. Sin embargo, tal como reconoce el Dr. Abdala, en tal situación, el hipotético comprador dispuesto aplicará un descuento por el hecho de que el proyecto se encuentra incompleto y que, por lo tanto, existen riesgos inherentes a la condición preoperativa del proyecto.⁴²⁶ Cabe señalar, sin embargo, que el Proyecto Las Olas era únicamente preoperativo en el sentido de que las obras físicas se encontraban en marcha y de que algunas de las varias fuentes de ingresos todavía no estaban operando. El proyecto era operativo en el sentido de que ya se encontraba vendiendo lotes a compradores y las ventas de dichos lotes conformaban la base de la operación del proyecto.
453. Esta cuestión ha sido analizada por una eminencia en el campo de valuación de empresas, el Profesor Damodaran, quien propone un enfoque dividido en dos etapas para lidiar con el riesgo de fracaso inherente a cualquier proyecto preoperativo.

⁴²⁵ Ver Informe Pericial de Manuel Abdala ¶ 50.

⁴²⁶ Ver Informe Pericial de Manuel Abdala ¶ 53.

454. El punto de partida de la valuación de un proyecto como el de Las Olas es que un análisis de flujo de caja descontado, una evaluación de los ingresos anticipados del proyecto completo, resulta ser el método más adecuado para valorar el proyecto asumiendo que se hubiera completado y se encontrara en pleno funcionamiento (en otras palabras, el uso de mayor provecho del terreno). Por supuesto, cualquier hipotético comprador de un proyecto semejante tendrá principalmente en cuenta, al momento de calcular el valor, los ingresos futuros anticipados que generará el proyecto una vez completado.
455. A fin de ajustar este valor por el hecho de que existe un riesgo inherente a toda compra de un proyecto que aún no se encuentra en operaciones, el Profesor Damodaran calcula un “valor del riesgo”, el cual es equivalente al valor del proyecto si la venta fuera forzada debido a que el proyecto fracasó y tuvo que ser abandonado como empresa en marcha (también descrito por el Dr. Abdala como el “valor del terreno”). El Profesor Damodaran calcula el valor justo de mercado del proyecto al promediar el valor del riesgo y el valor de empresa en marcha, ponderado en referencia a la probabilidad de que el proyecto resultara exitoso.⁴²⁷
456. Se trata de un método realista de valorar un proyecto preoperativo que guarda relación con la realidad de una situación de venta: mientras que un comprador hipotético iniciaría una estimación del valor con los ingresos anticipados que generaría el proyecto una vez completado, luego reduciría dicho valor a fin de considerar el riesgo de que el proyecto eventualmente podría fracasar y, en ese caso, se viera obligado a venderlo en una situación de crisis. Naturalmente, un comprador hipotético querrá llevar el valor estimado lo más cerca posible al valor que se pagaría en una situación de venta forzosa, mientras que un vendedor hipotético querrá que el valor se acerque lo máximo posible al valor de una empresa en marcha. En última instancia, el comprador hipotético deberá contemplar la probabilidad del riesgo de fracaso a fin de estimar qué valor, entre esos dos valores, está dispuesto a pagar por la oportunidad de adquirir el proyecto.
457. El Dr. Abdala adopta este enfoque de valuación, el cual debe entenderse como un medio sólido, realista y efectivo de estimar el verdadero valor de mercado de un proyecto preoperativo.

⁴²⁷ Ver Informe Pericial de Manuel Abdala ¶ 55.

(ii) Valor como empresa en marcha

458. Al estimar el valor del proyecto como empresa en marcha (en otras palabras, partiendo del supuesto de que el proyecto se concretó exitosamente), el Dr. Abdala se basa en el último plan de negocios de fecha 20 de diciembre de 2010 (cinco meses antes de la Notificación de Paralización) a fin de determinar cómo sería el proyecto una vez finalizado, tanto en términos de edificaciones como de infraestructura física, y las distintas fuentes de ingresos.⁴²⁸ Luego crea un modelo para evaluar los aspectos económicos del proyecto, que se entrega en su formato original en Excel a fin de garantizar la transparencia y a los fines de su verificación.⁴²⁹
459. El Dr. Abdala verificó supuestos haciendo referencia a documentos contemporáneos de terceros o bien llevó adelante su propia investigación independiente, a fin de alcanzar supuestos sólidos y conservadores para incluir en el modelo. Algunos de estos supuestos clave surgieron del análisis de sitios y proyectos comparables en Costa Rica, método estándar para la valuación de proyectos de desarrollos inmobiliarios.⁴³⁰
460. El Dr. Abdala divide las fuentes de ingresos del proyecto en cinco grandes grupos: desarrollo y venta de lotes; construcción y administración de casas; construcción y administración de unidades de propiedad en condominio; venta y administración de tiempos compartidos; y la construcción y venta de un hotel de 114 habitaciones. Tres de estos grupos se dividen, a su vez, en distintos elementos. Una vez estimados los ingresos que generarían varias de estas fuentes de ingresos,⁴³¹ el Dr. Abdala aplica una tasa de descuento que surge de calcular el Costo Promedio Ponderado del Capital de la inversión en cuestión, dando cuenta del riesgo del sector, del riesgo país y del saldo entre deuda y capital.⁴³²
461. A partir de este enfoque, el Dr. Abdala calcula el valor del proyecto como empresa en marcha al mes de mayo de 2011 en un monto de USD 93.100.000.⁴³³

⁴²⁸ Ver Informe Pericial de Manuel Abdala ¶ 83.

⁴²⁹ Ver CLEX-003.

⁴³⁰ Ver Informe Pericial de Manuel Abdala ¶ 83.

⁴³¹ *Íd.* Secciones IV.4.1.a a IV.4.1.e.

⁴³² *Íd.* ¶ 117 y Anexo C.

⁴³³ *Íd.* ¶ 119, Cuadro 6.

462. Al mes de noviembre de 2015, el valor del proyecto como empresa en marcha asciende a USD 123.900.000.⁴³⁴

(iii) Valor del terreno

463. Tal como describe el Dr. Abdala, el Valor del Terreno pretende estimar el valor del terreno y de los activos si el proyecto hubiera fracasado y no hubiera logrado convertirse en una empresa en marcha: “[e]l valor que [las Demandantes] lograrían obtener básicamente sería el valor de la propiedad en cuanto terreno con desarrollo parcial, con los permisos ambientales y de construcción correspondientes en vigencia, así como parte de los lotes ya vendidos a terceros, y con ciertas obras de infraestructura y urbanización finalizadas y otras en curso.”⁴³⁵

464. En el mes de octubre de 2009, un tasador independiente de Costa Rica, el Sr. Víctor Calderón, tasó la finca, teniendo en cuenta que la viabilidad ambiental había sido otorgada y algunas obras de infraestructura (en las dos primeras servidumbres) estaban en marcha.

465. El Dr. Abdala ajusta la tasación del Sr. Calderón del año 2009 para dar cuenta de: (i) la fecha de valuación a mayo de 2011 y no octubre de 2009; (ii) el hecho de que la tasación del Sr. Calderón supone que se completaron todas las obras de infraestructura, lo cual no era el caso en mayo de 2011; y (iii) el valor del Sector de Servidumbre, concepto que no estaba contemplado en la tasación efectuada por el Sr. Calderón.⁴³⁶

466. Este análisis arroja un Valor del Terreno que asciende a USD 35.490.987 a mayo de 2011.⁴³⁷

467. A noviembre de 2015, el Valor del Terreno es de USD 39.441.702.⁴³⁸

(iv) Probabilidad de éxito

468. Tal como propone el Profesor Damodaran, el Dr. Abdala estima la probabilidad de que el Proyecto Las Olas tendría éxito haciendo referencia a la tasa promedio de

⁴³⁴ *Íd.* ¶ 119, Cuadro 7.

⁴³⁵ *Íd.* ¶ 65.

⁴³⁶ *Íd.* ¶¶ 122 – 124.

⁴³⁷ *Íd.* ¶ 125, Cuadro 8.

⁴³⁸ *Íd.* ¶ 125, Cuadro 9.

supervivencia de nuevos negocios, ajustado por el hecho de que se trataba de un proyecto inmobiliario.⁴³⁹

469. No obstante, la tasa de supervivencia de nuevos negocios no da cuenta del hecho de que varios de los negocios que cierran no significa que hayan fracasado sino que su cierre responde a una venta voluntaria o una estrategia de salida programada. En promedio, el 34% de los cierres son voluntarios mientras que el 66% restante responde al fracaso del emprendimiento.⁴⁴⁰
470. El Dr. Abdala calcula, entonces, que la probabilidad general de éxito del Proyecto Las Olas es del 68%.
471. El Dr. Abdala aplica esta probabilidad de éxito para ponderar el promedio entre el valor de una empresa en marcha y el Valor del Terreno. Esto arroja una valuación total de USD 74.400.000 en mayo de 2011⁴⁴¹ y de USD 96.700.000 en noviembre de 2015.

(v) Valor residual del terreno

472. Toda valuación de las pérdidas de las Demandantes debe contemplar el valor residual inherente al terreno en su condición actual (es decir, con la imposibilidad de tramitar los permisos como resultado de la paralización del proyecto fundada en el hecho de que existían humedales en el sitio del proyecto). El Dr. Abdala calcula el valor residual del terreno en este escenario en USD 444.089 en mayo de 2011 y USD 478.402 en noviembre de 2015.⁴⁴²

(e) Conclusiones sobre los daños sufridos por las Demandantes como consecuencia de la destrucción de su inversión

473. Teniendo en cuenta todo lo señalado precedentemente, el Dr. Abdala concluye que los daños atribuibles a las acciones de Costa Rica ascienden a USD 74.000.000 para una fecha de valuación al 11 de mayo de 2011, y a USD 96.200.000 para una fecha de valuación al 30 de noviembre de 2015.

⁴³⁹ *Íd.* ¶¶ 68 – 72.

⁴⁴⁰ *Íd.* ¶ 74.

⁴⁴¹ *Íd.* ¶134, Cuadro 11.

⁴⁴² *Íd.* ¶ 128.

474. Como medida de la razonabilidad de la valuación del Dr. Abdala, se puede recurrir como antecedente al laudo del caso *Marion Unglaube c. la República de Costa Rica*.⁴⁴³ Esto pretende ser simplemente una manera de verificar la razonabilidad, no porque los hechos en ambos casos sean necesariamente análogos, más allá del hecho de que el caso Unglaube implicaba la valuación de una finca frente al mar que pretendía dividirse en lotes residenciales. Sin embargo, el valor por metro cuadrado del Proyecto Las Olas que surge de la valuación del Dr. Abdala es de USD 239/m2 como empresa en marcha o de USD 191/m2 al mes de mayo de 2011.⁴⁴⁴ En comparación, el valor por metro cuadrado que surge del laudo dictado en el caso Unglaube era de USD 413/m3, casi un 90% más alto que la valuación del Dr. Abdala del Proyecto Las Olas como empresa en marcha, y 1,3 veces mayor al valor de los daños calculados por el Dr. Abdala. En este contexto, la valuación del Dr. Abdala debe entenderse como lo que es: una valuación sólida y conservadora del Proyecto Las Olas.
475. Además de los daños señalados precedentemente, varios compradores invirtieron dinero en el Proyecto Las Olas mediante la compra de lotes. Conforme señala el Dr. Abdala, debido al fracaso del proyecto, las Demandantes no han podido entregar el desarrollo de infraestructura acordado y pueden, por tanto, ser responsables de reembolsar los montos cobrados por la venta de los lotes, más intereses y penalidades. En la medida en que las Demandantes cancelen dichos pagos, deberán incluirse en las estimaciones de daños en concepto de pérdidas indirectas.

B. Daño moral causado al Sr. Aven

(a) Ley aplicable sobre daño moral

(i) Estimación de daños

476. El derecho internacional permite la indemnización por daño moral. El texto del Artículo 31 “Reparación” de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional es clara al respecto: “1. *El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho*

⁴⁴³ Anexo CLA105, *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N. ° ARB/08/1 y ARB/09/20, Laudo, 16 de mayo de 2012.

⁴⁴⁴ Ver Informe Pericial de Manuel Abdala ¶ 135.

internacionalmente ilícito. 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.”⁴⁴⁵

477. La Comisión de Derecho Internacional ha hecho hincapié en su Comentario al Artículo 36 precisamente que: “[n]o menos que el perjuicio material sufrido por el Estado afectado, el daño no material puede estimarse en términos económicos y puede ser objeto de un pedido de indemnización...”⁴⁴⁶
478. Uno de los antecedentes del precepto fundamental que subyace la declaración de la Comisión se encuentra plasmado en el caso *Chorzów Factory*, donde la Corte Permanente de Justicia Internacional ratificó que: “la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que, probablemente, habría existido si el acto no se hubiera cometido. La restitución en especie, o, de no ser posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría una reparación en especie...”⁴⁴⁷
479. La obligación de indemnizar el sufrimiento emocional, el daño a los sentimientos, la humillación, la vergüenza, la degradación, la pérdida de posición social o el daño a la credibilidad y a la reputación tiene como primer antecedente los casos *Lusitania*, resueltos por una Comisión Mixta de Reclamaciones entre Alemania y los Estados Unidos en 1923. En esa oportunidad, el Árbitro señaló que dichos perjuicios “[s]on innegables, y el simple hecho de que sea difícil estimar o calcular su valor monetario a través de un principio estándar no los hace menos reales ni justifica de ningún modo porque la persona afectada no debería ser indemnizada...”⁴⁴⁸ Como dejaron en claro los casos *Lusitania*, debido a su propia naturaleza, el daño moral es un tipo de daño que comúnmente lo padecen las personas físicas.
480. El principio de que el daño moral causado por un hecho internacionalmente ilícito pueda indemnizarse ha sido recientemente confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Diallo*, donde la corte determinó que la conducta ilícita de la

⁴⁴⁵ Anexo CLA44, Comisión de Derecho Internacional (CDI), *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adjunto a la Resolución de la AG 56/83, 12 de diciembre de 2001, Artículo 31, p. 91.

⁴⁴⁶ Anexo CLA44, Comisión de Derecho Internacional (CDI), *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adjunto a la Resolución de la AG 56/83, 12 de diciembre de 2001, Artículo 36, p. 101, ¶ 16.

⁴⁴⁷ Anexo CLA12, *Factory at Chorzów* (Alemania c. Polonia) (1928), Corte Permanente de Justicia Internacional (Ser A) N.º 17, ¶ 125.

⁴⁴⁸ Anexo CLA69, *Dictamen de los casos Lusitania* (1 de noviembre de 1923), 7 UNRIAA 32 (2006), p. 40.

República Democrática del Congo, incluido, entre otros, el hecho de que el Sr. Diallo hubiera sido objeto de acusaciones infundadas además de que se lo extraditó de manera ilegítima, con la prohibición de acceder a un país en el que había vivido durante mucho tiempo y había ejercido actividades comerciales significativas, le provocaron al Sr. Diallo “*un sufrimiento psicológico grave y una pérdida de reputación*”.⁴⁴⁹

481. En todo caso, el principio básico de la responsabilidad del Estado es que un Estado debe brindar una reparación total por cualquier perjuicio (ya sea material o moral) causado a otro Estado o, como sucede en este caso, a un inversionista extranjero. Este principio ha sido aplicado por tribunales que resuelven disputas de un Estado inversionista respecto de reclamaciones planteadas por empresas por daños a su reputación, credibilidad y valor llave.
482. Un tribunal del CIADI ordenó el pago de una indemnización por daño moral por primera vez en *Benvenuti & Bonfant c. Congo*, caso que versaba sobre un conflicto que había surgido en relación con un emprendimiento conjunto entre una empresa italiana y el Gobierno del Congo. Respecto del daño moral (“*préjudice moral*”), Bonfant invocó la pérdida de oportunidad de trabajar, la pérdida de capital y de credibilidad “*con proveedores y bancos*”, además de intimidación y dispersión del personal técnico y gerencial. El Tribunal ordenó el pago de una indemnización por daño moral por las medidas “*ciertamente perturbadoras*” impuestas por el Gobierno del Congo sobre la empresa y su personal.⁴⁵⁰
483. En *Desert Line Projects LLC (“DLP”) c. la República de Yemen*, otro tribunal del CIADI ordenó el pago de una indemnización por daño moral a la demandante. Además del daño económico, el inversionista invocó daño moral fundado en que sus ejecutivos y funcionarios habían sido sometidos a hostigamiento y amenazas por parte de terceros, así como por el ejército de Yemen. El tribunal entendió que: “*Incluso si la principal finalidad de los tratados de inversión es proteger la propiedad y los valores económicos, no excluyen, como tales, que una parte pueda, en circunstancias*

⁴⁴⁹ Anexo CLA107, *Caso sobre Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Indemnización pagadera por la República Democrática del Congo a la República de Guinea, Corte Internacional de Justicia, Sentencia, 19 de junio de 2012, ¶ 21.

⁴⁵⁰ Anexo CLA25, *Benvenuti and Bonfant SRL c. la República Popular del Congo*, Caso CIADI N. ° ARB/77/2, Laudo (15 de agosto de 1980) ¶¶ 4.95 y 4.96, 1 Informes del CIADI 330, 360-361 (1993).

excepcionales, reclamar el pago de una indemnización por daño moral. La mayoría de los sistemas legales generalmente reconocen que el daño moral también puede repararse además de los daños netamente económicos. No existen, entonces, razones para que así no sea...[L]a demandada será responsable de reparar el daño sufrido por la Demandante, sea de naturaleza física, moral o material”.⁴⁵¹ El tribunal en *DLP c. Yemen* señaló además que el daño moral en dicho caso era “significativo en la medida en que afectó la salud física de los ejecutivos de la Demandante y la reputación y credibilidad de la Demandante.”⁴⁵²

484. En un caso más reciente, *Al-Kharafi & Sons Co. c. Libia*, el cual versaba sobre un incumplimiento contractual por la construcción de un complejo frente al mar, un tribunal *ad hoc* ordenó el pago de una indemnización por daño moral a la empresa demandante por daños a su reputación en el mercado de capitales y en los mercados comercial y de la construcción de Kuwait y en todo el mundo. El tribunal reconoció a la demandante como “altamente calificada para llevar adelante grandes proyectos de inversión y es reconocida mundialmente en este ámbito”⁴⁵³ y concluyó que tenía derecho a ser indemnizada por el “daño causado a la reputación profesional [de la demandante] en todo el mundo después de la abusiva cancelación por parte de las Demandadas del importante proyecto, cuya inversión y ejecución por parte de la Demandante habían aprobado previamente, por un período de 83 años, y para la ejecución de la Demandante había negociado y celebrado contratos con empresas internacionales.”⁴⁵⁴

485. Incluso en estos casos en los que los tribunales rechazaron las reclamaciones de indemnización por pérdidas intangibles, no cuestionaron la posibilidad de obtener una reparación del daño moral en arbitrajes vinculados a inversiones. Es más, de acuerdo a un analista: “En lo que respecta a las circunstancias excepcionales en *Desert Lien*,

⁴⁵¹ Anexo CLA85, *Desert Line Projects LLC c. la República de Yemen*, Caso CIADI N. ° ARB/05/17, Laudo (6 de febrero de 2008) ¶¶ 289-290.

⁴⁵² *Íd.* ¶ 290.

⁴⁵³ Anexo CLA110, *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. c. Libia y otros*, Tribunal *Ad Hoc*, Laudo Definitivo (22 de marzo de 2013), p. 369.

⁴⁵⁴ *Íd.*

parece que estas circunstancias no son parte del principio legal aplicable y simplemente describen la gravedad de la situación en cuestión.”⁴⁵⁵

486. Lo cierto es que tales “*circunstancias excepcionales*” no tienen impacto alguno en el principio de indemnización por daño moral, sino únicamente en las formas o grados de reparación. Es decir, la cuestión de la gravedad no opera como condición previa para hacer lugar al reclamo de una indemnización por daño moral. Por ende, el monto de la indemnización debería ser proporcional a la gravedad del delito cometido por el Estado y su grado de responsabilidad.

487. Respecto de la cuantía de la indemnización, los analistas han señalado que: “[D]ada la naturaleza subjetiva de la valuación de la mayoría de los tipos de daño moral, los árbitros parecen gozar de una discrecionalidad prácticamente absoluta a la hora de determinar el monto de la indemnización por daño moral.”⁴⁵⁶

(b) Daño moral sufrido por el Sr. Aven como consecuencia de los actos de Costa Rica

488. Estimar el monto del daño causado a una persona por medidas adoptadas en su contra y violatorias del derecho internacional es, por lo tanto, una cuestión compleja. Sin embargo, por lo general se calcula en referencia a la capacidad del sujeto de generar ingresos en el presente y en el futuro, a pesar de que esta estimación subestime la gravedad del impacto emocional que padece el sujeto con motivo de las medidas adoptadas por un Estado anfitrión por el cual corresponde otorgar algún tipo de indemnización.

489. En este caso, el Sr. Aven describe el impacto emocional que las acciones tomadas por Costa Rica han tenido en su persona y en su familia.⁴⁵⁷ No se trata de un caso en el que las agencias gubernamentales interfirieron simplemente con la inversión en sí. De hecho, la respuesta adecuada a una situación en la cual supuestamente se había verificado la existencia de humedales en una finca que ha recibido todos los permisos

⁴⁵⁵ Anexo CLA89, Borzu Sabahi, “*Moral Damages in International Investment Law: Some Preliminary Thoughts in the Aftermath of Desert Line v. Yemen*”, en *Liber Amicorum: Thomas Wälde: Law Beyond Conventional Thought* (CMP Publishing 2009), p. 260.

⁴⁵⁶ Anexo CLA84, Sergey Ripinsky y Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (British Institute of Comparative and International Law 2008), p. 312.

⁴⁵⁷ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 248; ver también Declaración Testimonial de Carol Park ¶¶ 20 y 21.

de construcción sería impugnar o cancelar los permisos. Sin embargo, en vez de adoptar esta postura, Costa Rica inició un proceso penal contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac, y solicitaron, y obtuvieron, una orden de suspensión del tribunal penal que entiende en dicha causa, ordenando la paralización del proyecto (posterior a la Notificación de Paralización).

490. No satisfechos solamente con iniciar una causa penal contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac, las autoridades de Costa Rica posteriormente emitieron una Notificación Roja de INTERPOL contra el Sr. Aven y solicitaron su extradición de los Estados Unidos.
491. Una Notificación Roja de INTERPOL tiene ramificaciones que exceden la alerta en sí de tal magnitud que, incluso si posteriormente se levanta una Notificación Roja (como ocurrió en este caso), el hecho de que haya sido emitida se convierte en una pesada traba para cualquier persona que desee llevar adelante actividades comerciales o incluso tomar simples decisiones administrativas como abrir una cuenta bancaria.
492. Varias bases de datos en todo el mundo levantan y registran las Alertas Rojas de INTERPOL; por ejemplo, WorldCheck.⁴⁵⁸ Varias instituciones financieras y otros organismos recurren a estas bases de datos para chequear los antecedentes de distintas personas. Una vez que se emitió una Notificación Roja, se carga al nombre de la persona en estas bases de datos y esa referencia no se elimina por el simple hecho de que se haya levantado la Notificación Roja.
493. Un ejemplo concreto del impacto de las medidas adoptadas por Costa Rica en contra del Sr. Aven es el hecho de que perdió la oportunidad de asociarse con Google y Facebook en relación con una aplicación para Android y para iPhone en la cual estaba involucrado.⁴⁵⁹
494. Como resultado de las acciones de Costa Rica, por lo tanto, el Sr. Aven ha sufrido un perjuicio considerable, tanto en el plano emocional como en el económico, más allá del impacto específico que dichas acciones tuvieron en la inversión en sí. El Sr. Aven sufre de estrés postraumático y de fuertes migrañas como resultado de las acusaciones penales en su contra además de ver coartada su libertad de movimiento.

⁴⁵⁸ <https://risk.thomsonreuters.com/products/world-check>

⁴⁵⁹ Ver Declaración Testimonial de David Aven ¶ 244.

495. En estas circunstancias, el Sr. Aven presenta una reclamación por una indemnización por daño moral de USD 5.000.000.

C. Intereses

496. El principio de reparación total también requiere que las Demandantes perciban los correspondientes intereses acumulados sobre los daños históricos a una tasa que compense en forma plena por la demora en percibir el valor justo de mercado de cada una de sus inversiones. En este sentido, el Artículo 38(1) del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado establece que “[s]e debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada...en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.”⁴⁶⁰ Los intereses se acumularán entonces desde la fecha del hecho ilícito hasta el pago íntegro y definitivo del laudo.⁴⁶¹

497. El pago de una tasa de interés adecuada, por lo tanto, repara por completo a las Demandantes en tanto el laudo debe reflejar el valor perdido por no haber tenido acceso a los fondos representados en los daños a pagar, para el período entre la responsabilidad del Estado y el pago efectivo de la correspondiente indemnización.

498. Como explica el Sr. Abdala, a fin de brindar una indemnización íntegra, los intereses deberían calcularse al costo promedio ponderado del capital (WACC) del proyecto, dado que esta es la medida adecuada del costo de oportunidad de sus inversiones.⁴⁶² En este sentido, las Demandantes señalan que el Artículo 10.7 establece que la tasa de interés que corresponde aplicar a la indemnización a pagar debe ser “comercialmente razonable” dadas las circunstancias. El Dr. Abdala brinda un cálculo del interés aplicable para estimar el valor del proyecto al mes de mayo de 2011 y hasta fines de

⁴⁶⁰ CLA44, Proyecto de Artículos, Art. 38(1). Ver, también, CLA79, LG&E, ¶ 55 (“[L]os intereses forman parte de la indemnización ‘integral’ a la que tienen derecho las Demandantes para garantizar su compensación plena.”); CLA78, Siemens, ¶ 396 (“[A]l determinar la tasa de interés aplicable, el principio rector es garantizar ‘plena reparación por el daño sufrido como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito’.”); o CLA48, Middle East Cement Shipping y Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI N.º ARB/99/6, 12 de abril de 2002, ¶ 175.

⁴⁶¹ *Ibid.*, Art. 38(2) (“Los intereses corren desde la fecha en la que debería haberse pagado el monto de capital hasta la fecha en la que efectivamente se cumple con la obligación de pago.”); CLA79, LG&E, ¶ 55 (donde se explica que “los intereses significan el reconocimiento de que, entre la fecha del acto ilícito y la fecha de pago efectivo, la parte damnificada no puede utilizar ni invertir el monto de dinero adeudado”). Ver también CLA48, Middle East Cement Shipping, ¶¶ 174-175; CLA38, SPP c. Egipto, ¶ 235 (“La jurisprudencia vigente en arbitraje internacional es a los fines de que los intereses corran hasta la fecha de pago efectivo, y esta conclusión es respaldada por la opinión de la doctrina”).

⁴⁶² Ver Informe Pericial de Manuel Abdala, ¶¶ 132 y 133.

noviembre de 2015, el cual asciende a USD 29.500.000.⁴⁶³ Los intereses se actualizarán a medida que avance el proceso arbitral.

499. Las Demandantes, por tanto, solicitan que se otorgue el pago de intereses previos y posteriores al dictado del laudo al WACC calculado para el proyecto.

V. CONCLUSIONES

500. Las Demandantes y con quienes ellas trabajaron albergaban grandes esperanzas en el Proyecto Las Olas. Veían al proyecto como una oportunidad única de desarrollar algo que resultaría económicamente rentable no solo para ellos sino para la gente de la región y para Costa Rica en general. De no haber sido por los constantes ataques recibidos de los distintos elementos del aparato de Estado de Costa Rica, Las Olas sería hoy un complejo que ofrecería casas de retiro y de vacaciones para muchas personas, creando de esta manera oportunidades de empleo y mejorando la infraestructura social de la gente de la zona. El proyecto se vio obstaculizado por la interferencia directa y determinada de unos pocos, algunos motivados (según consta en el expediente) por actos de corrupción. La Demandada tuvo la oportunidad de corregir los excesos de estos pocos, pero sin embargo dejó pasar esta oportunidad. Peor aún, ha decidido agravar el conflicto y complicar la situación al iniciar causas penales infundadas contra las dos personas más activamente involucradas en el desarrollo inmobiliario Las Olas: David Aven y Jovan Damjanac.
501. Las Demandantes habrían preferido, por lejos, haber visto concretado su proyecto, tal como lo habían planificado. Destinaron tiempo, dinero y esfuerzos para ello. Su idea siempre fue que el desarrollo inmobiliario Las Olas prosperara. Pero al haberse visto derrotados en ese objetivo producto de los hechos ilegítimos de quienes actuaban para la Demandada, no tuvieron más opción que solicitar que la Demandada cargue con las pérdidas que sufrieron. En este proceso arbitral, las Demandantes han presentado pruebas sustanciales, que resultan más que suficientes para probar su caso sobre la responsabilidad que le cabe a la Demandada y el daño que sufrieron como resultado de su accionar. Las Demandantes oportunamente responderán cualquier impugnación que pretenda plantear la Demandada, y están dispuestas a responder a cualquier

⁴⁶³ *Íd.* ¶ 134, Cuadro 11.

solicitud o consulta que pudiera tener el Tribunal. Hasta entonces, a continuación resumen sus reclamaciones.

Las Demandantes respetuosamente solicitan que el Tribunal dicte un Laudo que:

- (i) DECLARE que el Tribunal tiene jurisdicción sobre las reclamaciones presentadas por las Demandantes;
- (ii) DECLARE que la Demandada, por los motivos señalados en el presente o por cualquiera de ellos, violó el Artículo 10.5 del Tratado DR-CAFTA;
- (iii) DECLARE que la Demandada, por los motivos señalados en el presente o por cualquiera de ellos, violó el Artículo 10.7 del Tratado DR-CAFTA;
- (iv) DECLARE que la Demandada, con motivo de la violación o violaciones de los Artículos 10.5 y 10.7 del Tratado DR-CAFTA según entienda el Tribunal, da daños a Demandantes, quienes además sufrieron pérdidas;
- (v) ORDENE a la Demandada el pago a las Demandantes de una indemnización por daños por USD 74.000.000, más intereses según el WACC calculado por el Dr. Abdala hasta la fecha del laudo, monto que asciende a USD 103.5000.000 a la fecha de hoy o, en forma supletoria, ORDENE a la Demandada el pago a las Demandantes de una indemnización por daños por USD 96.200.000, o cualquier otra suma que el Tribunal Arbitral entienda que corresponda pagar respecto del valor del Proyecto Las Olas;
- (vi) ORDENE a la Demandada pagar al Sr. David Aven una indemnización por daño moral por USD 5.000.000, o cualquier otra suma que el Tribunal Arbitral entienda que corresponda pagar;
- (vii) ORDENE a la Demandada que levante de manera inmediata y permanente, y que desista en todo momento de iniciar respecto del asunto sobre el que versa esta disputa, cualquier acción penal contra el Sr. David Aven y los pasos tendientes a su extradición a Costa Rica.
- (viii) ORDENE a la Demandada el pago de intereses acumulados sobre todas y cada una de las sumas otorgadas a favor de las Demandantes, al WACC calculado por el Dr. Abdala, desde la fecha de cualquier laudo y hasta el pago efectivo del laudo a las Demandantes o, en forma supletoria, intereses con la tasa y la composición que el Tribunal entienda más adecuadas;

- (ix) ORDENE a la Demandada el pago a las Demandantes de todos los costos y gastos incurridos en relación con el presente arbitraje, incluidos todos los gastos incurridos por las Demandantes o en los que incurra respecto de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, el CIADI, abogados, expertos y consultores; y
- (x) ORDENE cualquier otro tipo de reparación que el Tribunal considere pertinente.

Respetuosamente.

27 de noviembre de 2015

[Firma]

[Firma]

[Firma]

George Burn
Vinson & Elkins R.L.L.P.

Louise Woods

Alexander Slade

Todd Weiler, Doctor en Ciencias Jurídicas

ANEXO A

Terrenos del Proyecto desde el 9 de octubre de 2007 y posteriores subdivisiones del terreno en Las Olas

- i. Finca N. ° 156477-000, Plano Catastrado N. ° P-1244758-2007; la finca pertenece actualmente a Las Olas Lapas Uno, SRL, controlada por las Demandantes.
- ii. Finca N. ° 156478-000, Plano Catastrado N. ° P-1244759-2007; la finca pertenece actualmente a Iguanas de Esterillos Oeste, S.A., y se encuentra controlada por las Demandantes.
- iii. Finca N. ° 156479-000, Plano Catastrado N. ° P-123382-2007; la finca pertenece a Mis Mejores Años Vividos, S.A., controlada por las Demandantes. Posteriormente se subdividió en las siguientes fincas:
 - a. Finca N.°162394-000, Plano Catastrado N.° P-1823619-2015
 - b. Finca N.°162395-000, Plano Catastrado N.° P-1212061-2008
 - c. Finca N.°162396-000, Plano Catastrado N.° P-1216935-2008
 - d. Finca N.°162397-000, Plano Catastrado N.° P-1212060-2008
 - e. Finca N.° 162398-000, Plano Catastrado N.° P-1219947-2008
 - f. Finca N.° 162399-000, Plano Catastrado N.° P-1212059-2008
 - g. Finca N.° 162400-000, Plano Catastrado N.° P-1212058-2008
- iv. Finca N. ° 156480-000, Plano Catastrado N. ° P-1233381-2007; la finca pertenece a Mis Mejores Años Vividos, S.A., controlada por las Demandantes. Posteriormente se subdividió en las siguientes fincas:
 - a. Finca N.° 159930-000, Plano Catastrado N.° P-1212802-2008
 - b. Finca N.° 159931-000, Plano Catastrado N.° P-1212822-2008
 - c. Finca N.° 159932-000, Plano Catastrado N.° P-1212170-2008
 - d. Finca N.° 159933-000, Plano Catastrado N.° P-1212825-2008
 - e. Finca N.° 159934-000, Plano Catastrado N.° P-1212829-2008
 - f. Finca N.° 159935-000, Plano Catastrado N.° P-1212832-2008
 - g. Finca N.° 159936-000, Plano Catastrado N.° P-1212835-2008
 - h. Finca N.° 159937-000, Plano Catastrado N.° P-1212840-2008
- v. Finca N. ° 156481-000, Plano Catastrado N. ° P-1233383-2007; la finca pertenece a Mis Mejores Años Vividos, S.A., controlada por las Demandantes. Posteriormente se subdividió en las siguientes fincas:
 - a. Finca N.° 162480-000, Plano Catastrado N.° P-1212172-2008
 - b. Finca N.° 162481-000, Plano Catastrado N.° P-1212171-2008
 - c. Finca N.° 162482-000, Plano Catastrado N.° P-1212317-2008
 - d. Finca N.° 162483-000, Plano Catastrado N.° P-1212316-2008
 - e. Finca N.° 162484-000, Plano Catastrado N.° P-1212421-2008
 - f. Finca N.° 162485-000, Plano Catastrado N.° P-1212422-2008
 - g. Finca N.° 162486-000, Plano Catastrado N.° P-1212424-2008
 - h. Finca N.° 162487-000, Plano Catastrado N.° P-1212425-2008
- vi. Finca N. °156482-000, Plano Catastrado N. ° P-1233420-2007; la finca pertenece a Mis Mejores Años Vividos, S.A., controlada por las Demandantes. Posteriormente se subdividió en las siguientes fincas:
 - a. Finca N.° 159552-000, Plano Catastrado N.° P-1522416-2011
 - b. Finca N.° 159553-000, Plano Catastrado N.° P-1212842-2008
 - c. Finca N.° 159554-000, Plano Catastrado N.° P-1212845-2008
 - d. Finca N.° 159555-000, Plano Catastrado N.° P-1212848-2008

- e. Finca N.º 159556-000, Plano Catastrado N.º P-1213911-2008
- f. Finca N.º 159557-000, Plano Catastrado N.º P-1213913-2008
- g. Finca N.º 159558-000, Plano Catastrado N.º P-1212850-2008
- h. Finca N.º 159559-000, Plano Catastrado N.º P-1212855-2008
- vii. Finca N.º 156483-000, Plano Catastrado N.º P-1223330-2007; la finca pertenece a Cerros de Esterillos del Oeste, S.A., controlada por las Demandantes.
Posteriormente se subdividió en las siguientes fincas:
 - a. Finca N.º 159795-000, Plano Catastrado N.º P-1212782-2008
 - b. Finca N.º 159796-000, Plano Catastrado N.º P-1212405-2008
 - c. Finca N.º 159797-000, Plano Catastrado N.º P-1219592-2008
 - d. Finca N.º 159798-000, Plano Catastrado N.º P-1212797-2008
 - e. Finca N.º 159799-000, Plano Catastrado N.º P-1219594-2008
 - f. Finca N.º 159800-000, Plano Catastrado N.º P-1219491-2008
 - g. Finca N.º 159801-000, Plano Catastrado N.º P-1219591-2008
 - h. Finca N.º 159802-000, Plano Catastrado N.º P-1219490-2008
- viii. Finca N.º 156484-000, Plano Catastrado N.º P-1223337-2007; la finca pertenece a Mis Mejores Años Vividos, S.A., controlada por las Demandantes.
Posteriormente se subdividió en las siguientes fincas:
 - a. Finca N.º 159607-000, Plano Catastrado N.º P-1216875-2008
 - b. Finca N.º 159608-000, Plano Catastrado N.º P-1212040-2008
 - c. Finca N.º 159609-000, Plano Catastrado N.º P-1216876-2008
 - d. Finca N.º 159610-000, Plano Catastrado N.º P-1212041-2008
 - e. Finca N.º 159611-000, Plano Catastrado N.º P-1216877-2008
 - f. Finca N.º 159612-000, Plano Catastrado N.º P-1216878-2008
- ix. Finca N.º 156485-000, Plano Catastrado N.º P-1223334-2007; la finca pertenece a Mis Mejores Años Vividos, S.A., controlada por las Demandantes.
Posteriormente se subdividió en las siguientes fincas:
 - a. Finca N.º 159847-000, Plano Catastrado N.º P-1212783-2008
 - b. Finca N.º 159848-000, Plano Catastrado N.º P-1212784-2008
 - c. Finca N.º 159849-000, Plano Catastrado N.º P-1212785-2008
 - d. Finca N.º 159850-000, Plano Catastrado N.º P-1212798-2008
 - e. Finca N.º 159851-000, Plano Catastrado N.º P-1218169-2008
 - f. Finca N.º 159852-000, Plano Catastrado N.º P-1212800-2008
 - g. Finca N.º 159853-000, Plano Catastrado N.º P-1218170-2008
 - h. Finca N.º 159854-000, Plano Catastrado N.º P-1218172-2008
- x. Finca N.º 156486-000, Plano Catastrado N.º P-1223333-2007; la finca pertenece a Mis Mejores Años Vividos, S.A., controlada por las Demandantes.
Posteriormente se subdividió en las siguientes fincas:
 - a. Finca N.º 158408-000, Plano Catastrado N.º P-1210563-2008
 - b. Finca N.º 158409-000, Plano Catastrado N.º P-1212994-2008
 - c. Finca N.º 158410-000, Plano Catastrado N.º P-1212995-2008
 - d. Finca N.º 158411-000, Plano Catastrado N.º P-1212996-2008
 - e. Finca N.º 158412-000, Plano Catastrado N.º P-1210556-2008
 - f. Finca N.º 158413-000, Plano Catastrado N.º P-1210558-2008
 - g. Finca N.º 158414-000, Plano Catastrado N.º P-1211573-2008
 - h. Finca N.º 158415-000, Plano Catastrado N.º P-1211574-2008
- xi. Finca N.º 156487-000, Plano Catastrado N.º P-1223331-2007; la finca pertenece a Mis Mejores Años Vividos, S.A., controlada por las Demandantes.
Posteriormente se subdividió en las siguientes fincas:
 - a. Finca N.º 158360-000, Plano Catastrado N.º P-1209984-2008

- b. Finca N.º 158361-000, Plano Catastrado N.º P-1209985-2008
- c. Finca N.º 158362-000, Plano Catastrado N.º P-1209987-2008
- d. Finca N.º 158363-000, Plano Catastrado N.º P-1209988-2008
- e. Finca N.º 158364-000, Plano Catastrado N.º P-1214958-2008
- f. Finca N.º 158365-000, Plano Catastrado N.º P-1214959-2008
- g. Finca N.º 158366-000, Plano Catastrado N.º P-1214960-2008
- h. Finca N.º 158367-000, Plano Catastrado N.º P-1209983-2008
- xii. Finca N.º 156488-000, Plano Catastrado N.º P-1244756-2007; la finca pertenece a 3101479152, S.A., y no es controlada por las Demandantes.
- xiii. Finca N.º 156489-000, Plano Catastrado N.º P-1244755-2007; la finca pertenece a 3-101-567250, S.A., y no es controlada por las Demandantes.
- xiv. Finca N.º 156490-000, Plano Catastrado N.º P-1244757-2007; la finca pertenece a Sand Group Investments, S.A., y no es controlada por las Demandantes.
- xv. Finca N.º 156491-000, Plano Catastrado N.º P-1244760-2007; la finca pertenece a Bosques Lindos de Esterillos, S.A., y es controlada por las Demandantes.