

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Infinito Gold Ltd.

Demandante

c.

República de Costa Rica

Demandada

Caso CIADI No. ARB/14/5

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Tribunal

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta

Prof. Bernard Hanotiau, Árbitro

Prof. Brigitte Stern, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Luisa Fernanda Torres

Asistente del Tribunal

Sra. Sabina Sacco

Fecha: 4 de diciembre de 2017

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES	5
I. INTRODUCCIÓN Y PARTES.....	9
II. ANTECEDENTES PROCESALES	10
A. Acto de registro y constitución del Tribunal	10
B. Primera sesión.....	11
C. Presentaciones escritas y solicitudes procesales de las Partes	11
D. Petición y Escrito de la Parte No Contendiente.....	15
E. Procedimiento oral.....	16
F. Procedimiento posterior a la Audiencia	17
III. HECHOS RELEVANTES A LA JURISDICCIÓN	18
A. Orígenes y desarrollo del Proyecto Las Crucitas	18
B. Medidas que afectaron al Proyecto Las Crucitas.....	20
IV. ANÁLISIS	27
A. Cuestiones preliminares	27
1. Alcance de la presente Decisión.....	27
2. El derecho aplicable a la jurisdicción del Tribunal.....	28
3. Relevancia del Escrito de Parte No Contendiente de APREFLOFAS	28
a. Escrito de APREFLOFAS.....	28
b. Los comentarios de la Demandada sobre el Escrito de APREFLOFAS	31
c. Los comentarios de la Demandante sobre el Escrito de APREFLOFAS	32
d. Análisis	33
B. Jurisdicción en virtud del Convenio CIADI	34
C. Jurisdicción en virtud del TBI.....	35
1. Descripción general de las posiciones de las Partes.....	37
a. Descripción general de la posición de la Demandada.....	37
b. Descripción general de la posición de la Demandante.....	43
2. Requisitos jurisdiccionales conforme al Artículo XII	50
3. Objeciones de la Demandada que surgen del Artículo XII(1) y (2)	57
a. ¿El Tribunal debe considerar el caso tal como lo presenta la Demandante?	57

(i)	La posición de la Demandada.....	57
(ii)	La posición de la Demandante.....	58
(iii)	Análisis.....	60
b.	¿Los actos impugnados por la Demandante constituyen “medidas” a los efectos del TBI?.....	61
(i)	La posición de la Demandada.....	61
(ii)	La posición de la Demandante.....	62
(iii)	Análisis.....	63
c.	¿Son las reclamaciones de la Demandante reclamaciones genuinas en virtud del TBI, o equivalen a un desacuerdo con los tribunales de Costa Rica sobre asuntos de derecho interno?	64
(i)	La posición de la Demandada.....	64
(ii)	La posición de la Demandante.....	66
(iii)	Análisis.....	68
d.	¿Ha demostrado la Demandante prima facie su caso sobre cualquiera de las violaciones alegadas del TBI?.....	70
(i)	La posición de la Demandada.....	70
(ii)	La posición de la Demandante.....	73
(iii)	Análisis.....	75
e.	¿Debe Infinito presentar un caso prima facie por daños y perjuicios y, de ser así, ha cumplido con dicho requisito?	79
(i)	La posición de la Demandada.....	79
(ii)	La posición de la Demandante.....	81
(iii)	Análisis.....	83
4.	Objeciones de la Demandada en virtud del Artículo XII(3)	84
a.	¿Están prohibidas las reclamaciones de la Demandante en virtud del Artículo XII(3)(d) del TBI debido a que impugnan medidas con respecto a las cuales los tribunales costarricenses ya han emitido un fallo?	84
(i)	La posición de la Demandada.....	84
(ii)	La posición de la Demandante.....	91
(iii)	Análisis.....	99
b.	¿Prescribieron las reclamaciones de Infinito en virtud del Artículo XII(3)(c)?.....	102
(i)	La posición de la Demandada.....	102
(ii)	La posición de la Demandante.....	107
(iii)	Análisis.....	115
c.	¿Son éstos requisitos jurisdiccionales o condiciones de admisibilidad?.....	116
(i)	La posición de la Demandante.....	116
(ii)	La posición de la Demandada.....	118
(iii)	Análisis.....	119
5.	Otras objeciones.....	119

a.	¿Se encuentran las reclamaciones comprendidas dentro de la exclusión contenida en el Anexo I, Sección III(1) del TBI?	119
(i)	La posición de la Demandada	120
(ii)	La posición de la Demandante	121
(iii)	Análisis	123
6.	¿Puede invocar Infinito la Cláusula NMF del TBI?	124
V.	COSTAS	125
VI.	DECISIÓN	125

TABLA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES

Amparo Murillo	Recurso de amparo de inconstitucionalidad por motivos ambientales interpuesto el 1 de abril de 2002 por los activistas ambientales Carlos y Diana Murillo contra la resolución que otorgó la concesión del año 2002 a Industrias Infinito para el desarrollo de la actividad de minería
APREFLOFAS	Asociación Preservacionista de Flora y Fauna Silvestre (Costa Rica)
Audiencia sobre Jurisdicción	Audiencia sobre Jurisdicción celebrada los días 19-20 de enero de 2017
C-[#]	Anexos Documentales de la Demandante
C-CM Jur.	Contra-Memorial de la Demandante sobre Jurisdicción de fecha 7 de julio de 2016
C-Costos Jur.	Declaración sobre Costos de la Demandante en la Fase de Jurisdicción de fecha 10 de marzo de 2017
C-Dúp. Jur.	Dúplica de la Demandante sobre Jurisdicción y Comentarios sobre el Escrito de la Parte No Contendiente de fecha 16 de diciembre de 2016
C-Mem. Fondo	Memorial de la Demandante sobre el Fondo de fecha 23 de diciembre de 2015
CL-[#]	Autoridad Legal de la Demandante
CER-[Nombre]	Informe Pericial de la Demandante
CER-Calzada 1	Primer Informe Pericial de Ana Virginia Calzada de fecha 5 de julio de 2016
CER-Calzada 2	Segundo Informe Pericial de Ana Virginia Calzada de fecha 10 de diciembre de 2016
CER-FTI Consulting 1	Primer Informe Pericial de Howard Rosen y Chris Milburn de FTI Consulting Inc. de fecha 23 de diciembre de 2015
CER-FTI Consulting 2	Segundo Informe Pericial de Howard Rosen y Chris Milburn de FTI Consulting Inc. de fecha 5 de julio de 2016
CER-Hernández-Rojas 1	Primer Informe Pericial de Rubén Hernández y Erasmo Rojas de fecha 5 de julio de 2016
CER-Hernández-Rojas 2	Segundo Informe Pericial de Rubén Hernández y Erasmo Rojas de fecha 14 de diciembre de 2016
CER-RPA 1	Primer Informe Pericial de Graham Clow y Brenna Scholey de Roscoe Postle Associates Inc. ("RPA") de fecha 23 de diciembre de 2015
CWS-[Nombre]	Declaración Testimonial de la Demandante

CWS-Hernández 1	Primera Declaración Testimonial de Juan Carlos Hernández de fecha 23 de diciembre de 2015
CWS-Hernández 2	Segunda Declaración Testimonial de Juan Carlos Hernández de fecha 5 de julio de 2016
CWS-Hernández 3	Tercera Declaración Testimonial de Juan Carlos Hernández de fecha 16 de diciembre de 2016
CWS-Rauguth 1	Primera Declaración Testimonial de Erich Rauguth de fecha 22 de diciembre de 2015
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Concesión o Concesión de 2008	Concesión de Industrias Infinito para la explotación otorgada por el Presidente Arias y el MINAE el 21 de abril de 2008
Concesión de 2008 o Concesión	Concesión de Industrias Infinito para la explotación otorgada por el Presidente Arias y el MINAE el 21 de abril de 2008
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1969
Decreto de Moratoria Arias	Moratoria sobre la actividad de minería a cielo abierto declarada por el Presidente Arias el 29 de abril de 2010
Decreto de Moratoria Chinchilla	Decreto dictado por la Presidenta Chinchilla el 8 de mayo de 2010 que amplió el Decreto de Moratoria Arias al prohibir también todas las actividades de minería que utilicen cianuro y mercurio en el procesamiento del mineral
DGM	Dirección de Geología y Minas
EIA	Estudio de Impacto de Ambiental
FCD	Método de Flujo de Caja Descontado para el cálculo de la pérdida financiera
MINAE	Ministerio del Ambiente y Energía
Moratoria de 2002	Moratoria sobre la actividad de minería a cielo abierto decretada por el Presidente Abel Pacheco el 5 de junio de 2002
Moratoria de 2010 o Moratoria Ejecutiva de 2010	Decreto de Moratoria Chinchilla conjuntamente con el Decreto de Moratoria Arias
Moratoria Legislativa de 2011	Modificación al Código de Minería por parte del legislativo costarricense, que entró en vigor el 10 de febrero de 2010
NDP-[#]	Anexo Documental de la Parte No Contendiente

Petición de APREFLOFAS	Petición de APREFLOFAS para ser admitida en calidad de <i>Amicus Curiae</i> presentada el 15 de septiembre de 2014
Escrito de Parte No Contendiente o Escrito de APREFLOFAS	Escrito de Parte No Contendiente de la Asociación Preservacionista de Flora y Fauna Silvestre ("APREFLOFAS") de fecha 19 de julio de 2016
Proyecto Las Crucitas	Proyecto de actividad de minería aurífera en el área de Las Crucitas, en Costa Rica
R-[#]	Anexo Documental de la Demandada
R-Costos Jur.	Declaración sobre Costos de la Demandada en la Fase de Jurisdicción de fecha 10 de marzo de 2017
R-Mem. Jur.	Memorial de la Demandada sobre Jurisdicción de fecha 8 de abril de 2016
R-Rép. Jur.	Réplica de la Demandada sobre Jurisdicción y Comentarios sobre el Escrito de la Parte No Contendiente de fecha 1 de octubre de 2016
RL-[#]	Autoridad Legal de la Demandada
RER-[Nombre]	Informe Pericial de la Demandada
RER-Ubico 1	Primer Informe Pericial de Carlos Ubico presentado el 8 de abril de 2016
RER-Ubico 2	Segundo Informe Pericial de Carlos Ubico de fecha 30 de septiembre de 2016
RWS-[Nombre]	Declaración Testimonial de la Demandada
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI de 2006
Resolución del MINAE de 2012	Resolución No. 0037 del MINAE de fecha 9 de enero de 2012
SdA de 2005	La primera Solicitud de Arbitraje de la Demandante de fecha 3 de junio de 2005
Sentencia de la Sala Constitucional de 2010	Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que rechazó los recursos de amparo de UNOVIDA y FECON y que levantó el auto judicial contra las operaciones de tala
Sentencia del TCA de 2010	Sentencia del TCA sobre la solicitud de anulación presentada por el Sr. Lobos y APREFLOFAS, que declaró que se habían aceptado todas las solicitudes de anulación. Resumen verbal de la sentencia comunicado el 24 de noviembre de 2010, y sentencia escrita dictada el 14 de diciembre de 2010
Sentencia de la Sala Administrativa de 2011	Sentencia de la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de fecha 30 de noviembre de 2011, que denegó el recurso de casación de Industrias Infinito y ratificó las conclusiones principales de la Sentencia del TCA de 2010

Sentencia de la Sala Constitucional de 2013	Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de fecha 19 de junio de 2013, que denegó el recurso de inconstitucionalidad de Industrias Infinito considerándolo inadmisibles habida cuenta que la Sala Administrativa ya había dictado su sentencia
Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015	Sentencia del TCA del 24 de noviembre de 2015 que determinó que Costa Rica, el SINAC e Industrias Infinito deberían pagar una compensación por daño ambiental fijada en la suma de USD 6,4 millones
SETENA	Secretaría Técnica Nacional Ambiental
SINAC	Sistema Nacional de Áreas de Conservación
TBI	Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 18 de marzo de 1998, que entró en vigor el 29 de septiembre de 1999
TCA	Tribunal Contencioso Administrativo
TJE	Trato Justo y Equitativo
Tr. Día [#] (ING/ESP), [página: línea] [(Orador)]	Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción (tal y como fue corregida por las Partes el 27 de febrero de 2017)
Tribunal	Tribunal constituido el 29 de septiembre de 2014

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. El presente caso concierne una diferencia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) sobre la base del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 18 de marzo de 1998, y que entró en vigor el 29 de septiembre de 1999 (el “TBI” o “Tratado”) y del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, el cual entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (el “Convenio CIADI”).

2. La Demandante es Infinito Gold Ltd. (“Infinito” o la “Demandante”), una compañía constituida de conformidad con la legislación de la Provincia de British Columbia, Canadá. En el presente arbitraje, la Demandante se encuentra representada por:

Sr. John Terry
Sra. Myriam M. Seers
Sr. Ryan Lax
Sra. Aria Laskin
Torys LLP
79 Wellington Street West, Suite 3000
Box 270, TD Centre
Toronto, ON
Canadá, M5K 1N2

3. La Demandada es la República de Costa Rica (“Costa Rica” o la “Demandada”). En el presente arbitraje, la Demandada se encuentra representada por:

Sr. Paolo Di Rosa
Sr. Raúl Herrera
Sr. Csaba Rusznak
Sra. Natalia Giraldo-Carrillo
Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
601 Massachusetts Avenue NW
Washington, DC 20001-3743
Estados Unidos de América

Sr. Dmitri Evseev
Sr. Patricio Grané Labat
Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
Torre 42, 25 Old Broad Street
Londres, EC2N1Q
Reino Unido

Sra. Adriana González
Sra. Arianna Arce
Sra. Francinie Obando
Sra. Marisol Montero
Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica
Plaza Tempo, sobre la Autopista Próspero Fernández, contiguo al Hospital Cima
Piso 3
San José
República de Costa Rica

4. La Demandante y la Demandada se denominarán conjuntamente las “Partes”.
5. La presente diferencia surge como consecuencia del desarrollo de un proyecto de minería de oro en el área de Las Crucitas, en Costa Rica (el “Proyecto Las Crucitas”).
6. La presente decisión se refiere a las objeciones preliminares de la Demandada.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

A. ACTO DE REGISTRO Y CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

7. El 6 de febrero de 2014, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje, también de fecha 6 de febrero de 2014, por parte de la Demandante en contra de Costa Rica, junto con los anexos documentales C-001 a C-008 (la “Solicitud de Arbitraje”).
8. El 4 de marzo de 2014, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio CIADI y notificó a las Partes del acto de registro. En la Notificación del Acto de Registro, la Secretaria General invitó a las Partes a que procedieran, a la brevedad posible, a constituir un tribunal de arbitraje conforme a la Regla 7(d) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (las “Reglas de Iniciación”).
9. De conformidad con el Artículo 37(2)(a) del Convenio CIADI, las Partes acordaron constituir el Tribunal de la siguiente manera: tres árbitros, uno nombrado por cada Parte, y el tercero, el árbitro presidente, a ser nombrado por acuerdo de las Partes.
10. El Tribunal se encuentra conformado por Gabrielle Kaufmann-Kohler, nacional de Suiza, Presidenta, nombrada por acuerdo de las Partes; Bernard Hanotiau, nacional de Bélgica, nombrado por la Demandante; y Brigitte Stern, nacional de Francia, nombrada por la Demandada.
11. El 29 de septiembre de 2014, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “Reglas de Arbitraje”), la Secretaria General notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por lo tanto, se consideraba que el Tribunal se había constituido en dicha fecha. La Sra. Luisa Fernanda Torres, Consejera Jurídica del CIADI, fue designada como Secretaria del Tribunal.
12. El 29 de septiembre de 2014, la Presidenta del Tribunal les propuso a las Partes el nombramiento de un asistente del Tribunal. Ambas Partes confirmaron estar de acuerdo ese mismo día.
13. El 9 de diciembre de 2014, con la aprobación de los demás Miembros del Tribunal, la Presidenta del Tribunal propuso que se nombrara en calidad de asistente del Tribunal a la Sra. Sabina Sacco. El 12 de enero de 2015, ambas Partes aprobaron el nombramiento.

B. PRIMERA SESIÓN

14. De conformidad con la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, y de conformidad con el acuerdo de las Partes de ampliar el plazo de 60 días establecido en la Regla 13(1), el Tribunal celebró una primera sesión con las Partes el 22 de enero de 2015 mediante teleconferencia.
15. Tras la primera sesión, el 17 de febrero de 2015 la Presidenta del Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 en representación del Tribunal. La Resolución Procesal No. 1 dispone, *inter alia*, que las Reglas de Arbitraje aplicables son aquellas en vigor a partir del 10 de abril de 2006, que los idiomas del procedimiento son el inglés y el español, y que el lugar del procedimiento es Washington, DC. Asimismo, la Resolución Procesal No. 1 establece el Calendario Procesal para la fase de jurisdicción del presente procedimiento.

C. PRESENTACIONES ESCRITAS Y SOLICITUDES PROCESALES DE LAS PARTES

16. El 17 de junio de 2015, tras una solicitud de la Demandante con la que estuvo de acuerdo la Demandada, el Tribunal modificó el Calendario Procesal (“Revisión No. 1”). Según el Calendario Procesal modificado, el Memorial de la Demandante sobre el Fondo debía presentarse el 10 de julio de 2015.
17. El 13 de julio de 2015, el Tribunal les escribió a las Partes manifestando que la Demandante no había presentado su Memorial sobre el Fondo en la fecha establecida e invitando a la Demandante a brindar explicaciones, las cuales deberían ser seguidas por comentarios por parte de la Demandada.
18. El 15 de julio de 2015, los abogados de la Demandante brindaron explicaciones relativas a la imposibilidad de obtener instrucciones de su cliente como consecuencia de la renuncia de todos los directores y administradores de la Demandante. Los abogados de la Demandante solicitaron una suspensión provisional del Calendario Procesal.
19. Tras una invitación del Tribunal, el 24 de julio de 2015 la Demandada se opuso a la solicitud de suspensión y, en virtud de la Regla 26(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, le solicitó al Tribunal que declarara que la Demandante se encontraba en estado de incumplimiento. Además, la Demandada solicitó una resolución de terminación del procedimiento de arbitraje en virtud de la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI (la “Solicitud de Terminación de la Demandada”). Subsidiariamente, la Demandada solicitó una orden de garantía de costas (la “Solicitud de Garantía de Costas de la Demandada”) junto con una revisión del Calendario Procesal. El escrito de la Demandada fue acompañado de una autoridad legal.
20. El 27 de julio de 2015, el Tribunal invitó a la Demandante a presentar, a más tardar el 10 de agosto de 2015, comentarios sobre las Solicitudes de Terminación y de Garantía de Costas de la Demandada.

21. El 10 de agosto de 2015, los abogados de la Demandante solicitaron una prórroga de la fecha prevista para la presentación de sus comentarios, haciendo nuevamente alusión a la imposibilidad de obtener instrucciones de su cliente como consecuencia de la falta de directores y administradores de la Demandante.
22. El 14 de agosto de 2015, la Demandada manifestó que no prestaba su consentimiento a la solicitud de prórroga y, sobre la base de la falta de oposición de la Demandante, insistió en que se diera término al procedimiento “inmediatamente” [Traducción del Tribunal] de conformidad con la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. La Demandada planteó asimismo otra cuestión relacionada con la transferencia de determinados bienes en Costa Rica.
23. El 20 de agosto de 2015, el Tribunal le concedió a la Demandante una prórroga hasta el 1 de septiembre de 2015 para que formulara comentarios respecto de las Solicitudes de Terminación y Garantía de Costas de la Demandada del 24 de julio de 2015, y la cuestión de la transferencia de bienes planteada en la carta de la Demandada del 14 de agosto de 2015. El 1 de septiembre de 2015, los abogados de la Demandante le informaron al Tribunal que no se encontraban aún en condiciones de recibir instrucciones de su cliente para responder, y reiteraron la solicitud de una suspensión provisional del Calendario Procesal. El 1 de septiembre de 2015, la Demandada proporcionó comentarios adicionales sobre el asunto.
24. El 8 de septiembre de 2015, el Tribunal les dio las siguientes instrucciones a las Partes:

[...]

En este momento, el Tribunal considera que no puede ordenar la terminación solicitada por la Demandada. Esta solicitud se ha realizado en virtud de la Regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que aborda la terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes. Según las Notas Explicativas a la Regla 44 en la versión de dicha Regla en 1968 (la cual es idéntica a su versión de 2006), ‘de acuerdo con lo que dispone esta Regla, debe obtenerse el acuerdo de ambas partes (explícito o implícito) para poner término al procedimiento’ (Nota C). La Demandante no ha dado su consentimiento a la terminación, ni explícita ni implícitamente. Por el contrario, aunque no haya interpuesto una objeción formal, ha afirmado que ‘una terminación del procedimiento [...] le ocasionaría un perjuicio significativo a la Demandante’. El Tribunal entiende esto como una objeción implícita.

Dicho esto, el presente estado de incertidumbre no puede extenderse de manera indefinida. Tal como se observa en las Notas Explicativas citadas *supra*, ‘esta Regla dispon[e] que si cualquiera de las partes desea poner término al procedimiento [unilateralmente], debe obtener el consentimiento de la otra parte; pero, a fin de no permitir que dicha parte obstruya la terminación con su mera pasividad, intencional o no, se establece un plazo dentro del cual debe responder’ (Nota B). El Tribunal ya ha establecido una fecha límite a dicho fin, de la que la Demandante ahora solicita una prórroga. Habida cuenta de las circunstancias especiales en torno a la organización corporativa de la Demandante y de su administración, el Tribunal está dispuesto a prorrogar este plazo por tres semanas adicionales, es decir, hasta el 29 de septiembre de 2015. Si para ese entonces la Demandante no indica claramente si desea continuar con este arbitraje y presenta una objeción formal a la terminación

solicitada por la Demandada, el Tribunal aplicará la Regla 44 y considerará que la Demandante ha aceptado la terminación.

La solicitud de la Demandada de una garantía de costas se aplaza hasta el pronunciamiento definitivo del Tribunal sobre la terminación, si es que en ese momento la solicitud continúa siendo aplicable". [Traducción del Tribunal]

25. El 29 de septiembre de 2015, la Demandante presentó su respuesta a las Solicitudes de Terminación y Garantía de Costas de la Demandada, y reiteró su solicitud de una suspensión provisional del Calendario Procesal. Este escrito fue acompañado de los anexos documentales C-008 a C-012¹, y las autoridades legales CL-001 a CL-014.
26. El 2 de octubre de 2015, el Tribunal desestimó las Solicitudes de Terminación y Garantía de Costas de la Demandada. El Tribunal invitó además a las Partes a que se consultaran y presentaran a más tardar el 16 de octubre de 2015 una propuesta conjunta de un Calendario Procesal modificado, o propuestas individuales en el supuesto de que no fuera posible arribar un acuerdo.
27. Tras diversas solicitudes de prórroga, el 6 de noviembre de 2015, cada una de las Partes le presentó una comunicación al Tribunal con su posición respecto del Calendario Procesal. La Demandante presentó una comunicación adicional el 7 de noviembre de 2015, y la Demandada el 9 de noviembre de 2015.
28. El 10 de noviembre de 2015, el Tribunal se pronunció sobre el desacuerdo entre las Partes respecto del calendario, y estableció un nuevo Calendario Procesal ("Revisión No. 2").
29. El 23 de diciembre de 2015, la Demandante presentó su Memorial sobre el Fondo, acompañado de los anexos documentales C-001 a C-350²; las autoridades legales CL-001 a CL-100³; dos (2) declaraciones testimoniales, del Sr. Eric Rauguth y del Sr. Juan Carlos Hernández, respectivamente; y dos (2) informes periciales de FTI Consulting Inc. y de Roscoe Postle Associates Inc., respectivamente⁴.
30. El 14 de enero de 2016, la Demandante le informó al Tribunal que había celebrado un acuerdo de financiación con Vannin Capital PCC en relación con el presente procedimiento. El 18 de enero de 2016, el Tribunal les informó a las Partes que no surgía conflicto alguno para ninguno de los Miembros del Tribunal como consecuencia de dicho acuerdo. Invitó además a la Demandada a que presentara cualquier comentario que pudiese tener en relación con el acuerdo de financiación de terceros

¹ El documento identificado como C-008 difiere de otro documento presentado anteriormente utilizando la misma denominación numérica. Véase *supra*, ¶ 7.

² Los mismos documentos identificados como anexos documentales C-001 a C-008 habían sido presentados anteriormente. Véase *supra*, ¶¶ 7 y 25.

³ Los documentos identificados como CL-001 a CL-014 en este escrito difieren de aquellos presentados anteriormente bajo la misma denominación numérica. Véase *supra*, ¶ 25.

⁴ El 26 de diciembre de 2015, la Demandante presentó un CER-RPA 1 Modificado y un CER-FTI Consulting 1 Modificado. El 6 de enero de 2016, con el consentimiento de la Demandada, la Demandante presentó un Memorial sobre el Fondo Modificado.

de la Demandante dentro del plazo de una semana. No se recibieron comentarios por parte de la Demandada.

31. El 21 de marzo de 2016, tras una solicitud de la Demandada consensuada por la Demandante, el Tribunal modificó el Calendario Procesal (“Revisión No. 3”).
32. El 8 de abril de 2016, la Demandada presentó su Memorial sobre Jurisdicción⁵, acompañado de los anexos documentales R-001 a R-117; las autoridades legales RL-001 a RL-131; y un (1) informe pericial del Sr. Carlos Ubico.
33. Tras un intercambio previo de solicitudes de exhibición de documentos entre las Partes, el 20 de mayo de 2016, la Demandada le presentó al Tribunal sus objeciones a las solicitudes de exhibición de documentos de la Demandante. En esa misma fecha, la Demandante le informó al Tribunal que no tenía objeción alguna a la única solicitud de exhibición de documentos de la Demandada.
34. El 27 de mayo de 2016, la Demandante presentó sus respuestas a las objeciones de la Demandada a la exhibición de documentos, junto con los anexos documentales C-352 a C-354.
35. El 10 de junio de 2016, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 3 sobre exhibición de documentos.
36. El 7 de julio de 2016, la Demandante presentó su Contra-Memorial sobre Jurisdicción, acompañado de los anexos documentales C-351 a C-423; las autoridades legales CL-101 a CL-211⁶; una (1) declaración testimonial del Sr. Juan Carlos Hernández; y tres (3) informes periciales de la Sra. Ana Virginia Calzada, del Sr. Rubén Hernández conjuntamente con el Sr. Erasmo Rojas, y de FTI Consulting Inc., respectivamente.
37. El 4 de agosto de 2016, tras una solicitud de la Demandada consensuada por la Demandante, el Tribunal modificó una vez más el Calendario Procesal (“Revisión No. 4”).
38. El 30 de septiembre de 2016, la Demandada le informó al Tribunal que las Partes habían acordado una breve prórroga para la presentación de su Réplica sobre Jurisdicción y Comentarios sobre el Escrito de la Parte No Contendiente, que debía presentarse ese día.
39. El 1 de octubre de 2016, la Demandada presentó su Réplica sobre Jurisdicción y Comentarios sobre el Escrito de la Parte No Contendiente, acompañada de los anexos documentales R-118 a R-145; las autoridades legales RL-140 a RL-181; y un (1) informe pericial del Sr. Carlos Ubico.

⁵ El 9 de mayo de 2016, con el consenso de la Demandante, la Demandada presentó un Memorial sobre Jurisdicción Modificado.

⁶ Los mismos documentos identificados como anexos documentales C-351 a C-354 y autoridades legales CL-101 a CL-109 habían sido presentados anteriormente. Véase *infra*, ¶ 45 y *supra*, ¶ 34.

40. El 16 de diciembre de 2016, la Demandante presentó su Dúplica sobre Jurisdicción y Comentarios sobre el Escrito de la Parte No Contendiente, acompañada de los anexos documentales C-075 (modificado), C-424 a C-444; las autoridades legales CL-212 a CL-238; una (1) declaración testimonial, del Sr. Juan Carlos Hernández; y dos (2) informes periciales de la Sra. Ana Virginia Calzada, y del Sr. Rubén Hernández conjuntamente con el Sr. Erasmo Rojas, respectivamente.

D. PETICIÓN Y ESCRITO DE LA PARTE NO CONTENDIENTE

41. El 15 de septiembre de 2014, con anterioridad a la constitución del Tribunal, la Asociación Preservacionista de Flora y Fauna Silvestre (“APREFLOFAS”) presentó una “Petición para ser admitida en calidad de *Amicus Curiae*”, junto con el anexo documental P-1 (“Petición de APREFLOFAS”).
42. El 20 de febrero de 2015, el Tribunal le informó a APREFLOFAS que: (i) había recibido la Petición de APREFLOFAS en el momento de su constitución; (ii) de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, había invitado a las Partes a que formularsen comentarios; y (iii) como consecuencia del Calendario Procesal establecido para dichos comentarios, no debería esperarse un pronunciamiento sobre la Petición hasta noviembre de 2015.
43. El 3 de diciembre de 2015, APREFLOFAS presentó una solicitud para que el Tribunal se pronunciase sobre su Petición de fecha 15 de septiembre de 2014.
44. El 4 de diciembre de 2015, el Tribunal le informó a APREFLOFAS que, como consecuencia de modificaciones al Calendario Procesal, los comentarios de las Partes sobre la Petición de APREFLOFAS se habían postergado hasta abril de 2016. En consecuencia, el Tribunal ahora esperaba dictar su pronunciamiento sobre la Petición de APREFLOFAS en mayo de 2016.
45. El 29 de abril de 2016, la Demandada presentó su Escrito sobre la Petición de APREFLOFAS, junto con las autoridades legales RL-132 a RL-139. En esa misma fecha, la Demandante presentó su Escrito sobre la Petición de APREFLOFAS, junto con el anexo documental C-351, y las autoridades legales CL-101 a CL-109.
46. El 1 de junio de 2016, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 2 sobre la Petición de APREFLOFAS. El Tribunal autorizó a APREFLOFAS a presentar un escrito, y le otorgó acceso a porciones seleccionadas de los escritos de las Partes, con sujeción a restricciones de confidencialidad. El 7 de junio de 2016, ambas Partes dieron su consentimiento a la publicación de la Resolución Procesal No. 2.
47. El 8 de junio de 2016, APREFLOFAS recibió los extractos de los escritos que había autorizado el Tribunal.
48. El 19 de julio de 2016, APREFLOFAS presentó su Escrito de Parte No Contendiente, junto con los anexos documentales NDP-001 a NDP-013 (“Escrito de APREFLOFAS” o la “Escrito de Parte No Contendiente”).

49. El 18 de agosto de 2016, tras una solicitud del Tribunal, APREFLOFAS presentó las traducciones de determinados anexos documentales presentados con su Escrito de Parte No Contendiente. Esas traducciones fueron identificadas como anexos documentales NDP-014 a NDP-020.
50. Las Partes presentaron sus Comentarios sobre el Escrito de APREFLOFAS conjuntamente con sus respectivas Réplica y Dúplica sobre Jurisdicción⁷.

E. PROCEDIMIENTO ORAL

51. Tras una propuesta inicial del Tribunal, el 4 de enero de 2017, las Partes presentaron un escrito de común acuerdo respecto de las reglas procesales para la audiencia sobre jurisdicción (la "Audiencia sobre Jurisdicción"). Entre otros asuntos, las Partes acordaron que no habría interrogatorios de testigos ni peritos, y que la Audiencia sobre Jurisdicción se realizaría únicamente en inglés, con una subsecuente traducción de la transcripción al español. Las Partes confirmaron asimismo su acuerdo en prescindir de la llamada organizativa previa a la audiencia.
52. El 9 de enero de 2017, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 4 relativa a la organización de la Audiencia sobre Jurisdicción.
53. El 18 de enero de 2017, tras un acuerdo de las Partes, la Demandada presentó traducciones complementarias de dos anexos documentales que ya obraban en el expediente (R-016, y una traducción del anexo documental C-014, denominada R-146).
54. El 18 de enero de 2017, tras un acuerdo de las Partes, la Demandante incorporó al expediente una autoridad legal adicional, denominada CL-239.
55. La Audiencia sobre Jurisdicción se celebró en la Ciudad de Nueva York⁸ del 19 al 20 de enero de 2017. Estuvieron presentes las siguientes personas:

Tribunal:

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler	Presidenta
Prof. Bernard Hanotiau	Árbitro
Prof. Brigitte Stern	Árbitro

Secretariado del CIADI:

Sra. Luisa Fernanda Torres	Secretaria del Tribunal
----------------------------	-------------------------

En representación de la Demandante:

Sr. John Terry	Torys LLP
Sra. Myriam Seers	Torys LLP

⁷ *Supra*, ¶¶ 39-40.

⁸ De conformidad con la Resolución Procesal No. 1, el lugar para la celebración de la Audiencia sobre Jurisdicción se estableció tras una consulta con las Partes y con el acuerdo de éstas. Véanse correo electrónico de la Demandada (5 de agosto de 2016); correo electrónico de la Demandante (8 de agosto de 2016).

Sr. Ryan Lax	Torys LLP
Sra. Aria Laskin	Torys LLP
Sr. Erich Rauguth	Infinito Gold Ltd.
Sr. Juan Carlos Hernández	Infinito Gold Ltd.
Sr. Erber Hernández	Torys LLP (asistente jurídico)

En representación de la Demandada:

Sr. Paolo Di Rosa	Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
Sr. Dmitri Evseev	Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
Sr. Patricio Grané Labat	Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
Sra. Natalia Giraldo-Carrillo	Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
Sra. Daniela Páez	Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
Sr. Kelby Ballena	Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
Sra. Adriana González	Ministerio de Comercio Exterior
Sra. Arianna Arce	Ministerio de Comercio Exterior

Estenógrafo:

Sr. David Kasdan	B&B Reporters
------------------	---------------

56. De conformidad con el acuerdo de las Partes, no tuvo lugar ningún interrogatorio de testigo o perito durante la Audiencia sobre Jurisdicción.
57. Durante la Audiencia sobre Jurisdicción, cada una de las Partes presentó una Carpeta Principal, y anexos demostrativos denominados de la siguiente manera:
 - Demandante: C-445
 - Demandada: RX-001 a RX-003

F. PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA AUDIENCIA

58. Tras haber recibido la autorización del Tribunal durante la Audiencia sobre Jurisdicción⁹, el 9 de febrero de 2017, la Demandante presentó una traducción adicional del anexo documental C-247.
59. De conformidad con el acuerdo de las Partes reflejado en la Resolución Procesal No. 4, las Partes no presentaron Escritos sobre Jurisdicción Posteriores a la Audiencia.
60. El 27 de febrero de 2017, las Partes presentaron sus correcciones acordadas a la transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción.
61. El 10 de marzo de 2017, las Partes presentaron sus respectivas Declaraciones sobre Costos para la fase jurisdiccional.
62. El 18 de abril de 2017, se les proporcionó a las Partes una traducción al español de la transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción conforme a la Resolución Procesal No. 4. En la misma fecha, las Partes le informaron al Tribunal que habían acordado prescindir de las correcciones a esta traducción.

⁹ Tr. Día 1 (ESP), 321:10-22 (Sra. Seers, Presidenta del Tribunal).

III. HECHOS RELEVANTES A LA JURISDICCIÓN

63. Los hechos que se resumen a continuación se proporcionan a fin de contextualizar los argumentos jurisdiccionales de las Partes. El Tribunal ha evaluado dichos hechos en la medida necesaria para determinar las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad planteadas por las Partes. El Tribunal realizará una evaluación más integral de los hechos durante la etapa de fondo, si correspondiere.

A. ORÍGENES Y DESARROLLO DEL PROYECTO LAS CRUCITAS

64. El 7 de junio de 1993, Vientos de Abangares S.A. (una compañía constituida por un geólogo canadiense) obtuvo un permiso de exploración para el área del Proyecto Las Crucitas¹⁰.

65. El 16 de junio de 1993, Vientos de Abangares S.A. presentó un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”), el cual fue aprobado por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (la “SETENA”) el 1 de octubre de 1993¹¹.

66. En enero de 1996, el permiso de exploración fue transferido a Placer Dome de Costa Rica S.A. (subsidiaria de la empresa minera canadiense Placer Dome International), cuyo plazo fue prorrogado hasta el 18 de septiembre de 1999¹².

67. En el año 1997, el Presidente Figueres y el Ministro de Ambiente dictaron un decreto declarando la minería como industria de conveniencia nacional¹³.

68. En el año 1998, Placer Dome de Costa Rica S.A. fue vendido a Lyon Lake Mines, Ltd., y su nombre fue cambiado a Industrias Infinito S.A. (“Industrias Infinito”).

69. Entre los años 1993 y 2000, Industrias Infinito presuntamente realizó perforaciones y estudios a efectos de probar la existencia y tamaño del depósito de oro. En particular:

- a. En el año 1996, Industrias Infinito realizó un estudio exhaustivo de pre-factibilidad¹⁴, el cual fue acompañado de diversos informes y análisis sobre la viabilidad del proyecto¹⁵.

¹⁰ CWS-Hernández 1, ¶¶ 68-71; R-Mem. Jur., ¶ 43; **C-0022**, Permiso de exploración minera del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas (7 de junio de 1993).

¹¹ CWS-Hernández 1, ¶ 70.

¹² C-Mem. Fondo, ¶ 58; CWS-Hernández 1, ¶ 72; **C-0046**, Resolución No. 193 de la Dirección de Geología y Minas (2 de abril de 1998); R-Mem. Jur., ¶ 43.

¹³ C-Mem. Fondo, ¶ 56; **C-0042**, Reglamento a la Ley Forestal, *La Gaceta* No. 16 (23 de enero de 1997).

¹⁴ CWS-Rauguth 1, ¶¶ 31-32; **C-0040**, Placer Dome Explorations, Proyecto Cerro Crucitas, Estudio de Pre-Factibilidad (diciembre de 1996).

¹⁵ CWS-Rauguth 1, ¶ 34; **C-0026**, Placer Dome de Costa Rica, Manual de Operación y Mantenimiento del Sistema de Tratamiento de Agua Negra (Tanques Sépticos) (septiembre de 1995); **C-0027**, Placer Dome Inc., Evaluación Preliminar Metalúrgica (septiembre de 1995); **C-0032**, Placer Dome Inc., Concentración Gravimétrica/Lixiviación de Cianuro y Concentración

- b. Industrias Infinito encargó también otros estudios e informes sobre el impacto ambiental y socioeconómico del proyecto¹⁶.
 - c. En el año 1999, Industrias Infinito realizó un estudio de factibilidad integral que presuntamente probaba la existencia de un depósito de oro considerable en el área de Las Crucitas¹⁷. Según la Demandante, de conformidad con el Código de Minería esto le otorgaba a Industrias Infinito el derecho exclusivo de obtener una concesión de explotación¹⁸.
 - d. En diciembre de 1999, Industrias Infinito presentó el estudio de factibilidad a la Dirección de Geología y Minas (“DGM”), una subdivisión del Ministerio del Ambiente y Energía (“MINAE”), y solicitó una concesión de explotación a fines de desarrollar una mina de oro de superficie en Las Crucitas¹⁹.
70. En mayo de 2000, la Demandante (en ese momento conocida como Vanessa Ventures Ltd.) adquirió Industrias Infinito²⁰.
71. Entre los años 2000 y 2001, Industrias Infinito continuó con los trabajos de exploración y obtuvo un estimado actualizado de recursos²¹. La Demandante alega asimismo que lanzó una iniciativa de reforestación, plantó 20.000 árboles²², y estableció vínculos con las comunidades y gobiernos locales²³.
72. El 7 de junio de 2001, la DGM aprobó el estudio de viabilidad, incluidos los impactos socioeconómicos y ambientales del proyecto²⁴.

Gravimétrica/Pruebas de Flotación en Compuestos de Tres Tipos de Roca (julio de 1996); **C-0033**, Hay & Company Consultants Inc., Encuesta de Reconocimiento de Sedimentos: Proyecto Cerro Crucitas (agosto de 1996); **C-0041**, Placer Dome de Costa Rica, Fase 1 Evaluación de la Posibilidad de Drenaje Ácido de Roca en el Proyecto Cerro Crucitas, Costa Rica (5 de diciembre de 1996); **C-0043**, Bruce Geotechnical Consultants Inc., Cerro Crucitas-Asesoría en Tranques de Relaves Área B y Balanza de Residuos de Roca (28 de agosto de 1997).

¹⁶ CWS-Rauguth 1, ¶¶ 35-37; **C-0047**, Anexo 4 al Permiso de Exploración No. 7339: Estudio Socioeconómico; **C-0025**, Estudio de Impacto Socioeconómico del ICAPD (julio de 1995); **C-0030**, Estudio Diagnóstico de Impacto Social del ICAPD (diciembre de 1995).

¹⁷ CWS-Rauguth 1, ¶ 38; **C-0052**, Placer Dome, Estudio de Factibilidad (Resumen Ejecutivo) (septiembre de 1999).

¹⁸ C-Mem. Fondo, ¶ 68, que cita a CWS-Hernández 1, ¶¶ 43, 50, 80, 87, y **C-0015**, Código de Minería, Ley No. 6797 (4 de octubre de 1982), Art. 26.

¹⁹ CWS-Hernández 1, ¶ 74; **C-0052**, Estudio de Factibilidad (Resumen Ejecutivo), Placer Dome (septiembre de 1999); **C-0053**, Solicitud de Concesión de Explotación, Industrias Infinito S.A. (13 de diciembre de 1999).

²⁰ CWS-Rauguth 1, ¶ 63.

²¹ CWS-Rauguth 1, ¶¶ 64-76.

²² CWS-Rauguth 1, ¶ 72; **C-0081**, Comunicado de Prensa de Vanessa Ventures, “Actualización de Vanessa sobre Crucitas (Costa Rica)” [Traducción del Tribunal], (14 de junio de 2002); **C-0220**, Presentación Corporativa, Infinito Gold Ltd. (marzo de 2010).

²³ CWS-Rauguth 1, ¶¶ 77-80; **C-0075**, Estudio de Impacto Ambiental (marzo de 2002).

²⁴ CWS-Hernández 1, ¶ 80; **C-0064**, Resolución No. 364-2001 (7 de junio de 2001).

73. El 17 de diciembre de 2001, Industrias Infinito obtuvo su concesión de explotación por un plazo de diez años sujeta a prórrogas y a una renovación, que le permitía extraer, procesar y vender los minerales del depósito de oro de Las Crucitas²⁵. La concesión entró en vigor el 30 de enero de 2002 y, en adelante, se hace alusión a ella como la “Concesión de 2002”²⁶. Sin embargo, según la Demandante, las actividades de explotación no podían comenzar hasta tanto la SETENA aprobara un EIA para el proyecto²⁷. Según la Demandada, la validez de la Concesión de 2002 se encontraba condicionada a la aprobación ulterior de un EIA²⁸.
74. En marzo de 2002, Industrias Infinito presentó su EIA ante la SETENA para su aprobación²⁹.

B. MEDIDAS QUE AFECTARON AL PROYECTO LAS CRUCITAS

75. El 13 de febrero de 2002, el Sr. Abel Pacheco, en ese momento candidato a la presidencia, interpuso un recurso ante el MINAE, solicitando la revocación de la Concesión de 2002 de Industrias Infinito, alegando que iba en contra del interés nacional y ponía en riesgo el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado³⁰. Debido a recursos similares interpuestos ante la Corte Suprema de Justicia, el MINAE postergó su decisión sobre dicho recurso.
76. El 1 de abril de 2002, los activistas ambientales Carlos y Diana Murillo interpusieron un recurso de amparo (recurso de inconstitucionalidad) contra la resolución que otorgó la Concesión de 2002 de Industrias Infinito por motivos ambientales (el “Amparo Murillo”).
77. El 8 de mayo de 2002, el Sr. Abel Pacheco asumió el cargo de Presidente de Costa Rica. El 5 de junio de 2002, el Presidente Pacheco declaró una moratoria por tiempo indefinido para la actividad de minería a cielo abierto (la “Moratoria de 2002”)³¹. No se disputa que la Moratoria de 2002 operaba prospectivamente y que no afectaba derechos adquiridos³².
78. El 12 de agosto de 2002, Río Minerales S.A. interpuso un recurso de amparo contra la Moratoria de 2002, alegando que violaba los principios de legalidad, seguridad jurídica e irretroactividad de las leyes, así como sus derechos adquiridos. El 20 de agosto de 2002, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró que la Moratoria

²⁵ CWS-Hernández 1, ¶ 83; **C-0069**, Resolución No. R-578-2001-MINAE (17 de diciembre de 2001).

²⁶ R-Mem. Jur., ¶ 49; **C-0069**, Resolución No. R-578-2001-MINAE (17 de diciembre de 2001).

²⁷ C-Mem. Fondo, ¶ 97.

²⁸ R-Mem. Jur., ¶ 49.

²⁹ CWS-Hernández 1, ¶ 96.

³⁰ **R-0001**, Recurso de Reposición, Abel Pacheco de la Espriella (13 de febrero de 2002).

³¹ **C-0080**, Decreto Ejecutivo No. 30477-MINAE (5 de junio de 2002).

³² C-CM Jur., ¶ 63; **C-0080**, Decreto Ejecutivo No. 30477-MINAE (5 de junio de 2002).

de 2002 no violaba los derechos del recurrente y que no era retroactiva a la luz de su disposición transitoria³³.

79. La Demandante alega que esta sentencia confirmó que los derechos de Industrias Infinito (en particular, la Concesión de 2002) no fueron afectados por la Moratoria de 2002³⁴. A pesar de esto, la SETENA aún no se había pronunciado sobre el EIA de Industrias Infinito, que había sido solicitado en marzo de 2002. Por este motivo, el 10 de marzo de 2003, Industrias Infinito interpuso un recurso de amparo solicitando que la Sala Constitucional obligara a la SETENA a que dictara su decisión sobre el EIA de Industrias Infinito³⁵.
80. Al día siguiente, el 11 de marzo de 2003, la SETENA negó la aprobación del EIA, sosteniendo que requería una declaración del Poder Ejecutivo señalando el proyecto era de conveniencia nacional, la cual hacía falta, y que la solicitud mostraba determinadas deficiencias técnicas³⁶. Sin embargo, no divulgó los informes que habían servido de base para sus conclusiones. En consecuencia, ese mismo día, Industrias Infinito interpuso un recurso de apelación de esta decisión ante el MINAE³⁷. El MINAE le dio la razón a Industrias Infinito, y el 20 de octubre de 2003 le ordenó a la SETENA que realizara una nueva evaluación de la solicitud de Industrias Infinito³⁸.
81. El 21 de abril de 2003, Industrias Infinito interpuso asimismo un segundo recurso de amparo ante la Sala Constitucional en contra de la SETENA por violación del debido proceso, solicitando la divulgación de los informes³⁹. La Sala Constitucional finalmente le dio la razón a Industrias Infinito y, el 25 de agosto de 2004, ordenó a la SETENA a que proporcionase copias de cualquier estudio interno y externo relativo al EIA⁴⁰.
82. Entretanto, el 4 de abril de 2003 la Demandante presentó su primera Notificación de Disputa ante el Ministerio de Comercio⁴¹.
83. El 26 de noviembre de 2004, la Sala Constitucional otorgó el Amparo Murillo. Específicamente, sostuvo que la Concesión de 2002 de Industrias Infinito violaba el Artículo 50 de la Constitución, el cual garantiza el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, debido a que dicha concesión fue otorgada con anterioridad a la aprobación del EIA. Por consiguiente, anuló la Concesión de 2002,

³³ **C-0085**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (20 de agosto de 2002).

³⁴ C-CM Jur., ¶ 64.

³⁵ CWS-Hernández 1, ¶ 119; **R-0006**, Recurso de Amparo, Industrias Infinito S.A. (10 de marzo de 2003).

³⁶ **C-0097**, Resolución No. 272-2003-SETENA (11 de marzo de 2003).

³⁷ R-Mem. Jur., ¶ 58.

³⁸ R-Mem. Jur., ¶ 60; **C-0106**, Resolución No. 569-2003-MINAE (20 de octubre de 2003).

³⁹ **R-0008**, Segundo Recurso de Amparo (21 de abril de 2003).

⁴⁰ CWS-Hernández 1, ¶ 124; **C-0113**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (25 de agosto de 2004).

⁴¹ **R-0007**, Carta del MINAE a la SETENA, DM-684-03, PREIA 002-03 (4 de abril de 2003) y Carta de Vanessa Ventures Ltd. al Ministerio de Comercio (4 de abril de 2003).

“todo sin perjuicio de lo que determine el estudio de impacto ambiental”⁴². Esto lo traduce la Demandada al inglés como “*without prejudice to what the environmental impact assessment may determine*”⁴³, mientras que la Demandante lo traduce como “*without prejudice to the findings of the Environmental Impact Assessment*”⁴⁴.

84. El 3 de junio de 2005, la Demandante presentó su primera Solicitud de Arbitraje (“SdA de 2005”).
85. El 12 de diciembre de 2005, la SETENA aprobó el EIA de Industrias Infinito⁴⁵.
86. En mayo de 2006, el Presidente Óscar Arias asumió el poder.
87. El 4 de diciembre de 2006, Industrias Infinito presentó una solicitud de aclaración respecto de la decisión de fecha 26 de noviembre de 2004, solicitándole a la Sala Constitucional que confirmase que la anulación de la Concesión de 2002 había sido “relativa” y no “absoluta” y, por consiguiente, sujeta a saneamiento⁴⁶.
88. El 7 de junio de 2007, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia arribó a la conclusión de que la aclaración solicitada constituía una cuestión de derecho administrativo y que no tenía competencia para pronunciarse sobre el asunto. No obstante, aclaró que el único requisito previo para el otorgamiento de la concesión era la aprobación del EIA⁴⁷.
89. El 31 de octubre de 2007, el MINAE otorgó el recurso de reposición de 2002 del Sr. Pacheco en contra de la Concesión de 2002 de Industrias Infinito, basándose en la determinación de 2004 de la Sala Constitucional según la cual la Concesión de 2002 violaba el Artículo 50 de la Constitución⁴⁸.

⁴² **C-0116**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004).

⁴³ R-Mem. Jur., ¶ 62 (énfasis en el original).

⁴⁴ C-CM Jur., ¶ 67.

⁴⁵ **C-0134**, Resolución No. 3638-2005-SETENA (12 de diciembre de 2005).

⁴⁶ RER-Ubico 1, ¶ 76.

⁴⁷ **C-0164**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007).

⁴⁸ **R-0079**, Resolución No. R-613-2007-MINAE (31 de octubre de 2007). La Demandante ha presentado una versión distinta (que no lleva firma ni sello) de esta resolución, que supuestamente rechaza el recurso del Sr. Pacheco (**C-0167**). Después de que la Demandada cuestionara la autenticidad del **C-0167** (R-Mem. Jur., ¶ 68), el testigo de la Demandante, el Sr. Hernández, explicó que se trataba de una versión digital que él había obtenido del MINAE y que no tenía conocimiento de que ésta podría no ser la versión final (CWS-Hernández 2, ¶¶ 3-9). Posteriormente, la Demandante parece aceptar que la versión oficial de la resolución es aquella proporcionada por la Demandada, es decir, **R-0079** (véase, por ejemplo, C-Dúp. Jur., ¶ 61 y n. 140). Por consiguiente, el Tribunal entiende que las Partes están de acuerdo en que la versión correcta de este documento es la que está en el anexo **R-0079**.

90. El 1 de enero de 2008, entró en vigor el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (que creó los Tribunales Contenciosos Administrativos (“TCA”))⁴⁹.
91. El 4 de febrero de 2008, la SETENA aprobó un EIA modificado⁵⁰.
92. El 18 de marzo de 2008, el Presidente Arias dictó un decreto que derogaba la Moratoria de 2002, el cual entró en vigor el 4 de junio de 2008⁵¹.
93. El 21 de abril de 2008, el Presidente Arias y el MINAE le otorgaron una concesión de explotación a Industrias Infinito (la “Concesión de 2008”, a la que también se hace referencia simplemente como la “Concesión”), utilizando la figura de la “conversión” del derecho administrativo (a saber, la concesión previa anulada es convertida en una de carácter válido). Las Partes coinciden en que el concepto aplicable es el de la conversión, pero disputan su efecto jurídico⁵².
94. El 13 de octubre de 2008, el Presidente Arias calificó al Proyecto Las Crucitas como de interés nacional⁵³.
95. El 17 de octubre de 2008, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (“SINAC”) autorizó la tala de árboles en el terreno del Proyecto Las Crucitas⁵⁴. Industrias Infinito dio comienzo a la tala el mismo día⁵⁵.
96. El 19 de octubre de 2008, la ONG UNOVIDA interpuso un recurso de amparo en contra de la Concesión de 2008 de Industrias Infinito con base en la violación del Artículo 50 de la Constitución⁵⁶. La ONG FECON interpuso un recurso de amparo similar poco tiempo después, el 23 de octubre de 2008⁵⁷.
97. El 20 de octubre de 2008, la Sala Constitucional dictó un auto judicial provisional suspendiendo las operaciones de tala, la ejecución del Proyecto Las Crucitas, y la implementación del decreto que declaraba de interés nacional al Proyecto Las Crucitas⁵⁸.

⁴⁹ CWS-Hernández 1, ¶ 189.

⁵⁰ **C-0170**, Resolución No. 170-2008-SETENA (4 de febrero de 2008).

⁵¹ **C-0172**, Decreto No. 34492-MINAE (18 de marzo de 2008).

⁵² **C-0176**, Resolución No. R-217-2008-MINAE (21 de abril de 2008).

⁵³ **C-0196**, Decreto Ejecutivo No. 34801-MINAET (13 de octubre de 2008).

⁵⁴ **C-0197**, Resolución No. 244-2008 SCH (17 de octubre de 2008).

⁵⁵ R-Mem. Jur., ¶ 78.

⁵⁶ R-Mem. Jur., ¶ 78 que cita a RER-Ubico 1, ¶ 80 y **C-0225**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010).

⁵⁷ R-Mem. Jur., ¶ 78 que cita a RER-Ubico 1, ¶ 80 y **C-0225**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010).

⁵⁸ R-Mem. Jur., ¶ 79 que cita a RER-Ubico 1, ¶ 80 y **C-0225**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010).

98. En noviembre de 2008, el Sr. Jorge Lobo y APREFLOFAS interpusieron recursos ante el TCA solicitando la anulación de varios actos administrativos, incluyendo:
- a. La resolución de la SETENA que declaró la viabilidad ambiental del proyecto.
 - b. La resolución de la SETENA que aprobó la modificación del Proyecto Las Crucitas.
 - c. La resolución del MINAE que otorgó la Concesión de 2008.
 - d. El Decreto Ejecutivo que declaró de interés nacional el proyecto⁵⁹.
99. Los recurrentes le solicitaron asimismo al TCA que le ordenara a Industrias Infinito y a Costa Rica restablecer el sitio y a proporcionar una compensación por daño ambiental⁶⁰.
100. El 16 de abril de 2010, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia rechazó los recursos de amparo de UNOVIDA y FECON y levantó la interdicción contra las operaciones de tala (la “Sentencia de la Sala Constitucional de 2010”). La sentencia no hizo referencia alguna al impacto de la Moratoria de 2002⁶¹.
101. También el 16 de abril de 2010, el TCA dictó su propia interdicción provisional impidiendo el avance del Proyecto Las Crucitas⁶².
102. El 29 de abril de 2010, el Presidente Arias dictó un decreto declarando una nueva moratoria para la actividad de minería de oro a cielo abierto, el cual entró en vigor el 11 de mayo de 2010 (el “Decreto de Moratoria Arias”) ⁶³.
103. El 8 de mayo de 2010, la Presidenta Chinchilla asumió el poder. El mismo día, la Presidenta Chinchilla dictó un decreto ampliando el Decreto de Moratoria Arias (el “Decreto de Moratoria Chinchilla” y, conjuntamente con el Decreto de Moratoria de Arias, la “Moratoria de 2010” o “Moratoria Ejecutiva de 2010”). Además de prohibir la minería de oro a cielo abierto, prohibió todas las actividades mineras que utilizaran cianuro y mercurio en el procesamiento del mineral⁶⁴. El Decreto de Moratoria Chinchilla entró en vigor el 11 de mayo de 2010.

⁵⁹ RER-Ubico 1, ¶ 81; **C-0239**, Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010).

⁶⁰ **C-0239**, Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010).

⁶¹ **C-0225**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010).

⁶² R-Mem. Jur., ¶ 84 que cita a **C-0225**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Decisión (16 de abril de 2010).

⁶³ **R-0032**, Decreto No. 35982-MINAET (29 de abril de 2010).

⁶⁴ **C-0229**, Decreto Ejecutivo No. 36019-MINAE (8 de mayo de 2010).

104. El 27 de julio de 2010, la Presidenta Chinchilla emitió una carta reconociendo tanto la Sentencia de la Sala Constitucional de 2010 como la posibilidad de generarse responsabilidad gubernamental de llegar a cancelarse la Concesión de 2008⁶⁵.
105. Entretanto, el 11 de junio de 2010 los activistas ambientales Carlos y Douglas Murillo interpusieron un recurso de amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sosteniendo que la Concesión de Industrias Infinito violaba la Moratoria de 2002⁶⁶. La Sala Constitucional declaró sin lugar este recurso el 24 de agosto de 2010, aduciendo que no era competente para analizar la legalidad de la concesión de explotación (incluyendo su conversión) o la de los actos administrativos relacionados⁶⁷.
106. El 24 de noviembre de 2010, el TCA emitió un resumen verbal de su sentencia sobre la solicitud de anulación interpuesta por el Sr. Lobos y APREFLOFAS, declarando que todas las solicitudes de anulación habían sido otorgadas (la "Sentencia del TCA de 2010")⁶⁸. El TCA dictó su sentencia escrita completa el 14 de diciembre de 2010⁶⁹, donde, *inter alia*, rechazó la defensa de cosa juzgada planteada por Industrias Infinito y el Gobierno⁷⁰, y anuló la Concesión de 2008 de Industrias Infinito junto con las decisiones administrativas relacionadas⁷¹.

⁶⁵ **C-0233**, Carta de la Presidenta Chinchilla (27 de julio de 2010).

⁶⁶ RER-Ubico 1 ¶ 84 que cita a **R-0028**, Resolución No. 2010-014009, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (24 de agosto de 2010), ¶ 1.

⁶⁷ **R-0028**, Resolución No. 2010-014009, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (24 de agosto de 2010).

⁶⁸ RER-Ubico 1 ¶ 89 que cita a **R-0082**, Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley No. 8508 (28 de abril de 2006) ("CPCA"), Art. 111(1).

⁶⁹ **C-0239**, Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010). Las Partes también se refieren a esta sentencia como el "Fallo del TCA de 2010".

⁷⁰ **C-0239**, Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), págs. 134-135 (ESP); 174-175 (ING).

⁷¹ **C-0239**, Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 135 (ESP), 175 (ING). Específicamente, la sentencia anuló las siguientes resoluciones (véase también RER-Ubico 1, ¶ 81):

- (i) Resolución No. 3638-2005-SETENA, por la cual la SETENA declaró la viabilidad ambiental por un período de 2 años para la fase de extracción del Proyecto Las Crucitas, bajo términos y condiciones específicos;
- (ii) Resolución No. 170-2008-SETENA, por la cual la SETENA aprobó la modificación del Proyecto Las Crucitas;
- (iii) Resolución No. R217-2008-MINAE, por la cual el Presidente de Costa Rica y el Ministro de Ambiente y Energía otorgaron la concesión minera a Industrias Infinito;
- (iv) Resolución No. 244-2008-MINAE (el Tribunal observa que ninguna de las Partes ha hecho alusión a este documento);
- (v) Resolución No. 244-2008-SCH, por la cual el Área de Conservación Arenal-Huetar Norte, a través de la Subregión San Carlos-Los Chiles, autorizó el cambio de uso de suelo en áreas de bosque, en áreas de uso agropecuario sin bosque y en áreas de plantación;
- (vi) Decreto Ejecutivo No. 34801-MINAE, por el cual el Presidente de Costa Rica y el Ministro de Ambiente y Energía declararon de interés público y conveniencia nacional el Proyecto Las Crucitas.

107. En consecuencia, el TCA ordenó, *inter alia*:
- a. Que el MINAE cancelara la Concesión de 2008⁷².
 - b. Que Industrias Infinito y el Gobierno facilitaran la restauración del sitio, con la cuantificación de daños a determinarse en un procedimiento diferente del TCA⁷³.
 - c. Que se diera traslado del expediente al fiscal a efectos de determinar si debería iniciarse un proceso penal contra los funcionarios del Gobierno (incluido el Presidente Arias).
108. En diciembre de 2010, la legislatura costarricense sancionó la reforma al Código de Minería con esencialmente el mismo alcance que el Decreto de Moratoria Chinchilla (la “Moratoria Legislativa de 2011”), la cual entró en vigor el 10 de febrero de 2011⁷⁴. La Demandante alega que esta moratoria “reemplaz[ó]” los decretos anteriores⁷⁵. Por otro lado, la Demandada afirma que no revocó los decretos anteriores; en cambio, proporcionó una salvaguarda legislativa adicional contra la actividad minera a cielo abierto⁷⁶.
109. El 18 de enero de 2011, Industrias Infinito interpuso un recurso de casación contra la Sentencia del TCA de 2010 ante la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que tuvo el efecto de suspender la sentencia recurrida⁷⁷.
110. El 10 de febrero de 2011, entró en vigor la Moratoria Legislativa de 2011⁷⁸.
111. El 11 de noviembre de 2011, Industrias Infinito le solicitó a la Sala Constitucional que declarase la inconstitucionalidad de la Sentencia del TCA de 2010 debido a que

⁷² **C-0239**, Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 136 (ESP), 176 (ING).

⁷³ **C-0239**, Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), págs. 135-136 (ESP), 175-176 (ING).

⁷⁴ **C-0238**, Reforma al Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010). Véase *infra*, ¶ 110 y n. 78.

⁷⁵ C-CM Jur., ¶ 128; CER-Hernández-Rojas 1, ¶¶ 329-331; CWS-Hernández 1, ¶¶ 200-201.

⁷⁶ R-Mem. Jur., ¶ 141.

⁷⁷ **C-0248**, Presentaciones de Industrias Infinito S.A. ante la Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Expediente No. 08-1282-1027-CA (18 de enero de 2011).

⁷⁸ Las Partes no están de acuerdo sobre la fecha de entrada en vigor de la Moratoria Legislativa de 2011. En tanto la Demandada alega que fue el 10 de febrero de 2011 (R-Mem. Jur., ¶ 141), la Demandante afirma que fue el 11 de febrero de 2011 (C-CM Jur., ¶ 128, que cita a CWS-Hernández 1, ¶ 201). En opinión del Tribunal, el expediente sugiere que la fecha correcta es el 10 de febrero de 2011: la reforma al Código de Minería (**C-0238**) establece que entra en vigor en la fecha de su publicación, y la fecha de publicación parece haber sido el 10 de febrero de 2011. En cualquier caso, esta discrepancia no tiene impacto en los argumentos de las Partes.

contrariaba las sentencias anteriores de la Sala Constitucional, en particular la Sentencia de la Sala Constitucional de 2010⁷⁹.

112. El 30 de noviembre de 2011, la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia rechazó la solicitud de casación de Industrias Infinito, y ratificó las conclusiones principales de la Sentencia del TCA de 2010 (la “Sentencia de la Sala Administrativa de 2011”)⁸⁰.
113. El 9 de enero de 2012, el MINAE canceló la Concesión de 2008 de Industrias Infinito (la “Resolución del MINAE de 2012”)⁸¹. Según Infinito, también declaró el área de Las Crucitas libre de todo derecho minero⁸². Costa Rica controvierte este último hecho⁸³.
114. El 19 de junio de 2013, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Industrias Infinito, sosteniendo que el recurso era inadmisibles debido a que la Sala Administrativa ya había dictado su fallo (la “Sentencia de la Sala Constitucional de 2013”)⁸⁴.
115. El 24 de noviembre de 2015, el TCA estableció el monto de la compensación por daño ambiental a ser pagado por Costa Rica, el SINAC, e Industrias Infinito, en la suma de USD 6,4 millones (la “Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015”)⁸⁵.
116. En diciembre de 2015, el Gobierno interpuso un recurso de apelación en contra de la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015 ante la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

IV. ANÁLISIS

A. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Alcance de la presente Decisión

117. Tal como lo acordaran las Partes con anterioridad a la Primera Sesión y tal como quedara reflejado en el Anexo A de la Resolución Procesal No. 1, el presente procedimiento ha sido bifurcado entre jurisdicción y fondo. La presente Decisión

⁷⁹ RER-Ubico 1, ¶ 112; **C-0259**, Acción de Industrias Infinito ante la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional) (11 de noviembre de 2011).

⁸⁰ **C-0261**, Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011).

⁸¹ **C-0268**, Resolución No. 0037, MINAE, Expediente No. 2594 (9 de enero de 2012).

⁸² C-CM Jur., ¶ 124 que cita a CWS-Hernández 1, ¶ 230.

⁸³ R-Mem. Jur., ¶ 126.

⁸⁴ R-Mem. Jur., ¶ 120; **C-0283**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (19 de junio de 2013).

⁸⁵ **C-0305**, Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia No. 1438-2015, Expediente No. 08001282-1027-CA-6 (24 de noviembre de 2015).

aborda las objeciones de la Demandada a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal.

2. El derecho aplicable a la jurisdicción del Tribunal

118. No se disputa que la jurisdicción del Tribunal se rige por el Convenio CIADI y el TBI. Las disposiciones relevantes se citan en las Secciones IV.B y IV.C *infra*.
119. Ambas Partes están de acuerdo en que la interpretación del Convenio CIADI y del TBI se rige por los principios sobre interpretación de los tratados del derecho internacional consuetudinario según su codificación en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (“CVDT”).
120. Tampoco se disputa que el Tribunal tiene la autoridad para pronunciarse respecto de su propia jurisdicción.

3. Relevancia del Escrito de Parte No Contendiente de APREFLOFAS

121. Antes de abordar las posiciones de las Partes en materia de jurisdicción, el Tribunal abordará los comentarios sobre jurisdicción formulados por la Asociación Preservacionista de Flora y Fauna Silvestre (“APREFLOFAS”) en su Escrito de Parte No Contendiente.

a. Escrito de APREFLOFAS

122. APREFLOFAS, una de las querellantes en los procesos que culminaron con la Sentencia del TCA de 2010, afirma que la Concesión de Industrias Infinito “siempre fue ilegal bajo la legislación de Costa Rica (según sea aplicable a cualquier parte, extranjera o no)”, y que fue “otorgada habiendo ignorado de forma manifiesta e intencional la legislación aplicable y, tal como lo alegaran los Fiscales en casos ante los Tribunales costarricenses, probablemente mediante corrupción y cohecho”⁸⁶. [Traducción del Tribunal]
123. De conformidad con las instrucciones del Tribunal en la Resolución Procesal No. 2, APREFLOFAS ha limitado su escrito al material fáctico y jurídico no mencionado por las Partes. Específicamente, sostiene que: (i) “la Concesión era ilegal en virtud de la legislación de Costa Rica”; y (ii) “los tribunales de Costa Rica han determinado que los acontecimientos que condujeron al otorgamiento de la Concesión fueron atroces hasta el punto de ser probablemente criminales” [Traducción del Tribunal], llegándose a procesar varios funcionarios públicos involucrados en el otorgamiento de la Concesión⁸⁷. Según APREFLOFAS, “[a]mbos argumentos deberían [...] llevar a que el presente Tribunal decida que no tiene jurisdicción para dirimir las reclamaciones de Infinito en virtud de las reglas del CIADI, el TBI y la opinión predominante de diversas

⁸⁶ Escrito de Parte No Contendiente de APREFLOFAS de fecha 19 de julio de 2016 (“Escrito de Parte No Contendiente”), ¶ 2.

⁸⁷ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 3.

decisiones anteriores de tribunales internacionales en materia de derecho de inversión”⁸⁸. [Traducción del Tribunal]

124. Más específicamente, APREFLOFAS alega que la aprobación de la Concesión de Industrias Infinito “habría sido imposible a menos que Infinito y los funcionarios gubernamentales describieran la Concesión de manera fraudulenta”, y que “[t]anto Infinito Gold como los [f]uncionarios del Gobierno tergiversaron la naturaleza y alcance de la Concesión al no considerar siquiera las reales consecuencias ambientales de la Concesión, transformando de manera ilegal una vía pública en una parte de la Concesión privada, y mediante la conversión inválida de un acto administrativo ya anulado”⁸⁹ [Traducción del Tribunal]. Según APREFLOFAS, lo anterior surge de la Sentencia del TCA de 2010⁹⁰, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011⁹¹, una acusación del Ministerio Público⁹², un auto judicial de un juez penal⁹³, y una sentencia penal (actualmente anulada) absolviendo a diversos acusados y confirmando la condena del ex Ministro Roberto Dobles⁹⁴. En particular, APREFLOFAS alega que el TCA determinó que “la decisión de otorgar los permisos fue parte de una conspiración deliberada e intencional entre funcionarios públicos a fines de ignorar la legislación de Costa Rica” [Traducción del Tribunal] y, como consecuencia, se han presentado acusaciones y/o sanciones en contra de los diversos funcionarios responsables del otorgamiento de la Concesión, incluido el ex Presidente Arias y el ex Ministro del Ambiente Roberto Dobles⁹⁵. Según APREFLOFAS, esto demuestra que “los tribunales costarricenses no solo determinaron que el otorgamiento de la Concesión y la ‘conversión’ posterior fueron ilegales bajo el Derecho costarricense, sino que existían pruebas suficientes para sugerir la ocurrencia de una conducta criminal según el Código Penal costarricense, tales como el prevaricato o prevaricación”⁹⁶. [Traducción del Tribunal]
125. APREFLOFAS observa en particular que, además de las investigaciones penales iniciadas en contra de los funcionarios públicos involucrados, se inició un proceso penal por concusión en contra del ex Presidente Óscar Arias a raíz de una presunta donación realizada por Infinito a la organización sin fines de lucro Fundación Arias Para la Paz del ex Presidente Arias. Sin embargo, este proceso fue desestimado debido a

⁸⁸ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 3.

⁸⁹ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 5.

⁹⁰ **C-0239**, Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010).

⁹¹ **C-0261**, Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011).

⁹² **C-0278**, Acusación y Solicitud de Iniciación de Juicio, Juzgado Penal de Hacienda, Expediente No. 08-000012-033-PE (8 de noviembre de 2012).

⁹³ **NDP-001**, Auto Judicial del Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, II Circuito Judicial de San José, Caso No. 08-000011-0033-PE (5 de mayo de 2013).

⁹⁴ **NPD-002**, Sentencia del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, Caso No. 08-000011-0033- PE, Sentencia No. 32-2015 (28 de enero de 2015).

⁹⁵ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 10.

⁹⁶ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 12.

falta de pruebas suficientes. No obstante, APREFLOFAS señala que, debido a que la desestimación únicamente se basó en la falta de pruebas, podría reabrirse el caso de presentarse nuevas pruebas⁹⁷.

126. APREFLOFAS explica además que los demás procesos penales llegaron hasta una acusación, y que, después de las audiencias relevantes, todas las personas acusadas (con la excepción del ex Ministro Dobles) fueron absueltas dado que el tribunal determinó que no existía acción delictiva alguna debido a que los funcionarios habían actuado dentro de sus facultades discrecionales⁹⁸. En cuanto al Ministro Dobles, aunque fue absuelto de acción delictiva respecto de la expedición de la Resolución No. R-217-2008-MINAE, fue hallado culpable de prevaricato penal por dictar el Decreto Ejecutivo No. 34801-MINAET (el decreto que declaró el Proyecto Las Crucitas de interés nacional)⁹⁹. Sin embargo, la sentencia del tribunal de primera instancia absolviendo a los funcionarios públicos y condenando al ex Ministro Dobles fue ulteriormente anulada en segunda instancia y remitida para una nueva audiencia. A la fecha del Escrito de APREFLOFAS no se había aún dictado sentencia alguna sobre el caso remitido¹⁰⁰.
127. APREFLOFAS afirma que los procesos penales en curso y los hechos sobre los cuales se basan tienen una relevancia significativa en la jurisdicción del Tribunal, en tanto determinarán si existió corrupción y violación del derecho penal de Costa Rica¹⁰¹. Invocando los casos *Metal-Tech*, *Inceysa* y *Fraport I*, APREFLOFAS alega que los tribunales de inversión carecen de jurisdicción si el demandante violó la legislación del Estado receptor en el proceso de sus actividades de inversión¹⁰². APREFLOFAS observa que el Artículo I(g) del TBI define expresamente a la inversión como “cualquier tipo de activo que sea propiedad de o que esté controlado ya sea directa, o indirectamente a través de una empresa o persona natural de un tercer Estado, por un inversionista de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte

⁹⁷ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 19; **NDP-012**, “*Good Riddance Infinito Gold, A Long Overdue Farewell to Costa Rica*”, Mining Watch Canada (22 de julio de 2015); **NDP-013**, “Fiscalía pide desestimar causa contra Oscar Arias por Industrias Infinito; alega ‘falta de pruebas’”, CRHOY (3 de octubre de 2014).

⁹⁸ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 21; **NDP-002**, Sentencia del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, Caso No. 08-000011-0033- PE, Sentencia No. 32-2015 (28 de enero de 2015), págs. 187-197.

⁹⁹ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 21; **NDP-002**, Sentencia del Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, Caso No. 08-000011-0033- PE, Sentencia No. 32-2015 (28 de enero de 2015), págs. 224-258.

¹⁰⁰ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 22.

¹⁰¹ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 23.

¹⁰² Escrito de Parte No Contendiente, ¶¶ 24-26, que cita a *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006 (“*Inceysa*”); *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013 (“*Metal-Tech*”); **CL-0207**, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de las Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007 (“*Fraport I, Laudo*”) y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de las Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Decisión sobre Anulación, 23 de diciembre de 2010 (“*Fraport I, Anulación*”).

Contratante *de acuerdo con la legislación de esta última* [...]”¹⁰³. En consecuencia, para que una inversión sea considerada como tal, es necesario que se haya “iniciado y desarrollado” [Traducción del Tribunal] de conformidad con las leyes de Costa Rica¹⁰⁴. Para APREFLOFAS, no es así en el caso en cuestión, ya que Industrias Infinito obtuvo una concesión ilegal mediante una presunta colaboración delictiva con una serie de funcionarios públicos. En consecuencia, APREFLOFAS alega que el presente caso se encuentra por fuera de la jurisdicción del Tribunal, la cual se circunscribe a la protección de inversiones legales controladas por el TBI¹⁰⁵.

b. Los comentarios de la Demandada sobre el Escrito de APREFLOFAS

128. La Demandada alega que su presentación fáctica y sus argumentos legales encuentran sustento en el Escrito de APREFLOFAS. Observa, en particular, que el Escrito de APREFLOFAS reconoce que la Concesión fue anulada por la Sentencia del TCA de 2010, y que la Sala Administrativa rechazó un recurso de casación interpuesto contra esa sentencia tras un análisis extenso de las alegaciones de Industrias Infinito¹⁰⁶.
129. La Demandada afirma además que el Escrito de APREFLOFAS da soporte también a sus interpretaciones tanto del derecho interno como del TBI relevantes para sus objeciones a la jurisdicción. En particular, coincide en que las reclamaciones de Infinito equivalen a un mero desacuerdo con los tribunales costarricenses sobre cuestiones de derecho interno, y que el TBI no permite recurrir al arbitraje cuando una parte ha intentado, sin éxito, obtener reparación en los tribunales locales¹⁰⁷.
130. La Demandada observa asimismo que, aunque APREFLOFAS exhorta al Tribunal a declinar la jurisdicción para conocer del caso, su enfoque es distinto al de la Demandada, en tanto le solicita al Tribunal que funde su decisión en el carácter ilegal de la Concesión de Industrias Infinito como cuestión de derecho interno y de derecho internacional. La Demandada considera que esta diferencia de enfoque “difícilmente caus[a] sorpresa”, dado que el Tribunal le había ordenado a APREFLOFAS que limitase su presentación al material fáctico y jurídico que no hubiese sido mencionado por las Partes¹⁰⁸. Dicho eso, la Demandada está en desacuerdo con la esencia del argumento jurisdiccional de APREFLOFAS. Específicamente, afirma:

[...] Costa Rica no considera que la prueba disponible hasta la fecha baste para sustentar una excepción tal, es decir, que toda la inversión de Infinito se logró mediante fraude, corrupción y otros ilícitos con lo cual no constituye una inversión de buena fe con arreglo al TBI y el Convenio del CIADI. Como lo demuestra el resumen aportado por APREFLOFAS, las

¹⁰³ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 25 (énfasis en el original) (traducción del Tribunal).

¹⁰⁴ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 25.

¹⁰⁵ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 25.

¹⁰⁶ R-Rép. Jur., ¶¶ 332-333.

¹⁰⁷ R-Rép. Jur., ¶¶ 334-335.

¹⁰⁸ R-Rép. Jur., ¶ 336.

diversas investigaciones de funcionarios públicos por corrupción y otros delitos en relación con el otorgamiento de la Concesión de 2008 o se encuentran en trámite o bien culminaron con un sobreseimiento¹⁰⁹.

131. Sin embargo, la Demandada considera que las pruebas proporcionadas por APREFLOFAS podrían ser relevantes para el Tribunal, especialmente si el caso llegase a avanzar a la etapa de fondo, donde el Tribunal tendría que examinar con mayor detalle la naturaleza de los derechos de Infinito y la forma en que éstos fueron obtenidos¹¹⁰.

c. Los comentarios de la Demandante sobre el Escrito de APREFLOFAS

132. La Demandante sostiene que las alegaciones de APREFLOFAS son infundadas tanto en materia de hecho como de derecho. En primer lugar, señala que ni Infinito ni sus representantes, su personal, o sus asesores, han sido objeto de alguna condena por, y ni siquiera han sido acusados de, ningún tipo de delito. La Demandante niega asimismo haber omitido u ocultado a propósito información al Gobierno de Costa Rica en relación con la Concesión o el EIA¹¹¹.
133. En segundo lugar, no se han emitido conclusiones concluyentes de delito en contra de ningún funcionario costarricense en relación con las acciones vinculadas al Proyecto Las Crucitas. En cualquier caso, los únicos cargos fueron por la errónea aplicación técnica de la ley de Costa Rica (delito de prevaricato); la corrupción nunca ha sido una cuestión. Ni un solo funcionario costarricense ha sido condenado ni acusado de corrupción. En cuanto a los cargos de prevaricato, no ha habido condena de funcionarios públicos. En particular, la condena del ex Ministro Dobles fue anulada debido a un procedimiento viciado, y un nuevo procedimiento se encuentra en curso¹¹².
134. En cualquier caso, la Demandante alega que Costa Rica no puede escudarse de las protecciones que otorga el TBI alegando la conducta indebida de sus propios funcionarios. Invocando los casos *RDC*, *Fraport I* y *Kardassopoulos*, entre otros, la Demandante afirma que “[e]stá sólidamente establecido que los Estados no pueden basarse en su propio delito para vencer la jurisdicción”¹¹³. Según la Demandante “[l]a

¹⁰⁹ R-Rép. Jur., ¶ 337.

¹¹⁰ R-Rép. Jur., ¶ 338.

¹¹¹ C-Dúp. Jur., ¶¶ 409-411.

¹¹² C-Dúp. Jur., ¶¶ 412-415; CWS-Hernández 3, ¶¶ 8-25.

¹¹³ C-Dúp. Jur., ¶ 416, que cita a **CL-0203**, *Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (“*RDC, Laudo*”), ¶ 116; **CL-0207**, *Fraport I, Laudo*, ¶ 346; **CL-0208**, *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. República de Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18 y ARB/07/15, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 (“*Kardassopoulos*”), ¶¶ 182-184; **CL-0014**, *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013 (“*Arif*”), ¶ 376; **CL-0054**, *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Extracto del Laudo, 22 de junio de 2010 (“*Liman*”), ¶ 187; **RL-0112**, *Swisslion DOO Skopje c. La Ex República Yugoslava de Macedonia*, Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo, 6 de julio de 2012 (“*Swisslion*”), ¶¶ 125-126; **CL-0136**, *El Paso Energy International Company. c.*

ilegalidad solo socava las protecciones del TBI [cuando] la ilegalidad es resultado de delitos intencionales y graves cometidos por el inversionista, quien haya evadido deliberadamente la legislación nacional”, lo que no ocurre en el presente caso¹¹⁴.

d. Análisis

135. APREFLOFAS alega que el presente Tribunal debe rechazar la jurisdicción debido a que la inversión de la Demandante no se ha realizado de conformidad con la legislación de costarricense. Específicamente alega que “la Concesión era ilegal bajo legislación de Costa Rica”, y que “los tribunales de Costa Rica han determinado que los acontecimientos que condujeron al otorgamiento de la Concesión fueron atroces hasta al punto de ser probablemente criminales”¹¹⁵ [Traducción del Tribunal]. En este contexto, alega que los funcionarios públicos involucrados en el otorgamiento de la Concesión violaron la ley de manera intencional, conduciendo ello a procesos penales por prevaricato, aunque reconoce que estos procesos se encuentran aún en curso. APREFLOFAS alega asimismo que la Concesión se obtuvo mediante concusión, observando que se inició un proceso penal en contra del ex Presidente Arias, aunque acepta que se dio término a dicho proceso por falta de prueba. Basándose en el Artículo I(g) del TBI, el cual incorpora un requisito de legalidad, APREFLOFAS sostiene que la inversión de la Demandante no es de propiedad ni se encuentra bajo el control de ésta de conformidad con la legislación costarricense y, en consecuencia, el presente Tribunal carece de jurisdicción para conocer de las reclamaciones de Infinito.
136. Notablemente, tanto la Demandante como la Demandada están en desacuerdo con APREFLOFAS. La Demandante niega de manera rotunda que su inversión fue establecida en violación de la legislación costarricense y, en particular, niega que exista prueba alguna de corrupción o delito grave e intencional de su parte. La Demandada, por su parte, reconoce expresamente que las pruebas disponibles hasta la fecha son insuficientes para alegar que “toda la inversión de Infinito se logró mediante fraude, corrupción y otros ilícitos con lo cual no constituye una inversión de buena fe con arreglo al TBI y el Convenio del CIADI”¹¹⁶.
137. El Tribunal ha tomado nota de la posición de las Partes. Sin embargo, el requisito de legalidad que contiene el TBI incide en la jurisdicción del Tribunal, la cual el Tribunal tiene el deber de evaluar *ex officio*, de conformidad con la Regla 41(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. En consecuencia, el Tribunal no puede basarse simplemente en la evaluación de las Partes y debe entonces realizar su propia indagación basándose en las pruebas que obran en el expediente. Esto es particularmente cierto cuando existen alegaciones de corrupción, la cual es una cuestión de orden público internacional.

República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006 (“*El Paso*”), ¶ 64.

¹¹⁴ C-Dúp. Jur., ¶¶ 417-418, que cita a **CL-0207**, *Fraport I*, *Laudo*, ¶¶ 346, 323, 347.

¹¹⁵ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 3.

¹¹⁶ R-Rép. Jur., ¶ 337.

138. El Artículo I(g) del TBI define a la “inversión” como “cualquier tipo de activo que sea propiedad de o que esté controlado ya sea directa, o indirectamente a través de una empresa o persona natural de un tercer Estado, por un inversionista de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última [...]”¹¹⁷. Por lo tanto, para ser protegida por el TBI, una inversión debe al menos haberse establecido de conformidad con la legislación costarricense (podría entenderse asimismo que la disposición requiere que la propiedad y control deben ejercerse de conformidad con la legislación costarricense; una cuestión sobre la cual las Partes no han efectuado comentario alguno y que puede permanecer abierta por el momento).
139. En opinión del Tribunal, no toda violación de la legislación local impedirá que la inversión se beneficie de las protecciones sustantivas del TBI. Sin embargo, APREFLOFAS sostiene que la Concesión se adquirió mediante concusión o mediante violaciones intencionales y/o no insignificantes de la legislación costarricense (prevaricato). En la presente etapa, y con base en el expediente actual, el Tribunal no puede desestimar completamente estas alegaciones. Aunque no ha encontrado pruebas claras y concretas de prevaricato o concusión, las alegaciones son graves y el Tribunal no puede ignorar que se han iniciado procesos penales en contra de funcionarios públicos por estos cargos. Por lo tanto, el Tribunal pospone esta cuestión a la etapa de fondo cuando se podrán presentar nuevos escritos y pruebas.
140. Aun sin que medie un delito intencional, APREFLOFAS alega que la Concesión se obtuvo en violación de la legislación costarricense, y las presuntas violaciones no parecen ser insignificantes. De conformidad con el Artículo I(g) del TBI, para determinar si Infinito ha realizado una inversión que se encuentra protegida por el TBI, el Tribunal debe evaluar cada una de estas alegaciones. Sin embargo, la determinación de si la Concesión se otorgó de manera ilegal se encuentra interrelacionada con el fondo de la disputa. En efecto, en tanto fue APREFLOFAS y no las Partes quien planteo este argumento, las últimas no lo han abordado en profundidad y, por lo tanto, se les brindará una oportunidad para hacerlo durante la etapa de fondo. Por consiguiente, el Tribunal considera procesalmente eficiente posponer esta cuestión a la etapa de fondo.

B. JURISDICCIÓN EN VIRTUD DEL CONVENIO CIADI

141. La jurisdicción en virtud del Convenio CIADI se rige por el Artículo 25(1), el cual reza:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

¹¹⁷ **C-0001/RL-0005**, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (18 de marzo de 1998) (“TBI Canadá-Costa Rica”), Art. I(g).

142. En consecuencia, para que el Tribunal tenga jurisdicción para dirimir la presente diferencia, deben cumplirse las siguientes condiciones:
- a. Debe existir una diferencia de naturaleza jurídica.
 - b. La diferencia debe surgir directamente de una inversión.
 - c. La diferencia debe ser entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y un nacional de otro Estado Contratante.
 - d. Las partes de la diferencia deben haber consentido por escrito en someter la diferencia al Centro. Una vez dado, ese consentimiento no podrá ser unilateralmente retirado.
143. La Demandada no cuestiona las condiciones (a) a la (c). No se disputa – y con razón – que el presente caso concierne una “diferenci[a] de naturaleza jurídica que sur[ge] directamente de una inversión entre un Estado Contratante [...] y [un] nacional de otro Estado Contratante [...]”. Las objeciones de la Demandada a la jurisdicción se relacionan en su totalidad con su consentimiento al arbitraje, el cual es necesario según la condición (d) *supra*, y que fue presuntamente otorgado mediante el Artículo XII del TBI.

C. JURISDICCIÓN EN VIRTUD DEL TBI

144. El Artículo XII del TBI reza lo siguiente:

ARTÍCULO XII

Solución de Diferencias entre un Inversionista y la Parte Contratante Receptora

1. Cualquier diferencia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, relativa a un reclamo por parte del inversionista en el sentido de que una medida que haya o no tomado la primera Parte Contratante contraviene este Acuerdo, y que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado de tal violación, se resolverá, en la medida de lo posible, amistosamente entre las partes.
2. Si una diferencia no se hubiere resuelto amistosamente dentro de un período de seis meses contado a partir de la fecha de su inicio, el inversionista podrá someterla a arbitraje de acuerdo con el párrafo (4). El inversionista llevará la carga de la prueba para demostrar:
 - (a) que es un inversionista según se define en el Artículo I de este Acuerdo;
 - (b) que la medida tomada o no tomada por la Parte Contratante contraviene este Acuerdo; y
 - (c) que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado de esa violación.

A los efectos de este Acuerdo, se considera que una diferencia ha sido iniciada cuando el inversionista de una Parte Contratante haya

notificado por escrito a la otra Parte Contratante alegando que una medida que haya o no tomado esta última Parte Contratante contraviene este Acuerdo, y que el inversionista ha incurrido en pérdida o daño en razón de o como resultado de esa violación.

3. Un inversionista podrá someter una diferencia, según se indica en el párrafo (1), a arbitraje conforme a lo dispuesto en el párrafo (4) solamente si:
 - (a) el inversionista consentido [sic] por escrito a dicho sometimiento;
 - (b) el inversionista ha renunciado a su derecho de iniciar o continuar cualquier otro proceso relacionado con la medida que se alega contraviene este Acuerdo ante las cortes o tribunales de la Parte Contratante interesada, o en un proceso de solución de diferencias de cualquier índole;
 - (c) no han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversionista inicialmente tuvo o debió haber tenido conocimiento, de la violación alegada y conocimiento de que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daño; y
 - (d) en los casos en que Costa Rica es parte de la diferencia, ningún tribunal costarricense haya emitido un fallo relativo a la medida que se alega contraviene este Acuerdo.
4. La diferencia podrá someterse a arbitraje por:
 - (a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido en virtud del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que quedó abierto para la firma en Washington, D.C., el 18 de marzo de 1965 ('Convención del CIADI'), si tanto la Parte Contratante litigante como la Parte Contratante del inversionista sean signatarias de la Convención del CIADI; o
 - (b) los Reglamentos del Mecanismo Complementario del CIADI, si la Parte Contratante litigante o la Parte Contratante del inversionista, pero no ambas, sea parte de la Convención del CIADI; o
 - (c) un tribunal de arbitraje ad hoc establecido bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en caso de que ninguna Parte Contratante sea miembro del CIADI, o si el CIADI declina la jurisdicción.
5. Cada Parte Contratante por medio del presente Acuerdo otorga su consentimiento incondicional para someter una diferencia a arbitraje internacional de acuerdo con lo dispuesto en este Artículo.
6. (a) El consentimiento otorgado en el párrafo (5), conjuntamente con el consentimiento otorgado en el párrafo (3) o cualquier disposición pertinente del Anexo II, deberán satisfacer los requisitos para:
 - (i) el consentimiento escrito de las partes involucradas en una diferencia a efecto del Capítulo II (Jurisdicción del Centro) de la Convención del CIADI y para efecto de los Reglamentos del Mecanismo Complementario; y
 - (ii) un 'acuerdo escrito' a los efectos del Artículo II de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento

y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York, el 10 de junio de 1958 ('Convención de Nueva York').

- (b) Cualquier procedimiento de arbitraje iniciado según este Artículo deberá tener lugar en un Estado que sea signatario de la Convención de Nueva York, y se considerará que las demandas sometidas a arbitraje resultan de una relación o transacción comercial a los efectos del Artículo I de dicha Convención.
 - 7. El tribunal establecido en virtud de este [Artículo] decidirá las cuestiones objeto de la diferencia de acuerdo con lo estipulado en este Acuerdo, a las reglas aplicables del derecho internacional y a la legislación nacional del Estado receptor en la medida en que la legislación nacional no sea inconsistente con las disposiciones de este Acuerdo ni con los principios del derecho internacional.
 - 8. Un inversionista de una Parte Contratante puede solicitar protección interdictal provisional sin involucrar el pago por daños, ante los tribunales judiciales o administrativos de la Parte Contratante que es parte de la diferencia, de conformidad con la legislación nacional de esta última, previo al inicio del proceso de arbitraje.
 - 9. El tribunal solamente puede imponer, por separado o conjuntamente:
 - (a) indemnización monetaria y cualquier interés aplicable;
 - (b) restitución de propiedad, en cuyo caso el la[u]do dispondrá que la Parte Contratante litigante podrá pagar indemnización monetaria y cualquier interés aplicable en lugar de restitución.
- El tribunal puede asimismo fijar costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables.
- 10. Todo laudo arbitral será definitivo y vinculante y deberá tener fuerza ejecutiva en el territorio de cada una de las Partes Contratantes.
 - 11. Cualquier proceso entablado bajo este Artículo es sin detrimento de los derechos de las Partes Contratantes en virtud del Artículo XIII. Sin limitar la generalidad de lo anterior, sin embargo, se acuerda que ninguna Parte Contratante brindará protección diplomática, ni presentará una demanda internacional en relación con la pérdida o el daño específico sufrido por un inversionista de esa Parte Contratante, cuando esa pérdida o daño es, o ha sido, el asunto sometido a arbitraje bajo este Artículo, a menos que la otra Parte Contratante no cumpla con el laudo rendido en ese arbitraje.

1. Descripción general de las posiciones de las Partes

a. Descripción general de la posición de la Demandada

- 145. Tal como se anotó *supra*, las objeciones de la Demandada a la jurisdicción se relacionan con el alcance del consentimiento al arbitraje de Costa Rica en virtud del TBI¹¹⁸.
- 146. Como cuestión general, la Demandada alega que los argumentos de la Demandante “no son sino un reflote de argumentos ya considerados (y rechazados de manera

¹¹⁸ R-Mem. Jur., ¶ 8.

inequívoca) por *diversas* instancias de la Justicia costarricense”¹¹⁹. Todo el caso de la Demandante se basa en una única premisa: la anulación de la Concesión de 2008 por la Sentencia del TCA de 2010. Aunque la Demandante pretende impugnar actos ulteriores de otros órganos judiciales, ejecutivos y administrativos costarricenses, es evidente a partir de sus escritos que, la reclamación principal, se refiere a la pérdida de la Concesión de 2008 anulada por la Sentencia del TCA de 2010. En tanto el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de una reclamación basada en la Sentencia del TCA de 2010, la Demandada alega que el Tribunal no tiene jurisdicción para conocer del caso de la Demandante. Específicamente, la Demandada plantea los siguientes motivos:

147. Primero, la Demandada afirma que las reclamaciones se encuentran prohibidas en virtud del Artículo XII(3)(d) del TBI, el cual excluye las reclamaciones cuando algún “tribunal costarricense haya emitido un fallo relativo a la medida que se alega contraviene este Acuerdo”¹²⁰:
- a. Aunque la Demandante pretende impugnar otros actos de órganos judiciales, ejecutivos y administrativos costarricenses, su reclamación está dirigida a los efectos de la Sentencia del TCA de 2010 y, como tal, este es el acto que debería considerarse como la “medida” relevante en el presente caso. Debido a que en el año 2011 la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia dictó una sentencia sobre la Sentencia del TCA de 2010, el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de las reclamaciones de la Demandante.
 - b. Aún en el supuesto de que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 se considere como la medida relevante (lo que la Demandada niega), se sostiene que “existen diversas sentencias de tribunales costarricenses relativas a esa medida, en los términos del artículo XII(3)(d) del TBI”, en particular porque “el Fallo de la Sala Administrativa (Sala Primera) de 2011 es *en sí mism[o]* un fallo de un tribunal costarricense y está inextricablemente ligad[o] a otro fallo de un tribunal costarricense, es decir, el Fallo del TCA de 2010”¹²¹. Por consiguiente, “debe entenderse que el artículo XII(3)(d) excluye cualquier tipo de impugnación ya sea del Fallo del TCA de 2010 o del Fallo de la Sala Administrativa (Sala Primera) de 2011, particularmente porque ese cuestionamiento básicamente se basa en un desacuerdo con las conclusiones jurídicas a que arribaron los tribunales costarricenses sobre cuestiones de derecho nacional”¹²².
 - c. De manera similar, todas las demás medidas por las que reclama la Demandante “a) no son más que vehículos para la impugnación indirecta del Fallo del TCA de 2010 que hace la Demandante, y (b) constituyen actos respecto de los cuales la Justicia costarricense ya ha dictado sentencia y, por consiguiente, se encuentran

¹¹⁹ R-Mem. Jur., ¶ 5 (énfasis en el original).

¹²⁰ **C-0001/RL-0005**, TBI Canadá-Costa Rica, Art. XII(3)(d); R-Mem. Jur., ¶¶ 9-11.

¹²¹ R-Mem. Jur., ¶ 10(d) (énfasis en el original).

¹²² R-Mem. Jur., ¶ 10(d) (énfasis en el original).

más allá de la competencia con que cuenta el Tribunal con arreglo al artículo XII(3)(d) del TBI”¹²³.

148. Sin embargo, la Demandada reconoce que la Demandante pretende impugnar las siguientes medidas¹²⁴:
- a. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, que ratificó la Sentencia del TCA de 2010.
 - b. La Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, que rechazó un recurso separado por causales constitucionales contra la Sentencia del TCA de 2010.
 - c. La Resolución del MINAE de 2012, que ejecutó la orden de la Sentencia del TCA de 2010 de cancelar la Concesión de 2008 y suprimirla del Registro Minero.
 - d. La Moratoria Legislativa de 2011 que consolidó la prohibición de la minería a cielo abierto implementada en 2010 mediante la Moratoria Ejecutiva de 2010, que la Demandante alega la privó del derecho de procurar una nueva concesión después de que su concesión existente fuera anulada por la Sentencia del TCA de 2010¹²⁵.
149. Segundo, la Demandada sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* para conocer de las reclamaciones de Infinito dado que “no constituyen más que argumentos de que las autoridades judiciales de Costa Rica aplicaron incorrectamente el derecho costarricense”¹²⁶. Además, este “Tribunal no es una cámara de apelaciones para temas de derecho nacional; solamente puede considerar reclamaciones surgid[a]s al amparo del derecho *internacional* y, más especialmente, al amparo del TBI entre Canadá y Costa Rica”¹²⁷. El desacuerdo de la Demandante con estas decisiones de los tribunales costarricenses en materia de derecho interno “no puede servir para transformar por magia [la] reclamación [de Infinito], haciéndol[a] pasar de un argumento puramente de derecho interno a una reclamación legítima al amparo del derecho internacional (sea por 'expropiación', violación del 'trato justo e inequitativo' [sic], 'denegación de justicia' o cualquier otro criterio)”, dado que “[t]odos estos criterios requieren que se cuente con prueba de faltas fundamentales de justicia que se extiendan claramente más allá de un simple desacuerdo con el razonamiento seguido por un tribunal”¹²⁸. Y, aunque la Demandante efectivamente alega que debió

¹²³ R-Mem. Jur., ¶ 11.

¹²⁴ R-Mem. Jur., ¶ 4. La Demandada incluyó asimismo en esta lista la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015, que cuantificó la responsabilidad por remediación ambiental impuesta por la Sentencia del TCA de 2010, pero la Demandante ha retirado su impugnación en contra de esta sentencia. C-CM Jur., ¶ 44; R-Rép. Jur., ¶ 11.

¹²⁵ En un principio, la Demandada parece considerar que la Demandante impugna también la Moratoria Ejecutiva de 2010 dictada mediante decretos presidenciales en el año 2010 (R-Mem. Jur., ¶ 4), pero en escritos posteriores parece reconocer que la Demandante sólo impugna la Moratoria Legislativa de 2011. R-Rép. Jur., ¶ 9(d).

¹²⁶ R-Mem. Jur., ¶ 12.

¹²⁷ R-Mem. Jur., ¶ 12 (énfasis en el original).

¹²⁸ R-Mem. Jur., ¶ 15.

confrontar un fracaso fundamental por parte del sistema judicial de Costa Rica en conciliar presuntas decisiones en conflicto, dicha presunta inconsistencia ya fue presentada ante (y analizada por) los tribunales costarricenses¹²⁹.

150. Tercero, la Demandada sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione temporis*, a saber, que las reclamaciones se encuentran prescritas en virtud del plazo de prescripción de tres años contenido en el Artículo XII(3)(c) del TBI¹³⁰. Según la Demandada, “gran parte de los argumentos de la Demandante dependen de cuestionamientos de medidas que son anteriores al 6 de febrero de 2011”, que la Demandante acepta como fecha límite a fines de evaluar la aplicabilidad de esta disposición (habiéndose sometido la diferencia a arbitraje el 6 de febrero de 2014)¹³¹. Más específicamente:
- a. La Demandada sostiene que “los pilares básicos en que se apoyan los argumentos que hace la Demandante en materia de derecho costarricense fueron minuciosamente rechazados en el Fallo del TCA de 2010, dictado oficialmente el 14 de diciembre de 2010, así como anteriores decisiones de la Sala Constitucional que la Demandante o bien pasa por alto o bien describe de manera claramente incorrecta”¹³². No obstante, el presente Tribunal no tiene jurisdicción *ratione temporis* para examinar si dichas decisiones judiciales son correctas desde un punto de vista sustantivo, y “[t]ampoco sería apropiado que el Tribunal concluyera que actos judiciales o administrativos posteriores que simplemente no anularon [el] Fallo del TCA de 2010 o lo aplicaron constituyen violaciones del TBI justiciables de manera independiente”¹³³.
 - b. La Demandante tampoco puede eludir las “consecuencias fatales de la prescripción” en cuanto a su reclamación relacionada con la Moratoria de 2010: aunque Infinito se centre en la reforma al código de minería (o Moratoria Legislativa de 2011) adoptada a fines de 2010 y en vigor a partir del 10 de febrero de 2011 (a saber, dentro del período de prescripción), ignora el hecho de que la Moratoria de 2010 ya se encontraba en vigor como consecuencia de dos decretos presidenciales anteriores¹³⁴.
151. Cuarto, la Demandada sostiene que aun si la Demandante intentara centrarse en actos realizados con posterioridad al 6 de febrero de 2011, las reclamaciones se encuentran

¹²⁹ R-Mem. Jur., ¶ 13.

¹³⁰ R-Mem. Jur., ¶¶ 16-19. El Artículo XII(3)(c) del TBI prevé lo siguiente: “Un inversionista podrá someter una diferencia, según se indica en el párrafo (1), a arbitraje conforme a lo dispuesto en el párrafo (4) solamente si: [...] no han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversionista inicialmente tuvo o debió haber tenido conocimiento, de la violación alegada y conocimiento de que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daño”[.] **C-0001/RL-0005**, TBI Canadá-Costa Rica, Art. XII(3)(c).

¹³¹ R-Mem. Jur., ¶¶ 16-17, que hace alusión a C-Mem. Fondo, ¶¶ 233-234.

¹³² R-Mem. Jur., ¶ 18.

¹³³ R-Mem. Jur., ¶ 18.

¹³⁴ R-Mem. Jur., ¶ 19.

prohibidas por la Sección III(1) del Anexo I del TBI. Lo anterior, toda vez que las medidas impugnadas por la Demandante simplemente ratifican o ejecutan medidas anteriores diseñadas para garantizar que la actividad de inversión en el territorio de Costa Rica se emprenda de manera sensible a los intereses ambientales. Dichos actos están exentos de escrutinio por parte de un tribunal arbitral internacional al amparo de la Sección III(1) del Anexo I del TBI, siempre que las “medidas” subyacentes sean “por lo demás ‘consistente[s]’” con el TBI¹³⁵.

152. Quinto, la Demandada alega que la Demandante no ha presentado un caso *prima facie* de que ha ocurrido una violación de las disposiciones del TBI sobre trato justo y equitativo (“TJE”) (Artículo II(a)), sobre total protección y seguridad (Artículo II(b)), o sobre expropiación (Artículo VIII):
- a. Con respecto a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, en virtud de las disposiciones relevantes del TBI, la Demandante debe probar que las actuaciones judiciales impugnadas son equivalentes a una denegación de justicia, lo que la Demandante no ha hecho. La Demandante tampoco podría haber adquirido expectativa legítima alguna de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2010 que ulteriormente pudiera haber sido vulnerada por la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011¹³⁶.
 - b. Con respecto a la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, la Demandante parece reconocer que el rechazo de su acción de inconstitucionalidad se basó en fundamentos procesales válidos. Y, aunque cuestiona el prolongado tiempo que llevó resolver la causa, no aduce haber sufrido daños o perjuicios por la demora¹³⁷.
 - c. Con respecto a la Resolución del MINAE de 2012, la Demandante no “presenta una teoría inteligible respecto de cómo es que dicha Resolución se extralimitó de lo dispuesto en el Fallo del TCA de 2010, que ordenaba expresamente al MINAE proceder a la anulación de la concesión en el Registro Minero”, y tampoco ha demostrado que este fallo cancelara alguno de los derechos adicionales de la Demandante¹³⁸.
 - d. De manera similar, la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015 simplemente implementó la Sentencia del TCA de 2010 al imponerle responsabilidad solidaria a las demandadas por saneamiento ambiental en el sitio Las Crucitas. La Demandante no alega que esta decisión violara el derecho costarricense ni que fuera incongruente con la Sentencia del TCA de 2010. Tampoco alega daño alguno surgido de esa decisión¹³⁹.

¹³⁵ R-Mem. Jur., ¶ 20.

¹³⁶ R-Mem. Jur., ¶¶ 21-24.

¹³⁷ R-Mem. Jur., ¶ 25(a).

¹³⁸ R-Mem. Jur., ¶ 25(b).

¹³⁹ R-Mem. Jur., ¶ 25(c).

- e. En cuanto a la prohibición impuesta a la minería a cielo abierto, la Demandante no ha alegado que la Moratoria Legislativa de 2011, ni los decretos ejecutivos que la precedieron, fueran ilegales o que se hayan implementado de manera inapropiada según el derecho costarricense. Además, si bien estos decretos impidieron el otorgamiento de nuevos derechos mineros, la Demandante no ha explicado cómo éstos podrían haber afectado algún derecho que tuviese Infinito (en efecto, los tribunales costarricenses determinaron que estos decretos no violaban los derechos adquiridos de los solicitantes). Tampoco ha demostrado la Demandante que, de no mediar la Moratoria Legislativa de 2011, habría tenido derecho a obtener una nueva concesión y todos los permisos necesarios para desarrollar el Proyecto Las Crucitas¹⁴⁰.
153. Sexto, la Demandada sostiene que ninguna de las cinco “medidas” cuestionadas expresamente por la Demandante fue la causa del daño que ésta alega en el presente arbitraje. Por consiguiente, no pueden dar lugar a una diferencia correspondiente al significado de las disposiciones de resolución de diferencias del TBI, que reiteradamente hacen referencia a la obligación del inversionista de especificar cómo “ha incurrido en pérdidas o daños” a causa de la violación alegada. En este sentido, la Demandada observa que Infinito alega que su inversión había ya perdido todo su valor para noviembre de 2011, a saber, con anterioridad a tres de las medidas por las que reclama. En cuanto a las dos medidas restantes, (la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y la Moratoria Legislativa de 2011), estas no pudieron haber ocasionado el daño alegado por la Demandante¹⁴¹.
154. Séptimo, la Demandada sostiene que la Demandante no cumplió con las condiciones obligatorias que impone el TBI para el sometimiento a arbitraje de la diferencia relativa a la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015 (la cual no había sido dictada cuando la Demandante sometió la presente diferencia a arbitraje). Dichas condiciones incluyen, una notificación previa de la diferencia a Costa Rica con una antelación mínima de seis meses respecto del inicio del arbitraje conforme al Artículo XII(2) del TBI, un consentimiento expreso al arbitraje, y la renuncia a los recursos que ofrece el derecho interno conforme al Artículo XII(3) del TBI a más tardar al momento de la presentación de la Solicitud de Arbitraje. Según la Demandada, “la competencia del [presente] Tribunal debe evaluarse al momento de la presentación de la Solicitud de Arbitraje, y no se extiende a las diferencias que pudieran surgir con posterioridad a esa fecha”¹⁴².

¹⁴⁰ R-Mem. Jur., ¶ 25(d).

¹⁴¹ R-Mem. Jur., ¶¶ 26-28.

¹⁴² R-Mem. Jur., ¶ 29. Con posterioridad a este escrito, y a la luz del retiro por parte de la Demandante de su reclamación relativa a la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015, la Demandada manifestó que reducía a siete sus objeciones a la jurisdicción, eliminando así la objeción dirigida específicamente a la reclamación derivada de la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015. R-Rép. Jur., ¶ 11. No obstante, durante la Audiencia sobre Jurisdicción, la Demandada explicó que “quer[íamos] asegurarnos de que el Tribunal comprende que la Demandante no puede afirmar que retira la medida – o la reclamación, y posteriormente, después de las excepciones jurisdiccionales, suponiendo que incluso llegamos a la etapa del fondo de la cuestión, que de algún modo reactivar[a] esa medida”. Tr. Día 1 (ESP), 172:4-11 (Sr. Grané).

155. Octavo, la Demandada afirma que la Demandante “no puede eludir ninguno de los defectos jurisdiccionales descritos precedentemente con la importación selectiva de cláusulas de tratados de inversión suscriptos por Costa Rica con terceros Estados por aplicación de la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) contenida en el Artículo IV del TBI”¹⁴³. Según la Demandada, “[l]a cláusula de la NMF del TBI no habilita a desestimar disposiciones del tratado que Canadá y Costa Rica negociaron y ratificaron específicamente como parte de un paquete global”, en particular en tanto Infinito no ha identificado a ningún inversionista de un tercer Estado al que se le haya concedido un trato más favorable en las mismas circunstancias¹⁴⁴. La mayoría de los tribunales en materia de inversiones han determinado que las cláusulas de la NMF no pueden modificar los términos de la cláusula de solución de diferencias de un TBI, específicamente en casos en los que la cláusula de la NMF tiene un texto similar al de la que se aplica en este caso, o cuando un demandante pretende ampliar el alcance del consentimiento al arbitraje prestado por el Estado. La Demandada alega, en este sentido, que la mayor parte de las disposiciones que invoca para impugnar la competencia del Tribunal “no son condiciones procesales previas para el arbitraje sino que, más bien, establecen claros límites sustantivos al tipo de diferencias que Costa Rica consintió en someter a arbitraje”, y “[e]l Tribunal no tiene competencia para exceder los límites de ese consentimiento”¹⁴⁵.

b. Descripción general de la posición de la Demandante

156. Como cuestión general, la Demandante sostiene que, de forma inadmisibles, la Demandada trata de re-caracterizar el caso de Infinito, y que las objeciones de la Demandada están dirigidas a dicho caso reformulado; no al caso que la Demandante ha presentado¹⁴⁶.

157. La Demandante recuerda que en el presente arbitraje impugna las siguientes cuatro medidas:

a. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, que según alega la Demandante confirma la Sentencia del TCA de 2010, volviendo así “definitiva e irreversible la anulación de la concesión de explotación, las autorizaciones ambientales, la declaración de interés público y de conveniencia nacional y el permiso de cambio de uso de la tierra”¹⁴⁷.

b. La Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, que según alega Infinito declinó resolver, invocando causales de admisibilidad, el conflicto entre su decisión

¹⁴³ R-Mem. Jur., ¶ 30.

¹⁴⁴ R-Mem. Jur., ¶ 30.

¹⁴⁵ R-Mem. Jur., ¶ 30.

¹⁴⁶ C-CM Jur., ¶ 1.

¹⁴⁷ C-CM Jur., ¶ 56(a); **C-0261**, Corte Suprema (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011).

anterior confirmando la constitucionalidad de las autorizaciones del Proyecto Las Crucitas y la Sentencia del TCA de 2010¹⁴⁸.

- c. La Resolución del MINAE de 2012, que según alega Infinito canceló la Concesión de 2008 y eliminó del registro minero todos los derechos de minería de Industrias Infinito, yendo más allá de lo ordenado por la Sala Administrativa¹⁴⁹.
 - d. La Moratoria Legislativa de 2011 sobre la actividad minera a cielo abierto, que según alega la Demandante sustituyó a la Moratoria Ejecutiva de 2010, prohibiendo a Industrias Infinito solicitar permisos nuevos¹⁵⁰.
158. Según la Demandante “Industrias Infinito no pudo continuar el desarrollo del proyecto Crucitas debido a la combinación de estas cuatro medidas”¹⁵¹. Más particularmente, la Demandante sostiene que el resultado combinado de estas medidas viola el TBI de cuatro maneras:
- a. Se expropiaron las inversiones de la Demandante al impedir a Infinito de forma definitiva la construcción y operación de la mina de oro de Las Crucitas¹⁵².
 - b. Se incumplió la obligación de Costa Rica de proporcionar un TJE a las inversiones de Infinito, al violar sus expectativas legítimas y denegarle a Infinito justicia tanto procesal como sustancial¹⁵³.
 - c. No se les proporcionó total protección y seguridad a las inversiones de Infinito¹⁵⁴.
 - d. Se incumplieron dos obligaciones sustantivas importadas al TBI de otros tratados bilaterales de inversión firmados por Costa Rica, por medio de la cláusula de NMF: (i) la obligación de Costa Rica de hacer “lo que sea necesario” para proteger las inversiones de Infinito, importada del tratado bilateral de inversión entre Costa Rica y Francia, y (ii) la “cláusula paraguas” por medio de la cual Costa Rica “deberá observar cualquier otra obligación que haya asumido en relación con inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante”, que se encuentra en los tratados bilaterales de inversión con Taiwán y Corea¹⁵⁵.

¹⁴⁸ C-CM Jur., ¶ 56(b); **C-0283**, Corte Suprema (Sala Constitucional), Sentencia (19 de junio de 2013).

¹⁴⁹ C-CM Jur., ¶ 56(c); **C-0268**, Resolución No. 0037, MINAE, Archivo No. 2594 (9 de enero de 2012). Infinito también hace referencia a este documento como la Resolución de la Dirección de Geología y Minas de 2012 (DGM).

¹⁵⁰ C-CM Jur., ¶ 56(d); **C-0238**, Reforma al Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010).

¹⁵¹ C-CM Jur., ¶ 12.

¹⁵² C-CM Jur., ¶ 13; C-Mem. Fondo, ¶¶ 246-289.

¹⁵³ C-CM Jur., ¶ 14; C-Mem. Fondo, ¶¶ 290-344.

¹⁵⁴ C-CM Jur., ¶ 15; C-Mem. Fondo, ¶¶ 345-347.

¹⁵⁵ C-CM Jur., ¶ 16; C-Mem. Fondo, ¶¶ 348-360.

159. Con base en esto, la Demandante sostiene que las objeciones de la Demandada a la jurisdicción no deben prevalecer por los siguientes motivos:
160. Primero, no existe fundamento alguno para el argumento de la Demandada según el cual el caso de Infinito es “realmente” una impugnación a la Sentencia del TCA de 2010, y que la jurisdicción del Tribunal queda excluida conforme al Artículo XII(3)(d) del TBI, pues una corte costarricense ha emitido un fallo con respecto a dicha medida. “Es prerrogativa del inversionista presentar y formular sus reclamaciones como considere conveniente”¹⁵⁶, y la Demandada no puede reformularlas. En el presente caso, la Demandante impugna las cuatro medidas indicadas *supra* y, en particular, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la cual constituye la medida que generó que las inversiones de Infinito quedaran, sustancialmente, sin valor. Ni esta decisión ni las demás medidas impugnadas por Infinito han sido el objeto de un fallo de una corte costarricense¹⁵⁷. Según la Demandante, “Costa Rica ignora el significado [ordinario], contexto y propósito [...] del Artículo XII(3)(d)”, el cual “fomenta la búsqueda (aunque no requiere extenuación) de soluciones locales, e impide [que] las decisiones judiciales nacionales inferiores, [sean] impugnadas bajo el TBI”¹⁵⁸. Además, la interpretación de la Demandada “podría mermar las protecciones del inversionista en el TBI al permitir a Costa Rica blindar sus medidas de impugnaciones, al simplemente [asegurarse] que una sentencia de una corte costarricense se gener[e] con relación a dicha medida”¹⁵⁹.
161. Segundo, la Demandante alega que, de forma inadmisibles, la Demandada trata de reformular sus reclamaciones para que excedan el plazo de prescripción de tres años establecido en el Artículo XII(3)(c) del TBI. La Demandante reitera que el enfoque debe recaer sobre las reclamaciones tal y como han sido alegadas, y no de la forma en que la Demandada las reformula. La Demandada ignora, asimismo, la simple redacción de la disposición: el Artículo XII(3)(c) prohíbe una reclamación sólo si han transcurrido tres años desde el momento en que la Demandante adquirió por primera vez (o debería haber adquirido por primera vez) (i) conocimiento de la violación alegada y (ii) conocimiento de que ha sufrido una pérdida o daño. Las violaciones del TBI no se cristalizaron sino hasta la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 – por temprano –, ya que fue luego de esta decisión que las inversiones de Infinito en Costa Rica se quedaron sustancialmente sin valor. En consecuencia, el plazo de prescripción no comenzó a transcurrir antes del mes de noviembre de 2011, por temprano, y, por lo tanto, las reclamaciones de Infinito fueron presentadas en el plazo apropiado¹⁶⁰.
162. Tercero, la Demandada distorsiona el significado del Anexo I, Sección III(1) del TBI. Esta disposición sólo es aplicable a las medidas “que sea[n] consistente[s] con este Acuerdo”, es decir, medidas que no incumplen otras protecciones sustantivas del TBI.

¹⁵⁶ C-CM Jur., ¶ 20.

¹⁵⁷ C-CM Jur., ¶ 19.

¹⁵⁸ C-CM Jur., ¶ 20. Véase asimismo, C-CM Jur., ¶ 160.

¹⁵⁹ C-CM Jur., ¶ 22.

¹⁶⁰ C-CM Jur., ¶¶ 23-24.

La interpretación de la Demandada socava el objeto y fin del TBI, el cual radica en la protección de las inversiones¹⁶¹. Además, la disposición sólo es aplicable a aquellas medidas sensibles a las cuestiones ambientales, y la Demandante alega que las medidas que impugna no fueron motivadas por preocupaciones ambientales *bona fide*. En particular, “[s]e anuló la concesión de explotación y otras autorizaciones del proyecto con base en la aplicación técnica de la moratoria del 2002 al proyecto luego de que todas las autoridades competentes en Costa Rica y la Sala Constitucional declararan al proyecto ambientalmente viable”, y que “[e]l gobierno y las autoridades ambientales de Costa Rica defendieron la solvencia ambiental del proyecto ante las cortes costarricenses”¹⁶². En consecuencia, Infinito argumenta que la Demandada no puede invocar el Anexo I, Sección III(1).

163. Cuarto, aunque la Demandada pretende solicitar al Tribunal que evalúe si Infinito presentó un caso *prima facie* sobre el fondo, en realidad le solicita al Tribunal que determine el fondo de la diferencia y, en consecuencia, que decida sobre cuestiones de hecho y de derecho en disputa que no son apropiadas en la etapa jurisdiccional. Según la Demandante, “[u]n análisis *prima facie* exige que el Tribunal acepte los hechos declarados como verdaderos y evalúe si éstos pueden fundamentar una reclamación de incumplimiento del TBI”¹⁶³. La Demandante afirma que ha “demostr[ado] los incumplimientos de Costa Rica del TBI sobre un balance de probabilidades” y que, de tal forma, “[h]a más que satisfecho su responsabilidad de establecer los incumplimientos *prima facie* del TBI”¹⁶⁴. Específicamente:

a. Respecto del estándar de TJE contenido en el Artículo II(2)(a) del TBI:

- i. La Demandante alega que ningún tribunal en materia de inversiones ha desestimado una reclamación por incumplimiento del estándar de TJE fundado en que el demandante no pudo demostrar un caso *prima facie*. Ello, puesto que la determinación del estándar es tanto específica a los hechos de cada caso como flexible, y debe evaluarse en el contexto de los hechos y las pruebas, las cuales son materia perteneciente al fondo.
- ii. En cualquier caso, la Demandante rechaza el argumento de la Demandada según el cual el estándar de TJE del TBI es equivalente al estándar mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario (“EMT”), y argumenta que sería prematuro para el Tribunal determinar esta cuestión durante la etapa jurisdiccional.
- iii. Ya sea que el estándar de TJE se considere autónomo o que esté limitado al EMT, la Demandante alega que “demostró que sus demandas son *capaces* de incumplir el principio de TJE en el Artículo II(2)(a)”, y que, por lo tanto, ha

¹⁶¹ C-CM Jur., ¶ 25.

¹⁶² C-CM Jur., ¶ 26 (énfasis en el original).

¹⁶³ C-CM Jur., ¶ 28 (énfasis en el original).

¹⁶⁴ C-CM Jur., ¶ 28 (énfasis en el original).

establecido un caso *prima facie* sobre el incumplimiento de dicha disposición¹⁶⁵:

- En cuanto a su reclamación relativa a sus expectativas legítimas, la Demandante argumenta que el Gobierno brindó a Infinito garantías de manera reiterada, sobre las cuales Infinito se basó razonablemente durante más de una década para decidir continuar invirtiendo en el Proyecto Las Crucitas¹⁶⁶. Específicamente, “[s]e otorgó a Industrias Infinito un permiso de exploración, una concesión de explotación y varios otros permisos y autorizaciones durante el transcurso del proyecto”, y “[a] cada paso, se le alentó e indujo a continuar invirtiendo en el proyecto”¹⁶⁷. Además, la Demandante alega que “[s]e confirmó en múltiples fallos judiciales, incluyendo en el de la Corte Suprema del país, la legalidad de la concesión de explotación y de las autorizaciones del proyecto Crucitas”¹⁶⁸. El hecho de que luego de “estas garantías reconfirmadas y de largo plazo” “la Sala Administrativa aplic[ase] de manera retroactiva la moratoria del 2002, nueve años después de haberla adoptado y luego de que Infinito hubiera invertido millones en el desarrollo y la construcción del proyecto en virtud de sus derechos mineros y basado en que la moratoria no aplicaba a este proyecto”, representa una violación a las expectativas legítimas de la Demandante independientemente de si el estándar es autónomo o está limitado al EMT¹⁶⁹.
 - Del mismo modo, la Demandante sostiene que presentó un caso *prima facie* de denegación de justicia procesal y sustancial. En materia procesal, la Demandante alega que la Demandada le denegó a Infinito el acceso a la justicia al no poder proporcionar un sistema jurídico capaz de proteger las inversiones de Infinito, puesto que carecía de un mecanismo para resolver la inconsistencia entre las decisiones de las distintas salas de la Corte Suprema de Justicia. En materia sustantiva, la Demandante alega que la Sala Administrativa le denegó a Infinito el acceso a la justicia al aplicar de forma incorrecta y retroactiva la Moratoria de 2002 a la Concesión de 2008 y a otras autorizaciones del proyecto¹⁷⁰.
- b. Respecto de la expropiación, la Demandante alega que ha demostrado tanto bajo el estándar de balance de probabilidades como de manera *prima facie* que Costa

¹⁶⁵ C-CM Jur., ¶ 34 (énfasis en el original).

¹⁶⁶ C-CM Jur., ¶ 32.

¹⁶⁷ C-CM Jur., ¶ 32.

¹⁶⁸ C-CM Jur., ¶ 32.

¹⁶⁹ C-CM Jur., ¶ 32.

¹⁷⁰ C-CM Jur., ¶ 33.

Rica expropió sus inversiones tanto de forma directa como indirecta¹⁷¹. En particular, la Demandante presenta los siguientes argumentos:

- i. La doctrina de sólo efectos es aplicable a las expropiaciones judiciales de la misma forma que aplica a otras medidas de carácter expropiatorio¹⁷².
- ii. Costa Rica no puede alegar como una de sus defensas que la Sala Administrativa estaba aplicando la Moratoria de 2002. Ello equivale a argumentar que Costa Rica ejerció de forma legítima su poder de policía, pero esta defensa no está disponible para Costa Rica debido a que la aplicación de la Moratoria de 2002 no era necesaria ni proporcional a ningún objetivo legítimo y violaba el estándar de TJE¹⁷³.
- iii. El cumplimiento con el derecho interno no constituye una defensa en materia de expropiación, particularmente cuando el derecho interno en cuestión (la Moratoria de 2002) es posterior a la inversión¹⁷⁴.
- iv. Una sentencia judicial que aplica el derecho interno puede ser expropiatoria cuando el derecho interno que se aplica es en sí mismo expropiatorio o viola una norma de derecho internacional¹⁷⁵. En el presente caso, la Demandante alega que, tal como fue aplicada por la Sala Administrativa, la Moratoria de 2002 era en sí misma expropiatoria.
- v. El argumento de la Demandada según el cual la denegación de justicia es un pre-requisito para que una medida judicial sea expropiatoria no puede prevalecer *prima facie*.
- vi. La Demandante ha establecido más allá del estándar *prima facie* que tenía inversiones susceptibles de ser expropiadas. Se debe entonces rechazar el argumento de la Demandada conforme al cual los derechos de Infinito no eran susceptibles de expropiación porque la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 los consideró inválidos: las inversiones de Infinito se extendieron más allá de la Concesión de 2008 y otras autorizaciones anuladas por la Sala Administrativa, y no eran susceptibles de ser “invalidadas” por dicha Sala. Además, la validez de la Concesión y de las otras autorizaciones debe evaluarse de forma independiente de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, ya que ésta constituye precisamente la medida que la Demandante alega incumplió el TBI. En cualquier caso, “Costa Rica no está facultada para afirmar que la moratoria del 2002 invalidó los derechos de Industrias Infinito

¹⁷¹ C-CM Jur., ¶ 35.

¹⁷² C-CM Jur., ¶ 35.

¹⁷³ C-CM Jur., ¶ 35.

¹⁷⁴ C-CM Jur., ¶ 36.

¹⁷⁵ C-CM Jur., ¶ 36.

cuando su propia Sala Constitucional y autoridades afirmaron por más de una década que la moratoria no aplicaba al proyecto”¹⁷⁶.

- c. Por último, la Demandante sostiene que ha establecido *prima facie* que Costa Rica no brindó total protección y seguridad a sus inversiones, incumpliendo así el Artículo II(2)(b) del TBI. La Demandante argumenta que el Tribunal no requiere (y no debería) determinar definitivamente el alcance de esta disposición en la etapa jurisdiccional¹⁷⁷.
164. Quinto, la Demandante niega que su caso no es más que una apelación de las decisiones de los tribunales costarricenses. Este argumento caracteriza de forma incorrecta las reclamaciones que efectivamente ha presentado, y no las analiza¹⁷⁸.
165. Sexto, la Demandante manifiesta que, contrario a lo alegado por la Demandada, ha demostrado los daños sufridos dentro del estándar de balance de probabilidades y, como mínimo, *prima facie*¹⁷⁹. Sus pérdidas se materializaron en la fecha de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. En cualquier caso, arguye que “la evidencia proporcionada por Infinito se debe aceptar como verdadera [a] propósito del análisis jurisdiccional” y “[l]a duda sobre la fecha [precisa] en que se materializaron las pérdidas de Infinito debe depender del fondo y en todo caso es irrelevante para la jurisdicción del Tribunal”¹⁸⁰. Asimismo, la Demandante niega que deba demostrar pérdidas independientes en relación con las otras medidas que impugna: estas medidas impidieron que Industrias Infinito obtuviera una nueva concesión de explotación y nuevas autorizaciones del proyecto, y, por ende, operaron de manera conjunta con la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 para hacer que las inversiones de Infinito perdieran sustancialmente su valor¹⁸¹.
166. Séptimo, la Demandante sostiene que, conforme a la cláusula de NMF del TBI (Artículo IV), tiene el derecho de beneficiarse de la redacción más favorable de las disposiciones de arreglo de diferencias existentes en los tratados bilaterales de inversión firmados por Costa Rica con Taiwán y Corea, en las cuales están ausentes los pre-requisitos establecidos en el Artículo XII(3). La interpretación de la Demandada ignora los términos generales empleados en el Artículo IV del TBI, que incluye protecciones sustantivas y procesales más favorables en virtud de otros tratados bilaterales de inversión. Dicha interpretación socava, asimismo, el propósito del Artículo IV y el propósito de protección de las inversiones del TBI en su totalidad. Además, el Artículo XII(3) constituye una disposición en materia de admisibilidad y no de jurisdicción, y,

¹⁷⁶ C-CM Jur., ¶ 37.

¹⁷⁷ C-CM Jur., ¶ 38.

¹⁷⁸ C-CM Jur., ¶ 39.

¹⁷⁹ C-CM Jur., ¶ 40.

¹⁸⁰ C-CM Jur., ¶ 41.

¹⁸¹ C-CM Jur., ¶ 42.

como tal, no define la jurisdicción del Tribunal; por lo tanto, las preocupaciones de la Demandada son inaplicables¹⁸².

167. Por último, si bien la Demandante retira su reclamación respecto de la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015 por no ser definitiva ni vinculante para Industrias Infinito¹⁸³, se reserva su derecho de impugnar como medida accesorias cualquier decisión futura de la Sala Administrativa que incumpla el TBI. La Demandante sostiene que “[a] pesar de que el Tribunal no necesita determinar el asunto en este momento, no se necesitar[ía] de una [nueva] notificación o periodo de conciliación amistosa con respecto a [esta] demanda, ya que se genera a partir del mismo asunto [que] las medidas ya impugnadas por Infinito”¹⁸⁴.

2. Requisitos jurisdiccionales conforme al Artículo XII

168. Es materia de controversia entre las Partes si el Artículo XII establece solamente requisitos jurisdiccionales, o también requisitos de admisibilidad. La Demandada sostiene que todos los requisitos contemplados en el Artículo XII son jurisdiccionales, ya que establecen el alcance del consentimiento al arbitraje por parte de Costa Rica¹⁸⁵. Por el contrario, la Demandante argumenta que los requisitos jurisdiccionales relevantes están contemplados en el Artículo XII(2), de forma conjunta con el consentimiento unilateral de Costa Rica a someterse al arbitraje establecido en el Artículo XII(5), mientras que aquellos contenidos en el Artículo XII(3) constituyen condiciones de admisibilidad¹⁸⁶.
169. El Tribunal concuerda con la Demandada en que la mayoría (pero no todos) de los requisitos establecidos en el Artículo XII son jurisdiccionales, ya que determinan las condiciones bajo las cuales Costa Rica ha prestado su consentimiento para someter las reclamaciones a arbitraje. Los requisitos jurisdiccionales se encuentran obviamente y en primera medida en el Artículo XII(1) del TBI, leído de forma conjunta con el Artículo XII(2), que disponen lo siguiente:

1. Cualquier diferencia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, relativa a un reclamo por parte del inversionista en el sentido de que una medida que haya o no tomado la primera Parte Contratante contraviene este Acuerdo, y que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado de tal violación, se resolverá, en la medida de lo posible, amistosamente entre las partes.
2. Si una diferencia no se hubiere resuelto amistosamente dentro de un período de seis meses contado a partir de la fecha de su inicio, el inversionista podrá someterla a arbitraje de acuerdo con el párrafo (4). El inversionista llevará la carga de la prueba para demostrar:

¹⁸² C-CM Jur., ¶ 43.

¹⁸³ Véase *supra*, n. 124 e *infra*, n. 208.

¹⁸⁴ C-CM Jur., ¶ 44.

¹⁸⁵ R-Rép. Jur., ¶¶ 282-288.

¹⁸⁶ C-CM. Jur., ¶¶ 516-518.

- (a) que es un inversionista según se define en el Artículo I de este Acuerdo;
- (b) que la medida tomada o no tomada por la Parte Contratante contraviene este Acuerdo; y
- (c) que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado de esa violación.

A los efectos de este Acuerdo, se considera que una diferencia ha sido iniciada cuando el inversionista de una Parte Contratante haya notificado por escrito a la otra Parte Contratante alegando que una medida que haya o no tomado esta última Parte Contratante contraviene este Acuerdo, y que el inversionista ha incurrido en pérdida o daño en razón de o como resultado de esa violación.

170. En opinión del Tribunal, no todas las condiciones establecidas en estas disposiciones tienen que ver con su jurisdicción. Solamente los siguientes constituyen requisitos jurisdiccionales:

- a. Debe haber una diferencia (Artículo XII(1)). Leído en conjunto con el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, dicha diferencia debe ser de naturaleza jurídica.
- b. La diferencia debe ser entre una Parte Contratante del TBI y un inversionista de la otra Parte Contratante (Artículo XII(1)).
- c. La diferencia debe ser relativa a una reclamación del inversionista en el sentido de que la medida adoptada o no adoptada por el Estado receptor contraviene el TBI (Artículo XII(1)).
- d. Asimismo, la diferencia debe ser relativa a una reclamación de “que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado de tal violación” (Artículo XII(1)).
- e. Debe haber transcurrido un período de seis meses desde la fecha en la cual se haya entregado la notificación de la diferencia conforme al párrafo final del Artículo XII(2)), y durante el cual las Partes deben haber procurado el arreglo de la diferencia de forma amistosa, antes de que la reclamación pueda ser sometida a arbitraje (Artículo XII(2))¹⁸⁷.

171. En contraste, los sub-párrafos (a) a (c) del Artículo XII(2) no establecen requisitos jurisdiccionales; establecen reglas relativas a la carga de la prueba. En efecto, la disposición indica que “[e]l inversionista llevará la carga de la prueba para demostrar: (a) que es un inversionista según se define en el Artículo I de este Acuerdo; (b) que la medida tomada o no tomada por la Parte Contratante contraviene este Acuerdo; y (c) que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado de esa violación”. Estas normas relativas a la carga de la prueba serán aplicables, por lo tanto, cuando se necesite probar el requisito relevante, ya sea en la etapa jurisdiccional o en la etapa del fondo. Respecto de (a), el inversionista debe probar que califica como un inversionista conforme al TBI en la etapa jurisdiccional, ya que la

¹⁸⁷ C-0001/RL-0005, TBI Canadá-Costa Rica, Art. XII(1)-XII(2).

condición de inversionista es un elemento necesario para establecer la jurisdicción. En contraste, las condiciones establecidas en (b) y (c) del Artículo XII(2) deben probarse en la etapa del fondo.

172. Otros requisitos se encuentran establecidos en el Artículo XII(3), que dispone lo siguiente:

3. Un inversionista podrá someter una diferencia, según se indica en el párrafo (1), a arbitraje conforme a lo dispuesto en el párrafo (4) solamente si:
 - (a) el inversionista consentido [sic] por escrito a dicho sometimiento;
 - (b) el inversionista ha renunciado a su derecho de iniciar o continuar cualquier otro proceso relacionado con la medida que se alega contraviene este Acuerdo ante las cortes o tribunales de la Parte Contratante interesada, o en un proceso de solución de diferencias de cualquier índole;
 - (c) no han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversionista inicialmente tuvo o debió haber tenido conocimiento, de la violación alegada y conocimiento de que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daño; y
 - (d) en los casos en que Costa Rica es parte de la diferencia, ningún tribunal costarricense haya emitido un fallo relativo a la medida que se alega contraviene este Acuerdo.

173. El Artículo XII(3)(a) constituye claramente un requisito jurisdiccional, ya que no puede haber jurisdicción sin el consentimiento de las partes. El Artículo XII(3)(b) también es de naturaleza jurisdiccional: el Estado receptor no presta su consentimiento al arbitraje si el inversionista no ha renunciado al derecho que le asiste de iniciar o continuar otros procedimientos ante los tribunales del Estado receptor.

174. Es materia de controversia entre las Partes si las condiciones establecidas en los subpárrafos (c) y (d) del Artículo XII(3) constituyen requisitos jurisdiccionales o son cuestiones de admisibilidad. Tal como se explica en la Sección IV.C.4.c *infra*, en lo concerniente al Artículo XII(3)(c), el Tribunal pospone este análisis para la etapa del fondo, en caso de que resulte relevante en dicha etapa; y en lo concerniente al Artículo XII(3)(d), el Tribunal observa que la cuestión carece de toda consecuencia (Sección IV.C.4.a(iii) *infra*).

175. Por lo tanto, para que el Tribunal tenga jurisdicción sobre la presente diferencia, se deben satisfacer las siguientes condiciones:

- a. Debe haber una diferencia (Artículo XII(1)). Leído en conjunto con el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, dicha diferencia debe ser de naturaleza jurídica. Las Partes están de acuerdo (y con razón) en que existe una diferencia de naturaleza jurídica en el presente caso.
- b. La diferencia debe ser entre una Parte Contratante del TBI y un inversionista de la otra Parte Contratante (Artículo XII(1)). En el presente caso, la diferencia

claramente involucra a una Parte Contratante (Costa Rica). Por otro lado, el concepto de “inversionista” está definido en el Artículo I(h) de la siguiente manera:

- (i) cualquier persona natural que sea ciudadano de una Parte Contratante que no sea además ciudadano de la otra Parte Contratante; o
- (ii) cualquier empresa según lo define el párrafo (b) de este Artículo, incorporada o debidamente constituida de acuerdo con las leyes aplicables de una de las Partes Contratantes;

que es propietaria de, o controla, una inversión hecha en el territorio de la otra Parte Contratante¹⁸⁸.

El Artículo I(b) define “empresa” de la siguiente manera:

- (i) cualquier entidad constituida u organizada al tenor de la legislación aplicable, con o sin fines de lucro, ya sea propiedad privada o propiedad estatal, incluyendo cualquier corporación, fideicomiso, sociedad, sociedad de propietario único, inversión conjunta u otro tipo de asociación; y
- (ii) toda sucursal de cualquiera de esas entidades;

Para mayor certeza, ‘empresa comercial’ significa cualquier empresa constituida u organizada con la expectativa de beneficios económicos u otros propósitos comerciales.

A su vez, el Artículo I(g) define “inversión” de la siguiente manera:

[...] cualquier tipo de activo que sea propiedad de o que esté controlado ya sea directa, o indirectamente a través de una empresa o persona natural de un tercer Estado, por un inversionista de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última, y, en particular, aunque no exclusivamente, incluye:

- (i) propiedad mueble e inmueble y cualesquiera otros derechos de propiedad relacionados, tales como hipotecas, gravámenes o prendas;
- (ii) acciones, capital accionario, bonos y obligaciones o cualquier otra forma de participación en una empresa;
- (iii) dinero, acreencias y demandas por ejecución bajo un contrato con valor financiero;
- (iv) buen nombre;
- (v) derechos de propiedad intelectual;
- (vi) derechos, conferidos por la ley o en virtud de contrato, para emprender cualquier actividad económica o comercial, incluyendo cualquier derecho para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales;

¹⁸⁸ El Tribunal omitió la definición adicional relativa al término “persona natural que sea ciudadano de una Parte Contratante” respecto de Canadá, ya que la Demandante no es una persona natural.

pero no significa bienes raíces u otra propiedad, tangible o intangible, no adquirida con la expectativa de o usada para propósitos de beneficio económico u otros fines comerciales.

Para mayor certeza, inversión no significa, acreencias que resultan únicamente de:

- (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por parte de un nacional o empresa en el territorio de una Parte Contratante a un nacional o empresa en el territorio de la otra Parte Contratante; o
- (ii) la extensión de crédito respecto de una transacción comercial como por ejemplo, el financiamiento comercial, donde la madurez original del préstamo es menos de tres años.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el sub-párrafo (ii) inmediatamente anterior, deberá considerarse inversión un préstamo para una empresa cuando la empresa es una afiliada del inversionista.

Para los fines de este Acuerdo, se considerará que un inversionista controla una inversión si el inversionista tiene el poder de nombrar a la mayoría de sus directores, o por lo demás, dirigir legalmente las acciones de la empresa propietaria de la inversión.

Ningún cambio en la forma de una inversión afectará su condición de inversión.

Para mayor claridad, los rendimientos se considerarán un componente de inversión. Para los fines de este Acuerdo, 'rendimientos' significa todos los montos producidos por una inversión, según se define supra, cubiertos por este Acuerdo y en particular, aunque no exclusivamente, incluye ganancias, intereses, ganancias de capital, dividendos, regalías, honorarios u otros ingresos corrientes.

La Demandada no disputa que la Demandante es un inversionista conforme a esta definición. En efecto, no es materia de controversia que Infinito sea una empresa debidamente constituida de conformidad con la legislación aplicable de Canadá, incorporada en dicho país. La Demandada tampoco controvierte que Infinito es propietaria o controla una inversión realizada en el territorio de Costa Rica. La Demandante afirma que es propietaria o controla los siguientes activos en territorio de Costa Rica: "(i) sus acciones en Industrias Infinito; (ii) el dinero que invirtió en Industrias Infinito a través de préstamos inter-empresariales; (iii) la concesión de explotación; (iv) los derechos mineros preexistentes que subyacen a la concesión de explotación; (v) las otras aprobaciones para el proyecto Crucitas; (vi) los activos físicos asociados con el proyecto, incluyendo la infraestructura minera a medio construir; y (vii) los activos intangibles asociados con el proyecto"¹⁸⁹. La Demandada no cuestiona lo anterior. Sin embargo, tal como se indica en la Sección IV.A.3 *supra*, APREFLOFAS ha alegado que la inversión de la Demandante no fue obtenida conforme a la legislación de Costa Rica y, por lo tanto, no satisface la definición de inversión establecida en el Artículo I(g) del TBI. Tal como se explica en esa misma Sección, el Tribunal ha pospuesto esta cuestión para la etapa sobre el fondo.

¹⁸⁹ C-Mem. Fondo, ¶ 219.

- c. La diferencia debe ser relativa a una reclamación de la Demandante en el sentido de que la medida adoptada o no adoptada por Costa Rica contraviene el TBI (Artículo XII(1)). En el presente caso, no es materia de controversia que la Demandante alega que las medidas adoptadas por Costa Rica incumplen el TBI, pero sí es materia de controversia entre las Partes cuáles son dichas medidas y si éstas califican como “medidas” a propósito del TBI. Esta diferencia constituye el eje central de varias de las objeciones a la jurisdicción de la Demandada.
- d. La diferencia también debe ser relativa a una reclamación de “que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado de tal violación” (Artículo XII(1)). Una vez más, la Demandante sostiene que ha incurrido en pérdidas o daños que surgen del incumplimiento alegado, pero la Demandada controvierte que dicho daño pueda haber surgido de las medidas que la Demandante identifica como incumplimientos del TBI. Esta diferencia también es eje central de una de las objeciones de la Demandada.
- e. La Demandante debe haber prestado el consentimiento por escrito para someter la diferencia a arbitraje (Artículo XII(3)(a)). No es materia de controversia que Infinito e Industrias Infinito¹⁹⁰ han prestado su consentimiento por escrito para someter esta diferencia a arbitraje al momento de presentar la Solicitud de Arbitraje y proporcionar los consentimientos al arbitraje por escrito¹⁹¹, excepto por la objeción respecto de la reclamación relativa a la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015; reclamación que la Demandante, en cualquier caso, ha retirado, y una objeción que la Demandada no presenta en la actualidad, tal como se indica en los párrafos 154 y 167 y en la nota 142 *supra*. En este contexto, se observa que el consentimiento de la Demandada se encuentra en el Artículo XII(5), que dispone que “[c]ada Parte Contratante por medio del presente Acuerdo otorga su consentimiento incondicional para someter una diferencia a arbitraje internacional de acuerdo con lo dispuesto en este Artículo”.

¹⁹⁰ En este contexto, el Tribunal nota que la Sección II del Anexo II del TBI dispone lo siguiente:

“II. Daño Incurrido por una Empresa Controlada

- 1. Todo reclamo de que una Parte Contratante está violando este Acuerdo y que una empresa que es una persona jurídica incorporada o debidamente constituida de acuerdo con las leyes aplicables de esa Parte Contratante ha incurrido en pérdidas o daños como consecuencia o resultado de tal violación, podrá ser objeto de acción legal interpuesta por un inversionista de la otra Parte Contratante actuando en nombre de una empresa de la que el inversionista es dueño o que controla directa o indirectamente. En tal caso:
 - (a) cualquier adjudicación se hará a favor de la empresa afectada;
 - (b) se requerirá el consentimiento tanto del inversionista como de la empresa para el arbitraje; [...].”

¹⁹¹ C-Mem. Fondo, ¶ 232; **C-0289**, Solicitud de Arbitraje (6 de febrero de 2014); **C-0002**, Consentimiento al Arbitraje y Renuncia de Infinito (3 de febrero de 2014); **C-0003**, Resolución del Directorio de Infinito que Autoriza el Consentimiento al Arbitraje y la Renuncia, y la Presentación de la Solicitud de Arbitraje (4 de febrero de 2014); **C-0005**, Consentimiento al Arbitraje y Renuncia de Industrias Infinito (3 de febrero de 2014).

- f. Debe haber transcurrido un período de seis meses desde la fecha en la cual se haya entregado la notificación de la diferencia conforme al último párrafo del Artículo XII(2), y durante el cual las Partes deben haber procurado el arreglo de la diferencia de forma amistosa antes de que la reclamación pueda ser sometida a arbitraje (Artículo XII(2)). No es materia de controversia que este requisito se ha cumplido, con la misma excepción que se indica en el sub-párrafo (e) *supra*.
 - g. La Demandante debe haber renunciado a su derecho de iniciar o continuar cualquier otro proceso relacionado con las medidas que se alega contravienen el TBI ante las cortes o tribunales de Costa Rica, o en un proceso de solución de diferencias de cualquier índole (Artículo XII(3)(b)). No es materia de controversia que tanto Infinito como Industrias Infinito han proporcionado la renuncia exigida¹⁹², con excepción de la objeción respecto de la reclamación relativa a la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015 mencionada en el sub-párrafo (e) *supra*.
176. Además, deben cumplirse también los dos requisitos que se indican a continuación (bien sea como asuntos jurisdiccionales o de admisibilidad; un debate sobre el cual el Tribunal no se pronuncia por el momento):
- a. No deben haber transcurrido más de tres años desde la fecha en la que Infinito inicialmente adquirió o debería haber adquirido conocimiento de la violación alegada y de que había incurrido en pérdidas o daños (Artículo XII(3)(c)). La Demandada disputa que se haya cumplido este requisito.
 - b. Los tribunales de Costa Rica no han emitido fallo alguno relativo a la medida que se alega contraviene el TBI (Artículo XII(3)(d)). El cumplimiento de este requisito también es disputado por la Demandada.
177. Las discrepancias indicadas en (c) y (d) del párrafo precedente constituyen el eje central de varias de las objeciones de la Demandada. Específicamente:
- a. De forma subyacente a prácticamente todas las objeciones de la Demandada se encuentra el argumento de que la Demandante impugna formalmente ciertas medidas, cuando “en realidad” su caso versa sobre otras medidas (previas). Así, la cuestión radica en determinar si, a efectos jurisdiccionales, el Tribunal debe enfocarse en las medidas tal como han sido alegadas o si puede re-caracterizarlas, incluso determinando si los actos impugnados califican del todo como “medidas” a propósito del TBI.
 - b. La Demandada sostiene, asimismo, que las reclamaciones equivalen a una discrepancia con los tribunales de Costa Rica sobre cuestiones de derecho

¹⁹² C-Mem. Fondo, ¶ 232; **C-0289**, Solicitud de Arbitraje (6 de febrero de 2014); **C-0002**, Consentimiento al Arbitraje y Renuncia de Infinito (3 de febrero de 2014); **C-0003**, Resolución del Directorio de Infinito que Autoriza el Consentimiento al Arbitraje y la Renuncia, y la Presentación de la Solicitud de Arbitraje (4 de febrero de 2014); **C-0005**, Consentimiento al Arbitraje y Renuncia de Industrias Infinito (3 de febrero de 2014).

interno, en lugar de una reclamación genuina en virtud del TBI. Si bien no se fundamenta de forma expresa esta objeción en una disposición particular del Artículo XII, el Tribunal entiende que está relacionada con el requisito jurisdiccional de que la diferencia debe ser relativa a una reclamación de la Demandante, en el sentido de que una medida adoptada o no adoptada por Costa Rica contraviene el TBI (Artículo XII(1)).

- c. La Demandada sostiene, además, que la Demandante no ha demostrado *prima facie* un caso sobre ninguno de los incumplimientos del TBI que alega. Esta objeción también parece estar fundada en el requisito jurisdiccional de que la diferencia debe ser relativa a una reclamación en el sentido de que una medida adoptada o no adoptada por Costa Rica contraviene el TBI (Artículo XII(1)), así como en el Artículo XII(2)(b).
- d. Además, la Demandada alega que la Demandante no ha podido explicar con claridad cómo es que sufrió pérdidas como consecuencia de las medidas impugnadas. Una vez más, esta objeción pareciera estar fundada en el requisito jurisdiccional de que la diferencia debe ser relativa a una reclamación que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de, o como resultado de, los incumplimientos alegados (Artículo XII(1)), así como en el Artículo XII(2)(c), según el cual la Demandante tiene la carga de probar que “ha incurrido en pérdidas o daños”.

178. El Tribunal analizará estas cuestiones en primer lugar, con el propósito de determinar si se satisfacen los principales requisitos jurisdiccionales (Sección IV.C.3 *infra*).

3. Objeciones de la Demandada que surgen del Artículo XII(1) y (2)

a. ¿El Tribunal debe considerar el caso tal como lo presenta la Demandante?

(i) La posición de la Demandada

179. En el eje central de las objeciones de la Demandada se encuentra el mismo argumento subyacente: “la medida clave subyacente a las reclamaciones de Infinito es la anulación de su concesión mediante el Fallo del TCA de 2010”¹⁹³. En opinión de la Demandada, esta es la medida que anuló la Concesión de 2008 y otras autorizaciones del proyecto; una anulación que, según lo ha admitido la Demandante, “al instante” convirtió a sus inversiones en “sustancialmente [...] inútiles” y violó el TBI¹⁹⁴. En otras palabras, el caso de la Demandante versa “realmente” sobre la Sentencia del TCA de 2010, y no sobre las medidas impugnadas formalmente por la Demandante.
180. Basada en el informe pericial de Carlos Ubico, la Demandada afirma que – como cuestión de derecho costarricense – fue la Sentencia del TCA de 2010 la que ordenó

¹⁹³ R-Mem. Jur., ¶ 156.

¹⁹⁴ R-Mem. Jur., ¶ 155, que hace referencia a C-Mem. Fondo, ¶¶ 269 y 291.

la anulación de la Concesión y otras autorizaciones, y que de ninguna manera dicha sentencia tuvo carácter provisional o era dependiente de confirmación alguna por parte de la Sala Administrativa de la Corte Suprema¹⁹⁵. Si bien la interposición del recurso de casación de Industrias Infinito ante la Sala Administrativa de la de la Corte Suprema de Justicia suspendió de forma provisional la ejecución de la Sentencia del TCA de 2010, la decisión en sí misma siguió siendo válida y vinculante hasta que fuese revocada por la Sala Administrativa¹⁹⁶. Este recurso de casación no “revirtió” la anulación para que la Sala Administrativa pudiese anularla una vez más; en vez, simplemente constituyó la utilización y el agotamiento por parte de la Demandante de sus recursos locales. La Demandada sostiene, citando a James Crawford, que “la transgresión del derecho internacional se produce cuando se otorga un determinado trato y no queda aplazada hasta un momento ulterior cuando se agotan los recursos internos [...]”¹⁹⁷. Tal como fue señalado por la CPJI en el caso *Phosphates*, la negativa a subsanar un error anterior “[...] simplemente [tiene el] resultado de permitir que subsista el acto [supuestamente] ilícito. No tiene incidencia alguna ya sea en la consecución del acto o en la responsabilidad que deriva de él”¹⁹⁸.

181. Según la Demandada, el Tribunal está facultado para ir más allá de la caracterización que una de las partes haga de su reclamación. En el contexto del Artículo XII(3)(d), cuando el TBI hace referencia a una medida “que se alega contraviene [el Tratado]”, ello no significa que el tribunal deba dar por cierto lo que la Demandante alega es la reclamación. Según la Demandada, “[e]l Artículo XII(3)(d) no contiene elemento alguno que prive al Tribunal de la facultad de examinar [...] de qué en verdad trata [el caso] de la Demandante”, y “está claro que la medida principal debatida en este caso es la anulación de la Concesión de 2008 de Infinito por parte del TCA”¹⁹⁹. El término “se alega” se emplea para calificar al término “contraviene” simplemente porque la ausencia de dicha calificación sería inapropiada cuando el incumplimiento no se ha establecido aún²⁰⁰.

(ii) *La posición de la Demandante*

182. La Demandante niega que su caso verse sobre la Sentencia del TCA de 2010. Sostiene que el Tribunal debe enfocarse en el caso tal y como ha sido presentado. Contrario a lo que alega la Demandada, la Demandante afirma que “realmente” no impugna la Sentencia del TCA de 2010 “por la simple razón de que esa decisión no

¹⁹⁵ R-Mem. Jur., ¶¶ 157-159, RER-Ubico 1, ¶¶ 60, 90-91.

¹⁹⁶ R-Mem. Jur., ¶ 159.

¹⁹⁷ R-Mem. Jur., ¶ 160, que cita a **RL-0034**, J. Crawford, Special Rapporteur, *Second Report on State Responsibility*, International Law Commission, Ses. No. 51, U.N. Doc. A/CN.4/498 (1999), ¶ 145.

¹⁹⁸ R-Mem. Jur., ¶ 163, que cita a **RL-0007**, *Phosphates in Morocco (Italia c. Francia)*, CPJI Serie A/B Fascículo No. 74, Decisión sobre Excepciones Preliminares, 14 de junio de 1938 (“*Phosphates*”), pág. 22.

¹⁹⁹ R-Rép. Jur., ¶ 131(a).

²⁰⁰ R-Rép. Jur., ¶ 131(a).

fue definitiva ni la causa directa de la pérdida de los derechos y los daños de Infinito”²⁰¹. Por el contrario, el caso de la Demandante radica en que, consideradas como un todo, las cuatro medidas que impugna (específicamente, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Resolución del MINAE de 2012, la Moratoria Legislativa de 2011 y la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013) “[tuvieron] el efecto combinado de quitarle a Infinito todos sus derechos, impidiéndole buscar cualquier tipo de solución, y eliminando cualquier posibilidad de continuar con el proyecto Crucitas”²⁰². En particular, fue la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 la que convirtió en definitiva la Sentencia del TCA de 2010, materializando así la anulación de la Concesión y las autorizaciones relacionadas. La Demandante explica que impugna esta decisión, entre otras medidas, porque hasta el pronunciamiento de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no había ocurrido ninguna violación al TBI²⁰³.

183. En cualquier caso, la Demandante sostiene que el Tribunal debe oír sus reclamaciones tal como han sido presentadas, no como la Demandada procura redefinirlas. Los tribunales han resuelto de forma consistente que, en la etapa jurisdiccional, el Tribunal debe considerar “presuntas o supuestas violaciones de [el Tratado según] lo que invoca el Demandante”²⁰⁴.
184. En el contexto del Artículo XII(3)(d), “la medida que se alega contraviene” el TBI debe ser la medida que la *Demandante* alega, no la medida como sea redefinida por la Demandada. Del mismo modo, la “contravención” alegada debe evaluarse tal como la presente la Demandante. Sugerir otra cosa eliminaría el sentido corriente del término “alega”²⁰⁵. En este sentido, la Demandante señala que el término “que se alega” se emplea como verbo, no como adjetivo, y que, de forma contraria a lo sugerido por la Demandada, el término “contravención” frecuentemente no está acompañado del calificativo “que se alega”²⁰⁶.

²⁰¹ C-Dúp. Jur., ¶ 222.

²⁰² C-CM Jur., ¶ 157.

²⁰³ C-Dúp. Jur., ¶ 222.

²⁰⁴ C-Dúp. Jur., ¶ 223 (énfasis en el original), en referencia a **RL-0035**, *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000 (“*Waste Management I*”), ¶ 27(b); **CL-0135**, *ECE Projektmanagement International GmbH y Kommanditgesellschaft Panta Achtundsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co. c. La República Checa*, CNUDMI, Caso CPA No. 2010-5, Laudo, 19 de septiembre de 2013 (“*ECE Projektmanagement*”), ¶ 4.743; **RL-0096**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. La República de Ecuador*, CNUDMI, Caso CPA No. 2009-23, Tercer Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 27 de febrero de 2012 (“*Chevron II*”), ¶ 4.8. Véase asimismo, C-CM Jur., ¶¶ 179-181.

²⁰⁵ C-Dúp. Jur., ¶ 223.

²⁰⁶ C-Dúp. Jur., ¶¶ 225-226.

(iii) *Análisis*

185. El Tribunal está de acuerdo con la Demandante: es prerrogativa de la Demandante formular su reclamación como lo considere apropiado. Tal como se indica en *ECE Projektmanagement*:

[L]e corresponde al inversionista alegar y formular sus reclamaciones de incumplimiento de los estándares pertinentes del tratado como considere conveniente. No le corresponde al Estado demandado reformular esas reclamaciones de una manera distinta a su propia elección y las reclamaciones de las Demandantes, por lo tanto, deben ser evaluadas sobre la base en la que se alegan.²⁰⁷ [Traducción del Tribunal]

186. El Tribunal considera que esta conclusión está respaldada por la terminología expresa del Artículo XII(3)(d) del TBI, el cual dispone que “[u]n inversionista podrá someter una diferencia, según se indica en el párrafo (1), a arbitraje [...] solamente si: [...] (d) en los casos en que Costa Rica es parte de la diferencia, ningún tribunal costarricense haya emitido un fallo relativo a la medida que se *alega* contraviene este Acuerdo” (énfasis agregado). El Tribunal está convencido de que el sentido corriente del término “se alega”, el cual se emplea como verbo en este contexto, es “se arguye” o “se reclama”. Además, en la etapa jurisdiccional, un tribunal debe guiarse por el caso tal como lo presenta el demandante para evitar la violación del derecho al debido proceso del demandante. Proceder de otra manera equivale a incurrir en el riesgo de desestimar el caso basándose en argumentos no presentados por el demandante a un elevado costo procesal para dicha parte.
187. En consecuencia, el Tribunal debe analizar el caso presentado ante él enfocándose en las medidas que la Demandante consideró apropiado impugnar, y determinar su jurisdicción, la admisibilidad de dichas reclamaciones y, en caso de ser pertinente, la existencia *prima facie* de los derechos a ser protegidos en la etapa sobre el fondo, sobre esta base. Es una cuestión diferente si – asumiendo la existencia de jurisdicción y admisibilidad – las reclamaciones tal como fueron presentadas tienen fundamento alguno o no. Ello es inherente a la etapa sobre el fondo, en la cual la Demandante deberá establecer que las reclamaciones, tal como fueran presentadas, resultan de incumplimientos del TBI y causaron pérdidas susceptibles de indemnización.
188. En este aspecto, el Tribunal observa que la Demandante afirma que las siguientes medidas violaron el TBI:²⁰⁸
- a. La Sentencia de la Sala Administrativa de noviembre de 2011, que según alega la Demandante confirma la Sentencia del TCA de 2010, volviendo así “definitiva e

²⁰⁷ **CL-0135**, *ECE Projektmanagement*, ¶ 4.743.

²⁰⁸ C-CM Jur., ¶ 56. Si bien en su Memorial sobre el Fondo la Demandante también impugnó una quinta medida (la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015), la Demandante ha retirado su impugnación a dicha decisión “ya que el gobierno y el SINAC apelaron ante la Sala Administrativa en diciembre del 2015” y “[c]omo resultado, el fallo no es definitivo o vinculante para Industrias Infinito”. Sin embargo, la Demandante “se reserva el derecho de impugnar como medida accesoria cualquier fallo futuro de la Sala Administrativa que incumpla el TBI”. C-CM Jur., ¶ 44.

irreversible la anulación de la concesión de explotación, las autorizaciones ambientales, la declaración de interés público y de conveniencia nacional y el permiso de cambio de uso de la tierra"²⁰⁹.

- b. La Sentencia de la Sala Constitucional de junio de 2013, que según alega Infinito declinó resolver, invocando causales de admisibilidad, el conflicto entre su decisión anterior confirmando la constitucionalidad de los permisos del Proyecto Las Crucitas y la Sentencia del TCA de 2010²¹⁰.
 - c. La Resolución del MINAE de enero de 2012, que según alega Infinito canceló la Concesión de 2008 y eliminó todos los derechos de minería de Industrias Infinito del registro minero, yendo más allá de lo ordenado por la Sala Administrativa²¹¹.
 - d. La Moratoria Legislativa de 2011 sobre la actividad de minería a cielo abierto, que según alega la Demandante sustituyó a la Moratoria Ejecutiva de 2010, prohibiendo que Industrias Infinito solicitaran permisos nuevos²¹².
189. A continuación, el Tribunal enfocará su análisis sobre estas medidas.
- b. ¿Los actos impugnados por la Demandante constituyen “medidas” a los efectos del TBI?**

(i) *La posición de la Demandada*

190. La Demandada niega que las medidas judiciales puedan considerarse “medidas” capaces de violar el TBI. Por este motivo, sostiene que la Demandante no puede impugnar la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, ni la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 (ni tampoco, por la misma razón, la Sentencia del TCA de 2010, la cual, según la Demandada, es la “verdadera” medida en cuestión).
191. La Demandada argumenta que el término “medida” está definido específicamente en el TBI, lo que es inusual. La definición incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica” sin hacer referencia alguna a fallos²¹³. Así, “que *normalmente* se entienda que el término ‘medida’ incluye los fallos resulta irrelevante, dado que las Partes adoptaron una definición especial y más estrecha a la que corresponde dar efecto”²¹⁴. La posición de la Demandante es incoherente en este aspecto: si bien reconoce que el TBI contiene una definición especial del término

²⁰⁹ C-CM Jur., ¶ 56(a); **C-0261**, Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011).

²¹⁰ C-CM Jur., ¶ 56(b); **C-0283**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (19 de junio de 2013).

²¹¹ C-CM Jur., ¶ 56(c); **C-0268**, Resolución No. 0037, MINAE, Expediente No. 2594 (9 de enero de 2012). Infinito también se refiere a este documento como la Resolución de la Dirección de Geología y Minas (DGM) de 2012.

²¹² C-CM Jur., ¶ 56(d); **C-0238**, Reforma al Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010).

²¹³ R-Rép. Jur., ¶ 131(b).

²¹⁴ R-Rép. Jur., ¶ 131(b) (énfasis en el original).

“medida”, luego procede a ignorar dicha definición, aseverando que por lo general se entiende que el término incluye a las medidas judiciales²¹⁵.

192. Incluso si la definición de “medida” del TBI debiera leerse como incluyendo también las medidas judiciales, no se desprende de ello que los incumplimientos judiciales deban ser sometidos a arbitraje. Según la Demandada, “[e]s bastante común que los tratados en materia de inversión confieran protección contra una amplia gama de contravenciones pero restrinjan la solución internacional de diferencias respecto de esas medidas a un subconjunto más acotado”²¹⁶.
193. Por último, tal como se indica en el párrafo 264 *infra*, la Demandada alega que esta interpretación del término “medida” es consistente con su interpretación de que el Artículo XII(3)(d) excluye las impugnaciones a las decisiones del sistema judicial de Costa Rica.

(ii) *La posición de la Demandante*

194. La Demandante asevera que las medidas judiciales constituyen “medidas” a efectos del TBI. Señala que, conforme al Artículo I(i) del TBI, una “medida” incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”, lo que incluye decisiones y procesos judiciales, tal como es reconocido por los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado y por tribunales internacionales²¹⁷. Si bien el sentido corriente de un término puede ser sustituido por un significado especial acordado, la parte que invoca el significado especial debe satisfacer una alta carga de la prueba, que la Demandada no ha satisfecho²¹⁸. Por el contrario, la lista del Artículo I(i) del TBI es de carácter enunciativo (tal como queda demostrado por el uso del término “incluye”), y comprende ya medidas judiciales (las cuales están incluidas en las categorías de ley, procedimiento, requisito o práctica)²¹⁹.

²¹⁵ R-Rép. Jur., ¶ 133(a).

²¹⁶ R-Rép. Jur., ¶ 133(b).

²¹⁷ C-CM Jur., ¶ 188, que cita a **CL-0007**, International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, II(2) Yearbook of the International Law Commission (2001), Art. 4; **CL-0075**, *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 (“*Rumeli*”), ¶ 702; **RL-0090**, *Saipem S.p.A. c. La República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007 (“*Saipem*”), ¶ 143; **CL-0055**, *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003 (“*Loewen, Laudo*”), ¶ 148; **CL-0014**, *Arif*, ¶ 334.

²¹⁸ C-Dúp. Jur., ¶¶ 194-199.

²¹⁹ C-Dúp. Jur., ¶¶ 194-199 que cita a **CL-0113**, TLAN, Art. 201; **CL-0112**, CAFTA, Art. 2.1; **CL-0166**, *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de enero de 2001 (“*Loewen, Jurisdicción*”), ¶ 40; **CL-0221**, *Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et al. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional, 25 de octubre de 2016 (“*Spence*”), ¶ 276; y **RL-0020**, *Apotex Inc c. El Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013 (“*Apotex*”), ¶¶ 333-334, 337(a).

195. Tal como se analiza en la Sección IV.C.4.a(ii) *infra*, la Demandante alega, además, que ello es consistente con su interpretación del Artículo XII(3)(d). Tal como se indica en dicha sección, las medidas judiciales pueden ser impugnadas conforme al TBI si son definitivas y no están sujetas a futuras apelaciones. Esta interpretación es consistente con el sentido corriente de la disposición en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI. Por el contrario, la interpretación del Artículo XII(3)(d) hecha por Costa Rica excluiría, asimismo, cualquier impugnación de una medida judicial, incluso si la reclamación versa sobre denegación de justicia o expropiación²²⁰.

(iii) *Análisis*

196. No es materia de controversia que dos de las medidas impugnadas por la Demandante constituyen “medidas” a los efectos del TBI, esto es, la Resolución del MINAE de 2012 y la Moratoria Legislativa de 2011. La diferencia surge en relación con la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, las cuales son decisiones judiciales. La Demandante asevera que las medidas judiciales califican como “medidas” a efectos del TBI, mientras que la Demandada lo niega.

197. El Tribunal considera que las medidas judiciales sí constituyen “medidas” a efectos del TBI. En primer lugar, observa que la definición de “medida” del Artículo I(i) del TBI es muy amplia y de carácter enunciativo. Incluye “cualquier [...] procedimiento”, lo que, en opinión del Tribunal, incluye también procedimientos judiciales y, por implicación necesaria, decisiones judiciales, las cuales constituyen el objetivo final de cualquier procedimiento judicial y, por lo tanto, una parte inherente de ellos. Asimismo, el Tribunal observa que esta misma definición fue empleada en otros tratados tales como el TLCAN²²¹ y el CAFTA²²², y que los tribunales han concluido invariablemente que incluye las medidas judiciales²²³.

198. En segundo lugar, los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado consideran que los actos de las entidades del Estado que ejercen funciones judiciales constituyen actos del Estado que pueden dar origen a la responsabilidad internacional del Estado²²⁴.

199. Por último, tal como se explica en la Sección IV.C.4.a(iii) *infra* en el marco del Artículo XII(3)(d), el Tribunal considera que la inclusión de las decisiones judiciales en el concepto de “medida” es consistente con el contexto de dicha disposición y con el objeto y fin del TBI.

²²⁰ C-CM Jur., ¶ 169.

²²¹ **CL-0113**, TLCAN, Art. 201.

²²² **CL-0112**, CAFTA, Art. 2.1.

²²³ Véase, por ejemplo, **CL-0166**, *Loewen, Jurisdicción*, ¶ 40; **CL-0221**, *Spence*, ¶ 276; y **RL-0020**, *Apotex*, ¶¶ 333-334, 337(a).

²²⁴ **CL-0007**, International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, II(2) Yearbook of the International Law Commission (2001), Art. 4, 12 y 28.

200. En consecuencia, todas las medidas que la Demandante alega que incumplen el TBI pueden considerarse “medidas” a los fines de los Artículos XII(1), XII(2) y XII(3)(d) del TBI.

c. ¿Son las reclamaciones de la Demandante reclamaciones genuinas en virtud del TBI, o equivalen a un desacuerdo con los tribunales de Costa Rica sobre asuntos de derecho interno?

(i) *La posición de la Demandada*

201. La Demandada sostiene que las reclamaciones de la Demandante no son reclamaciones genuinas en virtud del TBI; simplemente expresan un desacuerdo con los tribunales costarricenses sobre asuntos de derecho interno. Citando doctrina y jurisprudencia internacional, se afirma que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* para actuar como tribunal de apelaciones sobre asuntos de derecho interno²²⁵. El Tribunal simplemente no tiene jurisdicción para “cuestionar la interpretación de un tribunal local o la aplicación del derecho local”²²⁶. La Demandada se refiere en particular al siguiente comentario del tribunal del caso *Helnan*:

Un Tribunal del CIADI no puede desempeñarse como instancia de revisión de cuestiones de derecho interno de la forma en que lo haría un tribunal superior. En cambio, el Tribunal aceptará las conclusiones de los tribunales nacionales siempre que no se demuestren defectos de forma o de fondo respecto del proceso local que sean de índole tal que resulten inaceptables desde la perspectiva del derecho internacional, como ocurre cuando media denegación de justicia²²⁷.

202. La Demandada reconoce que la Demandante alega numerosas violaciones de las disposiciones del TBI. Sin embargo, sostiene que la Demandante “no puede fabricar la competencia internacional simplemente con categorizar como violaciones del TBI la

²²⁵ R-Mem. Jur., ¶¶ 174-181, que cita *inter alia* **RL-0008**, *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2003 (“*Generation Ukraine*”), ¶ 20.33; **RL-0009**, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Bélgica c. España)*, CIJ, Opinión Separada del Juez Tanaka, 5 de febrero de 1970, pág. 158; **RL-0013**, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de diciembre de 2000 (“*Feldman*”), ¶ 61; **CL-0090**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (“*Waste Management II*”), ¶ 129; **CL-0062**, *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 (“*Mondev*”), ¶ 136.

²²⁶ R-Mem. Jur., ¶¶ 178-181, que cita **RL-0021**, *Perenco Ecuador Limited c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes relativas a la Jurisdicción y sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014 (“*Perenco*”), ¶ 583; **RL-0022**, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 (“*Mamidoil*”), ¶ 764; **CL-0054**, *Liman*, ¶ 347; **RL-0013**, *Feldman*, ¶ 61; **RL-0014**, *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 (“*ADF*”), ¶ 190; **RL-0024**, *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012 (“*Iberdrola, Laudo*”), ¶ 349.

²²⁷ R-Mem. Jur., ¶ 176, que cita **RL-0010**, *Helnan International Hotels A.S. c. República  rabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Laudo, 3 de julio de 2008 (“*Helnan*”), ¶ 106 ( nfasis eliminado).

disconformidad que le generan las sentencias de los tribunales nacionales”²²⁸. Esto es confirmado por las decisiones emitidas en los casos *Azinian*²²⁹ e *Iberdrola*²³⁰. La Demandante no hace esfuerzo alguno por explicar por qué las decisiones del TCA y la Sala Administrativa equivalen a una violación de cualquier disposición del TBI²³¹.

203. Por el contrario, el argumento de la Demandante no es más que “una queja de que la jurisdicción contencioso-administrativa costarricense (es decir, el TCA y la Sala Administrativa (Sala Primera)) no coincidió con la forma en que la Demandante entiende el derecho interno, lo que incluye la forma en que interpreta anteriores sentencias de la Sala Constitucional”²³². Según la Demandada, los “argumentos formulados por la Demandante en el presente arbitraje se basan en aseveraciones referentes al derecho costarricense que han sido expresamente rechazadas por los tribunales de Costa Rica en reiteradas oportunidades”²³³. La Demandante incluso no da cuenta del razonamiento proporcionado por los tribunales costarricenses. Por ejemplo, hace caso omiso de que las diferentes salas de la Corte Suprema de Justicia confirmaron que no existía conflicto entre las sentencias supuestamente contradictorias invocadas por la Demandante²³⁴. La Demandante tampoco objeta a la independencia o buena fe de los tribunales de Costa Rica²³⁵.
204. La Demandada sostiene que la Demandante no ha explicado de qué manera sus reclamaciones, incluso si fueran aceptadas de primera mano, reflejan una violación del derecho internacional, en lugar del derecho interno²³⁶. A pesar de los esfuerzos de la Demandante por enfocarse en el efecto de las medidas impugnadas, “sigue quedando manifiestamente claro que la única cuestión que la Demandante pretende que resuelva el Tribunal es si el Poder Judicial costarricense erró en sus conclusiones sobre cuestiones de derecho nacional”²³⁷. En particular, le solicita al Tribunal que decida que los tribunales costarricenses aplicaron incorrectamente la Moratoria de 2002 a la Concesión de 2008 de Industrias Infinito y otros permisos. Según la Demandada, la

²²⁸ R-Mem. Jur., ¶ 183.

²²⁹ **CL-0017**, *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 (“*Azinian*”), ¶ 90 (“[L]as frases hechas [...] no pueden sustituir el análisis”).

²³⁰ **RL-0031**, *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Decisión sobre Anulación, 13 de enero de 2015 (“*Iberdrola, Anulación*”), ¶ 93 (“El Comité considera que los tribunales tienen facultades para calificar legalmente las peticiones de las partes [...]. Si fuese suficiente con que las partes solamente invocaran una vulneración de estándares internacionales para afirmar la jurisdicción del CIADI, el análisis de jurisdicción *ratione materiae* carecería prácticamente de sentido y se limitaría a constatar que las partes simplemente invocaron normas sustantivas de un TBI.”)

²³¹ R-Mem. Jur., ¶ 186.

²³² R-Mem. Jur., ¶ 184.

²³³ R-Mem. Jur., ¶ 184.

²³⁴ R-Mem. Jur., ¶¶ 184-185.

²³⁵ R-Mem. Jur., ¶ 186.

²³⁶ R-Rép. Jur., ¶ 145.

²³⁷ R-Rép. Jur., ¶ 146.

“simple aplicación incorrecta del derecho nacional no basta para demostrar que se ha configurado una violación del derecho internacional, no obstante lo cual la Demandante no alega (ni presenta pruebas que indiquen) que los tribunales y las autoridades administrativas de Costa Rica hicieron más que aplicar la ley tal como la entendieron de buena fe”²³⁸.

205. A menos que el Tribunal pudiese actuar como una jurisdicción costarricense de segunda instancia y aceptar que los pronunciamientos del TCA (confirmados por la Sala Administrativa) fueron erróneos como cuestión de derecho costarricense, el caso de la Demandante respecto de la anulación de la Concesión de 2008 fracasa²³⁹:
- a. La reclamación de arbitrariedad fracasa dada la aplicación correcta (o incluso de buena fe) del derecho interno.
 - b. La reclamación por las expectativas legítimas fracasa porque la expectativa de llevar a cabo una actividad no puede ser legítima si es ilícita según el derecho local.
 - c. La reclamación de expropiación fracasa debido a que no se produce una apropiación ilícita como resultado de la aplicación legítima del ordenamiento jurídico de Costa Rica.
206. La Demandada sostiene además que ninguna de las reclamaciones restantes de la Demandante (específicamente, la reclamación de denegación de justicia y sus reclamaciones contra la Resolución del MINAE de 2012 y la Moratoria Legislativa de 2011) se encuentra sustentada por prueba alguna que resista un examen *prima facie* y, por consiguiente, fracasan a raíz de ello²⁴⁰.

(ii) *La posición de la Demandante*

207. La Demandante niega que haya fundamento alguno en la afirmación de la Demandada, conforme a la cual las reclamaciones de Infinito respecto del TBI equivalen a un “etiquetamiento” y no son genuinas. Los argumentos que la Demandada plantea bajo este encabezado son esencialmente los mismos que los presentados en su objeción relativa a que la Demandante no ha demostrado *prima facie* los incumplimientos del TBI. Tal como se explica en la Sección IV.C.3.d(ii) *infra*, la Demandante afirma que “ha establecido tanto sobre un balance de probabilidades como sobre una base *prima facie*, que varias medidas que impugna incumplieron el TBI”²⁴¹.
208. La Demandante sostiene además que los casos citados por la Demandada en sustento del argumento conforme al cual este Tribunal no es un tribunal de apelación en asuntos

²³⁸ R-Mem. Jur., ¶ 12.

²³⁹ R-Rép. Jur., ¶ 147.

²⁴⁰ R-Rép. Jur., ¶¶ 149-150.

²⁴¹ C-CM Jur., ¶ 461.

de derecho costarricense son irrelevantes. La Demandante “no discute [...] que la jurisdicción del Tribunal se limita a determinar si las cuatro medidas administrativas y judiciales en cuestión constituyen incumplimientos del TBI Canadá-Costa Rica (es decir, incumplimientos del derecho internacional en lugar del interno)”²⁴². La mayoría de sus reclamaciones no dependen de si los tribunales costarricenses aplicaron correctamente el derecho de Costa Rica y, en cuanto a la única reclamación en la que Infinito sí impugna la aplicación del derecho costarricense por parte de los tribunales locales, dicha impugnación se encuentra válidamente planteada en virtud del TBI²⁴³. Respecto a aquellas reclamaciones en las cuales el derecho costarricense es relevante, el Tribunal puede considerar la exactitud con la cual se aplicó tal derecho costarricense como parte de su análisis sobre si la Demandada ha violado el TBI: la pregunta para este Tribunal “no es si la legislación nacional de Costa Rica se aplicó erróneamente, sino si la falta de aplicación correcta de la legislación nacional además de otros hechos relevantes constituye un incumplimiento del TBI”²⁴⁴. En este contexto, la aplicación del derecho interno forma parte del análisis fáctico del Tribunal²⁴⁵.

209. Más específicamente, la Demandante afirma que:

- a. Ni la reclamación basada en las expectativas legítimas, ni la reclamación por expropiación, dependen de si los tribunales costarricenses aplicaron correctamente el derecho interno (en particular, la Moratoria de 2002). Si bien la Demandada se basa en su derecho interno como defensa, está bien establecido que un Estado no puede basarse en su derecho interno para justificar un hecho internacionalmente ilícito²⁴⁶.
- b. La reclamación por denegación de justicia procesal, la reclamación por incumplimiento del TJE debido a que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 fue arbitraria, y la reclamación de total protección y seguridad, se basan en pruebas periciales indicando que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 contradujo sentencias vinculantes de la Sala Constitucional. Tal como se explica en el párrafo 163 *supra*, la Demandante afirma que no existe un mecanismo disponible en Costa Rica para resolver dicha contradicción. Si bien la Sala Administrativa consideró que no existía una contradicción, conforme al derecho costarricense únicamente la Sala Constitucional está facultada para tomar esa decisión. Sin embargo, no existe un mecanismo que le permita hacerlo.
- c. La reclamación por denegación de justicia sustancial es la única reclamación que implica que el Tribunal debe concluir que la Sala Administrativa aplicó incorrectamente el derecho costarricense al aplicar la Moratoria de 2002 a la Concesión de 2008 de Industrias Infinito y otras aprobaciones del proyecto. La

²⁴² C-CM Jur., ¶ 462.

²⁴³ C-Dúp. Jur., ¶¶ 362-366; C-CM Jur., ¶¶ 462-467.

²⁴⁴ C-Dúp. Jur., ¶ 365.

²⁴⁵ C-Dúp. Jur., ¶ 365.

²⁴⁶ C-Dúp. Jur., ¶ 364, que cita **CL-0014**, *Arif*, ¶ 547(c). Véase también, C-CM Jur., ¶ 463.

Demandante sostiene que, “en el contexto de una demanda sustantiva por denegación de justicia, el Tribunal tiene el poder de determinar si la falla de la Sala Administrativa al no aplicar adecuadamente la ley costarricense, equivale también a incumplimientos del TBI”²⁴⁷. Citando a Dolzer y Schreuer, la Demandante sostiene que el Tribunal no está vinculado a seguir las conclusiones de la Sala Administrativa al momento de decidir si su sentencia fue arbitraria, o si a Infito le fue denegada justicia o seguridad jurídica²⁴⁸. La Demandante acepta que la tarea de aplicar e interpretar el derecho interno recae primeramente en los tribunales del Estado receptor, pero ello no es exclusivamente así: cuando el derecho interno se aplica de una manera que es evidentemente arbitraria, injusta o idiosincrásica, o en violación de un derecho fundamental, surge la responsabilidad internacional²⁴⁹. Citando *Chevron*, la Demandante sostiene además que “la deficiencia del derecho interno, la negativa a aplicarlo, o su aplicación errada por los jueces [pueden] constituir elementos probatorios de una denegación de justicia, en el entendimiento internacional de la expresión”²⁵⁰.

210. En síntesis, “[y]a sea que ciertas demandas de Infito dependan de una conclusión que indique que la ley de Costa Rica se aplicó incorrectamente o no, todos los alegatos de Infito se fundamentan en incumplimientos del TBI”²⁵¹.

(iii) *Análisis*

211. La Demandada afirma que el Tribunal no posee jurisdicción *ratione materiae* en virtud del TBI, debido a que las reclamaciones no constituyen más que un desacuerdo con los tribunales costarricenses en materia de derecho interno. La Demandante disputa lo anterior, argumentando que todas las reclamaciones de Infito se encuentran basadas en violaciones del TBI. También sostiene que el asunto de si el derecho interno fue aplicado incorrectamente o no es parte del análisis fáctico que el Tribunal debe realizar respecto de ciertas violaciones del TBI.
212. La jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal está definida por el Artículo XII(1) del TBI (leído conjuntamente con el Artículo XII(2)). Así, la jurisdicción del Tribunal se extiende a “[c]ualquier diferencia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, relativa a un reclamo por parte del inversionista en el sentido de que una medida que haya o no tomado la primera Parte Contratante contraviene este Acuerdo, y que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado

²⁴⁷ C-CM Jur., ¶ 465.

²⁴⁸ C-CM Jur., ¶ 466, que cita **CL-0098**, R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2nd ed. 2012), págs. 179-182.

²⁴⁹ C-CM Jur., ¶ 467, que cita **RL-0010**, *Helnan*, ¶¶ 105-106; **RL-0021**, *Perenco*, ¶ 583; **CL-0090**, *Waste Management II*, ¶ 130, y **CL-0031**, *Dan Cake S.A. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/9, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 24 de agosto de 2015 (“*Dan Cake*”), ¶ 117.

²⁵⁰ C-CM Jur., ¶ 467, que cita **RL-0019**, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation c. República del Ecuador*, CNUDMI, Dictamen Pericial de Jan Paulsson, 12 de marzo de 2012, ¶ 16.

²⁵¹ C-Dúp. Jur., ¶ 362.

de tal violación [...]”. Esta disposición establece claramente que la jurisdicción del Tribunal en razón de la materia se extiende a las diferencias relativas a reclamaciones según las cuales: (i) una medida tomada o no por el Estado receptor es violatoria del TBI; y (ii) el inversionista ha incurrido en pérdida o daño como resultado de dicha violación.

213. En la opinión del Tribunal, a fines jurisdiccionales basta con establecer la existencia de: (i) una reclamación según la cual una medida viola el TBI; y de (ii) una reclamación según la cual dicha violación ha causado pérdida o daño al inversionista.
214. Con respecto al punto (i), el Tribunal ya ha determinado que debe enfocarse en la reclamación tal y como ha sido alegada por la Demandante. Al respecto, la Demandante argumenta clara e inequívocamente que las cuatro medidas identificadas en el párrafo 188 *supra* han violado numerosas obligaciones a cargo de la Demandada según el TBI, a saber, sus obligaciones derivadas del Artículo II(a) (trato justo y equitativo o el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario), del Artículo II(b) (total protección y seguridad), y del Artículo VIII (expropiación). Por consiguiente, el requisito jurisdiccional mencionado en el punto (i) se encuentra satisfecho.
215. Con respecto al punto (ii), tampoco se controvierte que la Demandante alega que las violaciones identificadas anteriormente le han causado pérdidas o daños. Por lo tanto, el Tribunal considera que dicho requisito jurisdiccional también se da por cumplido.
216. La Demandada también objeta a la jurisdicción del Tribunal con fundamento en que la Demandante no ha demostrado *prima facie* las violaciones que alega, ni el daño que alega surgió de tales violaciones. El Tribunal aborda dichas objeciones en las Secciones IV.C.3.d y IV.C.3.e *infra*.
217. Esto no significa que el Tribunal no considerará el argumento de la Demandada según el cual las reclamaciones simplemente representan un desacuerdo con los tribunales costarricenses sobre cuestiones de derecho interno. El Tribunal está de acuerdo en que no es su función actuar como tribunal de segunda instancia con respecto a las sentencias de tribunales nacionales. Dicho esto, es obligación del Tribunal verificar si las medidas denunciadas han violado el TBI. El Tribunal observa a este respecto que solo dos de las medidas denunciadas son medidas judiciales (la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013). Por tal motivo, el argumento de la Demandada solo puede aplicarse a estas dos medidas. Sin embargo, la Demandante ha expresamente incoado reclamaciones por denegación de justicia contra tales medidas. La cuestión de si tales reclamaciones se encuentran bien fundamentadas (en particular, si van más allá de un simple desacuerdo entre la Demandante y los tribunales costarricenses sobre la aplicación del derecho interno) o no, es una cuestión para la etapa de fondo.

d. ¿Ha demostrado la Demandante *prima facie* su caso sobre cualquiera de las violaciones alegadas del TBI?

(i) *La posición de la Demandada*

218. La Demandada sostiene que, para establecer la jurisdicción del Tribunal, la Demandante debe demostrar *prima facie* que la conducta cuestionada es susceptible de violar el TBI. Para la Demandada, el análisis adecuado frente a una objeción preliminar a la jurisdicción fue articulado por la Jueza Higgins en el caso *Oil Platforms*, según el cual el tribunal debe “aceptar *pro tem* que los hechos alegados por [la Demandante] son ciertos y, en vista de ello, interpretar [el tratado aplicable] a los efectos de la competencia, es decir, ver si en función de los argumentos de hecho [de la Demandante] podría producirse la violación de una o más de [las disposiciones del tratado]”²⁵². En otras palabras, el test consiste en evaluar si, sobre los hechos alegados por la Demandante, los actos impugnados pueden violar el TBI.
219. Según la Demandada, la Demandante “no puede cumplir el criterio *prima facie* con simplemente calificar de violación del tratado la conducta cuestionada”²⁵³. Refiriéndose a los casos *Impregilo y Burlington*, el Tribunal no puede limitarse a la caracterización que hace la Demandante del caso²⁵⁴.
220. La Demandada sostiene además que un argumento *prima facie* debe ser sustentado con pruebas *prima facie*. Si bien esa evidencia puede no ser suficiente para demostrar que la reclamación se encuentra bien fundamentada, al menos debe demostrar que existe algo de verdad detrás de las alegaciones de un demandante. Además, dicha evidencia *prima facie* puede no ser aceptada *pro tem* en el caso de que el demandado presente otras pruebas que contradigan de manera concluyente las afirmaciones del demandante. Citando al caso *Chevron I*, la Demandada argumenta que, si a partir de la evidencia presentada en la etapa jurisdiccional “el Tribunal concluye que queda demostrado que los hechos alegados por las Demandantes son falsos o no bastan para tener por cumplido el criterio *prima facie*, se ha de denegar la jurisdicción”²⁵⁵.
221. La Demandada argumenta que, en el presente caso, la Demandante no ha demostrado *prima facie* ninguna de las violaciones del TBI alegadas. Según la Demandada, la conducta que la Demandante atribuye a Costa Rica, incluso de llegarse a comprobar, no violaría los estándares pertinentes y, en aquellos casos en que las aseveraciones

²⁵² R-Mem. Jur., ¶ 202, que cita **RL-0085**, *Oil Platforms (Irán c. EE.UU.)*, Corte Internacional de Justicia, Opinión de la Jueza Higgins, 12 de diciembre de 1996 (“*Oil Platforms*”), ¶ 32.

²⁵³ R-Mem. Jur., ¶ 205.

²⁵⁴ R-Mem. Jur., ¶ 205, que cita **RL-0087**, *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 (“*Impregilo I*”), ¶ 239; **RL-0093**, *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010 (“*Burlington*”), ¶ 110.

²⁵⁵ R-Mem. Jur., ¶¶ 206-207, que cita **RL-0095**, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation c. República del Ecuador*, CNUDMI, Laudo Provisional, 1 de diciembre de 2008 (“*Chevron I*”), ¶ 110.

de la Demandante podrían plausiblemente dar lugar a una violación del TBI, esas alegaciones no encuentran sustento en el expediente probatorio²⁵⁶.

222. En respuesta a los argumentos de la Demandante, la Demandada niega que el Tribunal deba aceptar los alegatos fácticos y jurídicos de la Demandante como verídicos a simple vista. Según la Demandada, “el rol del tribunal en la etapa sobre competencia consiste en determinar, en función del examen de la prueba disponible, si podría entenderse que la conducta estatal relevante constituye una violación sustantiva del TBI comprendida en el consentimiento de Costa Rica al arbitraje con arreglo al artículo XII”²⁵⁷.
223. Refiriéndose al caso *Emmis*, la Demandada sostiene que un tribunal debe realizar dos tipos distintos de indagaciones en la etapa jurisdiccional, cada una con un nivel de escrutinio diferente. El primer tipo de indagación “tiene que ver con cuestiones de hecho sobre las que se deba resolver de manera definitiva en la etapa de competencia”, mientras que “[l]a segunda se refiere a cuestiones de hecho que hacen al fondo del caso, que normalmente el Tribunal no debe prejuzgar, a menos que claramente sean infundadas”²⁵⁸. La segunda pregunta “necesariamente requiere evaluar si la supuesta conducta de la [d]emandada es capaz de constituir una violación de las protecciones sustantivas que ofrece el tratado de inversión de modo tal de que queden comprendidas en el ámbito de la competencia *ratione materiae* del [t]ribunal, punto que, no obstante, ha de determinarse con carácter *prima facie* únicamente”²⁵⁹. Según la Demandada, la Demandante intenta combinar estas dos indagaciones, y erróneamente argumenta que solo debe realizar una demostración *prima facie* con respecto a las indagaciones tanto en materia de competencia como de fondo²⁶⁰.
224. Sobre esta base, la Demandada sostiene que el Tribunal puede determinar de manera concluyente cuestiones de hecho y de derecho en la etapa jurisdiccional. En particular, debe determinar de manera decisiva aquellas cuestiones que son esenciales para establecer la jurisdicción, tales como la existencia o la propiedad de una inversión, o los requisitos mínimos del TBI o del Convenio CIADI²⁶¹. Citando al caso *Ampal-American*, la Demandada sostiene que “no es solamente apropiado sino también necesario que el Tribunal exija que la Demandante se ajuste a un nivel probatorio más elevado que el que supone la demostración *prima facie* de todas las cuestiones que influyen directamente en el tema de la competencia”²⁶². Para la Demandada, “[e]llo

²⁵⁶ R-Mem. Jur., ¶¶ 209-301.

²⁵⁷ R-Rép. Jur., ¶ 105.

²⁵⁸ R-Rép. Jur., ¶ 106, que cita **RL-0086**, *Emmis et. al. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/2, Laudo, 16 de abril de 2014 (“*Emmis*”), ¶ 172 (énfasis eliminado).

²⁵⁹ R-Rép. Jur., ¶ 106, que cita **RL-0086**, *Emmis*, ¶ 172.

²⁶⁰ R-Rép. Jur., ¶ 107.

²⁶¹ R-Rép. Jur., ¶¶ 108-109 que cita **RL-0086**, *Emmis*, ¶ 174.

²⁶² R-Rép. Jur., ¶¶ 110-111 que cita **RL-0168**, *Ampal-American Israel Corporation et. al. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/12/11, Decisión sobre Jurisdicción, 1 de febrero de 2016 (“*Ampal-American*”), ¶ 219.

significa que el Tribunal no tiene que tomar al pie de la letra las afirmaciones o la prueba de Infinito”; debe “evaluar las caracterizaciones y la prueba que ofrece la Demandante para poder arribar a sus conclusiones en materia de competencia”²⁶³.

225. Según la Demandada, “ocurre lo mismo en lo que respecta a resolver puntos de derecho relevantes para el examen de la competencia”²⁶⁴. Citando al caso *Achmea*, la Demandada afirma que el Tribunal está facultado a realizar una interpretación preliminar de las disposiciones sustantivas del TBI a fines de jurisdicción, en especial cuando las partes no coinciden en cuanto a la interpretación correcta de determinada disposición²⁶⁵. Con base en los casos *EnCana* y *Continental Casualty*, la Demandada sostiene que “es correcto que un tribunal arbitral identifique los actos u omisiones pertinentes del Estado que conforman la supuesta violación del tratado y examine críticamente los hechos de la diferencia”²⁶⁶. A tal efecto, “[e]l tribunal está autorizado a fijarse más allá de las afirmaciones superficiales formuladas en un escrito inicial y analizar la verdadera sustancia de la demanda de la demandante, y puede arribar a conclusiones de hecho o de derecho contrarias cuando las afirmaciones de la demandante sean falsas y esa falsedad sea demostrable, o cuando la demandante les atribuya una interpretación forzada”²⁶⁷.
226. Para la Demandada, los casos citados por la Demandante no son pertinentes. El caso *ECE Projektmanagement* lidió con el intento del Estado demandado de replantear una reclamación por la violación del estándar de TJE como una reclamación por denegación de justicia; en el caso que nos ocupa, Costa Rica no pretende modificar la teoría jurídica de la Demandante, sino que “se limita a señalar que el predicado fáctico de un planteo dado (según lo define la Demandante) debe contar con fundamentos probatorios suficientemente convincentes”²⁶⁸. En el caso *Glamis*, las medidas anteriores que, según el demandado, habrían quedado excluidas por prescripción, no tuvieron el mismo impacto que las medidas posteriores alegadas por el demandante, como en el presente caso²⁶⁹. En el caso *Pope & Talbot*, el tribunal estuvo de acuerdo con el demandante en que la fecha crítica a efectos del análisis de prescripción pertinente debe computarse a partir de la fecha de un hecho posterior, pero

²⁶³ R-Rép. Jur., ¶ 111.

²⁶⁴ R-Rép. Jur., ¶ 112.

²⁶⁵ R-Rép. Jur., ¶¶ 112-113 que cita a **CL-0117**, *Achmea B.V. c. República Eslovaca [II]*, Caso CPA No. 2013-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 20 de mayo de 2014, (“*Achmea*”), ¶ 228.

²⁶⁶ R-Rép. Jur., ¶¶ 112-116, que cita a **RL-0174**, *EnCana Corporation c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3481, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 27 de febrero de 2004 (“*EnCana*”), ¶ 25; **CL-0128**, *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de febrero de 2006 (“*Continental Casualty*”), ¶ 61.

²⁶⁷ R-Rép. Jur., ¶ 116.

²⁶⁸ R-Rép. Jur., ¶ 117, que cita **CL-0135**, *ECE Projektmanagement*.

²⁶⁹ R-Rép. Jur., ¶¶ 118-119, que cita **RL-0105**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (“*Glamis*”).

únicamente luego de haber evaluado las pruebas relevantes²⁷⁰. En el caso *Phosphates*, la CPJI se negó a aceptar la caracterización de Italia de su reclamación como una denegación de justicia derivada de la negativa por parte de las autoridades francesas a otorgar una reparación por la previa desposesión efectuada contra un ciudadano italiano, y reconoció que la reclamación estaba dirigida a la desposesión misma, la cual se encontraba prescrita²⁷¹.

(ii) *La posición de la Demandante*

227. La Demandante sostiene que el test de *prima facie* aplicable en la etapa jurisdiccional es bajo: “Infinito solo necesita establecer que *si* los hechos que alega [...] son finalmente establecidos, dichos hechos *pueden* constituir una violación al TBI”; “no necesita demostrar que los hechos, si son comprobados, *violarían* el TBI”²⁷².
228. La Demandante argumenta que la Demandada intenta de manera inapropiada forzar al Tribunal a determinar en la etapa jurisdiccional cuestiones que pertenecen al fondo. La Demandante hace énfasis en que la tarea actual del Tribunal es determinar si cuenta con jurisdicción, pero que debe abstenerse de prejuzgar el fondo²⁷³.
229. En particular, de manera inapropiada la Demandada solicita al Tribunal que se ocupe de una interpretación legal detallada de las disposiciones sustantivas del TBI, incluyendo: (i) el alcance de la protección de TJE en el Artículo II; (ii) si las expectativas legítimas de Infinito son relevantes para determinar si dicho estándar ha sido violado; y (iii) si las sentencias judiciales únicamente pueden violar el TBI si equivalen a una denegación de justicia. La etapa jurisdiccional no es el momento para realizar el anterior análisis²⁷⁴. Según la Demandante, “[e]l tribunal simplemente necesita determinar que las demandas, tal como fueron formuladas por el demandante, pueden caer bajo el alcance de las disposiciones sustantivas del TBI que el demandante invoca”; “[s]olo cuando una protección sustantiva es ‘simplemente incapaz’ de asumir la demanda presentada por el demandante, será apropiado que esa demanda sea rechazada en una base *prima facie*”²⁷⁵. Citando al caso *Chevron I*, la Demandante argumenta que, en la etapa jurisdiccional, “[p]edirle a un demandante que compruebe

²⁷⁰ R-Rép. Jur., ¶ 120 que cita **CL-0154**, *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 24 de febrero de 2000 (“*Pope & Talbot I*”).

²⁷¹ R-Rép. Jur., ¶ 121 que cita **RL-0007**, *Phosphates*, pág. 21.

²⁷² C-CM Jur., ¶¶ 293, 299-300 (énfasis en original), que cita a **CL-0115**, *Abaclat et. al. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011 (“*Abaclat*”), ¶ 303; **RL-0090**, *Saipem*, ¶ 91; **CL-0080**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 (“*Siemens*”), ¶ 180; **RL-0087**, *Impregilo I*, ¶ 254; **RL-0088**, *Bayindir, İnşaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005 (“*Bayindir*”), ¶ 195, y otros.

²⁷³ C-CM Jur., ¶¶ 295-298.

²⁷⁴ C-CM Jur., ¶ 302.

²⁷⁵ C-CM Jur., ¶ 302 (énfasis en original).

su interpretación de las disposiciones sustantivas del TBI es ‘prejuzar el fondo de la disputa’²⁷⁶.

230. Del mismo modo, la Demandante sostiene que el Tribunal debe aceptar las pruebas de la Demandante a simple vista. No debe evaluar el peso de las pruebas fácticas y periciales presentadas por la Demandante²⁷⁷. La Demandada ha reconocido que “el Tribunal debe ‘aceptar *pro tem* los hechos como verdaderos, según alega’ el Demandante”²⁷⁸. Citando al caso *Oil Platforms*, la Demandante argumenta que “[e]s únicamente en la fase de fondo que el tribunal ‘tiene jurisdicción para determinar exactamente cuáles son los hechos y si estos constituyen una violación’ del TBI”²⁷⁹. La Demandada se equivoca al invocar los casos *Chevron I y II*: en *Chevron I*, el tribunal lidiaba con una situación en la que había pruebas contradictorias que podrían haber demostrado que los hechos alegados por la Demandante eran falsos²⁸⁰, y en *Chevron II*, el tribunal abordó la posibilidad de que los hechos alegados en la Notificación de Arbitraje (no las pruebas presentadas por la demandante) no fueran aceptados como verdaderos de ser “increíbles, fútiles, vejatorios, o presentados por el demandante en mala fe”²⁸¹. En el presente caso la Demandada no ha identificado un solo elemento probatorio presentado por Infinito que no deba ser aceptado a simple vista sobre la base de las situaciones contempladas en los casos *Chevron*²⁸².
231. En respuesta a los argumentos de la Demandada sobre el estándar de revisión apropiado para la etapa jurisdiccional, la Demandante articula los siguientes principios:
- 283
- a. Los hechos y el derecho necesarios para determinar la jurisdicción pueden evaluarse rigurosamente. En la etapa jurisdiccional, los tribunales pueden resolver de manera concluyente cuestiones de hecho que se relacionan con la jurisdicción, como por ejemplo si existió una inversión, o un inversionista, pero estas preguntas no surgen en el presente caso. Todos los casos en los que se basa la Demandada se relacionan con este tipo de escrutinio.
 - b. Por el contrario, los hechos y el derecho relevantes para el fondo deben considerarse con base en un estándar *prima facie*. El Tribunal debe aceptar las alegaciones fácticas de la Demandante relacionadas con el fondo a menos que llanamente carezcan de fundamento. La Demandada no puede citar una sola decisión arbitral en la que el tribunal se adentrara, en la etapa jurisdiccional, en una revisión detallada de la evidencia fáctica con el fin de determinar si existió una

²⁷⁶ C-CM Jur., ¶ 302.

²⁷⁷ C-CM Jur., ¶¶ 298, 305-308.

²⁷⁸ C-CM Jur., ¶ 306, que cita a R-Mem. Jur., ¶ 202.

²⁷⁹ C-CM Jur., ¶ 306, que cita a **RL-0085**, *Oil Platforms*, ¶¶ 32, 34.

²⁸⁰ C-CM Jur., ¶ 307, que cita a **RL-0095**, *Chevron I*, ¶¶ 110-112.

²⁸¹ C-CM Jur., ¶ 307, que cita a **RL-0096**, *Chevron II*, ¶ 4.6.

²⁸² C-CM Jur., ¶ 308.

²⁸³ C-Dúp. Jur., ¶¶ 121-129, que cita a **RL-0086**, *Emmis*, ¶¶ 172,174.

violación de una norma sustantiva del TBI. Tampoco es apropiado que el Tribunal participe en un análisis detallado de las disposiciones sustantivas del TBI en esta etapa.

- c. El análisis del Tribunal debe basarse en las alegaciones de la Demandante, no en la reformulación del caso por parte de la Demandada. La Demandante aduce que “Infinito es libre de alegar sus demandas de la forma que considere apropiada”, y que “[t]iene derecho a proporcionar hechos y teoría legal para respaldar sus alegatos. En respuesta, Costa Rica tiene derecho a proporcionar sus propios hechos y teoría legal. El Tribunal entonces considera las posturas de ambos lados, en vista de las alegaciones realizadas por el demandante. Los hechos y alegatos del demandante no están protegidos de una revisión arbitral; pero el análisis del Tribunal debe basarse en el caso del demandado, no en su reformulación por parte del demandado”²⁸⁴.

232. En cualquier caso, la Demandante afirma que no solo ha satisfecho el bajo estándar *prima facie* aplicable en la etapa jurisdiccional; también ha demostrado que Costa Rica ha incumplido sus obligaciones en virtud de los Artículos II, VIII y IV del TBI sobre la base del estándar aplicable al Tribunal para la evaluación del fondo, es a saber, el estándar del balance de probabilidades.

(iii) *Análisis*

233. Ambas partes parecen estar de acuerdo en que, en la etapa jurisdiccional, el Tribunal debe realizar dos indagaciones separadas, cada una de las cuales implica un estándar de revisión diferente. Tal como se señaló en el caso *Emmis* (invocado por ambas Partes)²⁸⁵, la primera indagación se refiere a hechos relativos a la jurisdicción. La segunda indagación involucra el fondo de las violaciones denunciadas.
234. Las Partes parecen estar en desacuerdo sobre la identificación de los hechos que caen dentro del ámbito de la primera indagación. Para el Tribunal resulta claro que, todos los hechos que subyacen a los requisitos jurisdiccionales establecidos por el Convenio CIADI y el TBI, deben demostrarse – probarse – en la etapa jurisdiccional. Si estos hechos no se demuestran, el Tribunal debe desestimar el caso por falta de jurisdicción.
235. Por consiguiente, el Tribunal debe evaluar de forma definitiva si los hechos que prueban los siguientes requisitos han sido establecidos²⁸⁶:

²⁸⁴ C-Dúp. Jur., ¶ 128 (énfasis en original).

²⁸⁵ **RL-0086**, *Emmis*, ¶ 172.

²⁸⁶ Como se señala *supra*, ¶ 174 y se explica en mayor detalle *infra*, ¶ 343, el Tribunal determinará en la etapa de fondo si el requisito establecido en el Artículo XII(3)(c) es de naturaleza jurisdiccional; también considera que la cuestión de si el requisito presente en el Artículo XII(3)(d) es jurisdiccional o de admisibilidad no tiene consecuencia alguna a la luz de la conclusión del Tribunal en la Sección IV.C.4.a(iii) *infra*.

- i. Si existe una diferencia de naturaleza jurídica (Artículo 25(1) del Convenio CIADI y Artículo XII(1) del TBI).
- ii. Si esa diferencia surge directamente de una inversión (Artículo 25 del Convenio CIADI).
- iii. Si esa inversión califica como tal en virtud del Artículo I(g) del TBI, lo que incluye si es propiedad o está controlada de acuerdo con la legislación costarricense (Artículo I(g) del TBI en relación con el Artículo 25 del Convenio CIADI y el Artículo XII(1) del TBI).
- iv. Si las Partes califican como Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado); y un “inversionista” de otro Estado Contratante (Artículo 25 del Convenio CIADI, y Artículo XII(1) del TBI).
- v. Si las Partes han dado su consentimiento escrito para recurrir al arbitraje del CIADI (Artículo 25(1) del Convenio CIADI y Artículo XII(3)(a) del TBI).
- vi. Si la diferencia es relativa a un reclamo en el sentido de que una medida contraviene el TBI (Artículo XII(1) del TBI).
- vii. Si la diferencia es relativa a un reclamo de que el inversionista ha incurrido en pérdida o daño (Artículo XII(1) del TBI).
- viii. Si ha transcurrido un período de seis meses desde la notificación de la diferencia y si las Partes han intentado resolver la diferencia amistosamente (Artículo XII(2) del TBI).
- ix. Si la Demandante ha renunciado a su derecho a iniciar otros procesos relacionados con las medidas (Artículo XII(3)(b) del TBI).
- x. Si han transcurrido más de tres años desde la fecha en que la Demandante inicialmente tuvo, o debió haber tenido, conocimiento de la violación alegada y conocimiento de que había incurrido en pérdidas o daño (Artículo XII(3)(c) del TBI).
- xi. Si un tribunal costarricense ha emitido un fallo relativo a la medida que se alega contraviene el TBI (Artículo XII(3)(d) del TBI).

236. Como se señala en las Secciones IV.B y IV.C.2 *supra*, las Partes están de acuerdo en que se cumplen los requisitos jurisdiccionales enumerados anteriormente en los subpárrafos (i), (ii), (iv), (viii) y (ix). Las Partes también están de acuerdo en que se cumple el requisito enumerado en el subpárrafo (iii) (existencia de una inversión protegida en virtud del TBI), pero dado el argumento de APREFLOFAS de que la inversión no se obtuvo de acuerdo con la legislación costarricense, el Tribunal ha pospuesto esta cuestión hasta la etapa de fondo. Las Partes disputan el cumplimiento de los requisitos restantes. El Tribunal ya ha determinado que sí se cumplen aquellos

mencionados en los incisos (vi) y (vii), a saber, una reclamación relativa a la presunta violación del TBI y relativa a una presunta pérdida causada por la violación alegada. Respecto del consentimiento (requisito (v)), las Partes no están de acuerdo sobre los requisitos (x) y (xi), los cuales el Tribunal aborda en las Secciones IV.C.4.a y IV.C.4.b *infra*. El análisis de estos últimos requisitos completará la primera indagación conforme al estándar del caso *Emmis*, a saber, la indagación que se refiere a hechos relativos a la jurisdicción o la admisibilidad.

237. El Tribunal debe luego ocuparse de la segunda indagación, la cual consiste en evaluar *prima facie* si las reclamaciones presentadas pueden constituir violaciones del tratado. Para el Tribunal, esto es equivalente al test *pro tem* articulado por la Jueza Higgins en el caso *Oil Platforms*. En consecuencia, con el fin de determinar si las reclamaciones están “basadas de manera verosímil y suficiente” en el tratado aplicable, el análisis apropiado “es aceptar *pro tem* que los hechos tal como los alega [el demandante] son verdaderos y, a la luz de ello, interpretar [el tratado aplicable] a fines jurisdiccionales – es decir, analizar si, sobre la base de las afirmaciones fácticas [del demandante] podría producirse la violación de una o más [disposiciones del tratado]”²⁸⁷. [Traducción del Tribunal]
238. Al realizar esta determinación *prima facie*, el Tribunal primero debe asumir los hechos tal como los alega la Demandante. *Pro tem – pro tempore*, es decir, por el momento – el Tribunal debe aceptar que los hechos alegados serán posteriormente probados. En segundo lugar, el Tribunal debe revisar si los hechos alegados son susceptibles de constituir violaciones de las garantías de protección del tratado, tal como el Tribunal entiende dichas garantías. En la segunda indagación el Tribunal debe aplicar una estándar de revisión *prima facie*, tanto con respecto a la capacidad de los hechos para corresponder al ámbito de las protecciones del tratado, como con respecto al significado de dichas protecciones.
239. El Tribunal no está obligado ni tiene derecho a adentrarse en un examen que exceda el estándar *prima facie*. El tribunal del caso *Emmis* lo reconoció expresamente al afirmar que la segunda indagación “necesariamente requiere evaluar si la supuesta conducta del [d]emandado es capaz de constituir una violación de las protecciones sustantivas que ofrece el tratado de inversión de modo tal que queden comprendidas en el ámbito de la jurisdicción *ratione materiae* del [t]ribunal, punto que, no obstante, ha de determinarse con carácter *prima facie* únicamente”²⁸⁸ [traducción del Tribunal]. Asimismo, el tribunal del caso *Abaclat* reiteró el test *pro tem* de la siguiente manera:

[L]a tarea del Tribunal, en la etapa de determinación de si posee jurisdicción para entender en una reclamación basada en un tratado de inversiones, consiste exclusivamente en establecer si los hechos alegados por los demandantes, si se prueban, pueden constituir la violación de las disposiciones del TBI invocadas. Al cumplir esa tarea, el Tribunal aplica un criterio *prima facie* para determinar el significado y el alcance de las disposiciones pertinentes del TBI invocadas y para evaluar la cuestión de

²⁸⁷ **RL-0085**, *Oil Platforms*, ¶ 32.

²⁸⁸ **RL-0086**, *Emmis*, ¶ 172.

si los hechos alegados, tal como han sido enunciados, pueden constituir violaciones de esas disposiciones²⁸⁹.

240. Como resultado de ello, el Tribunal no se ocupará ahora de un análisis detallado de los hechos alegados o de las disposiciones sustantivas del TBI. Tal como señalara la Jueza Higgins en su opinión separada en el caso *Oil Platforms*, corresponde a la etapa de fondo “determinar exactamente cuáles son los hechos, si éstos tal y como se establezcan de forma definitiva configuran una violación de [las disposiciones del tratado]; y de ser así, si existe una defensa para dicha violación [...]. En breve, es en la etapa de fondo donde puede determinarse ‘si realmente ha existido una violación’”²⁹⁰. [Traducción del Tribunal]
241. El Tribunal considera que es esencial distinguir claramente la limitada evaluación *prima facie* a nivel jurisdiccional, del examen integral que se realizará en la etapa de fondo. Ir más allá del test *prima facie* en una etapa tan incipiente del procedimiento genera un riesgo de vulneración del debido proceso. En los procedimientos bifurcados, las partes contendientes esperan que el fondo sea juzgado en la etapa subsiguiente del arbitraje, y no presentan ante el tribunal en la etapa jurisdiccional todo el espectro de las pruebas y demás argumentos que se reservan para el fondo. Por ello, si el Tribunal profundiza demasiado respecto del fondo durante la etapa jurisdiccional, sin tener el beneficio de contar con un expediente íntegro y los escritos completos, las Partes pueden verse privadas de la oportunidad de presentar y defender plenamente su caso, tal como lo exigen los principios procesales fundamentales. Asimismo, exceder los límites estrictos del test *pro tem* o *prima facie* pone en peligro el manejo y la eficiencia de los procedimientos. La aplicación de un test expansivo, tal como aquel sugerido por la Demandada, podría dar lugar a que se juzgue el caso dos veces cada vez que el Tribunal asuma jurisdicción, generándose así costos innecesarios y demoras.
242. No obstante, si bien en la etapa jurisdiccional no se deben prejuzgar los hechos relacionados al fondo, el Tribunal considera que se debe hacer una excepción cuando estos hechos “carezcan claramente de fundamento”²⁹¹ [Traducción del Tribunal]. Este no es el caso que nos atañe. Con algunas excepciones menores, las Partes concuerdan sobre los hechos principales, en particular sobre la existencia de las medidas alegadas por la Demandante. En lo que sí están en desacuerdo es en la caracterización jurídica y el impacto de tales hechos, y en si constituyen violaciones del TBI. Sin embargo, estas son todas cuestiones propias de la etapa de fondo. A falta de alegaciones de hecho manifiestamente falsas, el Tribunal no encuentra motivos para apartarse del test *pro tem*.
243. Sobre la base de estos principios, el Tribunal no duda en llegar a la conclusión de que se cumple con el test *pro tem* o *prima facie*. A efectos de la jurisdicción, y sobre una base exclusivamente *prima facie*, el Tribunal sostiene que los hechos alegados podrían potencialmente equivaler a un incumplimiento del tratado. El que dicho incumplimiento

²⁸⁹ **CL-0115**, *Abaclat*, ¶ 303.

²⁹⁰ **RL-0085**, *Oil Platforms*, ¶ 34.

²⁹¹ **RL-0086**, *Emmis*, ¶ 172.

en realidad constituya una expropiación ilícita, una violación del TJE o del estándar mínimo de tratamiento del derecho internacional consuetudinario, o una denegación de justicia, es una determinación que excede el ámbito de la presente indagación y pertenece al análisis de fondo. Además, el Tribunal observa que la Demandante impugna medidas no judiciales, las cuales *prima facie* también pueden potencialmente constituir violaciones del tratado.

244. Con base en el anterior análisis, el Tribunal concluye que la Demandante ha satisfecho el test *prima facie* necesario para establecer la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal. En otras palabras, ha demostrado que los hechos que alega, de aceptarse como verdaderos, podrían conllevar violaciones del TBI.

e. ¿Debe Infinito presentar un caso *prima facie* por daños y perjuicios y, de ser así, ha cumplido con dicho requisito?

(i) *La posición de la Demandada*

245. Los Artículos XII(1) y XII(2) del TBI establecen que un inversionista puede someter a arbitraje “[c]ualquier diferencia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, relativa a un reclamo por parte del inversionista en el sentido de que una medida que haya o no tomado la primera Parte Contratante contraviene este Acuerdo, y que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado de tal violación [...]”.

246. Según la Demandada, el TBI condiciona una reclamación válida a la existencia de (i) una medida presuntamente violatoria del TBI y (ii) una especificación de pérdida o daño surgido de dicha presunta violación. Esto significa que un demandante debe demostrar un caso *prima facie* tanto para (i) una supuesta violación, como (ii) para un supuesto daño derivado de dicha violación. Si el demandante no identifica la pérdida o el daño resultante de la medida, entonces no ha logrado establecer una reclamación *prima facie*²⁹².

247. La Demandada sostiene que la Demandante no ha logrado establecer un caso *prima facie* tanto en materia de la violación como del daño. Los argumentos de la Demandada respecto de su caso *prima facie* sobre la presunta violación son abordados en la Sección IV.C.3.d *supra*. Los argumentos de la Demandada respecto de su caso *prima facie* en cuanto a daños son analizados en el presente acápite.

248. La Demandada sostiene que la Demandante no ha presentado una teoría plausible de pérdida o daño atribuible a cualquiera de las medidas que ha identificado como violatorias del TBI²⁹³, por las siguientes razones:

a. Primero, la Demandante ha afirmado que su inversión en Costa Rica perdió todo valor como resultado de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 (en efecto,

²⁹² R-Mem. Jur., ¶ 303; R-Rép. Jur., ¶ 255.

²⁹³ R-Mem. Jur., ¶ 304.

en la teoría de daños y perjuicios de la Demandante, esta es la única causa aducida para el presunto daño sufrido por la Demandante). Sin embargo, la Demandada sostiene que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no fue la verdadera causa de la pérdida de la Demandante; la verdadera causa fue la Sentencia del TCA de 2010, que anuló la Concesión de 2008 de la Demandante²⁹⁴.

- b. Segundo, incluso si la Sentencia del TCA de 2010 no fuese la verdadera causa de la pérdida de la Demandante, la Demandante no ha demostrado qué daño específico le causó la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 a su actividad comercial. El principal argumento de la Demandante parece ser que sufrió pérdidas “basa[das] en valuaciones de sus acciones, que fluctúan diariamente y a menudo no se basan en más que una esperanza o ilusiones”; “[p]ero el desvanecimiento de la esperanza no es un perjuicio indemnizable por el cual un tribunal pueda conceder una indemnización por daños en un arbitraje internacional”²⁹⁵. En cuanto al argumento de la Demandante de que continuó gastando dinero en el proyecto durante el período comprendido entre la Sentencia del TCA de 2010 y la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, es probable que “ese dinero guardara relación con las acciones legales que mantenía en ese momento, ya que tenía efectivamente prohibido realizar ningún tipo de desarrollo del proyecto mientras [se] tramitaba el recurso de casación”²⁹⁶.
- c. Tercero, si la decisión de la Sala Administrativa de 2011 es la verdadera causa de las pérdidas de la Demandante, no queda claro cómo la Demandante podría haber “incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado de” medidas posteriores²⁹⁷. Según su propia admisión, sus pérdidas se volvieron definitivas y su inversión en Costa Rica se quedó sustancialmente sin valor, con la emisión de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011:²⁹⁸ “[e]s lógicamente imposible que algo *que ya se perdió* se pierda nuevamente por un acto posterior”²⁹⁹. Citando el caso *Pey Casado*, la Demandada sostiene que “la parte demandante debe demostrar los daños correspondientes a cada acto pertinente y no puede hacer de cuenta que los daños que sufrió derivaron de un acto cuando, de hecho, derivaron de otro”³⁰⁰.
- d. Cuarto, la Moratoria Legislativa de 2011 no pudo haber causado ningún daño a la Demandante porque esta moratoria no privó a la Demandante de la posibilidad de obtener una nueva concesión, la cual había perdido con anterioridad a través de

²⁹⁴ R-Mem. Jur., ¶ 305.

²⁹⁵ R-Rép. Jur., ¶ 257, con referencia al **RL-0086**, *Emmis*, ¶ 255.

²⁹⁶ R-Rép. Jur., ¶ 257, con referencia al **RL-0086**, *Emmis*, ¶ 255.

²⁹⁷ R-Mem. Jur., ¶ 306.

²⁹⁸ R-Rép. Jur., ¶ 258, con referencia al C-CM Jur., ¶¶ 138-140.

²⁹⁹ R-Rép. Jur., ¶ 261 (énfasis en original).

³⁰⁰ R-Rép. Jur., ¶ 262 que cita a **RL-0170**, *Victor Pey Casado y Foundation “Presidente Allende” c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo, 13 de septiembre de 2016 (“*Pey Casado*”), ¶¶ 205-206.

la Moratoria Ejecutiva de 2010. La Demandada presume que la Demandante optó por no impugnar estos decretos porque “claramente quedan fuera de la competencia *ratione temporis* del Tribunal”³⁰¹. Además, la Sentencia del TCA de 2010 ordenó la reforestación del área de Las Crucitas, impidiéndose así la posibilidad de que la Demandante obtuviese nuevos derechos mineros³⁰². Incluso si potencialmente la Demandante hubiera podido tratar de obtener *nuevos* derechos mineros, “no explicó cómo es que su esperanza de adquirir nuevos derechos mineros, esbozada en términos vagos, podría constituir una pérdida verdadera en los términos del TBI”³⁰³.

(ii) *La posición de la Demandante*

249. Contrariamente a lo sugerido por la Demandada, la Demandante afirma que ha demostrado sus pérdidas en un balance de probabilidades y, por lo tanto, ha demostrado de sobra un caso *prima facie* de daños y perjuicios a efectos del Artículo XII (1) y (2)³⁰⁴.
250. Según la Demandante, sus pérdidas se cristalizaron en la fecha de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, no en la fecha de la Sentencia del TCA de 2010. Es en ese momento que la anulación de la Concesión de 2008 de Industrias Infinito y otras aprobaciones del proyecto se tornó en completa, definitiva e irreversible en virtud del derecho costarricense³⁰⁵. Mientras estaban pendientes los procedimientos ante la Sala Administrativa, la Sentencia del TCA de 2010 era contingente, estaba suspendida, y era susceptible de ser revocada en su totalidad³⁰⁶. Esto encuentra respaldo en el derecho costarricense, las acciones de Infinito, la respuesta de los mercados públicos, y las acciones del Gobierno de Costa Rica. También se confirma en el Primer y el Segundo Informe de FTI Consulting, donde se analizaron los estados contables de Infinito, los cambios en la capitalización bursátil, las acciones de gestión y divulgación pública, las actividades de inversión posteriores a las sentencias correspondientes, las acciones contemporáneas del gobierno costarricense, y las declaraciones contemporáneas de los medios de comunicación costarricenses³⁰⁷. La Demandante observa que Costa Rica no ha presentado prueba pericial que demuestre lo contrario. En cuanto a los argumentos de la Demandada sobre el valor de las pruebas presentadas por Infinito, la Demandante sostiene que, “[p]ara una empresa que cotiza en la bolsa de valores, el precio de sus acciones refleja el valor real”, observando además que “el precio de las acciones de Infinito ha permanecido cerca de cero desde

³⁰¹ R-Mem. Jur., ¶ 307.

³⁰² R-Mem. Jur., ¶ 308.

³⁰³ R-Mem. Jur., ¶ 309 (énfasis en original).

³⁰⁴ C-CM Jur., ¶ 469.

³⁰⁵ C-CM Jur., ¶ 470.

³⁰⁶ C-CM Jur., ¶ 475.

³⁰⁷ C-CM Jur., ¶ 476, que cita CER-FTI Consulting 2, ¶¶ 3.1, 5.2, 5.28-5.30, 5.51, 5.56, 5.62, 5.66, 5.75.

la decisión de la Sala Administrativa” y que “[n]o hay motivos para pensar que se recuperará”³⁰⁸.

251. En cualquier caso, la Demandante argumenta que su evidencia debe ser aceptada como verdadera a efectos del análisis jurisdiccional. Al momento de evaluar la jurisdicción, “la pregunta es si los hechos alegados, dándolos por ciertos, ‘pueden causar’ el incumplimiento de las protecciones del TBI”³⁰⁹. Por lo tanto, en la presente etapa, el Tribunal debe aceptar las pruebas periciales aportadas por la Demandante con respecto a las pérdidas de Infinito y la causa de tales pérdidas³¹⁰. Costa Rica solicita al Tribunal que prejuzgue el fondo y resuelva ahora que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no causó pérdidas³¹¹. Según la Demandante, el único tribunal de inversión que ha rechazado la jurisdicción sobre esta base (en el caso *Telenor*) concluyó que el demandante no había establecido un caso *prima facie* de expropiación ya que no había aportado evidencia fáctica o pericial alguna para establecer que sus inversiones se habían quedado sustancialmente sin valor³¹².
252. Ese no es el caso aquí: la Demandante señala que FTI Consulting, en consulta con RPA, calculó las pérdidas de Infinito al 30 de noviembre de 2011 (la fecha de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011) en USD 321 millones, aplicando el método de flujo de caja descontado (“FCD”) basado en un modelo financiero el cual concluyó que “los aspectos técnicos y asunciones del proyecto de Crucitas fueron desarrollados utilizando prácticas industriales estándar [y] que fueron razonables y bien soportad[os]”, y que “la estimación de capital y costos operativos del proyecto Crucitas [...] fue razonable”³¹³. RPA también concluyó que el Proyecto Las Crucitas tenía valor superior al identificado en el análisis de FCD, “contenido en onzas del recurso no incluidas en el programa de producción, y en zonas de exploración proyectadas ubicadas en el área de la concesión de explotación, pero fuera del área de desarrollo”, valorando dichos activos “entre USD\$23.7 millones y USD\$37.1 millones con base en transacciones comparables para yacimientos no-productores de oro”³¹⁴.
253. La Demandante niega que deba establecer pérdidas separadas derivadas de las otras medidas impugnadas. Estas otras medidas impiden que Infinito obtenga una nueva concesión de explotación y nuevas aprobaciones del proyecto, o que se restauren la concesión y aprobaciones existentes. Como resultado de ello, “estas medidas

³⁰⁸ C-Dúp. Jur., ¶ 371.

³⁰⁹ C-CM Jur., ¶ 474, que cita a **CL-0134**, *Duke Energy International Peru Investments No 1 Ltd. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28, Decisión sobre Anulación, 22 de abril de 2005 (“*Duke Energy*”), ¶ 118; **CL-0210/RL-0096**, *Chevron II*, ¶ 4.7; **RL-0090**, *Saipem*, ¶ 85; **RL-0087**, *Impregilo I*, ¶ 254.

³¹⁰ C-CM Jur., ¶ 474, con referencia a CER-FTI Consulting 1 y CER-FTI Consulting 2.

³¹¹ C-Dúp. Jur., ¶ 369.

³¹² C-CM Jur., ¶ 473, que cita a **RL-0052**, *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 de septiembre de 2006 (“*Telenor*”), ¶¶ 74-75.

³¹³ C-CM Jur., ¶ 483, que cita CER-RPA 1, ¶¶ 159, 181.

³¹⁴ C-CM Jur., ¶ 484, que cita CER-RPA 1, ¶¶ 6.10, 188.

operaron en conjunto con el fallo de la Sala Administrativa para que las inversiones de Infinito perdieran sustancialmente su valor en la práctica”³¹⁵.

254. Según la Demandante, en el caso de una violación compuesta, el demandante no está obligado a demostrar daños separados asociados con cada medida individual³¹⁶. El caso *Pey Casado*, citado por la Demandada, es inaplicable dado que no resolvió si cada medida individual debe causar daños separadamente³¹⁷. En el presente caso, la Demandante alega que sus pérdidas solo se cristalizaron por la operación combinada de las cuatro medidas impugnadas: “en ausencia de las otras medidas que Infinito impugna, la concesión de explotación y las otras aprobaciones del proyecto podrían haber sido restituidas o, una concesión y aprobaciones nuevas pudieron haber sido otorgadas. Si esto hubiera ocurrido, entonces el proyecto Crucitas podría haber continuado, y las inversiones de Infinito no hubieran perdido sustancialmente su valor”³¹⁸.

(iii) *Análisis*

255. El Tribunal puede prescindir de determinar si, de conformidad con los términos del Artículo XII(1), la Demandante debe establecer un caso *prima facie* sobre daños además de un caso *prima facie* en materia de incumplimiento. En efecto, lo que importa a efectos de un posible test *prima facie* relativo a daños es que los hechos tal y como se *alegan* puedan constituir una pérdida. No hay duda de que este requisito se cumple en este caso. Que un acto pueda constituir una violación, de haberla, y si dicho acto puede haber causado los daños reclamados, son preguntas diferentes que exceden el limitado alcance del test *prima facie* y deben así abordarse en la etapa de fondo.

³¹⁵ C-CM Jur., ¶ 471.

³¹⁶ C-CM Jur., ¶¶ 477-479, que cita a **CL-0131**, *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (“*Crystallex*”), ¶¶ 667, 669-672, 708; **CL-0032**, *Deutsche Bank AG c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/2, Laudo, 31 de octubre de 2012 (“*Deutsche Bank*”), ¶¶ 509, 520-521, 561; **CL-0058**, *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 (“*Metalclad*”), ¶¶ 106-107, 109, 113; **CL-0142**, *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3, Laudo, 16 de junio de 2010 (“*Gemplus*”), ¶¶ 8-27-8-28, 15.7, 15.14; **CL-0049**, *Khan Resources Inc. c. Mongolia* (CNUDMI, Caso CPA No. 2011-09), Laudo sobre el Fondo, 2 de marzo de 2015 (“*Khan*”), ¶ 310; y **CL-0029**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 (“*Vivendi II*”), ¶¶ 7.5.26-7.5.34.

³¹⁷ C-Dúp. Jur., ¶ 373.

³¹⁸ C-CM Jur., ¶ 481.

4. Objeciones de la Demandada en virtud del Artículo XII(3)

a. ¿Están prohibidas las reclamaciones de la Demandante en virtud del Artículo XII(3)(d) del TBI debido a que impugnan medidas con respecto a las cuales los tribunales costarricenses ya han emitido un fallo?

(i) *La posición de la Demandada*

256. La Demandada resalta la inusual naturaleza del Artículo XII(3)(d) del TBI. En primer lugar, argumenta que no es una cláusula del tipo “elección de vías”: en vez de ofrecer a los inversionistas la opción de presentar la misma *diferencia* bien ante los tribunales del Estado receptor, o bien ante un tribunal arbitral, esta cláusula excluye cualquier reclamación contra *medidas* cuando un tribunal costarricense ha emitido un fallo “relativo” a ellas. A diferencia de una cláusula de elección de vías, esta disposición no requiere que el proceso judicial costarricense y los procedimientos entre inversionista y Estado cumplan con el criterio de la triple identidad³¹⁹. Sin embargo, en sus escritos posteriores, la Demandada argumenta que esta disposición es similar a (pero más amplia que) una cláusula de elección de vías, aunque reconoce que no incluye muchas de las limitaciones contenidas en tales cláusulas³²⁰.
257. La Demandada sostiene que, de conformidad con el Artículo 31 de la CVDT, esta disposición debe interpretarse de buena fe y conforme al sentido corriente de sus términos en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI. Con respecto al sentido corriente del Artículo XII(3)(d), se hacen los siguientes argumentos:
- a. Si bien el punto de partida debe ser el sentido corriente de la disposición, no debería aceptarse un sentido corriente que conduce a un resultado ilógico³²¹. Asimismo, cuando, como en el presente caso, existen varias versiones igualmente auténticas de un tratado, puede ser necesario considerar los términos en cada uno de los idiomas auténticos³²². Además, de conformidad con el Artículo 31(4) de la CVDT, el sentido corriente no se aplica cuando las partes han acordado un significado especial³²³.
 - b. De conformidad con el sentido corriente de sus términos, queda “claro que el artículo XII(3)(d) constituye una limitación de la jurisdicción arbitral en una diferencia entre un inversionista y un Estado al amparo del TBI”³²⁴.
 - c. Todo lo que se requiere para activar esta prohibición es una sentencia de un tribunal costarricense “relativ[a]” a la medida en cuestión. El sentido corriente del término “relativo a” es amplio y “debe entenderse como comprensivo de una

³¹⁹ R-Mem. Jur., ¶ 149.

³²⁰ Véase, por ejemplo, R-Rép. Jur., ¶¶ 132; 133(d); 138.

³²¹ R-Rép. Jur., ¶ 126.

³²² R-Rép. Jur., ¶ 126.

³²³ R-Rép. Jur., ¶ 126.

³²⁴ R-Mem. Jur., ¶ 151.

amplia gama de posibles relaciones entre la medida cuestionada y el fallo costarricense pertinente”, lo que denota “una situación en la que la medida en cuestión presenta cualquier tipo de conexión genuina con el fallo del tribunal costarricense”³²⁵. Para la Demandada, la palabra “relativo” debe equipararse a “concerniente”, “acerca de”, o “relacionado con”³²⁶. Esto es consistente con la versión auténtica en español de la disposición, la cual utiliza los términos “*relativo a la medida*” (a saber, “relacionado” con la medida), y con la versión en francés, igualmente auténtica, que utiliza las palabras “*au sujet de la mesure*”, que la Demandada traduce como “sobre el tema de” o “acerca de” la medida³²⁷.

258. La Demandada observa que el Artículo XII(3)(d) es asimétrico. Aplica únicamente a los casos en que los inversionistas canadienses impugnan medidas respecto de las cuales un tribunal costarricense ha emitido un fallo, no a casos interpuestos por inversionistas costarricenses contra medidas tomadas por Canadá. Esto demuestra que esta disposición fue negociada específicamente con el poder judicial costarricense en mente³²⁸.
259. Según la Demandada, “el obvio efecto deseado del artículo XII(3)(d) del TBI es el de impedir a los inversionistas canadienses dejar sin efecto ante tribunales arbitrales internacionales los fallos dictados por tribunales de Costa Rica”, que “es precisamente lo que pretende hacer la Demandante en este arbitraje”³²⁹. Tal como se señala *supra*, la Demandada sostiene que el Tribunal no necesita aceptar la caracterización de la medida hecha por parte de la Demandante, y que la medida real constituyendo el eje central del caso de la Demandante es la Sentencia del TCA de 2010, la cual anuló la Concesión de 2008 de Industrias Infinito³³⁰. Sin embargo, debido a que existen múltiples decisiones por parte de los tribunales costarricenses “relativas” a esta anulación, dicha reclamación se encuentra prohibida en virtud del Artículo XII (3)(d) del TBI:
- a. La Sentencia del TCA de 2010 ha sido materia de fallo de un tribunal costarricense, específicamente de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 que se pronunció sobre el recurso de casación de Industrias Infinito con respecto a la Sentencia del TCA de 2010³³¹.
 - b. La Sentencia del TCA de 2010 es, en sí misma, un fallo dictado por un tribunal costarricense relativa a la anulación³³².

325 R-Mem. Jur., ¶ 152.

326 R-Mem. Jur., ¶ 152.

327 R-Mem. Jur., ¶ 152.

328 R-Mem. Jur., ¶ 153.

329 R-Mem. Jur., ¶ 154.

330 Véase *supra*, ¶¶ 179-181.

331 R-Mem. Jur., ¶ 161.

332 R-Mem. Jur., ¶ 156.

- c. La Sentencia del TCA de 2010 también fue materia de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013³³³.
260. La Demandada sostiene que el Artículo XII(3)(d) del TBI prohíbe una impugnación directa de la Sentencia del TCA de 2010. Es por esta razón que, en un intento de eludir esta disposición, la Demandante formalmente ataca otras medidas. No obstante, este intento debe fracasar porque las reclamaciones sobre estas medidas “se apoyan casi completamente en la premisa de que el Fallo del TCA de 2010 se resolvió incorrectamente”³³⁴.
261. En cualquier caso, incluso si se considerara que las “medidas” formalmente impugnadas por la Demandante son las medidas relevantes, todas están prohibidas en virtud del Artículo XII(3)(d) ya que los tribunales costarricenses han emitido fallo “relativo a” todas esas medidas:
- a. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 es en sí misma un fallo del más alto tribunal de Costa Rica. Según la Demandada, “es imposible identificar una medida que guarde más estrecha relación con una sentencia de un tribunal costarricense que una ‘medida’ *judicial*, particularmente cuando la medida en cuestión consiste en confirmar *otro* fallo de un tribunal costarricense”³³⁵. Una interpretación contraria “básicamente privaría de todo sentido la disposición del tratado, ya que siempre cabría la posibilidad de eludirla al definirla la decisión judicial (en lugar del acto en relación con el cual se dictó la sentencia) como ‘medida’ relevante”³³⁶.
 - b. Asimismo, la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 también es un fallo de un tribunal costarricense³³⁷.
 - c. Analizada desde una perspectiva diferente, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, y la Resolución del MINAE de 2012, son todas “medidas” relativas a la Sentencia del TCA de 2010, que es en sí misma un fallo de un Tribunal costarricense³³⁸.
 - d. La Moratoria Ejecutiva de 2010 y la Moratoria Legislativa de 2011 también han sido materia de múltiples fallos de los tribunales costarricenses. La Moratoria Ejecutiva de 2010 estuvo compuesta por dos decretos ejecutivos (el Decreto de Moratoria Arias y el Decreto de Moratoria Chinchilla), así como por la Moratoria Legislativa de 2011, los cuales fueron impugnados ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En cada caso, la Sala Constitucional desestimó la impugnación. Con respecto a la Moratoria Legislativa de 2011, la Sala

³³³ R-Mem. Jur., ¶ 156.

³³⁴ R-Mem. Jur., ¶ 169.

³³⁵ R-Mem. Jur., ¶ 166 (énfasis en original).

³³⁶ R-Mem. Jur., ¶ 167.

³³⁷ R-Mem. Jur., ¶ 170.

³³⁸ R-Mem. Jur., ¶¶ 168, 170.

Constitucional incluso consideró y rechazó reclamaciones de que violaba el TBI (el hecho de que el demandante no fuera Industrias Infinito es irrelevante a los propósitos presentes, debido a que el Artículo XII(3)(d) no requiere que el fallo relativo a la “medida” involucre a las mismas partes)³³⁹.

262. Según la Demandada, todos estos fallos son “relativos a” la anulación de la Concesión de la Demandante, que es la medida realmente impugnada por la Demandante³⁴⁰. Como se reconoce en el caso *Methanex*, en el que se basa la Demandante, el término “relativo a” se refiere a una conexión legalmente significativa. Para la Demandada, “[n]o puede discutirse que la conexión entre los fallos costarricenses y aquello a lo que se refiere la reclamación de la Demandante al amparo del TBI es legalmente significativa”³⁴¹. En cualquier caso, la Demandada sostiene que es perfectamente posible que una medida sea “relativa a”, “concerniente”, o “relacionada con” sí misma³⁴². Además, “cuando de fallos se trata, es apropiado distinguir entre el contenido sustantivo del fallo (es decir, la parte dispositiva del mismo) y la forma del pronunciamiento (es decir, una sentencia escrita); “la sentencia escrita necesariamente es ‘relativa a[.]’ contenido sustantivo que en ella se incluye”, siendo “el contenido sustantivo y no la forma lo que se ‘alega contraviene’ el TBI”³⁴³.
263. La Demandada también argumenta que la interpretación de la Demandante tiene el efecto de excluir del alcance de la excepción de la Demandada al consentimiento cualquier impugnación que cuestione el fallo en sí mismo. Según la Demandada, “[n]o hay motivo lógico alguno por el cual medidas que son el *objeto de* un fallo deban excluirse del ámbito de la cláusula de solución de diferencias, mientras que las medidas que son ellas mismas fallos deban quedar comprendidas”³⁴⁴. Esta interpretación conduce a un resultado absurdo y no puede ser aceptada.
264. Tal como se señalara en la Sección IV.C.3.b *supra*, la Demandada también argumenta que las medidas judiciales están excluidas del alcance del TBI, lo cual respalda la interpretación de Costa Rica de que el Artículo XII(3)(d) excluye las impugnaciones a las sentencias del poder judicial costarricense.
265. Contrariamente a las afirmaciones de la Demandante, la Demandada afirma que su interpretación es consistente con el contexto de la disposición. Es totalmente coherente con otras disposiciones del TBI y con el hecho de que no contiene muchas de las limitaciones que se encuentran típicamente en una cláusula de elección de

³³⁹ R-Mem. Jur., ¶¶ 172, 133-143.

³⁴⁰ R-Rép. Jur., ¶¶ 129-131.

³⁴¹ R-Rép. Jur., ¶ 130(a).

³⁴² R-Rép. Jur., ¶ 130(a).

³⁴³ R-Rép. Jur., ¶ 130(b).

³⁴⁴ R-Rép. Jur., ¶ 130(c) (énfasis en original).

vías³⁴⁵. Por el contrario, según la Demandada, los argumentos de la Demandante sobre el contexto son incoherentes:

- a. La Demandante reconoce que el TBI contiene una definición especial del término “medida”, pero luego procede a ignorar tal definición, al afirmar que generalmente se entiende que el término abarca medidas judiciales³⁴⁶.
- b. Incluso si la definición de “medida” del TBI debe leerse como inclusiva de las sentencias judiciales, no se sigue que las violaciones judiciales deben ser arbitrables. Según la Demandada, “[e]s bastante común que los tratados en materia de inversión confieran protección contra una amplia gama de contravenciones[,] pero restrinjan la solución internacional de diferencias respecto de esas medidas a un subconjunto más acotado”³⁴⁷.
- c. La limitación jurisdiccional contenida en el Artículo XII(3)(d) no puede ser incompatible con el “consentimiento incondicional” de Costa Rica al arbitraje, como sugiere la Demandante, porque dicho “consentimiento incondicional” se ha otorgado de conformidad con las disposiciones de la totalidad del Artículo XII, el cual contiene la exclusión presente en el Artículo XII(3)(d)³⁴⁸.
- d. El hecho de que el Artículo VIII(1) del TBI brinde a los inversionistas la oportunidad de que las cortes examinen las expropiaciones en Costa Rica no es incompatible con la interpretación de Costa Rica del Artículo XII(3)(d)³⁴⁹. El TBI no impone el requisito de agotar los recursos domésticos, pero de invocarse recursos judiciales y dictarse un fallo, el Artículo XII(3)(d) impide que un inversionista presente otra objeción mediante arbitraje internacional.
- e. La interpretación de Costa Rica no es incompatible con su obligación sustantiva de brindar TJE, en la medida en que debe entenderse que esa obligación incluye la obligación de no denegar justicia en los tribunales nacionales. La Demandante confunde la existencia de una obligación sustantiva con la pregunta sobre cuáles violaciones del tratado están sujetas a arbitraje. Si bien Costa Rica está de acuerdo en principio con que el nivel mínimo de trato en virtud del derecho internacional incluye una protección contra la denegación de justicia, “el artículo II(2)(a) del TBI no menciona medidas judiciales o una denegación de justicia *per se*, lo que significa que la redacción específica de la cláusula no contiene elemento alguno que contradiga la afirmación de Costa Rica de que, con arreglo al artículo XII(3)(d) del TBI, los fallos de los tribunales costarricenses no están sujetos a revisión por medio de un arbitraje”³⁵⁰.

³⁴⁵ R-Rép. Jur., ¶ 132.

³⁴⁶ R-Rép. Jur., ¶ 133(a).

³⁴⁷ R-Rép. Jur., ¶ 133(b).

³⁴⁸ R-Rép. Jur., ¶ 133(c).

³⁴⁹ R-Rép. Jur., ¶ 133(d).

³⁵⁰ R-Rép. Jur., ¶ 133(e).

266. Si bien la Demandada está de acuerdo con la Demandante³⁵¹ en que los términos del tratado deben interpretarse para garantizar que cada término tenga significado (*effet utile*), considera que la interpretación de la Demandante carece de *effet utile*. Contraría el sentido común interpretar el Artículo XII(3)(d) como una disposición que “fomenta (sin pedirlo) la búsqueda de soluciones locales, [...] y escuda los fallos de cortes inferiores ante la revisión arbitral cuando un fallo nacional definitivo ha sido dictado”, tal como sostiene la Demandante³⁵². Es ilógico interpretar que una disposición que prohíbe el arbitraje cuando hay un fallo dictado por un tribunal costarricense fomenta el uso de recursos locales. La disposición claramente desincentiva la iniciación de recursos locales. Además, la interpretación de la Demandante sugiere que la excepción prevista en el Artículo XII(3)(d) carece de sentido para Costa Rica, ya que un inversionista siempre podría eludirla al no cuestionar directamente la decisión del tribunal inferior³⁵³.
267. En cualquier caso, la Demandada argumenta que, incluso bajo la interpretación de la Demandante, el Artículo XII(3)(d) podría prohibir una impugnación de la Sentencia del TCA de 2010, debido a que la Demandante no niega que se haya emitido una sentencia domestica de carácter definitivo relativa a dicho fallo³⁵⁴.
268. En cuanto al objeto y fin del tratado, la Demandada no está de acuerdo con la sugerencia de la Demandante de que el Artículo XII(3)(d) debe interpretarse de manera restrictiva debido a que el objeto y fin del TBI es promover la inversión. Según Costa Rica, “[l]os tratados de inversión *siempre* están destinados a promover las inversiones, pero ello no significa que corresponda interpretar de manera restringida las excepciones al consentimiento de una Parte Contratante al arbitraje con arreglo a esos tratados”³⁵⁵. Tal como reconocen múltiples tribunales y cortes, se exige que “la expresión del consentimiento del Estado soberano a someterse al arbitraje sea *inequívoca*, y que el consentimiento no puede inferirse o ampliarse simplemente por referencia al objeto y fin del tratado”³⁵⁶. En efecto, “diversos TBI promueven la inversión sin ofrecer *ningún* recurso al arbitraje en materia de inversiones o bien limitan ese recurso de formas mucho más serias que las limitaciones impuestas por este TBI”³⁵⁷.

³⁵¹ R-Rép. Jur., ¶ 127.

³⁵² R-Rép. Jur., ¶ 140.

³⁵³ R-Rép. Jur., ¶ 142.

³⁵⁴ R-Rép. Jur., ¶ 143.

³⁵⁵ R-Rép. Jur., ¶ 128 (énfasis en original).

³⁵⁶ R-Rép. Jur., ¶ 128 que cita a **RL-0007**, *Phosphates*, págs. 17-18; **RL-0068**, *Plama, Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005 (“*Plama*”), ¶ 198; **RL-0070**, *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008 (“*Wintershall*”), ¶ 155; **RL-0179**, *Federación Rusa c. Veteran Petroleum Limited et. al.*, Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya, ECLI:NL:RBDHA:2016:4230, 20 de abril de 2016 (traducción al inglés), ¶ 5.19.

³⁵⁷ R-Rép. Jur., ¶ 134 (énfasis en original).

269. La interpretación de Costa Rica tampoco excluye el arbitraje de manera irrazonable, como lo sugiere la Demandante:
- a. El argumento de la Demandante de que, según la interpretación de Costa Rica, el Estado siempre podría frustrar la jurisdicción al impugnar la medida y asegurarse de que sus tribunales rechacen dicha impugnación, “importa la existencia de colusión entre las autoridades administrativas y los tribunales para denegarle al inversionista su oportunidad judicial”³⁵⁸. En tal escenario, un tribunal bien podría decidir que, a raíz de su propia conducta de mala fe, el Estado se encuentra impedido para invocar una objeción jurisdiccional de otro modo válida. En el presente caso, sin embargo, no existe ningún indicio de que Costa Rica inició impugnaciones judiciales de mala fe, ni puede negarse que la Demandante aprovechó al máximo el sistema judicial costarricense para defender su Concesión³⁵⁹.
 - b. Con respecto a la sugerencia de la Demandante de que sería inapropiado interpretar que el Artículo XII(3)(d) excluye el arbitraje relacionado con fallos en procedimientos en los que la Demandante no participó, la Demandada argumenta que le corresponde al Tribunal determinar si el fallo relevante está suficientemente relacionado con la medida impugnada. Sin embargo, en este caso la Demandada observa que la Demandante participó en todos los procedimientos clave del presente proceso, con la excepción de aquellos citados por Costa Rica respecto de la Moratoria de 2010. Dicho esto, la Demandada insiste en que dichos fallos se encuentran suficientemente relacionados con la medida impugnada de modo tal que caben dentro del alcance del Artículo XII(3)(d) del TBI³⁶⁰.
270. La Demandada señala que su interpretación no se basa en los *travaux préparatoires* ni en otros medios de interpretación complementarios; se basa en las reglas de interpretación primaria del Artículo 31 de la CVDT. La Demandada alega que los *travaux* no contienen mucha información sobre el historial de redacción del Artículo XII(3)(d), y que la sugerencia de la Demandante de que fue pensado como un arreglo respecto del agotamiento de los recursos locales no encuentra sustento en los *travaux*³⁶¹. Incluso si hubiera existido un vínculo entre las discusiones sobre el agotamiento de los recursos locales y el Artículo XII(3)(d), ello apoyaría la interpretación de Costa Rica, en cuanto a que se trata de una disposición similar a (pero más amplia que) una cláusula de elección de vías. La Demandada argumenta al respecto que “[s]in embargo, la inclusión de una exigencia de agotamiento de los recursos locales es rotundamente *incongruente* con una disposición de ‘elección de vías’, en la medida en que la primera *exige* y la otra *prohíbe* el acceso a los tribunales nacionales antes de poder recurrir al arbitraje”; “[p]or consiguiente, no es para nada sorprendente que, [...] tras la inclusión del artículo XII(3)(d), Costa Rica haya

³⁵⁸ R-Rép. Jur., ¶ 135(a).

³⁵⁹ R-Rép. Jur., ¶ 135(a).

³⁶⁰ R-Rép. Jur., ¶ 135(b).

³⁶¹ R-Rép. Jur., ¶ 136.

abandonado su anterior propuesta de incluir una exigencia de agotamiento de los recursos locales”³⁶².

271. En cualquier caso, la Demandada afirma que las circunstancias de la celebración del TBI confirman el orgullo de Costa Rica por su ordenamiento jurídico y la convicción de que dicho ordenamiento era plenamente congruente con el derecho internacional en materia tanto de debido proceso como de los derechos de los inversionistas. La Demandada señala al respecto que el memorando acompañando la presentación del TBI por parte de Costa Rica para su ratificación legislativa concluía que los “costos de ratificar esos TBI eran bajos ya que no contemplaban un nivel de protección superior al ya existente con arreglo al derecho interno”³⁶³.

(ii) *La posición de la Demandante*

272. La Demandante niega que sus reclamaciones estén prohibidas por el Artículo XII(3)(d) del TBI. Ninguna de las medidas impugnadas en este arbitraje ha sido objeto de un fallo por parte de un tribunal costarricense³⁶⁴. La Demandada describe erróneamente las reclamaciones de Infinito como un ataque contra la Sentencia del TCA de 2010 sin ser ello el caso de Infinito³⁶⁵. Su argumento es que, como un todo compuesto, las cuatro medidas que impugna “tuv[ieron] el efecto combinado de quitarle a Infinito todos sus derechos, impidiéndole buscar cualquier tipo de solución, y eliminando cualquier posibilidad de continuar con el proyecto Crucitas”³⁶⁶.

273. Específicamente, la Demandante alega que:

- a. No existe un fallo de un tribunal costarricense relativo a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011³⁶⁷. La Demandante observa que esta decisión fue tomada por un tribunal de apelación en Costa Rica y no está sujeta a revisión por parte de los tribunales costarricenses. En efecto, parte de la reclamación de Infinito se basa en la falta de disponibilidad de recurso judicial para abordar la inconsistencia creada por esta decisión. Tal como se explica más adelante, la Demandante niega que esta sentencia sea un fallo “relativo a” sí mismo a efectos del Artículo XII(3)(d). La Demandante también niega que la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 haya sido un fallo “relativo a” la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011; fue una declaración de la Sala Constitucional de que no se encontraba facultada para emitir un juicio sobre la Sentencia del TCA de 2010.
- b. No existe un fallo relativo a la aplicación de la Moratoria Legislativa de 2011 al Proyecto Las Crucitas. Las sentencias judiciales a las que se refiere Costa Rica

³⁶² R-Rép. Jur., ¶ 138 (énfasis en original).

³⁶³ R-Rép. Jur., ¶ 139.

³⁶⁴ C-CM Jur., ¶ 156.

³⁶⁵ Véase *supra*, ¶ 182.

³⁶⁶ C-CM Jur., ¶ 157.

³⁶⁷ C-CM Jur., ¶¶ 231-236.

se relacionan con la aplicación de la Moratoria Legislativa de 2011 y otros decretos de moratoria anteriores a otras partes y otros proyectos. Tal como se explica *infra*, estas decisiones no se encuentran comprendidas por el alcance del Artículo XII(3)(d)³⁶⁸.

- c. No existe una sentencia relativa a la Resolución del MINAE del 2012. Contrariamente a la opinión de Costa Rica, la Sentencia del TCA de 2010 no puede ser entendida como un fallo “relativo a” la Resolución del MINAE de 2012. Si bien la Resolución del MINAE de 2012 puede ser “relativa a” la Sentencia del TCA de 2010 y a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, lo contrario no es cierto. No obstante, el Artículo XII(3)(d) no “prohib[e] impugnaciones a medidas administrativas que fueron adoptadas subsecuentemente a sentencias y que van más allá de lo que esos fallos requirieren”³⁶⁹.
 - d. Del mismo modo, no existe un fallo relativo a la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013. Esta decisión, que desestimó la acción de inconstitucionalidad de Industrias Infinito por motivos de admisibilidad, nunca ha sido objeto de ningún fallo costarricense³⁷⁰.
 - e. Por último, la Demandante sostiene que no existe un fallo relativo al impacto compuesto de las medidas individuales³⁷¹.
274. La Demandante sostiene que, para que un reclamo sea excluido de conformidad con el Artículo XII(3)(d), se deben cumplir dos condiciones: (i) debe existir una medida respecto de la cual la Demandante alega una violación del TBI; y (ii) debe existir un fallo relativo a dicha medida³⁷². De acuerdo con el sentido llano de los términos del Artículo XII(3)(d), la Demandante interpreta estas condiciones de la siguiente manera:
- a. Como se analizó en la Sección IV.C.3.a(ii) *supra*, la “medida que se alega contraviene” el TBI debe ser la medida que la *Demandante* alega que infringe el TBI, y no la medida como fuera redefinida por la Demandada. Del mismo modo, la “violación” que se ha alegado debe evaluarse, a nivel jurisdiccional, según lo alega la Demandante.
 - b. Como se analiza en la Sección IV.C.3.b(ii) *supra*, el término “medida” incluye los fallos.
 - c. El fallo “relativo a” la medida supuestamente violatoria debe ser un acto diferente de la medida. El término “relativo a” denota una conexión entre la medida relevante y el fallo relevante, que a su vez requiere al menos dos entidades o actos discretos. Permitir que el “fallo” sea el mismo acto que la “medida” sería contrario

³⁶⁸ C-CM Jur., ¶ 237.

³⁶⁹ C-CM Jur., ¶ 238.

³⁷⁰ C-CM Jur., ¶ 239.

³⁷¹ C-CM Jur., ¶ 240.

³⁷² C-CM Jur., ¶¶ 159, 164.

al sentido corriente del término “relativo a”³⁷³. Como resultado, un fallo no puede ser “relativo” a sí mismo, como lo sostiene la Demandada.

275. En consecuencia, según la interpretación de la Demandante, las medidas judiciales pueden impugnarse conforme al TBI, con las siguientes limitaciones: (i) si la sentencia de un tribunal inferior ha sido impugnada por una apelación, no puede ser impugnada; y (ii) si la medida es una sentencia de apelación, el inversionista solo puede impugnar la medida definitiva en la cadena de apelaciones³⁷⁴. De esta manera, “las cortes costarricenses tienen la oportunidad de revertir los efectos perjudiciales de sentencias de cortes menores sobre las inversiones, y de remediar los incumplimientos a la ley internacional, antes de que una disputa sea presentada a arbitraje. Si la inversión es lesionada como resultado del fallo final de apelación, de tal manera que el perjuicio se vuelve definitivo, el inversor podrá impugnar la última sentencia”³⁷⁵.
276. La Demandante agrega que, si la inversión del inversionista ha sido perjudicada por una medida ejecutiva, administrativa o legislativa, el inversionista puede impugnar dicha medida directamente en virtud del TBI. Si a su vez la medida ha sido el objeto de un fallo de un tribunal costarricense, el inversionista puede impugnar dicho fallo del modo descrito en el párrafo precedente³⁷⁶.
277. Según la Demandante, esta interpretación “refleja la confianza de los redactores del TBI en el sistema judicial de Costa Rica”³⁷⁷. “[P]roporciona un sistema robusto de resolución de diferencias que respeta de manera simultánea la independencia y soberanía del sistema judicial de Costa Rica”³⁷⁸.
278. La Demandante insiste en que el Artículo XII(3)(d) no es una cláusula de elección de vías; no está diseñado para hacer que los inversionistas elijan entre recursos nacionales e internacionales. Por el contrario, fomenta, pero no requiere, el agotamiento de los recursos locales³⁷⁹.
279. La Demandante sostiene que su interpretación es consistente con los principios interpretativos de los Artículos 31 y 32 de la CVDT:
- a. Tal como se explica *supra*, es consistente con el significado claro de los términos “que se alega contraviene” y “relativo a”³⁸⁰.

³⁷³ C-CM Jur., ¶¶ 184-185.

³⁷⁴ C-CM Jur., ¶¶ 20, 160, 165.

³⁷⁵ C-CM Jur., ¶ 165.

³⁷⁶ C-CM Jur., ¶ 166.

³⁷⁷ C-CM Jur., ¶ 21. Véase también C-CM Jur., ¶ 161.

³⁷⁸ C-CM Jur., ¶ 21. Véase también C-CM Jur., ¶ 161.

³⁷⁹ C-Dúp. Jur., ¶ 176.

³⁸⁰ C-CM Jur., ¶¶ 179-185; C-Dúp. Jur., ¶ 177(a) y (b).

- b. Es consistente con el TBI como un todo a la luz de su contexto. Como se explica más adelante, no existe fundamento en el contexto del Artículo XII(3)(d) para la exclusión de medidas judiciales, o para que se requiera solo una conexión tenue entre el “fallo” y la “medida”. Asimismo, la Demandante argumenta que su interpretación es consistente con el resto de las disposiciones del TBI³⁸¹.
- c. Guarda consonancia con el objeto y fin del TBI, que según la Demandante consiste en la promoción y la protección de inversiones, tal y como lo establece el Preámbulo del TBI³⁸². Citando al caso *Aguas del Tunari*, la Demandante sostiene que “[e]l ‘objetivo primario’ del TBI es el de crear un marco, y el de seleccionar un ‘foro independiente y neutral para la resolución de disputas de inversiones de acuerdo con una ley sustantiva aplicable’”³⁸³. Su interpretación está aún más alineada con el objeto y fin del tratado, puesto que “conserva los derechos de los inversionistas para presentar demandas a arbitraje internacional sobre las disposiciones sustantivas del TBI que han sido incumplidas”³⁸⁴.
- d. Su interpretación facilita el cumplimiento del objeto y fin del TBI al permitir que los inversionistas utilicen los recursos internos, sin exigir que sean agotados. La Demandante observa que “el agotamiento de soluciones locales es a menudo considerada un requerimiento para que un inversionista establezca que ha experimentado una denegación de justicia en manos del estado anfitrión”³⁸⁵. Con respecto a otras reclamaciones, sostiene que “la búsqueda de soluciones locales es ampliamente aceptada como un pre requisito deseable, si no es necesario, para arbitraje, aun en ausencia de [requisito explícito de] [...] agotamiento [...] de [...] soluciones locales en el TBI de que se trate”³⁸⁶. Citando a los casos *Generation Ukraine*, *Apotex* y *Loewen*, la Demandante aduce que “[p]ara clasificar como una ‘medida’ final bajo el TBI, un inversionista tiene que hacer por lo menos un esfuerzo razonable para obtener compensaciones locales”³⁸⁷.
- e. Por último, la interpretación de la Demandante se encuentra respaldada por los recursos interpretativos complementarios disponibles en virtud del Artículo 32 de la CVDT, en particular, por los *travaux préparatoires* del TBI. La historia de negociación del TBI muestra que Costa Rica intentó introducir un requisito de agotamiento de los recursos internos, pero que Canadá no lo aceptó. En cambio, las partes llegaron a un arreglo, reflejado en el Artículo XII(3)(d), según el cual se

³⁸¹ C-Dúp. Jur., ¶ 177(c) y (d).

³⁸² C-CM Jur., ¶¶ 206-208.

³⁸³ C-CM Jur., ¶ 208, que cita a **CL-0118**, *Aguas del Tunari, S.A., c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las Objeciones de la Demandada a la Jurisdicción, 21 de octubre de 2005 (“*Aguas del Tunari*”), ¶ 153.

³⁸⁴ C-CM Jur., ¶ 209.

³⁸⁵ C-CM Jur., ¶ 216.

³⁸⁶ C-CM Jur., ¶ 216.

³⁸⁷ C-CM Jur., ¶¶ 216-219, que cita a **RL-0008**, *Generation Ukraine*, ¶ 20.30; **RL-0020**, *Apotex*, ¶¶ 280-281; **CL-0055**, *Loewen, Laudo*, ¶¶ 156, 166.

fomentaba el uso de los recursos locales³⁸⁸. Únicamente la interpretación de esta disposición por parte de Infinito puede reconciliarse con dicho aparente propósito³⁸⁹.

280. Por el contrario, la interpretación de la Demandada “ignora el significado ordinario de la cláusula, [hace] inoperables algunas partes del TBI, y presenta una interpretación que entra en conflicto con el objeto y propósito del TBI y que no encuentra fundamento en los *travaux préparatoires*”³⁹⁰.
281. Según la interpretación de Costa Rica, el término “relativo a” debe definirse como incluyendo la conexión más incidental, independientemente de la identidad de las partes involucradas, o si el fallo tiene conexión directa alguna con el inversionista o impacto sobre la inversión. Además, según Costa Rica, las decisiones judiciales nunca pueden ser impugnadas por ser fallos “relativo[s] a” ellas mismas³⁹¹. Costa Rica también ignora que la “medida” afectada por la sentencia debe ser aquella “que se alega contraviene” el Tratado³⁹². La interpretación de Costa Rica contradice el sentido llano de estos términos³⁹³, así como el contexto del Artículo XII(3)(d):
- a. “Leído en armonía con el contexto más amplio del TBI, la ‘sentencia’ debe ser ‘relativa a’ la aplicación de la ‘medida’ a Infinito antes de que el Artículo XII(3)(d) sea procedente”; “[n]o es suficiente que haya una conexión tenue e inmaterial o que la sentencia se relacione con aspectos de la medida no dirigidos a las inversiones de Infinito”³⁹⁴.
 - b. Citando al caso *Methanex*, en el cual el tribunal interpretaba la frase “relacionada con”, la Demandante argumenta que el término “relativo a” debe ser “definid[o] con alguna forma de limitación lógica, que requiere proximidad entre el inversionista, la medida y la sentencia”³⁹⁵. Para que una “sentencia” sea “relativa a” una “medida [...] que se alega contraviene” el Tratado, debe estar relacionada con la alegación del inversionista sobre la manera en que esa medida vulneró sus derechos. En

³⁸⁸ C-CM Jur., ¶¶ 221-226, con referencia a **C-0369**, Versión Borrador del TBI entre Canadá y Costa Rica (1 de enero de 1996) (español), págs. 11-13; **C-0371**, Versión Borrador del TBI entre Canadá y Costa Rica (22 de abril de 1996) (inglés), pág. 25; **C-0373**, Versión Borrador del TBI entre Canadá y Costa Rica (23 de enero de 1997) (inglés), pág. 29; **C-0352**, Versión Borrador del TBI entre Canadá y Costa Rica (1 de enero de 1997) (inglés), págs. 17-18; **C-0372**, Versión Borrador del TBI entre Canadá y Costa Rica con Comentarios de Ambas Partes (8 de mayo de 1996) (inglés), pág.14; **C-0353**, Acta resumida de las negociaciones del TBI entre Canadá y Costa Rica (29 de enero de 1997), y **C-0354**, Versión Borrador del TBI entre Canadá y Costa Rica (28 de agosto de 1997) (español e inglés).

³⁸⁹ C-CM Jur., ¶ 224.

³⁹⁰ C-CM Jur., ¶ 22. Véase también C-CM Jur., ¶¶ 162-163.

³⁹¹ C-CM Jur., ¶ 169.

³⁹² C-CM Jur., ¶ 168; C-Dúp. Jur., ¶ 193.

³⁹³ C-CM Jur., ¶¶ 185, 188.

³⁹⁴ C-CM Jur., ¶ 189.

³⁹⁵ C-CM Jur., ¶¶ 190-193, que cita a **CL-0148**, *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002 (“*Methanex*”), ¶¶ 127-128, 136-137.

consecuencia, “la sentencia debe estar relacionada con la aplicación de la medida a Infinito o sus inversiones”³⁹⁶. Según la Demandante, “[l]a cuestión no es si hay fallos relativos a las demandas de Infinito”; la pregunta es “si existen fallos relativos a las medidas presuntamente [constituyendo un incumplimiento]”³⁹⁷.

- c. Tampoco una sentencia puede ser “relativa a” sí misma: como fuera explicado *supra*, el término “relativo” requiere una conexión entre dos entidades discretas. La Demandada no puede eludir este requisito bifurcando artificialmente los fallos en razones escritas y resultados dispositivos: “[c]uando los inversionistas recusan medidas judiciales, recusan la ‘obligación creada por el decreto del tribunal’, la ‘medida’ es el ‘fallo’”³⁹⁸.

282. La interpretación formulada por Costa Rica también excluiría cualquier impugnación de una medida judicial, incluso si la reclamación fuera por denegación de justicia o expropiación³⁹⁹. Según la Demandante, esto es incompatible con el sentido corriente y el contexto del Artículo XII(3)(d), tal como lo demuestran otras disposiciones del TBI. De acuerdo con el Artículo I(i) del TBI, una “medida” incluye “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”, lo que abarca decisiones y procesos judiciales, tal y como se reconoce en el Artículo 4 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, el cual establece que “[l]a conducta de cualquier órgano de Estado deberá ser considerada como un acto de ese Estado bajo el derecho internacional, ya sea que el órgano [...] ejerce funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o cualquier otra [...]”, y por los tribunales internacionales⁴⁰⁰. Si bien el sentido corriente de un término puede ser suplantado por un significado especial acordado, la parte invocando un significado especial debe cumplir con una alta carga de la prueba, la cual la Demandada no ha logrado satisfacer⁴⁰¹. Por el contrario, la lista en el Artículo I(i) del TBI no es exhaustiva (como lo demuestra el uso de la palabra “incluye”) y abarca ya medidas judiciales (las cuales se encuentran incluidas en las categorías de ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica)⁴⁰².

283. Además, según la interpretación postulada por Costa Rica, un inversionista nunca podría impugnar una medida ejecutiva, administrativa o legislativa, si ha sido objeto de una sentencia costarricense. El inversionista tampoco podía impugnar la sentencia del

³⁹⁶ C-CM Jur., ¶ 193.

³⁹⁷ C-Dúp. Jur., ¶ 193 (énfasis en original). El Tribunal entiende que esto es a lo que se refería la Demandante cuando dijo “si existen fallos relativos a las medidas presuntamente incumplidas”.

³⁹⁸ C-Dúp. Jur., ¶ 192 (énfasis en original).

³⁹⁹ C-CM Jur., ¶ 169.

⁴⁰⁰ C-CM Jur., ¶ 188, que cita **CL-0007**, International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, II(2) Yearbook of the International Law Commission (2001), Art. 4; **CL-0075**, *Rumeli*, ¶ 702; **RL-0090**, *Saipem*, ¶ 143; **CL-0055**, *Loewen, Laudo*, ¶ 148; **CL-0014**, *Arif*, ¶ 334.

⁴⁰¹ C-Dúp. Jur., ¶¶ 194-199.

⁴⁰² C-Dúp. Jur., ¶¶ 194-199, que cita a **CL-0113**, TLCAN, Art. 201; **CL-112**, CAFTA, Art. 2.1, **CL-0166**, *Loewen*, Jurisdicción, ¶ 40; **CL-0221**, *Spence*, ¶ 276; y **RL-0020**, *Apotex*, ¶¶ 333-334, 337(a).

tribunal⁴⁰³. Al impedir el escrutinio de todas las medidas judiciales, la interpretación de Costa Rica privaría de sentido muchas disposiciones del tratado, incluido el consentimiento incondicional de Costa Rica al arbitraje (Artículo XII(5) del TBI), el derecho a solicitar el escrutinio judicial de una medida expropiatoria (Artículo VIII(2) del TBI), y la obligación de Costa Rica de no denegar justicia (Artículo II(2)(a) del TBI)⁴⁰⁴. Refiriéndose al caso *Pope & Talbot*, la Demandante argumenta que “[e]xcluir todas las medidas judiciales del alcance del TBI crearía un ‘enorme vacío en protecciones internacionales’ contra la conducta del estado que incumple las protecciones del TBI”⁴⁰⁵.

284. La interpretación de la Demandada también sería incompatible con el propósito del TBI. Para la Demandante, “[u]na interpretación que quebranta la fuerza operativa entera del tratado, frustra su objetivo primario de facilitar el mecanismo de resolución de la disputa deliberadamente establecido en el TBI”⁴⁰⁶. En efecto, “[e]n lugar de crear un marco funcional para la resolución de disputas, [haría] las protecciones sustantivas en el TBI inefectivas, permitiendo que Costa Rica esconda sus medidas de cuestionamiento bajo el TBI en casi cada caso, simplemente asegurando que una sentencia de una corte costarricense [sea] adoptada ‘relativa a’ cualquier medida que pudiera ser objeto de impugnación”⁴⁰⁷.
285. Con respecto a la aplicabilidad de los medios de interpretación complementarios en virtud del Artículo 32 de la CVDT, la Demandante sostiene que los tribunales pueden recurrir a ellos únicamente cuando el sentido corriente, contexto, objeto y fin de una disposición del tratado conducen a un resultado “manifiestamente absurdo o irrazonable”; no cuando el resultado es ilógico, tal como sostiene la Demandada. Para la Demandante, “[q]uienes interpretan el tratado no tienen la facultad para considerar la ‘lógica’ de una disposición; más bien, el artículo 32 de la CVDT y el principio de *effet utile* están orientados para evitar resultados ‘manifiestamente absurdos’”, es decir, resultados que hacen que “una disposición carezca de sentido o sea ‘insostenible como cuestión de derecho internacional’”⁴⁰⁸. Incluso en tales casos, los tribunales no pueden ignorar el texto de la disposición; “solo se les permite considerar medios de interpretación complementarios y tratar de leer las disposiciones del tratado de una manera que no sea absurda ni elimine el efecto legal”⁴⁰⁹.
286. En particular, el Artículo 32 de la CVDT limita el recurrir a la prueba de las intenciones de las partes. La Demandante sostiene que la presunta intención es irrelevante; la intención solo será relevante si se deriva del texto del tratado o, si el texto conduce a

⁴⁰³ C-CM Jur., ¶ 171.

⁴⁰⁴ C-CM Jur., ¶¶ 194-205.

⁴⁰⁵ C-CM Jur., ¶ 188, que cita a **CL-0072**, *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Provisional, 26 de junio de 2000 (“*Pope & Talbot II*”), ¶ 99.

⁴⁰⁶ C-CM Jur., ¶ 208.

⁴⁰⁷ C-CM Jur., ¶ 210.

⁴⁰⁸ C-Dúp. Jur., ¶ 184.

⁴⁰⁹ C-Dúp. Jur., ¶ 185.

una ambigüedad o a un absurdo a partir de medios de interpretación complementarios aceptables⁴¹⁰. La Demandada afirma que la “evidencia objetiva” de las intenciones de las partes puede considerarse bajo las circunstancias apropiadas, pero no define este término⁴¹¹. En cambio, le solicita al Tribunal “que considere sus afirmaciones infundadas de lo que las partes deben haber pensado, sin proporcionar un sustento textual a esta postura”⁴¹². No existe fundamento textual en el TBI o en los *travaux préparatoires* para la interpretación de la Demandada del Artículo XII(3)(d). En particular, la Demandante alega lo siguiente:

- a. Tal como se explica *supra*, los *travaux préparatoires* demuestran que Costa Rica insistió en una disposición que requiriese el agotamiento de los recursos internos. El hecho de que los redactores previamente discutieran y eliminaran una cláusula de agotamiento de los recursos internos no demuestra, como ahora alega Costa Rica, que el Artículo XII(3)(d) es una cláusula de elección de vías. Es “absurdo” argumentar que “los redactores del tratado decidieron, después de meses de debatir una posible cláusula, reemplazarla por una cláusula completamente única que tuvo un efecto contrario, sin ningún debate conexo”⁴¹³.
- b. Tampoco existe evidencia en los *travaux* de que las partes pretendieran aislar todos los fallos de impugnación conforme al TBI: si las partes hubieran tenido la intención de obtener este resultado, presumiblemente lo habrían expresado de manera explícita, por ejemplo, excluyendo las medidas judiciales de la definición de “medida”⁴¹⁴.
- c. La Demandante también argumenta que las intenciones de las partes no pueden discernirse del orgullo de Costa Rica relativo respecto de su judicatura. Si bien la Demandante “no cuestiona que Costa Rica se enorgullezca de su poder judicial; recusa el salto inaceptable desde ese orgullo a la interpretación propuesta por Costa Rica del artículo XII(3)(d), que se hace sin evidencia ni justificación”⁴¹⁵.
- d. Por último, la Demandante se opone a que Costa Rica se base en un memorando interno estableciendo que ciertos derechos consagrados en el TBI también se encuentran protegidos por la Constitución de Costa Rica⁴¹⁶. Esta evidencia no es probatoria. Incluso si fuera relevante (*quod non*), no proporciona respaldo para el argumento de Costa Rica, ya que se refiere al contenido sustantivo de la

⁴¹⁰ C-Dúp. Jur., ¶ 186.

⁴¹¹ C-Dúp. Jur., ¶ 186, que cita R-Rép. Jur., ¶ 127.

⁴¹² C-Dúp. Jur., ¶ 186, que cita R-Rép. Jur., ¶ 127.

⁴¹³ C-Dúp. Jur., ¶ 220.

⁴¹⁴ C-CM Jur., ¶ 226.

⁴¹⁵ C-Dúp. Jur., ¶ 200; *see also* C-Dúp. Jur., ¶¶ 219-221.

⁴¹⁶ C-Dúp. Jur., ¶ 221.

constitución costarricense y no al procedimiento acordado para el arbitraje internacional⁴¹⁷.

(iii) *Análisis*

287. La cuestión que debe dirimir el Tribunal es si las reclamaciones de Infinito están prohibidas en virtud del Artículo XII(3)(d) del TBI. En aras de la claridad, el Tribunal recuerda que la parte pertinente de la disposición reza lo siguiente:

Un inversionista podrá someter una diferencia, según se indica en el párrafo (1), a arbitraje conforme a lo dispuesto en el párrafo (4) solamente si:

[...]

(d) en los casos en que Costa Rica es parte de la diferencia, ningún tribunal costarricense haya emitido un fallo relativo a la medida que se alega contraviene este Acuerdo⁴¹⁸

288. Para establecer el significado de esta disposición objeto de controversia, el Tribunal aplicará las reglas de interpretación contenidas en los Artículos 31 y 32 de la CVDT. Por lo tanto, evaluará de buena fe el sentido corriente de los términos tomados en su contexto a la luz del objeto y fin del TBI (Artículo 31). Si la interpretación realizada en aplicación de estos estándares deja el significado “ambiguo u oscuro”, o conduce a un resultado que es “manifiestamente absurdo o irrazonable”, el intérprete puede recurrir a medios de interpretación complementarios, como los *travaux préparatoires*. También puede hacerlo para confirmar el significado que emerge de la interpretación obtenida con base en los medios primarios de interpretación (Artículo 32).

289. Tal y como lo señala la Demandante, deben cumplirse dos condiciones para que el Artículo XII(3)(d) aplique: (i) debe existir una medida que el demandante alega es violatoria del TBI, y (ii) debe existir un fallo relativo a esa medida.

290. En aplicación del Artículo 31 de la CVDT, el Tribunal interpreta que la primera condición (i) significa la medida que la Demandante alega contraviene el TBI, considerando tanto la medida como la violación de la manera tal y como fueron formuladas por la Demandante. Esto es compatible con el sentido corriente del término “alega”, el cual es utilizado como verbo en esta disposición y debe considerarse como sinónimo de “plantea” o “reclama”. También es consistente con la conclusión del Tribunal en el párrafo 187 *supra*, según la cual el caso de la Demandante debe evaluarse como ésta lo ha planteado. Se recuerda que la Demandante ha alegado que cuatro medidas contravienen el TBI: (i) la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, que la Demandante alega anuló la Concesión de 2008 de Industrias Infinito; (ii) la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, la cual según la Demandante se negó a resolver el conflicto entre la decisión de esa Sala y la Sentencia del TCA de 2010; (iii) la Resolución del MINAE de 2012, que según la Demandante canceló la Concesión de 2008 de Industrias Infinito y extinguió todos sus derechos mineros; y (iv) la Moratoria

⁴¹⁷ C-Dúp. Jur., ¶ 221.

⁴¹⁸ **C-0001/RL-0005**, TBI Canadá-Costa Rica, Art. XII(3)(d).

Legislativa de 2011, que según la Demandante impidió a Industrias Infinito obtener una nueva concesión de explotación.

291. Las medidas que supuestamente infringen el TBI también deben ser “medidas” en el sentido del Artículo I(i) del TBI. El Tribunal ya ha resuelto en la Sección IV.C.3.b(iii) *supra* que las sentencias judiciales se encuentran incluidas en la definición de “medida” del Artículo I(i).
292. Como segunda condición, el Artículo XII(3)(d) requiere la existencia de un fallo “relativo” a la medida alegada como violatoria del TBI. Basándose en el significado llano y el contexto de la disposición, el Tribunal interpreta el término “relativo a” como una referencia a una conexión jurídicamente relevante entre dos elementos, la “medida”, por una parte, y el “fallo”, por la otra. En opinión del Tribunal, no todas las conexiones jurídicamente relevantes serán suficientes: el fallo debe ser “sobre” la medida. Dicho de otra manera, la medida debe ser el objeto (o al menos parte del objeto) del fallo. Esto es consistente con las versiones igualmente auténticas del TBI en español y francés. La versión en español utiliza los términos “relativo a la medida”, que significa “*in relation to the measure*” (y no, como sugiere la Demandada, “*related to the measure*” – la traducción correcta de ese término sería “*relacionado a la medida*”). Del mismo modo, la versión francesa emplea las palabras “*au sujet de la mesure*”, que significa “con respecto a” o “en relación con” la medida. En otras palabras, el Tribunal considera que el efecto del Artículo XII(3)(d) es excluir reclamaciones cuando la medida en cuestión ya ha sido materia de adjudicación (es decir, objeto de un fallo) por parte de un tribunal costarricense.
293. El Tribunal no acepta el argumento de Costa Rica de que una medida que en sí misma es un fallo puede ser un “fallo” sobre sí misma a efectos del Artículo XII(3)(d). Tal como se afirma *supra*, el uso de la palabra “relativo” claramente requiere dos elementos, una medida y un fallo sobre esa medida. Tampoco acepta el Tribunal el argumento de Costa Rica de que una sentencia escrita puede distinguirse de su contenido sustantivo (es decir, su parte dispositiva), siendo la parte escrita “relativa” al contenido sustantivo. Cuando se alega que un fallo es una medida que infringe el TBI, debe considerarse en su totalidad. El acto del Estado es el fallo en su totalidad. Si bien en la mayoría de los casos la presunta violación del derecho internacional se derivará de la parte dispositiva, ésta se verá determinada por la exposición de motivos. En consecuencia, el Tribunal considera que, para activar la aplicación del Artículo XII(3)(d), las medidas impugnadas por la Demandante deben haber sido objeto de un fallo separado por parte de un tribunal costarricense. El hecho de que dos de las medidas impugnadas sean en sí mismas fallos es insuficiente para cumplir con este requisito.
294. El Tribunal interpreta el Artículo XII(3)(d) como una prohibición de las reclamaciones contra los actos de las ramas ejecutiva o legislativa del Estado costarricense (en otras palabras, cualquier acto no judicial) una vez que se ha dictado un fallo sobre dichos actos. También prohíbe las reclamaciones contra un acto judicial si hay un fallo por separado sobre dicho primer acto judicial. Es decir, una vez que se ha emitido un fallo (sea definitivo o no) sobre cualquier acto estatal, y si ese fallo tiene una conexión directa con el inversionista, un inversionista no puede presentar una reclamación de

que el acto estatal infringe el TBI. Sin embargo, al inversionista no le es prohibido alegar que el *fallo* adjudicando la cuestión del acto estatal es una violación del TBI. Constituye una cuestión diferente el determinar qué protecciones sustantivas se encuentran disponibles contra un fallo cuando el fallo es la medida que se alega como violatoria del TBI, en comparación con las protecciones disponibles contra el acto estatal subyacente, pero este es un debate que pertenece a la etapa de fondo.

295. El Tribunal no cree que esto conduzca a un resultado absurdo o incluso ilógico. Es perfectamente razonable que Costa Rica prohíba las reclamaciones contra una medida estatal particular cuando la medida en cuestión ya ha sido objeto de adjudicación por parte de un tribunal costarricense. Esto refleja la confianza que depositan las Partes Contratantes del TBI en el poder judicial costarricense y el deseo de economía procesal. Sin embargo, sería contrario al contexto de la disposición, así como al objeto y fin del TBI, excluir reclamaciones contra el fallo que resuelve sobre la medida. Esto podría vaciar de cualquier significado a las protecciones sustantivas y procesales que la Demandada otorgó a través del TBI a los inversionistas que califican para ello, ya que todas las medidas podrían ser potencialmente objeto de procedimientos judiciales en Costa Rica.
296. El Tribunal considera que esta interpretación es consistente con el sentido corriente de los términos del Artículo XII(3)(d) tomados en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI; no considera que los *travaux préparatoires* arrojen una perspectiva diferente.
297. Luego de evaluar el expediente, el Tribunal concluye que la Demandante ha logrado demostrar que no se ha dictado ningún fallo de un tribunal costarricense “relativo a” las medidas que alega como violatorias del TBI. Específicamente, no existe un fallo de un tribunal costarricense relativo a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. Esta es una sentencia emitida por el tribunal supremo de Costa Rica (la Corte Suprema de Justicia) que actúa como un tribunal de apelación, y no está sujeta a revisión en Costa Rica. Del mismo modo, no existe un fallo de un tribunal costarricense relativo a la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013. Hasta la fecha, tampoco ha habido fallo relativo a la Resolución del MINAE 2012. El hecho de que la resolución implemente la Sentencia del TCA de 2010 es irrelevante a los fines presentes. Si bien la Resolución del MINAE de 2012 puede ser “relativ[a] a” la Sentencia del TCA de 2010, no existe un fallo “relativo” a la Resolución del MINAE de 2012. Por último, si bien la Demandada argumenta que se han pronunciado fallos en Costa Rica relativos a la Moratoria Legislativa de 2011, ninguno de dichos fallos tiene una conexión significativa con la Demandante o con la medida que se alega como violatoria del TBI.
298. Por lo tanto, el Tribunal concluye que las reclamaciones de la Demandante no están prohibidas por el Artículo XII(3)(d).

b. ¿Prescribieron las reclamaciones de Infinito en virtud del Artículo XII(3)(c)?

(i) *La posición de la Demandada*

299. La Demandada sostiene que las reclamaciones de Infinito se refieren a medidas que prescribieron en virtud de la prescripción especificada en el Artículo XII(3)(c) del TBI. Según esta disposición, un inversionista solo podrá someter una reclamación a arbitraje si “no han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversionista inicialmente tuvo o debió haber tenido conocimiento, de la violación alegada y conocimiento de que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daño”⁴¹⁹. Las medidas que realmente ocasionaron la pérdida o daño alegado por la Demandante ocurrieron con anterioridad a la fecha de corte para el período de prescripción.
300. La Demandada sostiene que el Tribunal debe abordar tres cuestiones a efectos de determinar esta objeción⁴²⁰:
- a. Primero, debe identificar la fecha de corte para el período de prescripción de tres años.
 - b. Segundo, debe determinar si la Demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación o violaciones alegadas con anterioridad a la fecha de corte. La Demandada sostiene que el “tratado [...] exige identificar el momento en el cual, por primera vez, Infinito tomó conocimiento o debió haber tomado conocimiento de que se habían visto afectados sus derechos referentes al proyecto Las Crucitas”⁴²¹. Para la Demandada, “[e]l hecho disparador no es la *certeza* de esa afectación”, “[t]ampoco es relevante que la afectación en cuestión pueda o no haberse visto agravada por posteriores actos del gobierno”⁴²². En este sentido, el Tribunal debe determinar “cuando existe una medida anterior conjuntamente con una posterior que confirma, implementa, y/o reinstala la anterior, cuál debería considerarse relevante a los fines de esta Cláusula del Tratado”⁴²³. La Demandada sostiene que “[e]l Tribunal debe determinar de manera objetiva los hechos relevantes a los fines de las cuestiones jurisdiccionales, incluida esta, y no necesita aceptar ciegamente las caracterizaciones de hecho de la Demandante”⁴²⁴.
 - c. Tercero, debe determinar si la Demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de que había incurrido en pérdidas o daño con anterioridad a la fecha de corte. La Demandada hace hincapié en que el TBI hace referencia a cuándo la Demandante tuvo *inicialmente* conocimiento de haber sufrido pérdidas

⁴¹⁹ **C-0001/RL-0005**, TBI Canadá-Costa Rica, Art. XII(3)(c).

⁴²⁰ Tr. Día 1 (ESP), 109:17-110:17 (Sr. Di Rosa).

⁴²¹ R-Rép. Jur., ¶ 155.

⁴²² R-Rép. Jur., ¶ 155 (énfasis en el original).

⁴²³ Tr. Día 1 (ESP), 110:8-12 (Sr. Di Rosa).

⁴²⁴ Tr. Día 1 (ESP), 111:21-112:3 (Sr. Di Rosa).

o daño; no exige que la pérdida sea completa, definitiva o irreversible⁴²⁵. Invocando los casos *Mondev* y *Grand River*, la Demandada manifiesta que “puede sufrirse el daño o las pérdidas aunque el monto o la medida no se conozca sino recién en algún punto futuro”⁴²⁶.

301. Con respecto a (a), la Demandada observa que las Partes han acordado que la fecha de corte es el 6 de febrero de 2011, esto es, tres años antes de la fecha en que la Demandante presentó su Solicitud de Arbitraje (6 de febrero de 2014)⁴²⁷. Esto significa que “el Tribunal debe desestimar las reclamaciones de Infinito si, con anterioridad al día 6 de febrero de 2011 Infinito ya había adquirido conocimiento real o presunto de la violación o violaciones alegadas o de cualquier pérdida o daño resultante de dicha violación o violaciones”⁴²⁸.
302. Con respecto a (b) y (c), la Demandada afirma que la Demandante ya tenía conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la violación o violaciones alegadas, y de las pérdidas supuestamente derivadas de esas violaciones, con anterioridad al 6 de febrero de 2011. “[I]ndependientemente de cómo la Demandante caracteriza o teje las violaciones relevantes, el Tribunal debe concentrarse en la fuente real del daño que se alega”⁴²⁹. La Demandada afirma que las cuatro medidas impugnadas por la Demandante “realmente derivan de dos medidas anteriores que son las verdaderamente relevantes a los fines del análisis de la prescripción”⁴³⁰. Las fuentes reales de la pérdida o daño alegados por la Demandante son, (i) la Sentencia del TCA de 2010, y (ii) la Moratoria Ejecutiva de 2010. En consecuencia, estas son las violaciones reales a propósito del análisis de la prescripción, y lo relevante es la fecha en la cual la Demandante inicialmente adquirió conocimiento de estas medidas y de la pérdida o daño resultante.
303. Con respecto a la Sentencia del TCA de 2010, la Demandada argumenta que (tal como lo ha reconocido la propia Demandante)⁴³¹ la reclamación principal alegada por la Demandante es la pérdida de su Concesión de 2008⁴³². Como cuestión de derecho costarricense, esta anulación fue ocasionada por la Sentencia del TCA de 2010⁴³³. Aunque formalmente la Demandante impugna la Sentencia de la Sala Administrativa

⁴²⁵ R-Rép. Jur., ¶ 156.

⁴²⁶ R-Rép. Jur., ¶ 156, que cita a **CL-0062**, *Mondev*, ¶ 87; **RL-0032**, *Grand River Enterprises Six Nations y otros c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 20 de julio de 2006 (“*Grand River*”), ¶¶ 80-81.

⁴²⁷ R-Mem. Jur., ¶ 189; C-Mem. Fondo, ¶ 233; Tr. Día 1 (ESP), 110:21-111:7 (Sr. Di Rosa).

⁴²⁸ Tr. Día 1 (ESP), 111:7-13 (Sr. Di Rosa).

⁴²⁹ Tr. Día 1 (ESP), 112:19-22 (Sr. Di Rosa) (que hace alusión a **CL-0221**, *Spence*).

⁴³⁰ Tr. Día 1 (ESP), 114:7-10 (Sr. Di Rosa).

⁴³¹ R-Mem. Jur., ¶ 192, que cita a C-Mem. Fondo, ¶¶ 12, 20, 177, 181, 186, 245, 249, 262, 264, 266, 269, 273, 291, 313, 327, 335, 378, 411 and **C-0246**, “*Infinito Gold Files to Annul the Tribunal Contencioso Administrativo Ruling*”, Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd. (18 de enero de 2011).

⁴³² R-Mem. Jur., ¶ 191.

⁴³³ R-Mem. Jur., ¶ 192; RER-Ubico 1, ¶¶ 90-91.

de 2011, la Resolución del MINAE de 2012, y la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, todas estas medidas implementaron o confirmaron la Sentencia del TCA de 2010. Es irrelevante el hecho de que la Sentencia del TCA de 2010 estuviera suspendida mientras estuvo pendiente el recurso de apelación interpuesto ante la Sala Administrativa. La jurisprudencia del TLCAN confirma que “el período prescriptivo del artículo XII(3)(c) ‘no está sujet[o] a suspensión [...], prolongación u otra calificación’ y no puede interrumpirse con el mero inicio de un proceso contra la medida cuestionada”⁴³⁴.

304. La Demandada señala que, en virtud del Artículo XII(3)(c), un inversionista “inicialmente” toma conocimiento de una violación o pérdida alegada en una “fecha” particular. Para la Demandada, “[e]se conocimiento no puede adquirirse ‘inicialmente’ en diversos momentos en el tiempo ni de manera recurrente”⁴³⁵. En el presente caso, la Demandante tuvo inicialmente conocimiento de la pérdida o daño alegados cuando fue dictada la Sentencia del TCA de 2010 en el mes de diciembre de 2010, lo que fue reconocido públicamente en un comunicado de prensa de fecha 18 de enero de 2011⁴³⁶, ambas fechas siendo anteriores a la fecha de corte⁴³⁷. En ese comunicado de prensa, la Demandante manifestó que pretendía restablecer el valor de su inversión y revertir el impacto negativo de la Sentencia del TCA de 2010 en el precio accionario de la compañía⁴³⁸. Aunque el proceso de casación podría haber generado una esperanza de que la Sala Administrativa revertiría la pérdida de la Demandante, el hecho de que no se revocara la Sentencia del TCA de 2010 no puede equipararse a una nueva pérdida⁴³⁹. Además, Infinito no tenía certeza de que podría revocar la Sentencia del TCA de 2010, y el hecho de que reconociera que necesitaba “restablecer los derechos o el valor de la sociedad” enfatiza que Infinito consideraba que había sufrido ya una pérdida ⁴⁴⁰.
305. En lo que respecta a la Moratoria Legislativa de 2011, si bien la Demandante formalmente impugna la modificación legislativa que entró en vigor el 10 de febrero de 2011, la Demandada alega que esta medida no podría haber ocasionado daño alguno, en tanto la Demandante ya se encontraba impedida de obtener nuevos permisos como

⁴³⁴ R-Mem. Jur., ¶ 193, que cita a **RL-0020**, *Apotex*, ¶¶ 328–331 (que a la vez se refiere al **CL-0062**, *Mondev*, ¶ 87; y **RL-0032**, *Grand River*, ¶¶ 78, 81).

⁴³⁵ R-Mem. Jur., ¶ 194.

⁴³⁶ **C-0246**, “*Infinito Gold Files to Annul the Tribunal Contencioso Administrativo Ruling*”, Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd. (18 de enero de 2011).

⁴³⁷ Tr. Día 1 (ESP), 120:7-121:15 (Sr. Di Rosa).

⁴³⁸ **C-0246**, “*Infinito Gold Files to Annul the Tribunal Contencioso Administrativo Ruling*”, Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd. (18 de enero de 2011).

⁴³⁹ R-Mem. Jur., ¶ 194.

⁴⁴⁰ R-Rép. Jur., ¶ 160 (énfasis en el original), que cita a **C-0246**, “*Infinito Gold Files to Annul the Tribunal Contencioso Administrativo Ruling*”, Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd. (18 de enero de 2011).

consecuencia de la Moratoria Ejecutiva de 2010, la cual había estado vigente desde el mes de mayo de 2010 y que no fue derogada por la Moratoria Legislativa de 2011⁴⁴¹.

306. Además, el argumento de Infinito de que no se vio afectada por la Moratoria Ejecutiva de 2010, porque fue recién después de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 que la Moratoria Legislativa de 2011 tuvo impacto en su inversión, es defectuoso tanto fáctica como jurídicamente. En los hechos, la Demandante tenía conocimiento de la pérdida de la Concesión desde la fecha de la Sentencia del TCA de 2010. En derecho, es irrelevante cuándo la Demandante efectivamente tuvo conocimiento de la pérdida de su Concesión; lo que importa es que debería haber tenido conocimiento de la moratoria existente, la cual le era aplicable a Infinito desde el momento mismo de su sanción⁴⁴².
307. En respuesta al argumento de que el Tribunal debe centrarse en las violaciones según han sido alegadas por la Demandante, la Demandada sostiene que la Demandante no tiene derecho a formular estratégicamente sus reclamaciones de una manera diseñada para derrotar las restricciones temporales establecidas en un tratado⁴⁴³. El hecho de que el TBI haga referencia a una violación “alegada” no significa que el Tribunal deba aceptar la caracterización que ofrece la Demandante de las violaciones. El término “alegada” se utiliza simplemente para denotar que no se ha establecido una violación; “no importa que, para resolver una cuestión de competencia, como lo es la aplicabilidad de la prescripción, el Tribunal no pueda fijarse más allá de lo que se ‘alega’”⁴⁴⁴. La jurisprudencia en arbitrajes de inversión confirma que le corresponde al Tribunal, mediante la aplicación de un criterio objetivo, identificar la violación pertinente, y que “si [una] demandante se vio perjudicada por una medida dada que queda fuera del ámbito de competencia del Tribunal, no puede superar ese impedimento con simplemente simular que la impugnación que plantea va dirigida contra un conjunto distinto de medidas”⁴⁴⁵. Según la Demandada, “[e]l fondo ha de primar por sobre la forma, y los tribunales deben cuidar de diferenciar, por un lado, los planteos efectuados de buena fe en el sentido de que se han cumplido los requisitos temporales impuestos por el tratado y, por el otro, los intentos abusivos de eludir una excepción en razón del tiempo mediante caracterizaciones unilaterales y articulaciones engañosas”⁴⁴⁶. En sustento de ello, la Demandada en particular invoca los siguientes casos:
- a. *Corona*, en el cual el tribunal sostuvo que “[c]uando una ‘serie de acciones similares y relacionadas por parte del Estado demandado’ están controvertidas, el

⁴⁴¹ R-Mem. Jur., ¶ 196; Tr. Día 1 (ESP), 124:22-126:9 (Sr. Di Rosa).

⁴⁴² R-Rép. Jur., ¶¶ 181-182.

⁴⁴³ R-Rép. Jur., ¶¶ 163-175.

⁴⁴⁴ R-Rép. Jur., ¶ 164.

⁴⁴⁵ R-Rép. Jur., ¶ 165.

⁴⁴⁶ R-Rép. Jur., ¶ 173.

inversionista no puede evadir los plazos de prescripción al fundar su reclamo en la ‘transgresión más reciente de dicha serie’⁴⁴⁷.

- b. *Vieira*, donde el tribunal determinó que la controversia era anterior al tratado relevante ya que todas las reclamaciones derivaban de la denegación por parte del Estado de la solicitud de una licencia pesquera antes de que el tratado entrara en vigor. Esto fue a pesar del argumento del demandante de que los recursos de apelación se interpusieron después de que el tratado hubiera entrado en vigor, y que el hecho de que esos recursos se hubiesen denegado constituía violaciones independientes del tratado⁴⁴⁸.
 - c. *ST-AD*, donde el tribunal rechazó un intento del demandante de asegurar jurisdicción al presentar nuevamente una solicitud que había sido denegada antes de que el demandante se convirtiera en inversionista: “una táctica que se basa en la nueva presentación de una solicitud que ya se había denegado antes de que el demandante se convierta en inversionista después de adquirido ese carácter resulta inaceptable. Crea la ilusión un hecho sucedido cuando ya había un inversionista protegido. Pero, al igual que cualquier otro espejismo, se trata de un espejismo engañoso”⁴⁴⁹ [Traducción del Tribunal].
308. Contrariamente a la afirmación de la Demandante, la Sentencia del TCA de 2010 no constituye simplemente un hecho incidental que podría resultar útil en el análisis del Tribunal; se trata de la sentencia central que produjo los efectos legales por los que la Demandante reclama en el presente arbitraje. La invocación por parte de la Demandante del caso *Tecmed* es inadecuada, en tanto, contrario a la situación en dicho caso, en el caso que nos ocupa la Demandante evaluó plenamente la relevancia y efectos de la Sentencia del TCA de 2010 tan pronto fue dictada⁴⁵⁰. El caso *Renée Rose Levy* es similarmente irrelevante, puesto que en el presente caso es claro que la controversia se cristalizó en la fecha en que la Sentencia del TCA de 2010 anuló la Concesión de Infinito de 2008⁴⁵¹. La Demandante tampoco puede invocar los casos *Apotex* y *Mondev* en sustento de su argumento conforme al cual, en casos referentes a decisiones judiciales, el perjuicio típicamente no se cristaliza sino hasta que es dictada la decisión final: la cuestión en virtud del Artículo XII(3)(c) del TBI es cuándo la propia Infinito creyó, por primera vez, que se habían vulnerado sus derechos y que

⁴⁴⁷ **CL-0130**, *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016 (“*Corona*”), ¶ 215.

⁴⁴⁸ **RL-0162**, *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/04/7, Laudo, 21 de agosto de 2007 (“*Vieira*”), ¶ 274.

⁴⁴⁹ **RL-0075**, *ST-AD GmbH c. La República de Bulgaria*, CNUDMI, Laudo, 18 de julio de 2013 (“*ST-AD*”), ¶ 317.

⁴⁵⁰ R-Rép. Jur., ¶ 184, que cita a **CL-0085**, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (“*Tecmed*”), ¶ 68.

⁴⁵¹ R-Rép. Jur., ¶ 185.

había sufrido una pérdida⁴⁵². En efecto, el tribunal en *Apotex* desestimó una de las reclamaciones (surgida de un proceso administrativo) por ser extemporánea, y sostuvo que un demandante no puede utilizar procesos judiciales posteriores para interrumpir la prescripción anterior⁴⁵³. De manera similar, el tribunal de *Mondev* razonó que “[e]l mero hecho de que [la] conducta anterior haya quedado sin reparar o resarcir cuando cobra vigencia el tratado no justifica que el tribunal aplique retroactivamente el tratado a esa conducta”, un razonamiento que debería aplicarse por analogía al presente caso⁴⁵⁴.

309. En respuesta a la afirmación de la Demandante de que ninguna de sus inversiones perdió sustancialmente su valor sino recién después de que se dictó la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Demandada alega que el TBI no requiere prueba alguna de la *magnitud* del daño o la pérdida, ni tampoco que la inversión haya perdido sustancialmente su valor, solo de que se incurrió en pérdidas o daño⁴⁵⁵. Como tal, el análisis pericial del grado de la afectación que pueda haber sufrido la inversión en distintos momentos es irrelevante para determinar la cuestión que consiste en determinar si la reclamación se encuentra o no prescrita⁴⁵⁶.
310. La Demandada agrega que, en cualquier caso, queda claro del comunicado de prensa de la Demandante de enero de 2011 que, a partir de ese momento, ésta creía que el valor de su inversión se había visto afectado considerablemente por la Sentencia del TCA de 2010, sino perdido por completo. Invocando el caso *Rusoro*, la Demandada alega que este conocimiento es suficiente para activar la prescripción. En ese caso, el tribunal determinó que la reclamación de *Rusoro* había caducado por haber excedido el término de prescripción, dado que el demandante reconoció tener conocimiento de la pérdida sufrida más de tres años antes de plantear su reclamación arbitral. En circunstancias similares a aquellas del caso que nos ocupa, el tribunal arribó a la conclusión de que “lo que se exige es simplemente el conocimiento de que se ha ocasionado una pérdida o un daño, aun si todavía no están claras su medida o cuantía”⁴⁵⁷.

(ii) *La posición de la Demandante*

311. La Demandante niega que sus reclamaciones se encuentran prescritas en virtud del Artículo XII(3)(c). Las objeciones de la Demandada, a saber, que las medidas que la Demandante “realmente” impugna son: (i) la Sentencia del TCA de 2010; y (ii) la Moratoria Ejecutiva de 2010, las cuales tuvieron lugar fuera del plazo de prescripción de tres años establecido en el Artículo XII(3)(c), son incorrectas y deben ser

⁴⁵² R-Rép. Jur., ¶¶ 186-190.

⁴⁵³ R-Rép. Jur., ¶¶ 187-188, que cita a **RL-0020**, *Apotex*, ¶¶ 320, 325.

⁴⁵⁴ R-Rép. Jur., ¶¶ 189-190, que cita a **CL-0062**, *Mondev*, ¶ 70.

⁴⁵⁵ R-Rép. Jur., ¶¶ 176-177.

⁴⁵⁶ R-Rép. Jur., ¶ 180.

⁴⁵⁷ R-Rép. Jur., ¶ 179, que cita a **RL-0181**, *Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016 (“*Rusoro*”), ¶ 217.

rechazadas. Las reclamaciones deben evaluarse tal como fueron presentadas por la Demandante, y “[c]uando el Artículo XII(3)(c) se aplica a las medidas que Infinito alega contraviene el TBI, debido a que provocaron la pérdida real de los derechos de Industrias Infinito relacionados con el proyecto Crucitas, es evidente que el arbitraje comenzó dentro del período de limitación aplicable”⁴⁵⁸.

312. La Demandante hace hincapié en que el Artículo XII(3)(c) prohíbe reclamaciones solamente si han transcurrido tres años desde el momento en el cual la Demandante tuvo conocimiento por primera vez o debería haber tenido conocimiento por primera vez de: (a) el incumplimiento alegado; y (b) la alegada pérdida o daño incurridos. La Demandante reconoce que “[s]i el conocimiento actual no se puede establecer, el conocimiento constructivo podrá ser imputado al demandante si un demandante razonablemente prudente hubiera sabido del supuesto incumplimiento y de la pérdida resultante”⁴⁵⁹.
313. Respecto de (a), tal como se analiza en la Sección IV.C.3.a(ii) *supra*, el enfoque debe recaer sobre la medida que la Demandante “alega” como violatoria del TBI. Esta interpretación es consistente con el sentido corriente de los términos utilizados en la disposición, tal como exige el Artículo 31 de la CVDT. Tal como se analiza en la misma sección, el término “que se alega” no es un calificativo sin sentido; denota que las violaciones a analizar constituyen “las presuntas o supuestas violaciones [del Tratado] alegadas por el Demandante”⁴⁶⁰. Así, “[l]a única pregunta relevante es si el incumplimiento, *como fue alegado por el demandante*, está prescrito”; “[a]un cuando el demandante hiciera referencia a eventos que están fuera de la jurisdicción temporal del tribunal, la demanda no estará prescrita si el mismo incumplimiento alegado es oportuno”⁴⁶¹. La Demandada no puede reformular una reclamación para sugerir que no se encuentra dentro del plazo de prescripción⁴⁶².
314. Tal como se indica en el párrafo 157 *supra*, la Demandante alega que cuatro medidas específicas incumplieron el TBI, concretamente, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, la Resolución del MINAE de 2012, y la Moratoria Legislativa de 2011.
315. Según la Demandante “[n]o era posible que Infinito hubiera adquirido conocimiento actual o constructivo de los supuestos incumplimientos y la pérdida resultante más de tres años antes de iniciar su demanda el 6 de febrero de 2014”, puesto que “[n]inguna

⁴⁵⁸ C-Dúp. Jur., ¶ 131 (énfasis en el original).

⁴⁵⁹ C-CM Jur., ¶ 248, que cita a **RL-0032**, *Grand River*, ¶ 66; **CL-0089**, *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 (“*Siag*”), ¶¶ 200-203.

⁴⁶⁰ C-Dúp. Jur., ¶ 156, que cita a **RL-0035**, *Waste Management I*, ¶ 27.2(b).

⁴⁶¹ C-CM Jur., ¶ 246 (énfasis en el original), que cita a **RL-0032**, *Grand River*, ¶ 53; **CL-0135**, *ECE Projektmanagement*, ¶ 3.181; **CL-0154**, *Pope & Talbot I*, ¶¶ 11-12.

⁴⁶² C-CM Jur., ¶ 247, que cita a **RL-0105**, *Glamis*, ¶¶ 348-349.

de las medidas que infinito alega, incumplió el TBI, había sido emitida en ese momento”⁴⁶³.

316. Tal como se analiza en la Sección IV.C.3.a(ii) *supra*, la Demandante hace hincapié en que la Sentencia del TCA de 2010 “no es la medida que Infinito está impugnando porque no provocó la anulación final o irreversible de la concesión de explotación u otras aprobaciones del proyecto de Industrias Infinito”⁴⁶⁴. Según la Demandante, la anulación de la concesión de explotación de Industrias Infinito y otros derechos sólo pasó a ser definitiva, y podía haberse actuado respecto de ella, cuando la Sala Administrativa rechazó la revocación de la Sentencia del TCA de 2010 el 30 de noviembre de 2011. Hasta dicho momento, la anulación de los derechos de Industrias Infinito había sido suspendida y aún podía ser revocada. La Sentencia del TCA de 2010 no podría concluir el proceso de forma definitiva, ni tampoco los órganos administrativos podrían haber actuado conforme a ella. Asimismo, la Sala Administrativa podría haber pronunciado una decisión sobre el fondo sin remitirla nuevamente a la reconsideración del TCA⁴⁶⁵. Ello fue reconocido por la Resolución del MINAE de 2012 cancelando la Concesión de 2008, la cual declara que la Sentencia del TCA de 2010 había sido confirmada por la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y, así, había devenido definitiva⁴⁶⁶.
317. De forma contraria a las alegaciones de la Demandada, Infinito no comprendió que la Concesión de 2008 había sido anulada de forma irrevocable como resultado de la Sentencia del TCA de 2010; claramente lo opuesto, tenía la total expectativa de que su Concesión y otras autorizaciones del proyecto permanecerían intactas ya que la Sentencia del TCA de 2010 sería revocada en ocasión de la apelación⁴⁶⁷. Ello queda confirmado por las diversas declaraciones públicas de Infinito, en las que se refleja su permanente y razonable entendimiento de que podía continuar con el Proyecto Las Crucitas y con su inversión constante en dicho proyecto, así como por el hecho de que continuó empleando a 243 empleados⁴⁶⁸. También queda confirmado por las acciones del propio Fiscal General y las autoridades ambientales de Costa Rica, quienes “[a]

⁴⁶³ C-CM Jur., ¶ 249.

⁴⁶⁴ C-Dúp. Jur., ¶ 130 (énfasis en el original).

⁴⁶⁵ C-CM Jur., ¶¶ 250-251; C-Dúp. Jur., ¶¶ 133-143.

⁴⁶⁶ C-Dúp. Jur., ¶ 136; **C-0268**, Resolución No. 0037, MINAE, Archivo No. 2594 (9 de enero de 2012).

⁴⁶⁷ C-Dúp. Jur., ¶, 137; CWS-Hernández 1, ¶ 213.

⁴⁶⁸ C-Dúp. Jur., ¶¶ 138-140; CER-FTI Consulting 2, ¶¶ 5.52-5.59, 5,71, Figura 7; **C-0399**, “*Management Discussion and Analysis for the Year*”, Infinito Gold Ltd. (31 de marzo de 2011); **C-0227**, “*Constitutional Court in Costa Rica Confirms Validity of Grant of Crucitas Gold Project Permits*”, Infinito Gold Ltd. (18 de abril de 2010); **C-0228**, “*Tribunal Contencioso Administrativo Extends Injunction at Crucitas Gold Project*”, Infinito Gold Ltd. (25 de abril de 2010); **C-0230**, “*Mining Moratorium in Costa Rica Will Not Impact Crucitas Project*”, Infinito Gold Ltd. (10 de mayo de 2010).

apelar la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo [de 2010], reconocieron que la anulación de la concesión y otras aprobaciones del proyecto no eran definitivas”⁴⁶⁹.

318. En cualquier caso, la Demandante alega, invocando el informe pericial de FTI, que las inversiones de Infinito no perdieron sustancialmente su valor sino hasta después del pronunciamiento de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. Según la Demandante, “[l]os balances financieros de Infinito, la capitalización de mercado, declaraciones de la gerencia y anuncios públicos, y, la continua inversión en el proyecto Crucitas después del fallo del Tribunal Contencioso Administrativo [de 2010], todo indica[...] consistentemente que fue el fallo de la Sala Administrativa, y no el del Tribunal Contencioso Administrativo [de 2010], el que hizo que las inversiones de Infinito perdieran sustancialmente su valor. Esto se confirma por las acciones del gobierno de Costa Rica en apelar el fallo, y las declaraciones simultáneas en los medios costarricenses”⁴⁷⁰. Así, fue en la fecha de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 (30 de noviembre de 2011), que Infinito tuvo por primera vez conocimiento de que las medidas que alega como violatorias del TBI le habían ocasionado pérdidas o daños.
319. De igual modo, la reclamación de la Demandante respecto de la moratoria sobre la explotación minera a cielo abierto no está prescrita. En primer lugar, la Moratoria Legislativa de 2011 no le fue aplicable a Infinito hasta que la Sala Administrativa anuló definitivamente la Concesión de 2008 el 30 de noviembre de 2011. Con anterioridad a dicha anulación definitiva, la Concesión siguió siendo válida e Infinito no se vio afectada por la moratoria⁴⁷¹. Según la Demandante, “[e]s irrelevante cuándo fue implementada la moratoria, ya que Infinito no está alegando que la existencia de la moratoria independiente de su impacto en Infinito, haya incumplido el TBI”⁴⁷². Para la Demandante, “[e]l incumplimiento ocurrió solo después de que la moratoria pudo afectar los derechos de Infinito, lo cual no pudo haber ocurrido antes de que la Sala Administrativa finalmente anulara la concesión de explotación a Industrias Infinito en noviembre 30 del 2011”; “[s]olo en ese momento Infinito pudo haber sabido del impacto de la moratoria”⁴⁷³.
320. En segundo lugar, contrariamente a lo que Costa Rica sugiere, la Moratoria Legislativa de 2011 no simplemente “duplica” la Moratoria Ejecutiva de 2010. Según la Demandante, la Moratoria Legislativa de 2011 “subsumió” las moratorias anteriores⁴⁷⁴. En cualquier caso, Infinito no impugna la existencia de la Moratoria Legislativa de 2011 en sí misma, sino la aplicación de dicha moratoria al Proyecto Las Crucitas. La moratoria fue irrelevante hasta que la Sala Administrativa anuló definitivamente la Concesión de 2008 de Industrias Infinito y otros permisos el 30 de noviembre de 2011.

⁴⁶⁹ C-Dúp. Jur., ¶ 141.

⁴⁷⁰ C-CM Jur., ¶ 252.

⁴⁷¹ C-CM Jur., ¶ 254.

⁴⁷² C-CM Jur., ¶ 254.

⁴⁷³ C-CM Jur., ¶ 254.

⁴⁷⁴ C-CM Jur., ¶ 255, que cita a CER-Hernández-Rojas 1, ¶¶ 330-331.

En consecuencia, “el hecho de que existieran moratorias anteriores es irrelevante a la pregunta de cuándo Infinito supo por primera vez que el incumplimiento había ocurrido y que había sufrido pérdidas relacionadas con ese incumplimiento”⁴⁷⁵. En efecto, en un comunicado de prensa del mes de mayo de 2010 Infinito indicó, particularmente, que la Moratoria Ejecutiva de 2010 no era aplicable al Proyecto Las Crucitas ya que, en ese momento, Infinito todavía ostentaba derechos válidos en el área Las Crucitas, incluyendo la Concesión de 2008. Por lo tanto, Infinito no tenía motivo alguno para impugnar la aplicación de la moratoria antes del mes de noviembre de 2011⁴⁷⁶.

321. Además, la Demandante subraya que asimismo impugna la Resolución del MINAE de 2012, la cual arguye extinguió los demás derechos de Infinito sobre el Proyecto Las Crucitas; y la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, la cual desestimó (invocando causal de admisibilidad preliminar) considerar la reclamación de inconstitucionalidad en contra de la Sentencia del TCA de 2010. La Demandante especifica que ambas medidas fueron pronunciadas dentro del plazo de prescripción de tres años⁴⁷⁷.
322. Además, la Demandante rechaza los argumentos jurídicos de la Demandada relativos a la aplicación del plazo de prescripción del TBI. En primer lugar, el argumento de Costa Rica de que los eventos que se encuentran fuera del plazo de prescripción de tres años no pueden invocarse para establecer el incumplimiento del TBI no tiene fundamento. Citando a *Tecmed*, la Demandante afirma que “[u]n tribunal, en su análisis, puede [basarse] en eventos precedentes, si dichos eventos resultaron en un incumplimiento que ocurrió en tiempo”⁴⁷⁸. Los eventos previos no deben confundirse con la medida impugnada: “mientras ‘una disputa puede presuponer la existencia de alguna situación o hecho anterior [...] no significa que la disputa surja en relación a la situación o al hecho’”⁴⁷⁹. Las circunstancias que preceden al incumplimiento alegado no quedan excluidas de la consideración del Tribunal; ellas “pueden proporcionar los antecedentes necesarios o el contexto para determinar si los incumplimientos ocurrieron durante el periodo de tiempo admisible”⁴⁸⁰. Asimismo, los tribunales pueden invocar eventos precedentes a la entrada en vigor de un tratado o al momento en el cual el inversionista adquiere efectivamente la inversión, siempre que el incumplimiento alegado ocurra luego de la entrada en vigor del tratado o de la

⁴⁷⁵ C-CM Jur., ¶ 255.

⁴⁷⁶ C-Dúp. Jur., ¶¶ 142-143.

⁴⁷⁷ C-CM Jur., ¶ 256.

⁴⁷⁸ C-CM Jur., ¶ 261, que cita a **CL-0085**, *Tecmed*, ¶ 68.

⁴⁷⁹ C-CM Jur., ¶ 258, que cita a **RL-0032**, *Grand River*, ¶ 86, que cita a *The Electricity Company of Sofia c. Bulgaria*, CPJI Series A/B Fascicule No. 77, Decisión sobre las Excepciones Preliminares, 4 de abril de 1939, pág. 82.

⁴⁸⁰ C-CM Jur., ¶ 259, que cita a **CL-0172**, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon of Delaware, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 (“*Bilcon*”), ¶¶ 262-266, 282.

adquisición de la inversión por parte del inversionista⁴⁸¹. Lo que importa es que el incumplimiento alegado sea oportuno en sí mismo. En referencia a *Tecmed*, la Demandante arguye que “[e]l período de limitación no iniciaría sino hasta ‘el punto de consumación de la conducta abarcando y dando un sentido global a tales actos’”⁴⁸². La Demandante sostiene, invocando a *Renée Rose Levy*, que “la fecha crítica es en la cual el Estado adopta la medida disputada, aun cuando la medida representa la culminación de un proceso o una secuencia de eventos que puedan haber empezado años atrás. Es común que hayan divergencias o desacuerdos durante un tiempo antes de que finalmente se ‘materialicen’ en una medida que de hecho afecte los derechos del tratado del inversionista”⁴⁸³.

323. En segundo lugar, no hay fundamento en el argumento de Costa Rica de que, en los casos involucrando medidas que convierten en definitivas las medidas anteriores, la primera medida es aquella que materializa el incumplimiento. Según la Demandante, “[u]n presunto incumplimiento que hace que una medida anterior sea definitiva es aún un incumplimiento distinto” y “[e]l incumplimiento se materializa con la medida que hace sus efectos definitivos”⁴⁸⁴. La Demandante arguye, invocando a *Apotex*, que “[l]os procesos judiciales [...] pueden formar la base de una demanda dentro del lapso, aun si ellos afirman el resultado de una medida previa y prescrita”⁴⁸⁵. Agrega, invocando a *Mondev*, que los plazos de prescripción comienzan a correr sólo luego de la emisión de la decisión judicial que desestima finalmente los derechos del demandante⁴⁸⁶. Tal como fue confirmado en *Corona*, únicamente puede impugnarse aquel incumplimiento final y cristizador, y es dicho incumplimiento el que debe estar comprendido dentro del plazo de prescripción⁴⁸⁷.
324. De forma contraria a las afirmaciones de la Demandada, la decisión en instancia de apelación que ratifica y hace que la sentencia de una instancia inferior sea definitiva, puede considerarse como una medida distinta que da origen a un incumplimiento independiente⁴⁸⁸. Los casos que la Demandada pretende invocar son diferenciables (*Sistem*) o no respaldan su caso (*Apotex*, *Feldman*, *Grand River*). En efecto, en la

⁴⁸¹ C-CM Jur., ¶ 260, que cita a **RL-0099**, *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007 (“*M.C.I.*”), ¶ 136; **CL-0056**, *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000 (“*Maffezini*”), ¶¶ 95-98; **CL-0157**, *Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Segunda Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 18 de mayo de 2010 (“*RDC, Jurisdicción*”), ¶¶ 118, 129-132; **CL-0153**, *Philip Morris Asia Limited c. Australia*, CNUDMI, Caso CPA No. 2012-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015 (“*Philip Morris*”), ¶¶ 529-534.

⁴⁸² C-CM Jur., ¶ 261, que cita a **CL-0085**, *Tecmed*, ¶ 74.

⁴⁸³ C-CM Jur., ¶ 261, que cita a **CL-0158**, *Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/11/17, Laudo, 9 de enero de 2015 (“*Renée Rose Levy*”), ¶¶ 149-150, 161.

⁴⁸⁴ C-CM Jur., ¶ 262.

⁴⁸⁵ C-CM Jur., ¶ 263, que cita a **RL-0020**, *Apotex*, ¶¶ 317, 333-334.

⁴⁸⁶ C-CM Jur., ¶ 264, que cita a **CL-0062**, *Mondev*, ¶¶ 70,87.

⁴⁸⁷ C-CM Jur., ¶¶ 268-269.

⁴⁸⁸ C-CM Jur., ¶ 266, que cita a **CL-0075**, *Rumeli*, ¶¶ 705-706.

mayoría de estos casos, la medida materializando el incumplimiento precedió a la prórroga del plazo de prescripción, y el demandante fabricó una impugnación subsiguiente a dicha medida a pesar de la inexistencia de otros derechos procesales conforme al derecho local⁴⁸⁹:

- a. En *Sistem* no surgió la cuestión sobre si la decisión de apelación equivalía a un incumplimiento independiente del tratado, lo cual hace que este caso sea irrelevante para decidir sobre dicha cuestión⁴⁹⁰.
 - b. En *Apotex*, si bien el tribunal declinó jurisdicción sobre una medida prescrita debido a que el demandante había iniciado un litigio adicional para impugnarla, dicho tribunal asumió jurisdicción sobre las reclamaciones derivadas de las decisiones judiciales definitivas en instancia de apelación en sí mismas⁴⁹¹. De aplicarse el razonamiento del tribunal, la reclamación directa en contra de la Sentencia del TCA de 2010 estaría prescrita, pero la reclamación fundada en la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no lo estaría⁴⁹².
 - c. *Feldman y Grand River* son irrelevantes ya que se fundan en el planteamiento de que el término de prescripción no puede ser suspendido ni prorrogado; sin embargo, en el presente caso, “Infinito no requiere de ninguna suspensión o prolongación porque los incumplimientos *alegados por éste*, ocurrieron dentro del período de limitación de tres años”⁴⁹³.
 - d. De forma contraria a las alegaciones de la Demandada, *Mondev* no sugiere que las decisiones de apelación representan el fracaso en subsanar incumplimientos previos, en vez de incumplimientos nuevos. Por el contrario, da soporte a la premisa de que, para que sean impugnadas exitosamente, las decisiones judiciales deben de manera independiente dar origen a incumplimientos susceptibles de ser recurridos, hecho que la Demandante no controvierte. En efecto, el tribunal en *Mondev* sí asumió jurisdicción sobre las impugnaciones a medidas judiciales⁴⁹⁴.
325. En el presente caso, todas las medidas impugnadas por Infinito constituyen incumplimientos nuevos e independientes. Todos ellos son actos positivos por parte del Gobierno de Costa Rica que son distintos de la Sentencia del TCA de 2010 y que no caen por fuera del plazo de prescripción⁴⁹⁵:

⁴⁸⁹ C-Dúp. Jur., ¶ 157, que cita a **RL-0075**, *ST-AD*; **CL-0130**, *Corona*; y **RL-0162**, *Vieira*.

⁴⁹⁰ C-CM Jur., ¶ 265, que cita a **CL-0082**, *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. c. Kirguistán*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo, 9 de septiembre de 2009 (“*Sistem*”), ¶ 128.

⁴⁹¹ C-CM Jur., ¶ 267, que cita a **RL-0020**, *Apotex*, ¶ 333.

⁴⁹² C-Dúp. Jur., ¶¶ 145-146 que cita a **RL-0020**, *Apotex*, ¶¶ 333-337.

⁴⁹³ C-CM Jur., ¶ 267 (énfasis en el original), que cita a **RL-0013**, *Feldman*, ¶¶ 179-180; **RL-0032**, *Grand River*, ¶ 86.

⁴⁹⁴ C-Dúp. Jur., ¶ 147, que cita a **CL-0062**, *Mondev*, ¶¶ 75, 87.

⁴⁹⁵ C-CM Jur., ¶ 270.

- a. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 confirmó la Sentencia del TCA de 2010 aplicando la Moratoria de 2002 a la Concesión de 2008 y a otras aprobaciones del proyecto, a pesar de que tenía la facultad de revocarla y, de tal forma, hizo que la anulación de la Concesión y otras aprobaciones se tornasen en definitivas e irreversibles.
 - b. La Resolución del MINAE de 2012 fue incluso más allá: extinguió todos los derechos mineros de Infinito, no sólo aquellos anulados por la Sala Administrativa.
 - c. A través de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, otra sala de la Corte Suprema se negó a analizar la Sentencia del TCA de 2010 con base en causales procesales.
 - d. Por último, la Moratoria Legislativa de 2011 impidió que Infinito se postulara para una nueva concesión y otras autorizaciones.
326. En tercer lugar, la Demandante niega que el plazo de prescripción se inicie desde la fecha en la cual los derechos de Infinito se vieron afectados, incluso si dicho perjuicio no era cierto, tal como sugiere la Demandada⁴⁹⁶. Esta interpretación es contraria al llano sentido del Artículo XII(3)(c), en virtud del cual el plazo de prescripción no puede comenzar antes de que el inversionista tenga conocimiento del incumplimiento alegado. Ello significa que el incumplimiento debe haber tenido lugar previamente, y cualquier otro denominado “perjuicio” que sea anterior a dicha fecha resulta irrelevante. La Demandante alega, invocando a *Renée Rose Levy*, que “[l]os acontecimientos que puedan dar lugar a incumplimientos ulteriores, permanentes o que supongan posibles incumplimientos futuros no constituyen incumplimientos en absoluto conforme al TBI”⁴⁹⁷.
327. Asimismo, el argumento de Costa Rica es contrario al contexto del Artículo XII(3)(c), ya que ciertas disposiciones del TBI (tales como las que versan sobre expropiación) sólo pueden ser activadas por la acción irreversible del Estado⁴⁹⁸. Además, tal como se explica en la Sección IV.C.4.a(ii) *supra*, cuando la medida es una medida judicial, el Artículo XII(3)(d) del TBI le impide al inversionista presentar una reclamación en contra de una decisión que no sea definitiva. Tal y como fue explicado por el abogado de la Demandante durante la Audiencia sobre Jurisdicción:

Y la disposición del Artículo XII(3)(d), que impide tomar medidas con respecto a la cual hubo un Fallo posterior, nos impide presentar reclamaciones con respecto al fallo del TCA. Es por eso que estamos actuando de manera muy coherente con las disposiciones del Tratado Bilateral de Inversión, respetando las disposiciones específicas que

⁴⁹⁶ C-Dúp. Jur., ¶¶ 149-154.

⁴⁹⁷ C-Dúp. Jur., ¶¶ 152-153, que invoca al **CL-0158**, *Renée Rose Levy*, ¶¶ 35-37, 149.

⁴⁹⁸ C-Dúp. Jur., ¶ 152, que cita a **CL-0075**, *Rumeli*, ¶ 795, que indica que el incumplimiento se materializará sólo cuando haya “una expropiación que ha tomado un efecto definitivo e irrevocable”.

acordaron las Partes con respecto a cuándo puede entablarse una reclamación en este caso⁴⁹⁹.

(iii) *Análisis*

328. Conforme al Artículo XII(3)(c) del TBI, el inversionista puede someter la diferencia a arbitraje sólo si “(c) no han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversionista inicialmente tuvo o debió haber tenido conocimiento, de la violación alegada y conocimiento de que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daño”. La Demandada arguye que las reclamaciones de Infinito hacen referencia a medidas prescritas en virtud de dicha disposición, y la Demandante niega esta cuestión.
329. Luego de un cuidadoso análisis de los argumentos de las Partes, el Tribunal pospone la consideración de esta objeción hasta la etapa de fondo. En opinión del Tribunal, el análisis de esta objeción requiere el análisis de cuestiones de hecho y de derecho que están entrelazadas con las cuestiones de fondo.
330. Tal como indica la Demandada, para decidir sobre esta objeción, el Tribunal debe responder las siguientes tres cuestiones: (i) primero, debe identificar la fecha de corte del término de prescripción de tres años; (ii) segundo, debe determinar si la Demandante tenía conocimiento o debería haber tenido conocimiento del incumplimiento o los incumplimientos alegados antes de dicha fecha de corte; y (iii) tercero, debe determinar si la Demandante tenía conocimiento o debería haber tenido conocimiento de que había incurrido en pérdidas o daños con anterioridad a dicha fecha.
331. Respecto de la primera cuestión, las Partes están de acuerdo en que la fecha de corte del plazo de prescripción de tres años es el 6 de febrero de 2011.
332. Respecto de la segunda cuestión, el Tribunal ya ha determinado que debe considerar las reclamaciones de la Demandante tal y como han sido alegadas. Ello significa que debe analizar si la Demandante tenía conocimiento o debería haber tenido conocimiento de los incumplimientos, tal y como son *alegados por la Demandante* con anterioridad a la fecha de corte. La Demandante argumenta que todas las medidas que impugna en el presente arbitraje tuvieron lugar con posterioridad a la fecha de corte. Sin embargo, la Demandada correctamente señala que el Artículo XII(3)(c) exige la identificación de la fecha en la cual la Demandante tuvo conocimiento *por primera vez* del incumplimiento alegado, lo cual en opinión de la Demandada requiere la identificación de la fecha en la cual la Demandante tuvo conocimiento por primera vez de que sus derechos habían sido perjudicados. En opinión de la Demandada, la Demandante tuvo conocimiento por primera vez del perjuicio a sus derechos en la Concesión mediante la Sentencia del TCA de 2010. Sin aceptar dicho argumento en esta etapa, el Tribunal considera que, para determinar el momento en el cual la Demandante tuvo conocimiento por primera vez (o debería haber tenido conocimiento por primera vez) del incumplimiento específico, debe comenzar por la identificación de la fecha en la cual se materializó el incumplimiento alegado. Ello requiere una revisión

⁴⁹⁹ Tr. Día 1 (ESP), 253:1-9 (Sr. Terry).

sustantiva de cada una de las medidas por las cuales se reclama, así como también de las medidas que la Demandada considera están en el centro del caso de la Demandante (en particular, la Sentencia del TCA de 2010). Este análisis se encuentra íntimamente entrelazado con el fondo y, por lo tanto, el Tribunal lo abordará en dicha etapa.

333. Lo mismo ocurre con la tercera cuestión. Para que el Tribunal determine el momento en el cual la Demandante tuvo conocimiento por primera vez (o debería haber tenido conocimiento por primera vez) de que había incurrido en pérdidas o daños, el Tribunal debe identificar en primer lugar la pérdida o el daño alegado, así como el incumplimiento del cual deriva dicha pérdida o daño. En el presente caso, la Demandada argumenta que la causa real de la pérdida o el daño alegado por la Demandante radica en la Sentencia del TCA de 2010 y la Moratoria Ejecutiva de 2010; no en las cuatro medidas identificadas por la Demandante. En consecuencia, el Tribunal necesitará evaluar el expediente probatorio para determinar la pérdida o el daño alegado, su causa, y el momento en el cual la Demandante tuvo conocimiento por primera vez de dicha pérdida o daño. En opinión del Tribunal, este análisis será llevada a cabo de forma más eficiente junto con el fondo, momento para el cual el Tribunal tendrá una perspectiva completa del expediente probatorio.
334. Por las razones precedentes, el Tribunal pospone esta cuestión hasta la etapa de fondo.

c. ¿Son éstos requisitos jurisdiccionales o condiciones de admisibilidad?

(i) *La posición de la Demandante*

335. La Demandada ha formulado sus objeciones conforme al Artículo XII del TBI como objeciones a la jurisdicción. La Demandante objeta que, si bien los incisos (2) y (5) del Artículo XII del TBI contienen el consentimiento a la jurisdicción por parte de Costa Rica, el Artículo XII(3) (sobre el cual se sustentan varias de las objeciones de la Demandada) establece las condiciones de admisibilidad de las reclamaciones⁵⁰⁰. Específicamente, la Demandante sostiene que:
- a. En el Artículo XII(5) del TBI, Costa Rica presta su consentimiento incondicional para someter las diferencias bajo el TBI al arbitraje internacional de conformidad con las disposiciones del Artículo XII⁵⁰¹.
- b. La jurisdicción del Tribunal (es decir, “su facultad para conocer del caso”) se encuentra definida en el Artículo XII(2) del TBI. En el presente caso, se satisfacen los requisitos jurisdiccionales dispuestos en el Artículo XII(2) debido a que “Infinito (i) es un inversionista como se define en el Artículo I del TBI, (ii) reclama daños por medidas surgidas después de la entrada en vigor del TBI, [y] (iii) reclama

⁵⁰⁰ C-CM Jur., ¶¶ 515-521.

⁵⁰¹ C-CM Jur., ¶ 516.

daños surgidos por el incumplimiento al TBI para un[a] inversión en territorio costarricense”⁵⁰².

- c. Por el contrario, el Artículo XII(3) dispone requisitos de admisibilidad, no de jurisdicción. En opinión de la Demandante, los requisitos de admisibilidad se relacionan con “las particularidades de la demanda” en lugar de la facultad del tribunal para conocer del caso⁵⁰³. Al respecto, “el Artículo XII(3) establece [...] requisito[s] de admisibilidad porque provee las condiciones que un inversionista debe cumplir para someter una demanda a arbitraje”⁵⁰⁴. Ello se evidencia en la redacción de la primera parte del Artículo XII(3) (“[u]n inversionista podrá someter una diferencia, según se indica en el párrafo (1), a arbitraje conforme a lo dispuesto en el párrafo (4) solamente si [...]”), y encuentra sustento en el hecho de que, en su lenguaje llano, el Artículo XII(2) no está condicionado ni queda sujeto al cumplimiento del Artículo XII(3)⁵⁰⁵.

336. En consecuencia, la Demandante argumenta que Costa Rica no puede invocar el Artículo XII(3), ni cualquier otra disposición del Artículo XII para alterar su consentimiento al arbitraje⁵⁰⁶. Según la Demandante, el tribunal en *Churchill* rechazó un intento similar por parte de Indonesia de importar un requisito de legalidad a las condiciones del consentimiento⁵⁰⁷.
337. La Demandante alega que la diferenciación entre jurisdicción y admisibilidad es relevante porque los tribunales han resuelto de forma consistente que las cláusulas de NMF pueden utilizarse para importar requisitos de admisibilidad más favorables de otros tratados bilaterales de inversión⁵⁰⁸. En el caso que nos ocupa, puesto que las

⁵⁰² C-CM Jur., ¶ 516.

⁵⁰³ C-CM Jur., ¶¶ 516, 519.

⁵⁰⁴ C-CM Jur., ¶ 519 (énfasis en el original).

⁵⁰⁵ C-CM Jur., ¶ 516.

⁵⁰⁶ C-CM Jur., ¶ 518.

⁵⁰⁷ C-CM Jur., ¶ 517, que cita a **RL-0128**, *Churchill Mining Plc c. República de Indonesia*, Caso CIADI Nos. ARB/12/14 y 12/40, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de febrero de 2014 (“*Churchill Mining*”), ¶¶ 158, 174.

⁵⁰⁸ C-CM Jur., ¶¶ 522-524 que cita, *inter alia*, a **CL-0047**, *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011 (“*Impregilo II*”), ¶¶ 98-108; **CL-0211**, *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006 (“*AWG Group*”), ¶¶ 62-63; **CL-0064**, *National Grid P.L.C. c. La República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 20 de junio de 2006 (“*National Grid*”), ¶¶ 93-94; **L-0084**, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales de Aguas S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de mayo de 2006 (“*Suez*”), ¶ 66; **CL-0041**, *Gas Natural SDG, S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre Preguntas Preliminares sobre la Jurisdicción, 17 de junio de 2005 (“*Gas Natural*”), ¶ 31; **CL-0080**, *Siemens*, ¶¶ 102, 120; **CL-0086**, *Teinver S.A., Transportes de Cercañas S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Decisión sobre Jurisdicción, 21 de diciembre de 2012 (“*Teinver*”), ¶ 172; **CL-0056**, *Maffezini*, ¶ 64; **CL-0138**, *Ethyl Corporation c. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998 (“*Ethyl*”), ¶¶ 79-91; **CL-0083**, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA y Terra Raf Trans Trading Ltd. c. Kazajstán*, Caso No. 1:14 cv-00175-ABJ, Laudo, 19 de diciembre de 2013 (“*Stati*”), ¶ 829.

pre-condiciones del arbitraje establecidas en el Artículo XII(3) son condiciones de admisibilidad, puede prescindirse de ellas en aplicación de la disposición de NMF contemplada en el Artículo IV⁵⁰⁹.

(ii) *La posición de la Demandada*

338. La Demandada rechaza de forma categórica esta interpretación. Según Costa Rica, los requisitos contemplados en el Artículo XII(3) constituyen límites obligatorios al consentimiento al arbitraje por parte de Costa Rica⁵¹⁰. El plazo de prescripción de tres años y la prohibición de reclamaciones relativas a medidas ya resueltas por un tribunal de Costa Rica “no son simples obstáculos que deba superar la Demandante para poder iniciar el arbitraje, como el recurso previo obligatorio a los tribunales locales”; “[m]ás bien, los requisitos que impone el Artículo XII(3) son condiciones estrictas cuyo incumplimiento provoca que la reclamación de la Demandante no pueda ser objeto de arbitraje”⁵¹¹. No hay fundamento alguno para suponer que se pueda atenuar o ignorar estas condiciones, ni que se pueda subsanar cualquier defecto en ese aspecto.
339. En opinión de la Demandada, los términos “solamente si” utilizados en el Artículo XII(3) “no dejan lugar a dudas en cuanto al carácter jurisdiccional de la disposición”⁵¹². Además, el “consentimiento incondicional” de Costa Rica al arbitraje contenido en el Artículo XII(5) indica de forma expresa que se presta “de acuerdo con lo dispuesto en este Artículo [Artículo XII]”. En consecuencia, debe comprenderse que dicho consentimiento incondicional depende de la satisfacción de los requisitos del Artículo XII(3)⁵¹³. Citando a la CIJ en el caso *Actividades Armadas en el Territorio del Congo*, la Demandada sostiene que cuando se expresa el consentimiento a la jurisdicción en una cláusula compromisoria, cualquier condición a la que dicho consentimiento se encuentre sujeto constituirá un límite de la jurisdicción, y no una condición a la admisibilidad⁵¹⁴. La Demandada argumenta, citando a la CIJ y a la decisión en *ICS Inspection and Control*, que el consentimiento a la jurisdicción debe ser indiscutible y no puede suponerse, y que la carga de la prueba recae en la Demandante⁵¹⁵.
340. En cualquier caso, la Demandada niega que las cláusulas de NMF puedan utilizarse para importar los requisitos de admisibilidad más favorables de otros tratados

⁵⁰⁹ C-CM Jur., ¶ 524.

⁵¹⁰ R-Rép. Jur., ¶ 283.

⁵¹¹ R-Rép. Jur., ¶ 283.

⁵¹² R-Rép. Jur., ¶ 284.

⁵¹³ R-Rép. Jur., ¶ 284.

⁵¹⁴ R-Rép. Jur., ¶ 285, que cita a **RL-0150**, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, 2006 Informes de la C.I.J., Sentencia, 3 de febrero de 2006, ¶ 88.

⁵¹⁵ R-Rép. Jur., ¶¶ 286-287, que cita, *inter alia*, **RL-0140**, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti c. Francia)*, 2008 Informes de la C.I.J., Sentencia, 4 de junio de 2008, pág. 204, ¶ 62; y **RL-0048**, *ICS Inspection and Control c. La República Argentina*, Caso CPA No. 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción, 10 de febrero de 2012, ¶ 280 (“*ICS Inspection and Control*”).

bilaterales de inversión, tal como alega la Demandante⁵¹⁶. Invocando a *Plama* “una disposición de NMF del tratado de base no incorpora por referencia total o parcialmente las disposiciones sobre solución de controversias previstas en otro tratado, a menos que la cláusula NMF del tratado de base no deje lugar a dudas de que era intención de las Partes Contratantes incorporarlas”, hecho que no ocurre en el presente caso⁵¹⁷.

(iii) *Análisis*

341. Las Partes discuten si los requisitos establecidos en el Artículo XII(3) son de carácter jurisdiccional o hacen referencia a la admisibilidad de las reclamaciones.
342. El Tribunal señala que la discrepancia entre las Partes es relevante solamente si el Tribunal resuelve acoger al menos una de las objeciones fundada en esta disposición. En opinión de la Demandante, incluso si el Tribunal concluyera que no se cumplió con uno de los requisitos del Artículo XII(3), podría prescindirse de los mismos en virtud cláusula de NMF contemplada en el Artículo IV del TBI, dado que dichos requisitos responden a la admisibilidad de las reclamaciones y no a la jurisdicción del Tribunal.
343. La Demandada plantea dos objeciones fundadas en esta disposición: una basada en el Artículo XII(3)(c), y otra basada en el Artículo XII(3)(d). El Tribunal ha resuelto que se ha dado cumplimiento al requisito dispuesto en el Artículo XII(3)(d), por lo tanto, la determinación de si dicho requisito es de carácter jurisdiccional o de admisibilidad no tiene consecuencia alguna. Respecto de la excepción de la Demandada de que las reclamaciones están prescritas conforme al Artículo XII(3)(c), el Tribunal ha pospuesto la consideración de esta cuestión a la etapa de fondo. En consecuencia, el Tribunal analizará la cuestión de si el requisito es jurisdiccional o de admisibilidad durante la etapa de fondo en caso de que ello resultara relevante, a saber, si el Tribunal considerase que no se cumplió con el requisito y se acogiese la objeción planteada por Costa Rica.

5. Otras objeciones

a. ¿Se encuentran las reclamaciones comprendidas dentro de la exclusión contenida en el Anexo I, Sección III(1) del TBI?

344. El Anexo I, Sección III(1) del TBI dispone lo siguiente:

III. Excepciones y Exenciones Generales:

1. Nada de lo dispuesto en este Acuerdo se interpretará de forma [que] impida a una Parte Contratante adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida que sea consistente con este Acuerdo y que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se emprenda de manera sensible a los intereses ambientales.

⁵¹⁶ R-Rép. Jur., ¶ 329, que cita a **RL-0070**, *Wintershall*; **RL-0048**, *ICS Inspection and Control*, y **RL-0056**, *Kiliç n aat thalat hracat Sanayi ve Ticaret Anonim irketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI No ARB/10/01, Laudo, 2 de julio de 2013 (“*Kiliç*”).

⁵¹⁷ R-Rép. Jur., ¶ 330, que cita a **RL-0068**, *Plama*, ¶ 223.

(i) *La posición de la Demandada*

345. Según la Demandada, “los actos judiciales, ejecutivos y administrativos cuestionados en el presente arbitraje se limitan a mantener y hacer cumplir medidas ambientales preexistentes y, por consiguiente, quedan excluidos por el punto III(1) del Anexo I del TBI, en combinación con las demás limitaciones a la competencia que impone el TBI”⁵¹⁸.
346. La Demandada parece reconocer que, en tanto esta disposición requiere que las medidas “sean consistentes” con el TBI, podría alegarse que se trata de un asunto para la etapa de fondo. Sin embargo, la Demandada sostiene asimismo que el Tribunal no goza de competencia para considerar si estas medidas, las cuales son anteriores al 6 de febrero de 2011 (es decir, la fecha de corte a propósito del término de prescripción), son consistentes con el TBI. “Así pues, siempre que esas medidas tengan motivaciones ambientales, el texto del punto III del Anexo I prohíbe impugnar cualquier acto del Estado por el que se adopte, mantenga o haga cumplir una medida ambiental preexistente tal”⁵¹⁹.
347. Tal como se explica en secciones anteriores, la Demandada sostiene que las medidas *reales* que se impugnan son anteriores a la fecha de corte, mientras que las medidas impugnadas *formalmente* por la Demandante simplemente adoptan, mantienen, o ejecutan dichas medidas preexistentes. En tanto todas estas medidas (preexistentes o no) fueron motivadas por consideraciones ambientales, la Demandada alega que quedan excluidas por el Anexo I, Sección III(1) del TBI⁵²⁰.
348. Específicamente, invocando el informe pericial del Dr. Ubico, la Demandada alega que cada uno de los actos impugnados en el presente arbitraje simplemente mantienen y/o ejecutan medidas ambientales preexistentes⁵²¹:
- a. La Sentencia del TCA de 2010 que anuló la Concesión de 2008 dio cumplimiento a la Moratoria de 2002 así como a la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004, ambas dictadas en razón de consideraciones ambientales. Además, la propia Sentencia del TCA de 2010 está motivada por consideraciones ambientales, y, por lo tanto, constituye así mismo de una medida ambiental.
 - b. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 simplemente mantuvieron la Sentencia del TCA de 2010, preservando esencialmente el *statu quo ante*.
 - c. La Resolución del MINAE de 2012 dio cumplimiento a la Sentencia del TCA de 2010, sin ir más allá de ella.

⁵¹⁸ R-Mem. Jur., ¶ 201.

⁵¹⁹ R-Mem. Jur., ¶ 199.

⁵²⁰ R-Mem. Jur., ¶¶ 199-201.

⁵²¹ R-Mem. Jur., ¶ 200; RER-Ubico 1, ¶ 139.

- d. La Moratoria Legislativa de 2011 mantuvo e hizo cumplir la Moratoria Ejecutiva de 2010, que ya se encontraba en vigor en virtud de los Decretos de Moratoria preexistentes de Arias y Chinchilla. Según la Demandada, la Moratoria Legislativa de 2011 no fue más allá del alcance de estos decretos.

(ii) *La posición de la Demandante*

349. La Demandante niega que sus reclamaciones queden excluidas por el Anexo I, Sección III(1) del TBI. Esta disposición no constituye una defensa para los incumplimientos del TBI de la Demandada, sólo es aplicable a medidas ambientales que sean por lo demás consistentes con el TBI, y no altera ni anula obligaciones sustantivas del tratado. Esto significa que la Demandada no puede invocar esta disposición como defensa respecto de medidas que efectivamente violan el TBI. En consecuencia, la Demandante sostiene que “la disposición es irrelevante para la determinación por parte del Tribunal del fondo de las demandas de Infinito”⁵²².
350. Esta interpretación, sostiene Demandante, es consistente con el sentido llano de los términos “consistente con este Acuerdo”, y ha sido confirmada tanto por doctrinantes como por tribunales⁵²³. Esto no significa que la disposición carezca de efectividad o que esté desprovista de significado, en tanto confirma el derecho del Estado de sancionar los incumplimientos a su legislación ambiental de una manera que no sea inconsistente con el TBI⁵²⁴. Por el contrario, la interpretación de la Demandada tornaría carentes de significado los términos “que sea consistente con este Acuerdo”. La Demandante observa asimismo que estos términos no se encuentran presentes en otras excepciones del Anexo I, Sección III⁵²⁵.
351. La Demandante sostiene además que es infundado el intento de la Demandada de vincular al Anexo I, Sección III(1) del TBI con el período de prescripción en virtud del Artículo XII(3)(c). La redacción “que sea consistente con este Acuerdo” no solo es aplicable a nuevas medidas que se “adopten,” sino también a medidas que “mantienen” o “hacen cumplir” una medida anterior. En cualquier caso, el período de prescripción es irrelevante, en tanto solo excluye las reclamaciones relacionadas con

⁵²² C-CM Jur., ¶ 273.

⁵²³ C-CM Jur., ¶¶ 278-281, que cita a **CL-0195**, T. Weiler, “A First Look at the Interim Merits Award in *S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection*” (2001); **CL-0185**, L. Johnson & L. Sachs, “*International Investment Agreements, 2011-2012: A Review of Trends and New Approaches*” en Andrea Bjorklund, ed, *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013* (Oxford: Oxford University Press, 2014); **CL-0190**, S. H. Nikièma, “*Best Practices: Indirect Expropriation*” (Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2012); **CL-0126**, *Chemtura Corporation (anteriormente Crompton Corporation) c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Memorial de Contestación de la Demandada, 20 de octubre de 2008; **CL-0078**, *S.D. Myers c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (“*S.D. Myers*”); **RL-0105**, *Glamis; CL-0150*, *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Laudo, 20 de febrero de 2015 (“*Mobil*”); y otros.

⁵²⁴ C-CM Jur., ¶ 281, que cita a **RL-0104**, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanato de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (“*Hamadi*”), ¶ 340, 390, 445.

⁵²⁵ C-CM Jur., ¶ 282.

incumplimientos o pérdidas de las que se tuvo conocimiento más de tres años antes de que se incoara la reclamación; no excluye a las reclamaciones por incumplimientos o pérdidas de las que se tuvo conocimiento dentro de ese período, aun si dichos incumplimientos se basan en una medida que “adopta” o “mantiene” una medida anterior⁵²⁶.

352. En cualquier caso, la Demandante niega que la anulación de su Concesión y otras aprobaciones del proyecto estuvieran motivadas por razones ambientales *bona fine*. Las pruebas demuestran que los derechos de la Demandante se anularon por razones técnicas y administrativas⁵²⁷.
353. En este sentido, invocando *Metalclad*, la Demandante sostiene que la excepción de medidas ambientales contenida en el Artículo 1114 del TLCAN (en el que se basa el Anexo I, Sección III(1) del TBI) no es aplicable cuando las autoridades competentes del Estado receptor han determinado anteriormente que el proyecto es ambientalmente viable⁵²⁸, como ocurre en el presente caso. En efecto, la Demandante hace hincapié en que las autoridades competentes de Costa Rica determinaron que el Proyecto Las Crucitas era ambientalmente viable:
- a. La SETENA, el órgano nacional costarricense encargado de las aprobaciones ambientales, aprobó los Estudios de Impacto Ambiental para el Proyecto Las Crucitas y declaró al proyecto como ambientalmente viable⁵²⁹.
 - b. El SINAC, el sistema nacional de áreas de conservación, aprobó el permiso de cambio de uso de tierras a Industrias Infinito permitiéndole talar árboles⁵³⁰.
 - c. El SINAC, la SETENA, y el Fiscal General de Costa Rica, defendieron las aprobaciones del Proyecto Las Crucitas ante la Sala Constitucional, argumentando que era ambientalmente viable y conforme con el derecho constitucional de Costa Rica a un medio ambiente saludable y ecológicamente equilibrado⁵³¹.
 - d. La Sala Constitucional (que es el tribunal competente con jurisdicción sobre la protección ambiental) emitió un fallo detallado “analizando de manera exhaustiva los efectos ambientales del Proyecto Las Crucitas y determinando

⁵²⁶ C-CM Jur., ¶¶ 284-285.

⁵²⁷ C-CM Jur., ¶¶ 286-292.

⁵²⁸ C-CM Jur., ¶ 287, que cita a **CL-0058**, *Metalclad*, ¶¶ 97-98; y **CL-0167**, *Los Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, 14 B.L.R., ¶ 104.

⁵²⁹ C-CM Jur., ¶ 288(a); **C-0134**, Resolución No. 3638-2005-SETENA (12 de diciembre de 2005).

⁵³⁰ C-CM Jur., ¶ 288(b); **C-0187**, SINAC-AL-428-2008 (20 de agosto de 2008).

⁵³¹ C-CM Jur., ¶ 288(c); **C-0245**, Expediente No. 08-12821027-CA, Presentaciones del SINAC ante la Corte Suprema de Justicia (Sala I) (17 de enero de 2011).

[concluyentemente] que el proyecto no planteó una amenaza al medio ambiente”⁵³².

354. Además, según la Demandante, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no se basó en consideraciones ambientales, sino en la aplicación técnica de la Moratoria de 2002 en un momento en que la moratoria había sido derogada. Específicamente⁵³³:
- a. La Moratoria de 2002 no podría representar una consideración ambiental real teniendo en cuenta que fue derogada por el Gobierno. En efecto, tal como reconociera la Sala Administrativa, si se hubiera emitido la Concesión dos semanas más tarde no se habría suscitado problema alguno con su validez.
 - b. Además, la Moratoria de 2002 no se aplicó a proyectos con derechos adquiridos. Efectivamente, bajo la misma administración que aprobó la Moratoria de 2002, la SETENA aprobó el EIA para el proyecto.
 - c. Además, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no se basó en un análisis de viabilidad ambiental. Por el contrario, se basó en un análisis técnico del principio de conversión utilizado para restablecer la Concesión del proyecto. Esto queda confirmado por el hecho de que la SETENA, el SINAC y el Fiscal General apelaron la Sentencia del TCA de 2010, resaltando la viabilidad ambiental del proyecto.

(iii) *Análisis*

355. Antes de emprender un análisis de esta excepción, el Tribunal debe determinar si es el momento adecuado para hacerlo.
356. Aunque la Demandada parece reconocer que las cuestiones derivadas del Anexo I, Sección III(1) del TBI podrían ser cuestiones de fondo⁵³⁴, sostiene que el asunto es uno de jurisdicción o, posiblemente, de admisibilidad, o al menos relativo a una pregunta básica. Tal como lo explicara la Demandada durante la Audiencia sobre Jurisdicción:

Así que, uno puede llamarla jurisdiccional, uno puede llamarla admisibilidad o cualquier otra cosa, pero se trata de una pregunta básica que desecha la reclamación porque si nada de lo dispuesto en el TBI se interpretará de forma que impida a Costa Rica hacerlo, entonces no hay nada de qué hablar⁵³⁵.

⁵³² C-CM Jur., ¶ 288(d); **C-0225**, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010).

⁵³³ C-CM Jur., ¶¶ 290-291, **C-0261**, Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011); **C-0080**, Decreto Ejecutivo No. 30477-MINAE (12 de junio de 2002), **C-0247**, Expediente No. 08-1282-1027-CA, Presentaciones del Estado ante la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia (18 de enero de 2011).

⁵³⁴ R-Mem. Jur., ¶ 199.

⁵³⁵ Tr. Día 1 (ESP), 174:6-11 (Sr. Evseev).

357. Por el contrario, la posición de la Demandante parece ser que las cuestiones planteadas por el Anexo I, Sección III(1) del TBI corresponden a la etapa de fondo. En efecto, su posición inicial es que esta disposición es irrelevante⁵³⁶. Sin embargo, invocando el caso *Tamimi*, parece reconocer que, de plantearse el tema, este debería ser tratado en la etapa de fondo⁵³⁷.
358. El Tribunal considera que cualquier excepción por parte de la Demandada basada en el Anexo I, Sección III(1) del TBI es una cuestión de fondo. Tal como es evidente del lenguaje llano citado *supra*, esta disposición establece las directrices respecto del contenido de medidas que pueda adoptar, mantener, o hacer cumplir el Estado receptor. No se relaciona con el consentimiento del Estado a someter una diferencia a arbitraje, ni tampoco con si una reclamación puede ser considerada o no; se relaciona con determinar si una medida particular ha incumplido o no el TBI. En consecuencia, no puede considerarse una cuestión de jurisdicción o admisibilidad; debe considerarse debidamente como una cuestión para la etapa de fondo.
359. Por consiguiente, el Tribunal posterga esta cuestión para la etapa de fondo.

6. ¿Puede invocar Infinito la Cláusula NMF del TBI?

360. Tal como se analiza *supra*, la Demandante alega que se han cumplido todas las condiciones previas establecidas en el Artículo XII(3) del TBI⁵³⁸. Subsidiariamente, sostiene que dichas estas condiciones previas no son aplicables por operación de la cláusula NMF en el Artículo IV del TBI, y que, en consecuencia, Infinito tiene derecho a beneficiarse de la ausencia más favorable de condiciones previas en los tratados bilaterales de inversión de Costa Rica con Taiwán y Corea⁵³⁹. La Demandada niega que la Demandante pueda invocar la cláusula NMF del TBI a efectos de evitar las limitaciones jurisdiccionales del TBI o de ampliar el alcance del consentimiento de Costa Rica al arbitraje⁵⁴⁰.
361. El Tribunal ya ha determinado que se han cumplido las condiciones previas establecidas en el Artículo XII(3)(a), (b) y (d). Por consiguiente, puede prescindir de analizar el argumento subsidiario de la Demandante respecto de dichas condiciones previas.
362. En cuanto a la condición previa establecida en el Artículo XII(3)(c) (a saber, si las reclamaciones se encuentran prescritas), el Tribunal ha diferido este asunto para el fondo de la cuestión. Por lo tanto, si fuere necesario, abordará el argumento de NMF de la Demandante y demás objeciones relacionadas de la Demandada en la etapa de fondo.

⁵³⁶ C-CM Jur., ¶ 273.

⁵³⁷ Tr. Día 1 (ESP), 347:15-348:17 (Sr. Lax).

⁵³⁸ C-Mem. Fondo, ¶¶ 231-236.

⁵³⁹ C-Mem. Fondo, ¶¶ 237-244; C-CM. Jur., ¶¶ 486-531; C-Dúp. Jur., ¶¶ 374-407.

⁵⁴⁰ R-Mem. Jur., ¶¶ 324-358; R-Rej. Jur., ¶¶ 278-331.

V. COSTAS

363. El Tribunal pospone su análisis de los escritos sobre costas de las Partes para la fase de fondo.

VI. DECISIÓN

364. Por los motivos esgrimidos *supra*, el Tribunal:

- a. Une a la fase de fondo las objeciones jurisdiccionales de la Demandada en virtud del Artículo XII(3)(c); en virtud de Anexo I, Sección III(1); y en virtud del Artículo IV del TBI; así como la determinación de si la inversión de la Demandante cumple con el Artículo I(g) del TBI.
- b. Rechaza las demás objeciones preliminares de la Demandada.
- c. Declara que adoptará las medidas necesarias para la continuación del procedimiento hacia la fase de fondo mediante una resolución procesal que se emitirá previa consulta con las Partes.
- d. Reserva para una decisión ulterior su decisión en materia de costas.

[Firmado]

Profesor Bernard Hanotiau
Árbitro

[Firmado]

Profesora Brigitte Stern
Árbitro

[Firmado]

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidente