

**CONCERNIENTE A LA CAUSA RELATIVA A UN ARBITRAJE AL AMPARO DEL**

**TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LOS GOBIERNOS DE  
CENTROAMÉRICA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, Y EL  
REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI DE 2010**

**ENTRE:**

**DAVID R. AVEN, SAMUEL D. AVEN, CAROLYN J. PARK, ERIC A. PARK, JEFFREY  
S. SHIOLENO, DAVID A. JANNEY Y ROGER RAGUSO (Estados Unidos de América)**

**(Demandantes)**

**c.**

**REPÚBLICA DE COSTA RICA**

**(Demandada)**

---

**ESCRITO DE LAS DEMANDANTES POSTERIOR A LA AUDIENCIA**

---

**Abogados de las Demandantes**

**George Burn, Louise Woods y  
Alexander Slade**  
Vinson & Elkins RLLP  
20 Fenchurch Street  
Londres EC3M 3BY  
Reino Unido

**Todd Weiler**  
#19 – 2014 Valleyrun Blvd.  
Londres, Ontario  
N6G 5N8  
Canadá

**V&E**

## ÍNDICE

Página

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN Y ALCANCE DEL ESCRITO DE LAS DEMANDANTES POSTERIOR A LA AUDIENCIA .....</b>	<b>1</b>
	A. Introducción .....	1
	B. Sobre lo que trata efectivamente este caso .....	2
<b>II.</b>	<b>RESUMEN DE LAS PRUEBAS .....</b>	<b>21</b>
	A. Testigos de los hechos .....	21
	B. Testigos expertos .....	36
<b>III.</b>	<b>LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DEL ARTÍCULO 10.5 Y ANEXO 10-B DEL DR-CAFTA .....</b>	<b>45</b>
	A. La relevancia del derecho municipal .....	50
	B. Relevancia de consideraciones arbitrales previas sobre disposiciones idénticas encontradas en otros tratados sobre la base del modelo estadounidense .....	52
	C. Relevancia de otras disposiciones del DR-CAFTA.....	54
	D. La relevancia de otras normas internacionales .....	57
	E. Las declaraciones de los Estados Unidos sobre la interpretación del artículo 10.5 y el Anexo 10-B.....	59
<b>IV.</b>	<b>EL TRIBUNAL TIENE COMPETENCIA JURISDICCIONAL PARA CONOCER LOS RECLAMOS DE LAS DEMANDANTES .....</b>	<b>66</b>
	A. La inversión .....	66
	B. Artículo 47 de la Ley de la ZMT .....	70
<b>V.</b>	<b>ADMISIBILIDAD.....</b>	<b>72</b>
	A. Los argumentos de "ilegalidad" de la Demandada .....	72
	B. El argumento de la Demandada de agotamiento de los recursos locales.....	75
<b>VI.</b>	<b>EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA DEMANDADA DEL ARTÍCULO 10.5.....</b>	<b>81</b>
	A. La Demandada incumplió el artículo 10.5 del DR-CAFTA al frustrar las expectativas legítimas de las Demandantes de que la Demandada aplicaría su normativa legal de buena fe .....	81
	B. La Fiscalía incumplió sus deberes con las Demandantes .....	121
<b>VII.</b>	<b>EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA DEMANDADA DEL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS .....</b>	<b>147</b>
	A. El aparente desconocimiento por parte de la Demandada de sus obligaciones de protección y seguridad con arreglo al derecho internacional consuetudinario .....	148
	B. La negativa de la Demandada de cooperar con el Sr. Aven para permitirle regresar al país y comparecer en un nuevo juicio .....	149

## ÍNDICE (continuación)

Página

<b>VIII. LA DESESPERADA ESTRATEGIA DE DEFENSA DE LA DEMANDADA .....</b>	<b>151</b>
A. Las alegaciones infundadas de la Demandada con respecto a la nacionalidad del Sr. David Aven no son creíbles.....	151
B. Las alegaciones <i>post-hoc</i> de la Demandada sobre ilegalidades se basan en interpretaciones incorrectas de los hechos y la ley de CR .....	154
C. La defensa errónea de la Demandada basada en el reclamo por la supuesta denegación de justicia de las Demandantes. ....	231
D. La denominada reconvenición de la Demandada .....	234
<b>IX. NO HAY HUMEDALES EN LAS OLAS.....</b>	<b>236</b>
A. Al basar sus argumentos en las condiciones del sitio de Las Olas en 2016, la Demandada relega a un segundo plano las evaluaciones ambientales pertinentes. ....	236
B. La falta de pruebas de la presencia de humedales en el sitio en el momento relevante .....	245
C. La pobre estrategia de confundir las condiciones del sitio en 2016 con las condiciones en 2008 o 2011 no es de ayuda para la Demandada, y debe ser rechazada de plano. ....	253
<b>X. TITULARIDAD .....</b>	<b>281</b>
<b>XI. LA RESPONSABILIDAD DE LA DEMANDADA POR LOS DAÑOS. ....</b>	<b>287</b>
A. Expectativas legítimas .....	288
B. Arbitrariedad .....	289
C. Abuso de autoridad .....	292
D. Debido proceso .....	293
E. Importancia de la falta de cumplimiento de la Demandada respecto de normas procesales municipales.....	300
F. Importancia de la falta de cumplimiento de la Demandada respecto de normas procesales internacionales.....	302
G. Las Demandantes jamás han iniciado una demanda por denegación de justicia.	303
H. El requisito de temporalidad y la carga de la prueba de la Demandada .....	306
I. Plena protección y seguridad .....	310
J. Causa inmediata .....	311
K. Los métodos de los peritos en cuantificación .....	316
L. Los antecedentes de las Demandantes son irrelevantes en cuanto a la valuación .....	320
M. Propiedad del Sitio del Proyecto.....	327
N. Metodología de valuación.....	333
O. Interés.....	358
P. Daños y perjuicios morales.....	359
Q. Daños consecuentes .....	362
<b>XII. CONCLUSIÓN Y SOLICITUD DE COMPENSACIÓN .....</b>	<b>362</b>

# I. INTRODUCCIÓN Y ALCANCE DEL ESCRITO DE LAS DEMANDANTES POSTERIOR A LA AUDIENCIA

## A. Introducción

1. Las Demandantes presentan este escrito posterior a la audiencia (el "**Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia**") en el marco del presente procedimiento entablado contra la Demandada de conformidad con el apartado 45 de la Orden de Procedimiento nro. 5, del 25 de noviembre de 2016, en su versión modificada por el acuerdo celebrado entre las Partes y homologado por el Tribunal durante la Audiencia del 7 de febrero de 2017.
2. El Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia resume los alegatos de las Demandantes remitidos previamente en sus presentaciones de escritos y durante la práctica y la presentación oral de las pruebas en el marco de las audiencias celebradas en Washington D. C. entre el 5 y el 12 de diciembre de 2016 y el 7 de febrero de 2017 (la "**Audiencia**"). En consecuencia, el Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia ha de leerse conjuntamente con los escritos presentados por las Demandantes (más concretamente, su Notificación de Arbitraje del 24 de enero de 2014, su Memorial del 27 de noviembre de 2015, su Memorial de Réplica del 5 de agosto de 2016 y la declaración testimonial de Jorge Antonio Briceño del 18 de noviembre de 2016, así como las pruebas materiales que les acompañan y las transcripciones de sus declaraciones verbales realizadas durante la Audiencia).
3. Los términos definidos, utilizados, pero no definidos en el presente Escrito Posterior a la Audiencia tendrán el significado que les haya sido atribuido en los escritos presentados por las Demandantes en el marco del presente procedimiento.
4. El Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia se centrará en las pruebas orales y escritas que corroboren los alegatos de las Demandantes, más concretamente al: (i) brindar un resumen de las principales pruebas testimoniales

de testigos de hecho y de testigos expertos; (ii) perfilar el derecho aplicable a los alegatos de las Demandantes; (iii) resumir los alegatos de las Demandantes relativos al incumplimiento de los artículos 10.5 y 10.7 y del Anexo 10B del DR-CAFTA [*Dominican Republic-Central America Free-Trade Agreement* – Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos]; (iv) resumir los alegatos de las Demandantes relativos al incumplimiento del artículo 10.7 y del Anexo 10D del DR-CAFTA; (v) comentar sobre el peso de las pruebas presentadas por la Demandada; (vi) abordar la interpretación errónea del derecho aplicable por parte de la Demandada; (vii) abordar las estrategias de defensa *post-hoc* de la Demandada y demostrar el motivo por el que no prosperarán; y (viii) resumir el reclamo por daños y perjuicios de las Demandantes.

## **B. Sobre lo que trata efectivamente este caso**

5. Las Partes ya se han referido extensamente por escrito sobre los asuntos en discusión ante el Tribunal en este caso, por lo que las Demandantes no reiterarán cada uno de los hechos y alegatos pertinentes en este Escrito Posterior a la Audiencia. En lugar de eso, las Demandantes harán hincapié en las cuestiones clave que el Tribunal tendrá en consideración a la hora de deliberar (incluidas las respuestas a las preguntas del Tribunal del 14 de febrero de 2017 (las "**Preguntas Finales del Tribunal**") y las cuestiones planteadas por las Partes durante las declaraciones y los testimonios verbales realizados en la Audiencia). Se adjunta como Anexo C de este Escrito Posterior a la Audiencia una lista que presenta una relación detallada de las respuestas de las Demandantes a las Preguntas Finales del Tribunal.
6. Según ya explicaron las Demandantes en su Memorial y el Memorial de Réplica, así como en las Declaraciones Testimoniales del Sr. Aven, el Sr. Shioleno, el Sr. Janney y el Sr. Damjanac, su inversión fue un asunto familiar.<sup>1</sup> Con vistas a obtener rendimientos de las inversiones en el mercado inmobiliario costarricense

---

<sup>1</sup> Véase Declaración Testimonial de David Aven, apartado 28.

en pleno auge, descubierto por el Sr. Janney durante una de sus misiones humanitarias, seguida por varias visitas a Costa Rica por parte del Sr. Aven, las Demandantes decidieron estudiar, de manera conjunta, las oportunidades para invertir. El Sr. Aven, habiendo visto varias propiedades en la costa del Pacífico Central, finalmente fue llevado por un agente local a visitar un sitio en Esterillos Oeste. El sitio resultó ser a todas luces una propiedad especial referida por el Sr. Janney como la playa más hermosa de toda la costa central.<sup>2</sup> La propiedad también presentaba claramente una excelente oportunidad para invertir. La propiedad de 37 hectáreas está perfectamente comunicada por carreteras públicas y cuenta con una topografía propicia para un desarrollo inmobiliario, inigualables vistas al océano y acceso a la playa.<sup>3</sup>

7. Una vez identificado el sitio ideal, las Demandantes invirtieron en las parcelas de terreno que serían utilizadas para el proyecto Las Olas a través de una serie de Empresas<sup>4</sup> en las que cada Demandante-inversor ostentaba participación accionaria en diferentes proporciones.<sup>5</sup> La titularidad del terreno fue finalmente adquirida en abril y mayo de 2002 como consecuencia de la ejecución de un Contrato de Opción de Compra celebrado con el anterior propietario del sitio.<sup>6</sup> Como el Sr. Aven explicó durante sus testimonios orales y por escrito, la intención de las Demandantes, tanto antes como después de la crisis financiera de 2008, fue desarrollar el proyecto Las Olas sin contraer ninguna deuda. Antes de 2008, esto podría parecer innecesariamente conservador, dado que otros inversores apalancaban sus proyectos de desarrollo inmobiliario con una inversión en forma de deuda proveniente de los bancos y entidades similares, lo que permitía a dichos desarrolladores construir de manera más ambiciosa. No obstante, la sabiduría del enfoque adoptado por las Demandantes se puso de relieve luego de la crisis financiera: mientras los demás de repente tuvieron que malvender sus propiedades para afrontar la exposición a una carga, ahora ya

---

<sup>2</sup> Transcripción en español, 327:9-10

<sup>3</sup> Transcripción en español, 465:10-466:20.

<sup>4</sup> Véase Prueba documental C-4.

<sup>5</sup> Véase Prueba documental C-5.

<sup>6</sup> Véase Prueba documental C-27.

insostenible, de la deuda, o recurrir a mecanismos de protección por insolvencia, las Demandantes pudieron aguantar el tirón y adaptar sus planes de desarrollo al reducir la inversión, pero manteniendo la viabilidad económica. Sin embargo, las Demandantes también contaban con la ventaja de poder optar por una línea de crédito bancario, dado que en 2006 el Banco BCIE (antes de que se realizaran obras de importancia en el sitio) aceptó brindar a las Demandantes un préstamo de 8 millones de USD para el desarrollo inmobiliario.<sup>7</sup> Aunque el referido préstamo no se utilizó, el hecho de que el Banco BCIE lo pusiera a disposición de las Demandantes confirma que se trataba de un proyecto de desarrollo serio y económicamente viable.

8. Aunque inicialmente las Demandantes no tenían un plan en firme sobre cuál sería la mejor manera para desarrollar el Sitio del Proyecto, sí que identificaron la excelente oportunidad que suponía estar en primera línea de playa. En 2004, el Sr. Aven encargó un estudio de *marketing* y de planificación urbanística para el Proyecto que pudiese ayudar a elaborar un diseño conceptual.<sup>8</sup> La solidez de dicho diseño y la creciente confianza en el probable éxito del Proyecto, avaladas por la rentabilidad de los proyectos similares realizados en la zona, animó a las Demandantes a seguir adelante con el proyecto Las Olas.
9. Las Demandantes no tenían una visión unívoca sobre el potencial del desarrollo inmobiliario en la zona. Para tener pruebas de que dichos proyectos eran perfectamente viables, bastaría echarle un vistazo al proyecto Málaga de 400 inmuebles construidos por Rock Construction tan solo a seis kilómetros de Las Olas, proyecto en el que las obras empezaron en 2012 y que fue finalizado y comercializado en 2016.
10. Como se explicará con más detalle abajo, las Demandantes siempre han reconocido la autoridad de la Demandada para regular los proyectos de desarrollo inmobiliario y para legislar en protección del medioambiente por el que Costa

---

<sup>7</sup> Véase Prueba documental C-38.

<sup>8</sup> Véase Prueba documental C-30.

Rica espreciada. Al mostrarse respetuosos con el medioambiente de la Demandada, las Demandantes cumplieron con la totalidad de las obligaciones legales aplicables, contrataron a numerosos expertos locales para realizar el desarrollo del proyecto de una manera conforme con el marco normativo legal, y obtuvieron todos los permisos pertinentes en materia de construcción y medioambiente antes de comenzar con las obras. De hecho, como el Sr. Aven y el Sr. Damjanac explicaron en sus declaraciones testimoniales,<sup>9</sup> su compromiso con el éxito de Las Olas y de la comunidad más amplia de Esterillos Oeste se evidencia por las contribuciones que las Demandantes realizaron, de manera voluntaria y a lo largo de los años, para ayudar a mejorar la infraestructura local. Algunos ejemplos de dichas contribuciones son:

- a. la instalación del alumbrado público por una extensión de 1000 metros en Esterillos Oeste que les costó a las Demandantes 55 000 USD en 2006.
  - b. en 2007, un esfuerzo conjunto con Cabo Caletes y Costa Developers, el pago de los costos de las bombas de agua nuevas y la construcción de aproximadamente 6,5 kilómetros de tuberías de agua desde las bombas de agua municipales hasta Esterillos Oeste.<sup>10</sup> Siendo la contribución de las Demandantes de 160 000 USD; y
  - c. un pago en 2010 de 100 000 USD para instalar sistemas de drenaje pluvial en las calles de Esterillos Oeste.<sup>11</sup>
11. El respeto que las Demandantes tienen por la normativa legal y el medioambiente locales se evidencia por los varios permisos y autorizaciones que las Demandantes obtuvieron diligentemente antes de iniciar las obras en Las Olas. Como testificó el Sr. Aven durante la Audiencia, dedicó tiempo, dinero y esfuerzos a la identificación y la contratación de los profesionales adecuados

---

<sup>9</sup> Véanse Primera Declaración Testimonial de David Aven, apartado 114; y Primera Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, apartado 56.

<sup>10</sup> Véase Prueba documental C-51.

<sup>11</sup> Véanse Primera Declaración Testimonial de David Aven, apartado 114; Primera Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, apartado 108; y Prueba documental R-532.

para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos locales.<sup>12</sup> La solvencia y la excelente reputación (como confirmó el Sr. Mussio durante su testimonio oral)<sup>13</sup> de las firmas de arquitectos de su elección fue una de las manifestaciones de ello. Los intentos manifiestos *post-hoc* de la Demandada de mostrar a las Demandantes como unos inversores ambiciosos, insensibles y poco respetuosos deberían analizarse frente a este transfondo de cumplimiento diligente de las leyes y reglamentos de ámbito local.

12. Como reconoció el propio experto en derecho costarricense de la Demandada,<sup>14</sup> el papel de la SETENA como el organismo gubernamental con competencias en materia ambiental es indiscutible, y sus decisiones y resoluciones, que crean derechos para terceros y surten efectos jurídicos, deben ser respetadas tanto por las entidades públicas como por las privadas. Las resoluciones de la SETENA son jurídicamente vinculantes, lo que abarca a los propios organismos, ministerios y funcionarios costarricenses. Este aspecto se desarrollará más adelante. No obstante, en esta etapa sería de utilidad tener en consideración varias resoluciones fundamentales adoptadas de oficio por la referida autoridad, en la mayoría de los casos, sobre la base de las inspecciones presenciales del sitio del proyecto Las Olas:
  - a. El 23 de noviembre de 2004, la SETENA emitió (por medio de la resolución nro. 2164-2004-SETENA) una Viabilidad Ambiental en relación con el proyecto Villas La Canícula<sup>15</sup> (nro. de expediente administrativo de SETENA 110-2005-SETENA) que abarcaba tanto la parte de Condominio como la de Servidumbres del proyecto Las Olas.<sup>16</sup> Entre otras cosas, en la VA se constató lo siguiente:

---

<sup>12</sup> Transcripción en español, 771:8-11, 771:15-19, 836:21-838:12.

<sup>13</sup> Transcripción en español, 349:12-13, 353:8-10.

<sup>14</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartado 11.

<sup>15</sup> Véase Prueba documental R-9.

<sup>16</sup> Esto es obvio en la propia Evaluación de Impacto Ambiental en la que consta un sitio de 29 hectáreas que incluye la zona donde están ubicadas las Servidumbres.

- i. *"Que el artículo 19 de la Ley Orgánica del Ambiente señala que: 'Las resoluciones de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental deberán ser fundadas y razonadas. Serán obligatorias tanto para los particulares, como para los entes y organismos públicos'".*
  - ii. *"Se le comunica al interesado que, de conformidad con los artículos 17, 18 y 19 de la ley Orgánica del Ambiente, se ha cumplido con el procedimiento de evaluación ambiental del proyecto que tiene las siguientes características:..."*
  - iii. *"Contra esta resolución cabe interponer dentro del plazo de tres días a partir del día siguiente a la notificación, los recursos ordinarios de revocatoria ante la SETENA, y el de apelación ante el Minsitro de Ambiente y Energía, de conformidad con los artículos 342 y siguientes de la Ley General de Administración Pública y 87 de la Ley Orgánica del Ambiente".*
  - iv. Aunque la VA de 2004 para Villas La Canícula solo menciona el plan catastral nro.P-741685-01, en realidad abarca cinco propiedades diferentes, según se refleja en el expediente de la SETENA correspondiente a este proyecto (nro. de expediente administrativo de SETENA, 551-2002-SETENA). La VA de 2004 describe claramente el proyecto propuesto como el consistente en *"la construcción de 48 villas, estilo condominio en un terreno de 29 hectáreas con un área de construcción de 7,5 Ha"*, que es mayor al área del plan catastral nro. P-74185-01.
- b. El 17 de marzo de 2006, la SETENA emitió (por medio de la resolución nro. 543-2006-SETENA) una Viabilidad Ambiental a la La Canícula S.A para la Concesión.<sup>17</sup> Aunque dicha VA solo guardaba relación con el proyecto de Concesión, existen pruebas en el expediente de la SETENA

---

<sup>17</sup> Véase Prueba documental C-36.

relativo a la Concesión (nro. de expediente administrativo 551-2002-SETENA) de que la SETENA, a la hora de evaluar el impacto ambiental del proyecto de la Concesión y estimar dicha evaluación, consideró las secciones correspondientes al Condominio y a las Servidumbres como parte del Área de Influencia Directa de la Zona del Proyecto, que se extiende por entre 500 metros y 1 kilómetro de la Zona del Proyecto.

c. El 2 de junio de 2008, la SETENA emitió (por medio de la resolución nro. 1597-2008-SETENA) una Viabilidad Ambiental al Condominio Horizontal Residencial Las Olas (esto es, la parte correspondiente a Condominio del proyecto Las Olas).<sup>18</sup> En la referida VA consta lo siguiente:

- i. *"El día 10 de enero de 2008, el señor. Eduardo Segnini Zamora, miembro del Departamento de Gestión Institucional, y funcionarios de la empresa desarrolladora realizaron la inspección de campo al área del proyecto".*
- ii. *"Que el artículo 19 de la Ley Orgánica del Ambiente señala: 'Las resoluciones de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental deberán ser fundadas y razonadas. Serán obligatorias tanto para los particulares, como para los entes y organismos públicos.'"*
- iii. *"El documento inicial de evaluación ambiental (denominado D1) cumple con la información técnica, legal y complementaria".*
- iv. *"Al momento de la visita al área del proyecto, no se encuentra ni maquinaria ni personal trabajando en la fase constructiva del proyecto, no ha iniciado su fase constructiva. El terreno donde se ubicará el proyecto se define como plano-ondulado, con pendientes entre los 0 % y 15 %, y en la mayor parte del AID (área de influencia directa). En el AP (área de proyecto) no hay quebradas ni ríos permanentes o intermitentes, y la cobertura vegetal esta*

---

<sup>18</sup> Véase Prueba documental C-52.

*compuesta de pasto con árboles dispersos y sectores pequeños con cobertura vegetal en el AP. El área circundante al proyecto esta conformada por terrenos de uso de similar al AP, así como edificios y viviendas en construcción. Se contempla movimientos de tierra sin acarreo fuera del AP ".*

- v. *"Entre los servicios básicos del proyecto contará con los siguientes: [...] las aguas pluviales serán desfogadas a un sistema pluvial recolector existente en la zona".*
- vi. *"Presenta los Estudios Técnicos establecidos en el Manual de Instrumentos Técnicos para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental [...]".*
- vii. *"Se realizó el análisis correspondiente del documento Pronóstico - Plan de Gestión Ambiental y Declaración Jurada de Compromisos Ambientales, aportados por el Desarrollador, junto con el documento inicial de evaluación ambiental (D1), presentados ante esta Secretaría, cumple con lo solicitado en el Manual de Instrumentos Técnicos para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (Manual de VA, Parte II) [...]".*
- viii. *"Con base en las características ambientales del AP y su interacción con las actividades que realizará el proyecto, se establece la periodicidad de presentación de informes regenciales, ante la SETENA, para periodos de cada dos meses durante la fase constructiva [...] Para la elaboración de estos informes, de acuerdo al formato establecido por esta Secretaría, será responsabilidad del regente ambiental realizar el número de visitas necesarias, dependiendo de las características del proyecto. Con base en estos informes y al programa de monitoreo, la SETENA podría ajustar el monto de garantía y dictar medidas de acatamiento obligatorio para mantener al proyecto, obra o actividad dentro de un margen*

*de impacto ambiental controlado.. El responsable y el propietario deberán brindar apoyo a las labores de la SETENA, en las inspecciones que esta efectúe".*

- d. El 18 de agosto de 2010, la SETENA emitió un informe de inspección en el que figuraban los resultados de la inspección del Sitio del Proyecto realizada por el Sr. Juan Diego Pacheco Polanco como resultado de una denuncia ambiental presentada contra el Proyecto.<sup>19</sup> En dicho informe, el Sr. Juan Diego Pacheco Polanco manifestó que los resultados de su inspección se comunicarían por medio de una resolución, al desarrollador del Proyecto y el denunciante, Steven Allen Bucelato, vecino de Esterillos Oeste. Entre otros extremos, el Sr. Pacheco observó lo siguiente:
- i. *"En la área del proyecto solo existen 2 calles de 60 metros de largo por 6 metros de ancho. Las calles se encuentran al costado suroeste".* Esto confirma que el Sr. Pacheco consideró la sección de Servidumbres del proyecto como parte de su inspección y evaluación.
  - ii. *"El área del proyecto se encuentra cubierta por pastizales y árboles dispersos en la zona".* Esto confirma que el Sr. Pacheco estaba de acuerdo con lo que las Demandantes sostuvieron como verídico, que el terreno consistía en pasto<sup>20</sup> y que se ha utilizado como pastizal para el ganado, por lo que no estaba cubierto por bosques.<sup>21</sup>
  - iii. *"En el área del proyecto no se observan movimientos de tierra".* Esto refuta la denuncia del Sr. Bucelato de que los humedales se habían visto afectados como resultado de relleno.

---

<sup>19</sup> Véanse Prueba documental C-78; y Anexo A.

<sup>20</sup> Véanse Primera Declaración Testimonial de David Aven, apartado 84, y Primera Declaración Testimonial de Minor Arce, apartado 12.

<sup>21</sup> Véase Contramemorial de la Demandada, apartado 6.

- iv. *"No existe la presencia de cuerpos de agua (lagos) en el área del proyecto". Aquí, el Sr. Pacheco confirma una vez más las afirmaciones de las Demandantes, que no había humedales en el Sitio del Proyecto.*
- e. El 19 de agosto de 2010, la SETENA emitió una contestación a la carta de la Defensoría del 13 de agosto de 2010 que transmitía la denuncia ambiental del Sr. Bucelato contra el proyecto Las Olas.<sup>22</sup> En dicha contestación, la SETENA recomendó que la denuncia del Sr. Bucelato fuese desestimada sobre la base de que no había ninguna prueba de que se hubieran realizado movimientos de tierra ni de presencia de cuerpos de agua en el Sitio del Proyecto, al declarar lo siguiente:
- i. *"Que mediante Oficio nro. ACOPAC-OSRAP-00282-08, del día 02 de abril del 2008, el señor Gerardo Chavarría Amador, Jefe de la Oficina Subregional Aguirre-Parrita, manifiesta que el área del proyecto no se enucentra dentro de ningún área silvestre protegida como son el caso de los humedales, los cuales son considerados como áreas silvestres protegidas".*
- ii. *"Que mediante informe técnico SINAC-67389RNVS-2008 del 27 de marzo del 2008, los señores biólogo Gabriel Quesada Avendaño y el ingeniero Ronald Vargas Brenes, Director del SINAC, manifiestan en las conclusiones que el proyecto Las Olas no constituye amenaza evidente al corredor biológico Esterillos ni socava en absoluto la biodiversidad del Refugio Nacional de Vida Silvestre Local".*
- iii. *"**Se desestima** la denuncia presentada por el señor. Steve Allen Bucelato, vecino de Esterillos por considerarse que en el área del proyecto no existen movimientos de tierra, ni se evidenció la*

---

<sup>22</sup> Véase Prueba documental C-79.

*presencia de cuerpos de agua (lagos) o humedales dentro del área del proyecto o que se encuentren colindando con este". (el subrayado es nuestro)*

- f. El 1 de septiembre de 2010, la SETENA decidió (por medio de la resolución nro. 2086-2010-SETENA) desestimar la denuncia ambiental del Sr. Bucelato presentado contra el proyecto Las Olas, teniendo en consideración, entre otras cosas, el reporte de inspección del Sr. Pacheco.<sup>23</sup> En la referida resolución constaba lo siguiente:
- i. Las inspecciones presenciales del Sitio del Proyecto tuvieron lugar el 10 de enero de 2008 (antes de la emisión de la Evaluación de Impacto Ambiental) y el 18 de agosto de 2010 (luego de la recepción de las alegaciones de daños ambientales del Sr. Bucelato).
  - ii. *"Que al proyecto de marras, esta Secretaría ha brindado trámite a la denuncia en acato a lo estipulado en [las disposiciones aplicables del Decreto Ejecutivo 31849-MINAE]"*.
  - iii. *"Que la denuncia presentada ante la SETENA, el día 11 de agosto del 2010, por parte de la Defensoría de los Habitantes mediante oficio nro. 08949-2010-DHR, en contra del proyecto Condominio Horizontal Residencial Las Olas, Expediente Administrativo D1-1362-2007-SETENA[...]"*. (el subrayado es nuestro)
- g. El 13 de abril de 2011, la SETENA dictó una suspensión temporal de la VA del 2 de junio de 2008 relativa a la sección del Condominio del proyecto Las Olas, y lo hizo sobre la base de un comunicado oficial del SINAC del 30 de noviembre de 2010 en el que se solicitaba la suspensión de la VA con el fin de investigar las alegaciones relativas al documento presuntamente falsificado del SINAC (esto es, el cierre no se realizó sobre la base de unas

---

<sup>23</sup> Véase Prueba documental C-83.

presuntas dudas sobre humedales o bosques).<sup>24</sup> La resolución de la SETENA manifestaba, entre otras cosas, lo siguiente:

- i. *"Con base en el Principio de Coordinación de la Administración Pública y con la Ley Orgánica del Ambiente específicamente el artículo 28, se le solicita a la Municipalidad de Parrita, velar por el cumplimiento de la medida cautelar dictada en el presente informe técnico, hasta el momento que esta Secretaría le informe de su levantamiento". (el subrayado es nuestro)*
- h. El 8 de junio de 2011, la SETENA dictó una resolución en relación con la VA de la Concesión (nro. de expediente de la SETENA D1-0110-2005-SETENA) que contenía la diagramación modificada del proyecto de Concesión propuesto.
- i. El 23 de agosto de 2011,<sup>25</sup> la SETENA dictó otra resolución que contenía una corrección de la descripción del proyecto de Concesión que figuraba en su anterior resolución del 8 de junio de 2011.
- j. El 15 de noviembre de 2011,<sup>26</sup> la SETENA dictó la resolución nro. 2850-2011-SETENA revocando la resolución del 13 de abril de 2011 que ordenaba la suspensión de la VA en relación con la parte de Condominio del Proyecto, sobre la base de que no había motivos para invalidar la VA emitida anteriormente en relación con la parte de Condominio:
  - i. *"SE RECOMIENDA : Revocar la resolución 839-2011-SETENA de las 08 horas 40 minutos del 13 de abril del 2011 en todos sus extremos, de acuerdo con todo lo anterior y pruebas solicitadas para mejor resolver como expediente Administrativo, al **no existir ningún motivo o vicio de Nulidad en la Viabilidad Ambiental***

---

<sup>24</sup> Véase Prueba documental C-122.

<sup>25</sup> Véase Prueba documental C-138.

<sup>26</sup> Véase Prueba documental C-144.

otorgada. Con fundamento en el artículo 153 de la Ley General de Administración Pública". (el subrayado es nuestro)

13. Dado el presente trasfondo, sería imposible no reparar en la naturaleza improcedente de la postura de la Demandada en el procedimiento que nos ocupa. La Demandada quiere hacerle creer al Tribunal que a pesar de toda esa diligencia debida, todas esas inspecciones del sitio, todos esos estudios e informes que la SETENA solicitó y examinó, las numerosas oportunidades que la SETENA tuvo para solicitar más estudios o informes y para realizar más inspecciones, y las investigaciones que puso en marcha sobre las sospechosas alegaciones de daños ambientales y la consideración del Documento Supuestamente Falsificado, las cuales fueron finalmente desestimadas, y aun tratándose de las resoluciones jurídicamente vinculantes de la SETENA, las Demandantes son culpables de engañar a la SETENA al conseguir que emitiera varios permisos de VA, permisos con los cuales no se les puede permitir contar ahora. Esto es una propuesta ridícula que muy posiblemente ni siquiera la propia SETENA comparta, puesto que la Demandada no propuso a ninguno de sus funcionarios ni empleados para que se presentaran como testigos en este proceso.
14. La ausencia de una serie de testigos importantes (más concretamente, el hecho de que la Demandada no haya presentado a ningún testigo de la SETENA) se abordó en la declaración inicial durante la Audiencia:

Otro punto a tener en cuenta es quién no hará declaraciones, quién no las hizo ya en las Declaraciones Testimoniales por escrito y quién no comparecerá durante la presente Audiencia, puesto que esto dice mucho sobre la postura y la estrategia de la Demandada.

La ausencia de los testigos claramente relevantes quiere decir que el Tribunal se ha visto privado de la oportunidad de escuchar a los testigos con pruebas pertinentes e importantes. Podríamos destacar lo más importante; el hecho de que la Demandada no haya presentado ningún funcionario de la SETENA, un organismo

gubernamental autónomo de Costa Rica con competencias de otorgar permisos ambientales y para proyectos de desarrollo inmobiliario.

La SETENA es el organismo al que el Tribunal ha de escuchar. En este caso, la SETENA otorgó lo que viene a llamarse Viabilidad Ambiental (la "VA"; encontrarán este acrónimo con frecuencia) para la parte de condominio, luego de un largo proceso de solicitud, durante el cual las Demandantes contrataron expertos costarricenses, lo cual indicó que el proyecto podría salir adelante.

De modo que la SETENA dijo que el proyecto podía salir adelante. Dicho organismo investigó las cuestiones ambientales en el sitio y confirmó en ese momento que todo estaba en orden. No obstante, no han oído a nadie de la SETENA.

La Demandada ha alegado varios argumentos sobre la suficiencia de la documentación que las Demandantes han presentado en su solicitud tramitada a la SETENA, aunque no van a poder oír a nadie de la SETENA para que describa si dichos argumentos son válidos o si dichas afirmaciones son justas.

Tampoco vemos a nadie del SINAC, un organismo con competencias para delimitar humedales y proteger zonas al amparo del derecho costarricense. Del SINAC no se ha presentado nadie, a pesar de que varios funcionarios están mencionados en las declaraciones.

Hay un nombre que ha surgido de la nada, nombre que habrán visto con frecuencia en los escritos, el nombre de una persona privada, el Sr. Steven Bucelato. Tampoco él está aquí.

Como mostraremos a la hora de examinar la documentación con detenimiento, se trata del reclamo del Sr. Bucelato, y nada más que el reclamo del Sr. Bucelato, que está detrás de la totalidad de los ataques perpetrados al proyecto Las Olas. El Sr. Bucelato fracasó a la primera. Sus reclamos fueron desestimados rotundamente; pero cuando volvió en el 2011, sus reclamos fueron admitidos, pero solo sus reclamos, sin ningún recurso técnico.

No verán al Sr. Bucelato comparecer ante ustedes, a pesar de que sí que compareció como testigo en el procedimiento penal en Costa Rica. De modo que se trata de un testigo voluntario. También se trata de alguien que sabemos que los que representan a la Demandada siguen comunicándose con él. Aun así, él no está aquí. Ustedes no podrán oírle directamente.

Es un personaje interesante. Se trata de un músico jubilado que vive en la zona. No cuenta con ningún título en relación con ciencias ambientales ni algo parecido; y a pesar de numerosos análisis realizados por expertos que confirmaron que todo estaba correcto en el sitio, él siguió alegando tercamente que allí había bosques y humedales.

Cuando se le pidió durante el procedimiento penal que formulara los fundamentos de su afirmación de que el sitio contenía humedales, el Sr. Bucelato respondió que, y cito a continuación: "Él iría allí personalmente y atraparía mis serpientes, mis anfibios y mis tortugas. Yo colecciono esas cosas".

El Sr. Bucelato también hizo otras alegaciones completamente infundadas en relación con el ecosistema del sitio al sostener que allí había panteras y flamencos, tucanes y maracayás. Se trata de unas afirmaciones extrañas que carecen por completo de una base fáctica. No obstante, es su reclamo lo que fue el impulsor de los ataques perpetrados por la Demandada contra las Demandantes. Tampoco verán a nadie del organismo denominado el INTA, lo que incluye al Dr. Cubero, quien concluyó en 2011 que el suelo en Las Olas no respondía a las características de un suelo de humedales. El INTA es el organismo con competencias en materia de ciencia del suelo. Dicho organismo cuenta con los conocimientos técnicos y los recursos para analizar las características del suelo y para comprender, entre otras cosas, si se trata de un suelo en el que pudiera haber humedales. Y determinaron que allí no había humedales, y esto debería ser el fin de la discusión; allí no puede haber humedales. Pero ustedes no van a ver a nadie del INTA, a pesar de que

su propio informe confirmó que el suelo no tenía las características propicias.

Tampoco van a oír a Christian Bogantes, un funcionario del MINAE que solicitó sobornos al Sr. Aven y al Sr. Damjanac, y quien, por cierto, también prestó testimonio en el procedimiento penal.

Del mismo modo, tampoco oirán a personas importantes de la Municipalidad, más concretamente, al Sr. Nelson Masis Campos, el presidente del Concejo Municipal, ni al Sr. Marvin Mora Chinchilla, quien es o era jefe de la Zona Marítimo Terrestre.

15. Conviene tomar nota de la ausencia de los testigos y de los organismos clave. Si la Demandada pudiera demostrar que la SETENA fue realmente "engañada" por las Demandantes, como se ha alegado, las mejores pruebas que la Demandada podría presentar provendrían del propio empleado de la SETENA con conocimientos directos de los procedimientos del organismo y de su actuación en relación con Las Olas. Esto no ha sido el caso, por lo que las Demandantes instan al Tribunal a que saque una conclusión negativa en este respecto. La cúspide de la acusación de "engañar" es el Informe Protti que lamentablemente fue presentado una y otra vez al Tribunal durante la Audiencia. Esto es triste, dado que el Informe Protti carece de relevancia en relación con los puntos objeto de la controversia en el marco de este procedimiento arbitral; se trata de un informe sobre las instalaciones de tratamiento de aguas ubicadas en el sitio, lo cual no tiene nada que ver con la presencia o ausencia de humedales en Las Olas, como se expondrá más adelante en la Sección VIII, D.
16. Esto se podría extrapolar a otros testigos y organismos en la historia de Las Olas. Nadie del INTA, el MINAE, la SINAC, el Sr. Bogantes, el Sr. Bucelato, los así llamados "vecinos" de Las Olas, los miembros del Concejo Municipal que tomaron la decisión el 7 de marzo de 2011 de suspender la totalidad de los permisos relacionados con Las Olas, el IGN ni los testigos presentados por la Demandada durante el procedimiento penal del Sr. Aven y el Sr. Damjanac, se pusieron a disposición de este Tribunal para ser interrogados. En lugar de eso, la

Demandada presentó a funcionarios públicos locales con poca responsabilidad que no participaron en la toma de la decisión final relacionada con Las Olas. La decisión de la Demandada de apartar de este procedimiento arbitral a los testigos clave que cuentan con pruebas pertinentes es una táctica astuta, en tanto que le permite a la Demandada enfocar el procedimiento en cuestiones *post-hoc* de poca relevancia; sin embargo, las Demandantes consideran que el Tribunal podrá ver (y efectivamente lo hará) la manipulación táctica de las pruebas por parte de la Demandada.

17. Las Demandantes ya han expuesto con detalle, tanto en sus declaraciones orales como en las escritas, el trasfondo de la actuación ilegal de la Demandada en relación con las Demandantes y su inversión, por lo que las Demandantes no lo reiterarán aquí. En lugar de eso, remitimos al Tribunal al Memorial y al Memorial de Réplica de las Demandantes y a las Secciones V a VII del presente Escrito Posterior a la Audiencia.
18. Lo que le ha quedado claro a las Demandantes, aunque muy recientemente, es la plena intensidad de la intromisión del Sr. Bucelato y el total fracaso de los diferentes organismos de la Demandada de investigar y sacar conclusiones sobre el asunto de una vez por todas. En lugar de eso, se permitió que las investigaciones de todos esos numerosos organismos de la Demandada (la SETENA, el SINAC, el TAA, el Fiscal Ambiental, la Defensoría y la Municipalidad) continuaran durante varios años y desembocaran en diferentes medidas cautelares y avisos de cierre que se solapaban, que se apoyaban en una sola persona y en sus denuncias infundadas, reutilizadas y desestimadas sobre presuntos humedales y un Documento Supuestamente Falsificado. En el Anexo A figura un resumen detallado de la base de las investigaciones de cada organismo y sus actuaciones resultantes. En este documento, se podrá apreciar el verdadero efecto de la campaña del Sr. Bucelato. El que esta persona, un vecino contrariado con ganas de vengarse del Proyecto y del Sr. Aven, haya tenido dicho efecto en los organismos de la Demandada, que permitieron que las investigaciones se descarrilaran sin ni un ápice de pruebas concluyentes y sin

tener en cuenta en absoluto los derechos de las Demandantes a un proceso debido, es indignante y representa un claro incumplimiento de las obligaciones por parte de la Demandada y que fueron adquiridas en virtud del DR-CAFTA en relación con los inversores extranjeros.

19. Como se puso de manifiesto durante el contrainterrogatorio realizado en la Audiencia, las investigaciones de la Sra. Díaz y la Sra. Vargas (que parten de las acusaciones infundadas del Sr. Bucelato) presentaban profundos vicios, como puede apreciarse claramente en el resumen de sus declaraciones testimoniales que figura más adelante en la Sección II, A. Esto, junto con la investigación y el procesamiento lleno de vicios contra el Sr. Aven por el Fiscal Ambiental Martínez, que fue un testigo claramente insatisfactorio, y la subsiguiente remisión injustificada a INTERPOL del Sr. Aven, han tenido marcados efectos en las inversiones de las Demandantes, así como en su bienestar financiero, emocional y físico, como se explica con detalle en la Sección XI más adelante.
20. El propio funcionario de la Demandada, el auditor interno de la Municipalidad de Parrita entre 2011 y 2013, el Sr. Briceño (quien no habría estado disponible para el Tribunal en este procedimiento sino por las Demandantes) concluyó en el momento del cierre de Las Olas y de la investigación penal en marcha que las actuaciones de la Municipalidad consistentes en ordenar la suspensión de todas las obras en Las Olas sobre la base de poco más de las amenazas y acusaciones del Sr. Bucelato, fueron ilegales. Y no son solo las Demandantes que lo alegan. Como oyó el Tribunal al Sr. Briceño durante la Audiencia, el Sr. Briceño concluyó en 2012 que la Municipalidad había fracasado al no atenerse a los procedimientos básicos en numerosos aspectos, por lo que había actuado de manera ilegal al cerrar Las Olas y al no ejecutar la resolución de la SETENA que revocaba la suspensión de la VA en relación con la parte correspondiente al Condominio. Esto se recoge con más detalle en la Sección V, B, 2. a más adelante y puede observarse claramente en el Anexo A.

21. La intención de la Demandada ha sido desvirtuar intencionadamente la importancia que las Demandantes atribuyen al testimonio del Sr. Briceño. Contrariamente a las sugerencias de la Demandada, las Demandantes jamás han alegado que las conclusiones del Sr. Briceño sobre la ilegalidad equivalgan a un incumplimiento del tratado. La realidad patente e ineludible es que la conclusión del Sr. Briceño sobre la ilegalidad brinda al Tribunal pruebas independientes y actuales que apuntan al fracaso de la Demandada para seguir su propia normativa legal y, en consecuencia, su vulneración de las expectativas legítimas y avaladas en inversiones de las Demandantes al amparo del DR-CAFTA.
22. El intento de la Demandada de presentar este caso como de ámbito del derecho nacional y el cual las Demandantes han llevado, de manera prematura y errónea, ante un tribunal internacional de inversiones, también está plagado de vicios. Al alegarlo, la Demandada mezcla los supuestos de hecho, que implican los principios del derecho costarricense y fundamentos de derecho de conformidad con los cuales se ha celebrado el DR-CAFTA. Para evitar dudas, las Demandantes no alegan que los incumplimientos del derecho costarricense en sí constituyan vulneraciones del tratado. Dichos incumplimientos del derecho nacional constituyen, más bien, pruebas de los indignantes incumplimientos del DR-CAFTA por parte de la Demandada y que se detallan más adelante.
23. Uno de tales ejemplos constituye el procesamiento viciado y arbitrario contra el Sr. Aven que se detallará en la Sección V, D más adelante. El referido trato arbitrario y discriminatorio del Sr. Aven, que de por sí es un incumplimiento del derecho nacional, es constitutivo de un incumplimiento por parte de la Demandada del artículo 10.5 del DR-CAFTA. Incluso hoy, los incumplimientos de la Demandada continúan, con varias medidas cautelares después de más de seis años de ocurridos los hechos, extremo que el propio experto en derecho costarricense de la Demandada tilda de ilegal, como se expondrá en la Sección V, B más adelante.

24. Lo que está claro es que la afirmación de la Demandada de que este es un caso del derecho nacional no es otra cosa que un intento desesperado de eludir responsabilidad en el ámbito del derecho internacional. La realidad es que la Demandada tuvo amplias oportunidades para abordar las alegaciones de ilegalidad de las Demandantes en el ámbito del derecho nacional, pero no lo hizo, como se mostrará en la Sección VI, A más adelante. Esto, junto con el hecho de que algunas de las así llamadas ilegalidades no se alegaron por la Demandada hasta la presentación de la Dúplica, deja duda sobre si la Demandada realmente cree en lo que ahora alega. Las Demandantes abordarán más adelante cada uno de los supuestos del "camino de ilegalidades" de la Demandada. Por el momento, bastaría con observar que la totalidad de las estrategias de defensa de la Demandada comportan un carácter *post-hoc*.

## **II. RESUMEN DE LAS PRUEBAS**

### **A. Testigos de los hechos**

25. Para la comodidad del Tribunal, las Demandantes presentan a continuación un breve resumen de los testimonios orales de cada uno de los testigos realizados durante la Audiencia.

*El Sr. David Janney, el Demandante-inversor y desarrollador inmobiliario*

26. El Sr. Janney fue un testigo sosegado y franco que explicó claramente al Tribunal el valor que él, como un desarrollador con experiencia y alguien que conoce Costa Rica y las características ambientales y ecológicas del terreno objeto del desarrollo, habría aportado al proyecto Las Olas. La participación del Sr. Janney fue de utilidad particular para el Tribunal en cuanto a la descripción del estado del terreno cuando las Demandantes lo compraron (cubierto de pastizales para el ganado, con unas colinas ligeramente onduladas y frente a una hermosa playa) y en cuanto a la explicación del valor que podría añadirse una vez se obtuvieran los correspondientes permisos ambientales y de construcción.

*El Sr. Jeffrey Shioleno, Demandante-inversor y ejecutivo de ventas y marketing inmobiliarios*

27. El Sr. Shioleno, uno de las Demandantes, explicó su inversión en el proyecto Las Olas como "*capital atractivo*" sobre la base de su acuerdo con el Sr. David Aven, con el cual ha hecho negocios durante unos 38 años. El Sr. Shioleno describió los esfuerzos de *marketing* que realizó entre 2005 y 2008, y otra vez a partir de 2010, cuando el proyecto se reanudó luego de la crisis financiera global, lo que incluye la elaboración de conceptos de *marketing*, preparación de folletos y de otros materiales de *marketing*, la realización de publicidad en los diarios editados en Florida y las llamadas telefónicas promocionales con los compradores potenciales.

*El Sr. Mauricio Mussio, arquitecto del proyecto Las Olas de Mussio & Madrigal*

28. El Sr. Mussio explicó su extensa experiencia de tratar con desarrollos inmobiliarios residenciales y comerciales complejos a lo largo de muchos años, así como su papel en el seno de la Junta de Dirección del INVU, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo de Costa Rica.
29. Se refirió a la buena fe que su empresa, como arquitectos, empleó en relación con Las Olas en lo referente a las zonas delicadas desde el punto de vista ambiental y que él determinó que merecían la atención, aunque su empresa no estaba a cargo de la Solicitud D1.
30. También mencionó la irrelevancia de las conclusiones del Informe Protti en relación con el asunto de humedales en el sitio del proyecto Las Olas y continuó para desestimar la sugerencia absurda de la Demandada de que a pesar de las numerosas inspecciones realizadas por la SETENA y el MINAE en el sitio, Mussio Madrigal, como arquitectos del proyecto y no expertos técnicos o ambientales, habrían engañado de alguna forma a las autoridades y escondido la existencia de humedales.

31. El Sr. Mussio también describió el sitio de Las Olas como un sitio que tenía varias "fortaleza[s]",<sup>27</sup> incluyendo la presencia de carreteras públicas en los cuatro lados, una topografía suave y ubicada a una corta distancia (caminando) de una hermosa playa. Por dichos motivos, el Sr. Mussio consideró que: "no era un proyecto que a simple vista tuviera grandes retos técnicos" y que "tiene un potencial increíble".<sup>28</sup>
32. El Sr. Mussio también confirmó que estaba "al 100 % seguro" de que la falta de construcción y mantenimiento adecuado de carreteras públicas es la causa responsable de la existencia de las aguas en el sitio del proyecto Las Olas.<sup>29</sup> (las obras de construcción recientes de la Demandada realizadas en la autopista colindante al Sitio pareciera que avalarían el punto de vista del Sr. Mussio).
33. Por último, en su contestación a una pregunta del Tribunal, el Sr. Mussio explicó que antes de la presentación de la D1 en relación con la parte del Sitio correspondiente a Condominio de Las Olas, los miembros de su empresa de arquitectura viajaron al municipio de Parrita para comentarlo y obtener de ellos el consentimiento para el plan de fragmentación que implicaba realizar el desarrollo del proyecto Las Olas por fases.<sup>30</sup>

*El Sr. Esteban Bermúdez, regente ambiental de la parte correspondiente al Condominio de Las Olas*

34. El Sr. Bermúdez fue un testigo sincero quien explicó al Tribunal el papel que desempeña un regente ambiental. Confirmó su papel a la hora de supervisar la parte correspondiente a Condominio de Las Olas y de elaborar y presentar informes bimensuales a la SETENA de conformidad con los requisitos de la VA.
35. También explicó el concepto de responsabilidad compartida de la SETENA a la hora de emitir las VAs. Indicó que la responsabilidad de reconciliar los

---

<sup>27</sup> Transcripción en español, 465:15.

<sup>28</sup> Transcripción en español, 466:16-18, 467:2.

<sup>29</sup> Transcripción en español, 443:22-444:8.

<sup>30</sup> Transcripción en español, 474:1-6.

documentos presentados como parte de la Solicitud D1 (incluidos estudios que le acompañan) con su inspección de campo, y de solicitar estudios adicionales en el caso de que lo consideren oportuno, la tiene la SETENA. Continuó razonando que en sus 16 años de experiencia de solicitar permisos ambientales es consciente de que, a la hora de examinar una solicitud, la SETENA elige si realizar o no una inspección presencial en el sitio en función de si dicho organismo lo estima oportuno o no. La conclusión que se puede sacar es que en la SETENA *"no pueden aprobar un Proyecto sin saber que están aprobando. Tienen que visitar el sitio, tienen que familiarizarse con la propiedad, inspeccionar las zonas que serán afectadas por el desarrollo"*.<sup>31</sup>

36. El Sr. Bermúdez también confirmó que *"según los reglamentos, esa figura [esto es, las servidumbres] no requiere una Evaluación del Impacto Ambiental debido al tamaño del proyecto en sí"*.<sup>32</sup>
37. En respuesta al enfoque de preguntas sobre el requisito de una VA de las Servidumbres, el Sr. Bermúdez explicó que *"si la Municipalidad pensaba que hacía falta una Viabilidad Ambiental para las Servidumbres tenían que haber pedido una Viabilidad Ambiental. Pero expidieron el permiso sin pedirselo"*.<sup>33</sup>
38. Cuando se le preguntó sobre las conclusiones del Informe Protti con respecto a los bajos niveles de drenaje, el Sr. Bermúdez respondió: *"observé que había áreas con drenaje pobre y que el agua de escorrentía no se evacuaba. Quizás agua anterior de la vía pública del camino yendo hacia Esterillos causó un tipo de impacto de dique y no permite al agua que viene de las Colinas hacia el terreno, no le permite escurrir y atravesar la calle, la vía pública, creo que eso es lo que causaba el drenaje pobre"*.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Transcripción en español, 515:3-7.

<sup>32</sup> Transcripción en español, 532:2-4.

<sup>33</sup> Transcripción en español, 544:19-22.

<sup>34</sup> Transcripción en español, 559:2-9.

*El Sr. Minor Arce, experto forestal costarricense contratado por las Demandantes para evaluar el sitio del proyecto Las Olas en relación con árboles y bosques protegidos*

39. El Sr. Arce reiteró los criterios ya expresados en su testimonio por escrito sobre la falta de metodología en las conclusiones de la Demandada en materia forestal en lo referente a Las Olas. Volvió a explicar que en el Informe del SINAC del 3 de enero de 2011 que alega que 400 árboles habían sido talados en Las Olas "*no hay una contundencia en este reporte*" en tanto que "*no se dice qué especies son*".<sup>35</sup>
40. El Sr. Arce también criticó el informe de la Sra. Vargas de abril de 2009, que incluía una fotografía titulada "*bosque*", al referirse a dicho informe como poco fiable, "*porque la estructura [mostrada en la fotografía], la estructura presente no nos indica que hay un bosque. Y luego, para decir que hay un bosque, debemos de hacer un análisis muy exhaustivo de varias características. Y entonces no—teníamos como duda, tenemos duda de que eso sea un bosque*".<sup>36</sup> Continuó explicando que "*no puedo con certeza decir que con esta fotografía ni yo que he andado 32 años viendo bosques puedo decir que esta fotografía es un bosque que alguien quemó. No lo puedo decir. Viendo la vegetación, casi viendo la vegetación puedo decir:eso es un bosque*".<sup>37</sup>
41. El enfoque riguroso del Sr. Arce a la hora de clasificar bosques fue patente a lo largo de su testimonio. Abordó su análisis del sitio, como era de esperar, con esmero, utilizando la metodología correcta. Su enfoque relativo a esta cuestión fue impecable y no deja lugar a ninguna crítica.

*El Sr. Jovan Damjanac, responsable de ventas y de marketing del proyecto Las Olas a partir de enero de 2010*

42. El Sr. Damjanac, un testigo sosegado y prudente, rindió su declaración testimonial sobre cómo llegó a estar involucrado en el proyecto Las Olas, a

---

<sup>35</sup> Transcripción en español, 599:18-19.

<sup>36</sup> Transcripción en español, 609:13-18.

<sup>37</sup> Transcripción en español, 619:17-22.

petición del Sr. Aven, luego de la crisis financiera global de 2008, y los esfuerzos de *marketing* que realizó a lo largo del año 2010. Explicó que según creía uno de los motivos de éxito de Las Olas en 2010 fue *"porque los compradores que compraban de nosotros, a través de mis esfuerzos de mercadeo y viendo mis interacciones con ellos, estos compradores creían en mí y en el Proyecto y yo quería atender a estas personas, quería darles algo bueno"*.<sup>38</sup>

43. También confirmó que no participó en la tramitación de los permisos de Las Olas y que, contrariamente a la afirmación realizada en C-125 (una carta de la Municipalidad de Parrita dirigida a la SETENA), no acudió a las oficinas de la Municipalidad en calidad de representante del Proyecto para obtener permisos de construcción. El Sr. Damjanac también cuestionó la veracidad de varios documentos y alegó que había rechazado una serie de notificaciones relacionadas con Las Olas. También confirmó que *"cuando recibimos notificación de la medida cautelar dejamos de trabajar en el sitio. [...] no se realizó trabajo después de la emisión de medidas cautelares. [...] nunca operamos en contravención de una medida cautelar"*.<sup>39</sup>
44. El Sr. Damjanac continuó explicando que a pesar de que el mercado inmobiliario costarricense experimentaba dificultades en 2010, en Las Olas *"lo estábamos haciendo mejor que otros"*<sup>40</sup> por una serie de motivos, lo que incluye la ubicación privilegiada en la playa, la proximidad a Jacó y estar solo a una hora y media de San José y el aeropuerto. El Sr. Damjanac describió las excelentes habilidades de negocio del Sr. Aven. A diferencia de muchos otros proyectos, el Sr. Damjanac explicó que la ausencia de préstamos significó que el proyecto Las Olas sorteó la crisis financiera global en 2008 porque *"no estábamos amaniatados o maniatados, perdón, por acuerdos hipotecarios"*.<sup>41</sup> Esa decisión deliberada de no contraer ningún préstamo en relación con el proyecto resultó ser profético, y pasada la crisis de 2008, brindó a Las Olas una enorme ventaja

---

<sup>38</sup> Transcripción en español, 682:5-10.

<sup>39</sup> Transcripción en español, 661:18-29, 662:14-16, 664:7-8.

<sup>40</sup> Transcripción en español, 674:16.

<sup>41</sup> Transcripción en español, 681:4-6.

frente a otros proyectos de desarrollo inmobiliario que lidiaban inevitablemente con la carga de la deuda para operar.

45. El Sr. Damjanac también recordó la inspección de la SETENA del 18 de agosto de 2010, realizada por Juan Diego Pacheco Polanco, en respuesta a las alegaciones iniciales del Sr. Bucelato de daños ambientales. El Sr. Damjanac describió su encuentro<sup>42</sup>:

9                   El señor Polanco era un señor muy  
10 simpático y básicamente, bueno, me acuerdo que él me  
11 estaba mirando y sacudiendo la cabeza como diciendo:  
12 "Esto es como una caza de brujas", por decirlo así.  
13                   Él no -- a él no le sorprendió que  
14 hubiéramos tenido este problema. Y, de hecho, él lo  
15 atribuyó a quizás un vecino descontento, porque me  
16 preguntó: "¿Usted tiene alguien que sea un enemigo,  
17 un vecino que sea un enemigo?" Y, sencillamente,  
18 parecía ser como una persona, o sea, una respuesta  
19 de empatía en el sentido de que estaba entendiendo  
20 los problemas que estábamos encarando y transmitió  
21 la idea de que lo lamentaba y sencillamente sacudió  
22 la cabeza y dijo: "Aquí no hay humedales, ustedes no

*El Sr. Néstor Morera, abogado defensor en el procedimiento penal del Sr. Aven*

46. El Sr. Morera destacó las numerosas violaciones al debido proceso que tuvieron lugar cuando Costa Rica procesó al Sr. Aven, lo que incluye falta de objetividad de la decisión del Estado de procesar sobre la base de la denuncia de un solo vecino, a pesar de que varias autorizaciones y permisos expedidos por autoridades públicas hayan confirmado a lo largo de los años que allí no había humedales. También comentó que hasta la fecha las autoridades costarricenses encargadas de otorgar permisos ambientales y de construcción no han iniciado

---

<sup>42</sup> Transcripción en español, 677:9-678:7.

ningún tipo de proceso para anular los permisos y autorizaciones debidamente otorgados.

47. También explicó, en su opinión de experto como abogado penalista con amplia experiencia, que el "*grave error*" del fiscal Martínez consistió en procesar al Sr. Aven a pesar de la existencia de permisos para el desarrollo de Las Olas, lo cual quería decir que no existían pruebas de dolo para cometer un delito por parte del Sr. Aven.<sup>43</sup>
48. El Sr. Morera también se refirió a las razones por las que el juicio penal del Sr. Aven no se había reanudado, mencionando el fracaso del Gobierno costarricense a la hora de atender a las solicitudes relacionadas con la seguridad del Sr. Aven luego del incidente de tiroteo, para asegurar su seguridad mientras se encontrase en Costa Rica. El Sr. Morera recordó la reunión con el Sr. Aven y el Sr. Shiolen luego del incidente de tiroteo y cómo observó lo "*muy asustados*" que estaban.<sup>44</sup>
49. Cuando el Tribunal le preguntó sobre la regla de diez días, el Sr. Morera explicó que se trata de una regla concebida para proteger al acusado, pero que existe jurisprudencia contradictoria que dispone que tanto la fiscalía como la defensa deben estar de acuerdo.<sup>45</sup> El Sr. Morera también explicó que, a diferencia de las afirmaciones de la Demandada, el proceso de notificación roja de INTERPOL no es automático y tiene que ser solicitado, probablemente por alguien del Ministerio de Justicia.<sup>46</sup>

*El Sr. David Aven, Demandante-inversor y el representante principal del proyecto Las Olas*

50. El Sr. Aven explicó el efecto devastador que han producido las actuaciones de la Demandada y los atentados contra su vida, que le causaron el trastorno por estrés postraumático y dolores de cabeza atribuibles a migrañas. Explicó

---

<sup>43</sup> Transcripción en español, 708:11-16.

<sup>44</sup> Transcripción en español, 722:8.

<sup>45</sup> Transcripción en español, 735:10-21.

<sup>46</sup> Transcripción en español, 739:20-740:1.

asimismo las consecuencias financieras que el cierre ilegal de Las Olas ha tenido sobre los compradores de parcelas, y explicó que tanto él como los demás Demandantes-inversores tienen la intención de reembolsarles sus depósitos si ganan el presente procedimiento.

51. El Sr. Aven prosiguió explicando que siempre se comporta de una manera honesta y que hasta la fecha que él sepa, y apoyándose en el asesoramiento de los profesionales contratados, la Solicitud D1 relativa a la parte correspondiente a Condominio de Las Olas era correcta. El Sr. Aven también destacó la ausencia de la SETENA en este procedimiento, dadas las circunstancias en las que se le acusa de "engañar" al mencionado organismo. Puso de relieve también que ninguna de las alegaciones de conducta ilegal por parte de las Demandantes "está en las actas del juicio penal"<sup>47</sup> y que "se trata de cosas creadas ex novo".<sup>48</sup>
52. El efecto de esas alegaciones infundadas e indignantes quedó bien claro: no solo el Sr. Aven, junto con los demás Demandantes, sufrió pérdidas económicas relacionadas con el desarrollo de Las Olas, sino que su reputación también se ha visto gravemente perjudicada a causa de los ataques de la Demandada dirigidos contra él. Como mencionó en su declaración testimonial, hay personas que han invertido su dinero en el proyecto, pero sus objetivos de comprar una propiedad en la costa del Pacífico costarricense se vieron truncados. Se trata de las personas que se vieron atrapadas en el fuego cruzado protagonizado por los ataques de la Demandada al Proyecto; son personas con reclamos contra el Sr. Aven y los demás Demandantes. El Sr. Aven explicó que él, de manera colectiva en nombre de todas las Demandantes, siente una gran responsabilidad frente a este grupo de personas, a pesar del hecho de que la responsabilidad de lo ocurrido la tiene la Demandada, no las Demandantes. Además, el Sr. Aven explicó cómo el intento injustificado de la Demandada de capturarlo y extraditarlo a Costa Rica por medio de la notificación roja de INTERPOL tuvo consecuencias devastadoras

---

<sup>47</sup> Transcripción en español, 818:7.

<sup>48</sup> No traducida en la transcripción en español.

sobre sus otros negocios, siendo la emisión de notificación roja (aunque sea por un período relativamente breve) de acceso público.

53. El Sr. Aven confirmó que, aparte de tener doble nacionalidad por razones de su procedencia, no tenía ninguna conexión con Italia y que su residencia principal, así como la totalidad de sus vínculos personales y económicos están, y siempre han estado, en los Estados Unidos.
54. En relación con la Concesión, el Sr. Aven explicó que el acuerdo de que un ciudadano costarricense fuera propietario del 51 % cumple con el derecho costarricense, lo que permite a los ciudadanos extranjeros tener la titularidad de las propiedades en concesión. El Sr. Aven obtuvo asesoramiento jurídico y siguió dicho asesoramiento, conociendo que se trataba de una práctica arraigada en Costa Rica; un hecho que la magistrada Calzada del Tribunal Constitucional de Costa Rica describió en un dictamen reconocido por el Dr. Jurado durante su conainterrogatorio.<sup>49</sup> Mientras la Demandada alega en este momento que dicha titularidad era ilegal, no existen pruebas de que la Municipalidad haya tomado en algún momento medidas legales que le asistían para anular la concesión.
55. El Sr. Aven también aclaró, respondiendo a una pregunta formulada por el Tribunal, la base sobre la cual fueron separadas las Servidumbres de la parte del proyecto correspondiente a Condominio. Explicó que según el asesoramiento que recibió de sus abogados el derecho costarricense permitía que las propiedades colindantes con la autopista pública (que fue el caso de las parcelas de Servidumbres) se subdividieran y construyeran sin ninguna VA siempre que se obtuvieran los permisos de construcción pertinentes. El Sr. Aven siguió dicho asesoramiento, ni más ni menos.

---

<sup>49</sup> Transcripción en español, 1159:7-17 y Declaraciones Finales de las Demandantes, diapositivas 45 y 46.

*El Sr. Jorge Antonio Briceño Vega, auditor interno de la Municipalidad de Parrita desde 2011 hasta 2013*

56. La declaración testimonial del Sr. Briceño describe sus preocupaciones serias y legítimas, como auditor municipal de Parrita, en relación a que el cierre por parte de la Municipalidad del proyecto Las Olas se realizó incumpliendo el derecho costarricense. El Sr. Briceño explicó dichas preocupaciones en su declaración testimonial durante la Audiencia al tiempo que resistía a los intentos infructuosos de la Demandada de socavar su credibilidad durante el conainterrogatorio mediante una serie de ataques indebidos de carácter personal. Las preocupaciones perfectamente fundadas del Sr. Briceño se basaban, entre otras cosas, en el hecho de que el único motivo que justificaba la Acuerdo Municipal nro. AC-03-2362-2011 era una mera carta de dos párrafos del 7 de marzo de 2011 que resumía una reunión entre el Sr. Bucelato y otras tres personas. La carta carecía seriamente de sustancia, por lo que suscitó preocupaciones inmediatas de que la Municipalidad había fallado en establecer la ocurrencia de un incumplimiento ambiental por medio de los procedimientos correspondientes, falló en determinar la autenticidad de las fotografías que supuestamente utilizó, e ignoró las conclusiones de un organismo altamente relevante que no apoyaba el cierre del Proyecto. Estas preocupaciones le obligaron a realizar unas recomendaciones a la Municipalidad para que consideraran la anulación del Acuerdo nro. AC-03-2363-2011 y aplicara la Resolución 2850-2011 de la SETENA. La Municipalidad no siguió ninguna de esas recomendaciones. El Sr. Briceño siguió expresando sus legítimas preocupaciones de que la Sra. Vargas actuaba a título personal en lugar de hacerlo en nombre de la Municipalidad al tomar medidas contra Las Olas; preocupaciones que según las afirmaciones de la Sra. Vargas solo llegó a conocer en el transcurso del procedimiento arbitral.
57. En lugar de abordar las referidas cuestiones fundamentales, cada una de las cuales pone en tela de juicio de forma importante las decisiones de la Municipalidad, la Demandada se decantó por perpetrar una serie de ataques de

carácter personal contra el Sr. Briceño durante el contrainterrogatorio. Los referidos ataques fueron constitutivos de una distracción infundada y una pérdida de tiempo. Sin embargo, La Demandada continúa alegando que el Sr. Briceño renunció de la Municipalidad porque recibía una pensión mientras trabajaba como auditor interno. No obstante, como explicó el Sr. Briceño durante el contrainterrogatorio, en el momento en el que él pasó a ser auditor interno, no existía ninguna prohibición en Parrita que impidiese que pudiera recibir pensión. Es más, la prohibición entró en vigor más adelante, en 2011, tras lo cual el Sr. Briceño recibió una pensión por error durante un período de tiempo. Más adelante, el Estado recibió el correspondiente reembolso por dicho error. Además, la Demandada acusó al Sr. Briceño de un supuesto "*involucramiento*" en la vida política cuando desempeñaba sus funciones de auditor interno. Dicha alegación es especialmente absurda, puesto que el "*involucramiento*" en la vida política del Sr. Briceño básicamente consistía en una única solicitud de supervisar unas elecciones, a pesar de no ser miembro de ningún partido político. La Demandada no fue capaz de establecer ningún vínculo entre dicho "*involucramiento*" político y el fondo de la Declaración Testimonial y el testimonio del Sr. Briceño.

58. Por último, los intentos de la Demandada de retratar al Sr. Briceño como un empleado con poca responsabilidad son desesperados e inoportunos. Las recomendaciones del Sr. Briceño de hecho surten efectos jurídicos al amparo del derecho costarricense, y como demuestra su testimonio, las referidas recomendaciones se basaban en unas preocupaciones importantes y legítimas en lo relativo a la incompetencia y mala administración en el seno de la Municipalidad. Sus preocupaciones no tenían que haberse desestimado, y la Demandada no puede tratar de ocultar dicho error al rebajar el rango del Sr. Briceño como funcionario público.

*El Sr. Fernando Zumbado, exministro de Vivienda de Costa Rica*

59. El Sr. Zumbado, una figura eminente en Costa Rica, habiendo desempeñado con anterioridad las funciones de ministro de Estado y las de embajador de su país en los Estados Unidos, no fue convocado por la Demandada para el conainterrogatorio. Quizás esta decisión de la Demandada no sorprenda mucho, dada la corroboración que el Sr. Zumbado realiza en su testimonio de graves problemas que existen en el funcionamiento del sistema judicial costarricense. Durante sus declaraciones, el Sr. Zumbado presentó pruebas de ataques perpetrados contra su persona por medio de un procesamiento sin fundamento, utilizado como una herramienta de ataque por las personas del aparato institucional que se opusieron a él en el ámbito de la política. No se trata de nada nuevo; lamentablemente, el empleo de procesamientos penales es frecuente como un arma política, pero sus experiencias directas y su posición acreditada dieron considerable crédito a los reclamos de las Demandantes en el marco del presente procedimiento arbitral. Al fin y al cabo, si un originario de Costa Rica con excelentes conexiones puede ser convertido en una víctima de esta forma, ¿qué sería de un grupo de extranjeros, cuando se enfrenten a un ataque similar?

*La Sra. Hazel Díaz de la Defensoría de los Habitantes*

60. En su testimonio, la Sra. Díaz realizó una serie de declaraciones que suscitan dudas de si se siguió el procedimiento debido a la hora de recibir y admitir las denuncias del Sr. Bucelato y los vecinos de Las Olas. En primer lugar, la Sra. Díaz confirmó que, aunque en sus Declaraciones Testimoniales habla del proceso de admisibilidad en general, no puede afirmar si el proceso fue efectivamente seguido en lo referente a las denuncias del Sr. Bucelato de julio de 2010 o noviembre de 2010. Los escritos de las Demandantes ya han dado origen a importantes preguntas sobre esta cuestión concreta que siguen sin respuesta por parte de ninguno de los testigos de la Demandada, incluida la Sra. Díaz. Seguidamente, la Sra. Díaz se refirió a una serie de interacciones que

pueden haberse dado entre la Defensoría y el Sr. Bucelato luego de la recepción de la denuncia de julio de 2010, interacciones que no constan en ninguna parte en los ficheros del expediente administrativo. La Sra. Díaz también trató de restarle importancia a la eventual desestimación de la denuncia del Sr. Bucelato en septiembre de 2010 por motivos de falta de pruebas, y se negó a aceptar que esto fuera un hecho importante en el procedimiento contra Las Olas. Por último, la Sra. Díaz confirmó que, a diferencia de sus afirmaciones realizadas en su Declaración Testimonial, el papel de la Defensoría no "*se limita estrictamente a copiar al pie de la letra el contenido de la denuncia*" una vez recibido este; en lugar de eso, la Defensoría en realidad ejerce cierto grado de discrecionalidad a la hora de delegar determinadas cuestiones en diferentes organismos.

*El Sr. Luis Martínez, Fiscal Ambiental*

61. El testimonio del Sr. Martínez fue gravemente perjudicial para la tesis de la Demandada y para su propia credibilidad. Su testimonio continuó exponiendo la naturaleza incompetente, arbitraria y discriminatoria de la investigación y del juicio penal contra el Sr. Aven. Más concretamente, el Sr. Martínez reconoció que no había solicitado el expediente administrativo completo relativo a Las Olas en su Orden de Incautación. En consecuencia, no pudo examinar una serie de documentos que demostraban que el Sr. Aven cumplió con la normativa ambiental de Costa Rica.
62. Además, incluso los documentos que el Sr. Martínez solicitó y examinó revelaron que el Sr. Aven había actuado con extrema precaución a la hora de obtener los permisos ambientales pertinentes, de manera que sería imposible que el fiscal demostrase que el Sr. Aven pudiera haber tenido la intención de cometer un delito. Este extremo se ve reforzado aún más por el hecho de que incluso los propios organismos ambientales (incluidos la SINAC y el INTA) no se ponían de acuerdo de si en el Sitio del Proyecto había humedales en primer lugar. El Sr. Martínez dio ese salto imposible para determinar que allí no solo había humedales (pese a las abundantes pruebas en contrario), sino que también el Sr.

Aven tenía la intención de causar daños a esos supuestos humedales; esto fue una extralimitación absurda de su discrecionalidad como fiscal.

63. Además de reconocer que ignoraba, o que de cualquier otra forma no pudo examinar las pruebas pertinentes relacionadas con el Sr. Aven, el Sr. Martínez reconoció que no había visto determinados documentos altamente relevantes relativos a las obras de drenaje realizadas por la Municipalidad de Parrita en el Sitio del Proyecto. Los autos contienen numerosos ejemplos de correspondencia, fotografías e informes que indican que la Municipalidad realizó obras en la zona del supuesto humedal que tenían el objetivo de secar el presunto humedal. El Sr. Martínez no tenía ninguna explicación coherente de si (y de qué forma) este hecho fundamental fue tenido en consideración en su decisión de acusar al Sr. Aven de la comisión de un delito.
64. Estos son tan solo algunos ejemplos del enfoque arbitrario y discriminatorio adoptado por el Sr. Martínez en el marco del procedimiento penal relativo al Sr. Aven, que se dieron a conocer durante la Audiencia. Otros ejemplos, que se comentan con detalle más adelante, incluyen la acusación del Sr. Aven al amparo de una ley más gravosa que conlleva una pena de prisión sobre la base de presuntos actos que tuvieron lugar antes de la fecha de entrada en vigor de dicha ley, así como el incumplimiento por parte del Sr. Martínez de sus propias directrices de la Fiscalía vinculantes al presentar los cargos contra el Sr. Aven a pesar de una completa falta de pruebas de que el sitio contenía suelos de humedales, un elemento esencial de delito de invasión de humedales.

*La Sra. Mónica Vargas de la Municipalidad de Parrita*

65. El testimonio de la Sra. Vargas suscitó importantes preguntas sobre la fiabilidad de determinados informes elaborados por ella en relación con las condiciones del sitio de Las Olas. En primer lugar, en lo referente al informe elaborado luego de su inspección del 27 de abril de 2009, la Sra. Vargas confirmó que tenía escasos o nulos conocimientos del contenido del registro de fotografías y que de hecho se apoyaba en las declaraciones de las personas que tomaron esas

fotografías (incluido el Sr. Bucelato) en cuanto al momento de la toma de dichas fotografías y si estas se tomaron en el sitio de Las Olas. A continuación, la Sra. Vargas abordó las visitas adicionales de enero y mayo de 2010 que fueron, según sus palabras, llevadas a cabo sobre la base de "*nuevas alegaciones*" de que en el sitio se estaban realizando obras. Sin embargo, cuando se le preguntó, no fue capaz de brindar ninguna explicación en su testimonio en relación con la ausencia de cualquier documentación o registro de una conversación sobre las referidas "*nuevas alegaciones*". La Sra. Vargas también admitió que las declaraciones realizadas en su Informe DeGA 091-2009 con respecto a la supuesta existencia del suelo que podría ser inundado total o parcialmente se basaban en nada más que sus propias observaciones visuales desde los linderos del Sitio del Proyecto en lugar de basarse en algunas fotografías u otras pruebas científicas de cualquier tipo.

66. A continuación, la Sra. Vargas reconoció durante su testimonio las importantes y legítimas preocupaciones del Sr. Briceño sobre si las actuaciones de la Sra. Vargas en relación con el proyecto Las Olas se realizaban a título personal o en nombre de la Municipalidad, así como la insistencia del Sr. Briceño en que se obtuviera de la Municipalidad un certificado de solvencia. La Sra. Vargas manifestó que no era consciente de dichas preocupaciones antes del presente procedimiento arbitral, y que no podía confirmar que se obtuviera algún certificado o que se tomara alguna medida para abordar las preocupaciones del Sr. Briceño. En efecto, la Demandada no presentó a ningún testigo que pudiera arrojar algo de luz sobre las referidas preocupaciones en relación con la Municipalidad, aparte de la Sra. Vargas que dijo que no tenía conocimiento de las mismas hasta luego de algunos años a partir de los hechos.

## **B. Testigos expertos**

*El Sr. Luis Ortiz*

67. El Sr. Ortiz, en tanto que experto en derecho público costarricense, aportó un trasfondo fundamental sobre el estado de la administración pública costarricense

y aclaró algunos fundamentos esenciales del derecho de Costa Rica que nos ocupan en el marco del presente procedimiento arbitral. El Sr. Ortiz confirmó, entre otras cosas, que los pronunciamientos de la Sala Constitucional de Costa Rica son firmes y vinculantes para todos los entes de la administración pública, así como para los jueces, fiscales y funcionarios públicos. Esto es importante porque, como explicó el Sr. Ortiz, la Sala Constitucional ha dictado una resolución firme de que las VA producen efectos propios de cara a terceros al otorgar derechos a sus titulares. El Sr. Ortiz también confirmó que los permisos de construcción son actos finales que producen asimismo efectos propios de cara a terceros al otorgar derechos a sus titulares. Los derechos otorgados por las VA y permisos de construcción **son** fundamentales para el procedimiento que nos ocupa porque las medidas cautelares y los avisos de cierre dictados por varios organismos y por la Municipalidad han estado vigentes de manera ilegal *a lo largo de los años*, y muchos de ellos siguen vigentes hasta la fecha. Como explicó el Sr. Ortiz, esto supone una vulneración flagrante del derecho costarricense. El Sr. Ortiz explicó que la Sala Constitucional había dispuesto que se iniciase un procedimiento principal (para determinar si la VA o los permisos de construcción eran nulos de pleno derecho) en un plazo razonable una vez dictadas las medidas cautelares; que la propia Sala Constitucional interpretó que tenía que ser *en un plazo de 15 días* a partir de la adopción de las medidas cautelares.

68. Los puntos en los que el Dr. Jurado y el Sr. Ortiz coinciden también son importantes para la tesis de las Demandantes. Más concretamente, el testimonio de ambos expertos jurídicos reveló que están de acuerdo en que el derecho costarricense exige que se inicie un procedimiento principal en un período de tiempo razonable una vez adoptadas las medidas cautelares, y que el procedimiento principal deberá finalizarse en un plazo de 30 días (en el caso de las demandas ante el TAA) o dos meses (al amparo de la Ley general de la Administración Pública ("**LGAP**")), sujeto a ampliación en circunstancias excepcionales únicamente. El testimonio del Sr. Ortiz también proporcionó más claridad sobre la cuestión de titularidad del proyecto Las Olas confirmando que

las cadenas hoteleras extranjeras y otros ciudadanos extranjeros por lo general se valen de los contratos de fideicomiso para estar en cumplimiento de la regla del 51 %. Por último, el Sr. Ortiz confirmó que el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones adoptado por el INVU autoriza a fragmentar el terreno por medio del uso de servidumbres, por lo que autoriza las prácticas de las Demandantes en relación con Las Olas.<sup>50</sup>

*Procurador general Julio Jurado*

69. Como sabe el Tribunal, el Dr. Jurado no podría ser considerado como un perito verdaderamente independiente, dado su papel de Procurador General de la República de Costa Rica. En el ejercicio de sus funciones, mantiene unos vínculos especiales con el Estado, por lo que el Tribunal ha de tenerlo en consideración a la hora de evaluar las pruebas presentadas por el Dr. Jurado. Las Demandantes lo afirman sin impugnar la integridad del Dr. Jurado, si bien es un hecho que él no es, ni podría ser, independiente en este procedimiento. Tiene obligaciones y deber de lealtad con el Estado de Costa Rica que lo colocan en una categoría diferente en comparación con los demás testigos expertos,

---

<sup>50</sup> El Tribunal solicitó a las Partes que contestaran a la siguiente consulta en su Pregunta nro. 11: "*¿Podría una medida cautelar adoptada por una autoridad (administrativa o judicial) ser derogada por las conclusiones de otra?*". La respuesta es que depende del contexto concreto de las medidas cautelares administrativas o judiciales en cuestión.

Por lo general, una autoridad administrativa no puede derogar una medida cautelar dictada por una autoridad competente. En su Primera Declaración Testimonial el Dr. Jurado explicó (apartado 101) que con arreglo a la LGAP, "*las resoluciones administrativas son declaraciones unilaterales de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos en el ejercicio de obligaciones administrativas*". En virtud de este principio y de lo dispuesto en los artículos 59, 128 y 129 de la LGAP, si una autoridad administrativa dicta una medida cautelar en el ejercicio de sus competencias, otros entes de la administración pública no podrán derogarla. (Véase Prueba documental R-198).

Esto es ligeramente diferente en el caso de las medidas cautelares judiciales dictadas por el Tribunal Contencioso-Administrativo de Costa Rica, un ente judicial con competencias de anular actos administrativos (como lo explicó el Dr. Jurado en su Primera Declaración Testimonial, apartado 135, véase también el Código Procesal Contencioso-Administrativo, Prueba documental R-248). Una medida cautelar dictada por el Tribunal Contencioso-Administrativo de Costa Rica derogaría una medida cautelar administrativa, incluso una medida cautelar adoptada por una autoridad administrativa competente. Dicha autoridad administrativa no podría derogar con una medida cautelar ulterior la medida dictada por el Tribunal Contencioso-Administrativo de Costa Rica. Esto es diferente de las medidas cautelares dictadas por un tribunal penal contra Las Olas, puesto que el tribunal penal no reviste competencias para anular las VA y permisos de construcción; como confirmó el Dr. Jurado durante la Audiencia, las VA y permisos de construcción son vinculantes para todos los empleados públicos, lo que incluye a los jueces y fiscales penales. Transcripción en español, 1106:11-1107:21. En consecuencia, la respuesta a la pregunta del Tribunal no habla directamente sobre la legalidad de las medidas cautelares en primera instancia, lo cual es una consulta fundamental en el caso que nos ocupa.

incluido el Sr. Ortiz. Su perspectiva general debe ser fuertemente influenciada por esas obligaciones y deber de lealtad, por lo que su testimonio ha de ser visto desde esta perspectiva.

70. Durante su testimonio, el Dr. Jurado realizó una serie de admisiones importantes que son perjudiciales para la estrategia de defensa de la Demandada. Por ejemplo, reconoció que su interpretación de los permisos de viabilidad ambiental como "*actos preparatorios*" que no resultan en el otorgamiento de derechos ni en efectos propios es contraria a los sentencias de la Sala Constitucional. Además, el Dr. Jurado admitió que una medida cautelar (incluso si versa sobre la materia ambiental) debe ser limitada en el tiempo.
71. Confirmó, además, que debe iniciarse un procedimiento principal en un plazo razonable a partir de la adopción de medidas cautelares, y que tales medidas preventivas no podrían utilizarse para sustituir el procedimiento principal. El testimonio del Dr. Jurado también puso en tela de juicio la oposición hipotética de la Demandada a la Concesión en virtud de la regla del 51 %. Como manifestaron las Demandantes, el supuesto incumplimiento de la regla del 51 % tuvo lugar aproximadamente 15 años atrás, y el régimen general de prescripción que resulta aplicable a los actos realizados al amparo de la LGAP establece un plazo de 4 años. El Sr. Jurado no estaba al tanto del régimen de prescripción aplicable a los actos relativos a revocar una concesión al amparo de la ley sobre la ZMT, pero reconoció que debería existir alguna.

*La jueza Rosaura Chinchilla Barboza*

72. El testimonio de la jueza Chinchilla reveló que había basado el análisis jurídico de su informe experto en relación con una serie de premisas fácticas que eran completamente erróneas. Más concretamente, la jueza Chinchilla alegó en su informe experto que había examinado "*varios documentos falsos*" presentados por las Demandantes para obtener los permisos, a pesar del hecho de que nunca se llegó a probar que las Demandantes remitieran algún documento falso, y mucho menos "*varios documentos falsos*". De hecho, el Sr. Martínez retiró los

cargos basados en falsificación y aceptó al final que no existían pruebas para sostener tales cargos contra el Sr. Aven.

73. La jueza Chinchilla admitió que fue un error referirse a varios documentos falsos, puesto que solo había un documento supuestamente falsificado que era objeto de controversia. La jueza Chinchilla también trató de basar conclusiones fácticas, en tanto que experta en derecho, sobre un examen incompleto de los autos, puesto que manifestó que a la hora de elaborar su informe solo examinó los memoriales presentados por la Demandada. En consecuencia, sus intentos de sacar conclusiones fácticas deben ser vistos por el Tribunal con alto grado de escepticismo.
74. Su análisis jurídico también suscitaba dudas, sobre todo sus posturas contradictorias de que las partes de un juicio penal tienen derecho a acordar en resolver el procedimiento mediante una reconciliación, pero que la aceptación de ampliar el aplazamiento de un juicio por más de diez días laborables de algún modo vulneraría los principios de participación democrática. Estas posturas no pueden coexistir.

*El Dr. Ricardo Calvo y el Dr. Robert Langstroth (Gestión de Recursos Ambientales ("GRA"))*

75. En su testimonio, los Dres. Calvo y Langstroth de GRA continuaron aplicando su experiencia acumulada durante decenas de años en materia de biodiversidad a su análisis del sitio de Las Olas y a los informes expertos del Sr. Kevin Erwin. Al hacerlo, identificaron varias carencias en el análisis del Sr. Erwin fruto de aplicar una metodología deficiente que arrojó unos resultados poco fiables. Más concretamente, como testificó el Dr. Calvo, el Sr. Erwin no utilizó un enfoque metódico para intentar determinar la existencia de supuestos humedales. Dicho enfoque debía haber consistido en un análisis cuantitativo para determinar si se daba una preponderancia de plantas de humedales, para obtener información sobre la hidrología y para determinar si se daba la presencia de suelos hídricos. Dicho enfoque debía haberse ampliado hacia el exterior hasta determinar los

linderos de humedales terrestres. Como manifestó el Dr. Calvo, el informe del Sr. Erwin no contiene nada que se refiera a algún tipo de semejante enfoque metódico para determinar las características y/o los linderos de los supuestos humedales.

76. El Dr. Langstroth desarrolló las conclusiones del Segundo Informe KECE, según consta en el Anexo A. Como describió el Dr. Langstroth, las pruebas relativas a especies de humedales presentadas en el Segundo Informe KECE no son concluyentes ni mucho menos, y en realidad no presentan necesariamente ningún tipo de preponderancia o dominio de ninguna especie de humedales documentada. De hecho, en determinados casos el espectro de especies estrictamente de humedales oscilaba entre el 0 % y el 14 % de cobertura en ciertas zonas delimitadas, y el porcentaje de especies terrestres es muchas veces mayor que el porcentaje de especies de humedales en la zona. Por supuesto que los Informes KECE suscitan muchas dudas a simple vista, puesto que constituyen evaluaciones *post-hoc* realizadas años después de los hechos, pero la metodología y los datos presentados en esos informes, según se desprende de los testimonios de los Dres. Calvo y Langstroth, constituyen otras razones para poner en tela de juicio las conclusiones del Sr. Erwin.

*El Sr. Kevin Erwin de KECE*

77. Los informes del Sr. Erwin y su testimonio equivalen a un intento *post-hoc* de sacar conclusiones sobre las condiciones del sitio de Las Olas desde 2007 hasta 2011, sobre la base de observaciones que tuvieron lugar en 2016. En efecto, el Sr. Erwin no podría afirmarlo, de manera convincente, que por el hecho de que un humedal o un bosque existan presuntamente en territorio de la Propiedad en este momento (que no es el caso), la misma condición debió haber existido hace aproximadamente diez años. Este vicio fundamental de su análisis reduce drásticamente la credibilidad de sus conclusiones. Es más, aunque pasemos por alto completamente la naturaleza *post-hoc* e intrínsecamente poco fiable de sus informes, su análisis de las condiciones actuales del sitio sigue siendo

profundamente deficiente, como se desprendió de su testimonio realizado durante la Audiencia.

78. Durante el contrainterrogatorio, el Sr. Erwin aceptó el punto de vista del Dr. Langstroth, como se indica arriba, de que solo un 13 % de las especies que observó en el sitio de Las Olas eran en realidad especies puramente de humedales. De su admisión se desprende que aproximadamente un 87 % de las especies que el Sr. Erwin observó en los supuestos Humedales de 1 a 8 no son en absoluto indicativas necesariamente de humedales. Eso es un claro indicador de que las conclusiones del Sr. Erwin no se sostienen en sus propios datos. Además, de su testimonio se desprendió la naturaleza imprecisa de su metodología. Más concretamente, el Sr. Erwin se guió por una clasificación ambigua de *"humedal/zonas altas"* en lugar de subdividir la clasificación de manera más precisa entre *"facultativas de los humedales"* y *"facultativa de las zonas secas"*. El Sr. Erwin también realizó importantes admisiones en relación con los supuestos bosques en el sitio del proyecto Las Olas y reconoció que dichas conclusiones relativas a los bosques no se basaban en la definición que hace Costa Rica de bosques, y, de hecho, no tenía nada que ver con dicha definición.
79. Hay que destacar asimismo que durante el período de segunda visita del Sr. Erwin al sitio de Las Olas, la Municipalidad estaba realizando obras para desbloquear la alcantarilla de drenaje debajo de la carretera pública colindante con el sector sureste del sitio de Las Olas. Las obras eran claramente visibles para el Sr. Erwin y reconoció que presenció las obras. Cuando se le preguntó por qué omitió las obras en el Segundo Informe KECE, admitió que *"podía haberlo hecho"*, pero no lo hizo, sobre la base de que era habitual que las municipalidades realizaran ese tipo de mantenimiento. Sea cual fuere el caso, las actividades actuales en el Sitio, y la forma en la que esas actividades pudieron haber afectado al Sitio, son altamente relevantes de cara a un análisis de las condiciones del Sitio antes de que las actividades tuvieran lugar.

*El Dr. Ian Baillie*

80. El testimonio acreditado del Dr. Baillie se centró en la aplicación de sus conocimientos técnicos de los suelos a las características del sitio de Las Olas. Su prestigio académico es superior al del equipo de Green Roots, aspecto que se puso de manifiesto de forma patente durante sus testimonios orales. El Dr. Baillie empezó con una explicación útil sobre la diferencia entre suelos hídricos y suelos hidromórficos, a continuación aclaró que, según su opinión, no había ninguna prueba de la presencia de suelos hídricos en el sitio de Las Olas en este momento. Luego el Dr. Baillie siguió explicando el papel fundamental del INTA en lo referente a la clasificación de suelos en Costa Rica. Como se desprende de su testimonio, el INTA es el único organismo gubernamental costarricense que cuenta con conocimientos técnicos necesarios para identificar y aplicar la Metodología de Utilización y Clasificación de Tierras en Costa Rica, y al hacerlo, identificar, de manera unívoca, suelos hídricos. En consecuencia, es fundamental que el SINAC consulte al INTA para determinar en su plenitud si la propiedad contiene humedales. Como se explica con más detalles abajo, está claro que la Demandada no atribuyó la importancia que merecían las conclusiones del INTA en el caso de las Demandantes.

*Los Dres. Perret y Singh de Green Roots*

81. El testimonio de los Dres. Perret y Singh de Green Roots reveló que utilizaron premisas erróneas con respecto a la aplicación de la definición de suelos de "*endoaquept fluvacuéntico*" contenida en las Claves para la Taxonomía de Suelos del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (USDA), que condujo a una desvirtuación de las características de los suelos en el Sitio del Proyecto. Lo más importante es que la definición del USDA dispone que el suelo solo puede tener un grosor total de menos de 50 centímetros del material transportado por el ser humano. Sin embargo, los Dres. Perret y Singh pasaron por alto la capa superior de 1 metro del suelo antes de tener en consideración los 50 centímetros referidos en la definición del USDA, basándose en que la capa

superior de 1 metro era un "*material transportado*". Esto es así a pesar del hecho de que Green Roots acepta que los suelos de endoaquept fluvacuéntico son suelos que fueron depositados por los ríos con un depósito de sedimentos a un ritmo diferente y con diferentes materiales. Se trata de un error metodológico fundamental para el cual los referidos Dres. no pudieron brindar ninguna explicación satisfactoria.

82. No obstante, los Dres. Perret y Singh insistieron, al suponer injustificadamente, en que el sitio no solo contenía 1 metro de "*relleno*", sino que también dicha capa de 1 metro fue resultado de una alteración por parte de las Demandantes, que era la única forma que ellos esperaban que podría sostener la conclusión de que allí había suelos hídricos a una profundidad requerida. El testimonio del Dr. Baillie confirmó además que los Dres. Perret y Singh carecen de fundamento para asumir de manera exagerada la presencia de dicho "*relleno*", como explicó el Dr. Baillie refiriéndose a su Observación 14 frente a la carretera en el sitio de Las Olas, que las condiciones naturales del suelo sí incluyen horizontes de material de matriz rojiza. En consecuencia, sería incorrecto y supone una simplificación excesiva suponer que todo material rojizo debe tratarse como "*relleno*", cuando las pruebas disponibles apuntan a otra dirección.

*La Sra. Priscilla Vargas*

83. La Sra. Vargas no podría considerarse una perita verdaderamente independiente, puesto que incluso un examen rápido de su informe revela que se trata de una mera continuación de los alegatos y argumentos de la Demandada, prácticamente sin ninguna prueba actual. Durante su testimonio, admitió que ni siquiera definió el alcance de sus instrucciones del Sr. Erwin, y que dichas instrucciones no son objeto de pruebas. Además, la Sra. Vargas admitió durante el conainterrogatorio que no se comunicó con la SETENA para hablar sobre las VA otorgadas a Las Olas y que en realidad no tiene ningún conocimiento sobre la forma en la que la SETENA llevó a cabo su proceso de estudio técnico para llegar a sus conclusiones. Más aún, la credibilidad de la Sra. Vargas fue

gravemente perjudicada por su negativa rotunda a reconocer que basó parte de su análisis sobre un documento completamente irrelevante, puesto que el Informe de TecnoControl que figura en el expediente de la SETENA que la Sra. Vargas examinó no guardaba relación alguna con el proyecto Las Olas.

84. Incluso peor fue el intento controvertido de la Sra. Vargas de sugerir al Tribunal que dicho documento, que a simple vista era obvio que correspondía a otro proyecto, en realidad guardaba relación con Las Olas. Se trata de un documento que la Sra. Vargas examinó, supuestamente con detenimiento y detalle, pero que claramente no se dio cuenta de que no tenía nada que ver con Las Olas. Cuando su error salió a la luz, tenía que haber reconocido y aceptado que sin que fuera su intención, había basado su análisis en el documento incorrecto, no importa cuán incómodo podría haber sido hacerlo. El que no lo hiciera, destruyó toda credibilidad que la Sra. Vargas podía haber tenido.

### **III. LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DEL ARTÍCULO 10.5 Y ANEXO 10-B DEL DR-CAFTA**

85. Las Demandantes iniciaron el presente procedimiento arbitral al amparo del subapartado (1)(a)(i)(A) del artículo 10.16 del DR-CAFTA, y en su propio nombre, así como en nombre de las Sociedades en propiedad o control a título personal y/o colectivo, en virtud del subapartado 1(b)(i)(A) del DR-CAFTA del artículo 10.16. El derecho a presentar un reclamo arbitral, plasmado en estos dos subapartados, alude exclusivamente a las alegaciones de que una Parte incumplió la obligación contenida en la Sección A del Capítulo 10. Además, el artículo 10.22(1) del DR-CAFTA dispone que el derecho que regirá los reclamos presentados al amparo de estas dos disposiciones se limitará al propio DR-CAFTA y "*a la normativa aplicable del derecho internacional*".
86. Puesto que los reclamos de los inversores que inician un procedimiento arbitral al amparo de los subapartados (1)(a)(i)(A) y 1(b)(i)(A) del artículo 10.16 son limitados *a fortiori* a obligaciones sustantivas que figuran en la Sección A del capítulo 10, la referencia del artículo 10.22(1) al "*derecho aplicable*" no

proporciona ninguna vía adicional para "colar" cualquier otra obligación sustantiva adicional en la controversia; independientemente de si tales obligaciones apoyarían reclamos adicionales o estrategias de defensa potenciales. Por lo tanto, en lo que atañe a la normativa sustantiva, la referencia que el artículo 10.22(1) hace "*al Tratado*" debe interpretarse como una referencia a la Sección A del Capítulo 10.

85. Por supuesto que el "*derecho aplicable*" de una controversia abarca más que obligaciones sustantivas. También incluye normas de procedimiento y de interpretación. Por ejemplo, la referencia que el artículo 10.22(1) hace a la "*normativa aplicable del derecho internacional*" incluye tanto las normas consuetudinarias de interpretación de tratados como las normas de procedimiento derivadas del principio de buena fe del derecho internacional general, como diferentes formas de la doctrina de actos propios (estópel). Y que el artículo 10.22(1) haga referencia "*al Tratado*" se refiere tanto al derecho aplicable como procedimiento (por ejemplo, el contenido de la Sección B y los anexos pertinentes) como al derecho aplicable como interpretación (por ejemplo, cuando la obligación de lealtad procesal contenida en uno de los capítulos del DR-CAFTA informa el análisis del intérprete de las obligaciones de lealtad procesal contenidas en otro capítulo del DR-CAFTA).
86. Las Demandantes observan, de manera adicional, que las Partes están de acuerdo en que las normas consuetudinarias del derecho internacional en materia de interpretación de tratados constituyen "*la normativa aplicable del derecho internacional*" al amparo del artículo 10.22(1) del DR-CAFTA, y que tales normas están reflejadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la "**CVDT**").<sup>51</sup> El subapartado (3)(c) del artículo 31 del CVDT dispone lo siguiente: "*toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*" debe tenerse en consideración, junto con el contexto, a la hora de interpretar los textos de los tratados. En consecuencia, el subapartado

---

<sup>51</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331

(3)(c) del artículo 31 del CVDT brinda una base adicional a los intérpretes de los tratados, como el Tribunal, para tener en consideración otras disposiciones del DR-CAFTA, los principios generales del derecho y la costumbre, a la hora de interpretar el significado correcto de las disposiciones del DR-CAFTA, como el artículo 10.5 y 10.7, en el contexto.

87. Puesto que las únicas normas sustantivas pertinentes en la controversia que nos ocupa figuran en la Sección A (como lo articularon las Demandantes en la Notificación de Arbitraje y a continuación explicaron en sus dos memoriales y declaraciones en la audiencia), la Demandada carece de fundamento jurídico para afirmar (como una estrategia de defensa frente a la acusación de que incumplió las obligaciones derivadas de la Sección A, como los artículos 10.5 o 10.7) que su conducta fue necesaria o autorizada al amparo de alguna norma internacional.<sup>52</sup> La lógica de cómo tales disposiciones de reclamo funcionan en la práctica se deriva de los tres casos de "*edulcorante de maíz*" que dieron la razón a las partes enfrentadas contra México al amparo del Capítulo 11 del TLCAN. En cada uno de los procedimientos, jamás se cuestionó que a México le asistía el derecho a represalia, en virtud del derecho internacional, el cual tenía derecho a ejercer contra los Estados Unidos, pero del mismo modo tampoco se cuestionó nunca que si las medidas que México adoptaba para ejercer dicho derecho de represalia suponían un incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Capítulo 11 del TLCAN en lo referente a un inversor particular, se le exigiría que proporcionase compensación a los inversores afectados también en virtud de esas obligaciones.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Es ya doctrina legal pacífica que el cumplimiento de una normativa legal de ámbito municipal no constituiría un recurso de defensa en el marco de un reclamo al amparo de la Sección A del DR-CAFTA.

<sup>53</sup> *Corn Products International Incorporated c. México*, resolución sobre la responsabilidad, caso del CIADI nro. ARB(AF)/04/1, IIC 373 (2008), 15 de enero de 2008, en ¶¶ 146-161; *Cargill, Inc c. México*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB(AF)/05/2, IIC 479 (2009), 13 de agosto de 2009, dictado el 18 de septiembre 2009, en ¶¶ 420-430. Si bien véase: *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas Incorporated c. México*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB(AF)/04/5, IIC 329 (2007), 26 de septiembre de 2007, en ¶¶ 120-133, que habría permitido a la demandada invocar derecho internacional consuetudinario en materia de contramedidas, como una estrategia de defensa, pero concluyó que la estrategia de defensa no fue estimada.

88. A pesar de numerosas oportunidades brindadas a la Demandada en el transcurso del presente procedimiento, esta no articuló ningún fundamento jurídico racional que corroborase su insistencia en que los reclamos de las Demandantes al amparo de la Sección A podían (y mucho menos debían) verse desestimados en virtud de una serie de supuestas obligaciones de Costa Rica derivadas de las normas municipales e internacionales. En lugar de eso, la Demandada alega el ejercicio de un derecho implícito (esto es, no explicado) para evitar las consecuencias de su incumplimiento de los artículos 10.5 o 10.7, derecho que aparentemente le asiste en virtud de realizar una mera mención de un entramado normativo de ámbito municipal e internacional potencialmente pertinente.<sup>54</sup> Y puesto que el derecho inexistente de la Demandada parece que también opera por un mero "hágase..., y así fue", al parecer tampoco tiene por qué molestarse en demostrar efectivamente la forma en la que la citada normativa ambiental en realidad exigiría a Costa Rica que incumpliese sus obligaciones derivadas de los artículos 10.5 y 10.7.
89. En este sentido, Costa Rica parece ser manifiestamente ignorante de su obligación derivadas del derecho internacional Costa Rica de adoptar todos los pasos disponibles para cumplir con todas las normas aplicables. En consecuencia, la línea de argumentación de la Demandada omite cualquier reconocimiento de cómo, al amparo de las normas del derecho internacional consuetudinario en materia de interpretación, uno debe esforzarse para interpretar dos obligaciones potencialmente en conflicto entre sí de una manera que las concilie, y, por tanto, permita cumplir ambas obligaciones.<sup>55</sup>
90. En efecto, la Demandada ha ido tan lejos que sostuvo que (incluso antes de que se pueda examinar el fondo de las alegaciones de la Demandante) el Tribunal

---

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Réplica de la Demandada, Sección V, A.

<sup>55</sup> Véase Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la Fragmentación del Derecho Internacional, UN Doc. A/CN.4/L.682 en 25, apartado 37ff. La presunción contra el conflicto se ha vuelto a moldear recientemente como el principio de armonización por el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Fragmentación del Derecho Internacional. Se basa en el principio de *pacta sunt servanda*, lo cual de por sí es una manifestación del principio del derecho internacional general de buena fe. Dicho principio exige que, siempre que sea posible, la totalidad de las disposiciones aplicables del tratado deben ser interpretadas de modo que permitan unos resultados compatibles y prácticos.

debe analizar con detalle la conducta anterior y posterior a la creación de sus Sociedades de inversión por medio de un examen integral *post-hoc* del cumplimiento de la normativa municipal antes de que pueda considerarse la admisión de cualquier reclamo. Es más, aparte de esa teoría de admisibilidad al revés, la Demandada alega que la acción ha de desestimarse en su integridad, puesto que los Demandantes presuntamente no han agotado "*recursos locales*" supuestamente aplicables antes de presentar su reclamo ante el arbitraje del DR-CAFTA.

91. Más aún, aparte de una referencia rápida al artículo 31 de del CVDT, la Demandada ni siquiera resumió exactamente, en ningún momento, de qué forma su interpretación propuesta de cualquiera de las disposiciones pertinentes del Capítulo 10 podrían conciliar con el enfoque que establece el derecho internacional consuetudinario. También se mostró sumamente selectiva, cuando intentó establecer un objeto y fin alternativos de la interpretación de las disposiciones del Capítulo 10, basándose en un imperativo de la política ambiental alegado. A la hora de hacerlo, la Demandada se mostró cauta al citar dos frases introductorias relacionadas con la protección ambiental, mientras omitió la referencia a un pasaje introductorio anterior que comprometía a las partes a "*[a]segurar un marco comercial previsible para la planificación y la inversión empresarial*".<sup>56</sup> Tampoco abordó el lenguaje claramente más pertinente del artículo 1.2 que de hecho establece un catálogo de objetivos del Tratado (y que siguen al pie de la letra los objetivos contenidos en la disposición comparable del TLCAN):

1. *Los objetivos del presente Tratado, expresados en sus principios y reglas, principalmente los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:*

(a) *fomentar la expansión y la diversificación del comercio entre las Partes;*

---

<sup>56</sup> Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S.

- (b) *eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes;*
- (c) **promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;**
- (d) **aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;**
- (e) *proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes;*
- (f) **crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y**
- (g) *establecer lineamientos para la ulterior cooperación bilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado. (El subrayado es nuestro)*

92. En el fondo, el enfoque de la Demandada para la interpretación nunca fue lógico para poder ser discernido de las normas aplicables de derecho internacional (esto es, las normas internacionales consuetudinarias de interpretación) ni reflejó jamás, de manera clara, ningún sentido, contexto, objeto o fin de las disposiciones del Capítulo 10. En lugar de eso, la Demandada propuso una interpretación *ad hoc* e idiosincrática de las disposiciones pertinentes del DR-CAFTA apoyándose en poco más que meras declaraciones.

#### **A. La relevancia del derecho municipal**

93. El derecho municipal es un elemento fundamental de cualquier matriz fáctica de todo procedimiento. Informa cómo los tribunales interpretan el carácter de las inversiones protegidas, la nacionalidad de las Demandantes y sus expectativas legítimas de tratamiento en congruencia con las obligaciones de la Parte derivadas del Capítulo 10. Lo que el derecho municipal nunca podrá hacer, al menos en lo referente a los reclamos al amparo del Capítulo 10 del DR-CAFTA, es servir de derecho aplicable en relación con una controversia iniciada al

amparo de los subapartados (1)(a)(i)(A) y 1(b)(i)(A) de artículo 10.16. Esto es así porque la perspectiva del derecho municipal como derecho aplicable se excluye categóricamente en virtud del apartado (1) del artículo 10.22, como ya se mencionó anteriormente.

94. De hecho, otro apartado de la misma disposición sí contempla circunstancias en las que "*el derecho de la demandada, incluidas sus normas de conflicto de leyes*", podrían servir como derecho aplicable. Sin embargo, tales circunstancias son expresamente limitadas a los reclamos que impliquen un tratado o una autorización de inversión con arreglo al artículo 10.16.1(a)(i)(B) o (C), o el artículo 10.16.1(b)(i)(B) o (C). Como demuestra la lógica del principio de interpretación de *expressio unius est exclusio alterius*, el hecho de que los autores estipularan específicamente las circunstancias en las que el derecho municipal podría considerarse como el derecho aplicable constituye una clara prueba de su intención de que dicho derecho no pudiese servir como derecho aplicable en ninguna otra circunstancia definida de forma diferente.
95. Como se indica en la nota 7 del artículo 10.22, "[e]l '*derecho de la demandada*' se refiere al derecho que un juzgado o tribunal de la jurisdicción adecuada aplicaría en el mismo caso". En consecuencia, es patente que el derecho costarricense no podría servir en ningún caso como derecho aplicable/que rija para el Tribunal, puesto que no se trata de un juzgado o tribunal costarricense. Es más, no concurre ninguna circunstancia en la que "*el mismo caso*" se refiera al que nos ocupa (esto es, determinar si Costa Rica cumplió con lo dispuesto en los artículos 10.5 y 10.7 del DR-CAFTA), puesto que no se trata de un tipo que un juzgado o tribunal costarricense pudieran conocer en algún momento. Por lo tanto, la nota 7 brinda más contexto a la propuesta de sentido común de que el derecho municipal de Costa Rica no puede hacer las veces de una normativa sustantiva (y nunca podrá constituir una normativa que prevalezca) en el marco de un procedimiento arbitral al amparo de la Sección A.

**B. Relevancia de consideraciones arbitrales previas sobre disposiciones idénticas encontradas en otros tratados sobre la base del modelo estadounidense**

96. Las Demandantes ya han proporcionado una respuesta completa a los intentos de la Demandada de menospreciar la utilidad de las conclusiones de los tribunales arbitrales en relación con otros tratados de inversión estadounidenses que contienen disposiciones idénticas en cuanto al tenor literal a las del DR-CAFTA, como es el artículo 10.11.<sup>57</sup> Desde el principio, las Demandantes han adoptado la postura de que no hay normas vinculantes de *stare decisis* ante este Tribunal, si bien ignorar unas decisiones perfectamente motivadas de otros tribunales sin una causa manifiestamente sensata es simplemente irracional.<sup>58</sup>
97. Las Demandantes han presentado pruebas irrefutables que demostraron cómo el modelo del TBI estadounidense sirvió de fundamento para las negociaciones que desembocaron en el Capítulo 10 del DR-CAFTA.<sup>59</sup> Las Demandantes también citaron fuentes secundarias redactadas por antiguos funcionarios del Departamento de Estado de los Estados Unidos que demuestran lo que los funcionarios estadounidenses consideraron que constituía la interpretación correcta de las disposiciones objeto de controversia en el presente procedimiento. Dichos puntos de vista reflejan los objetivos a largo plazo del programa de tratados estadounidense (*U.S. treaty programme*) adoptado por primera vez a principios de los años 1980.<sup>60</sup> En consecuencia, las Demandantes han demostrado la forma en la que la práctica arbitral podría dejarse orientar por unos laudos perfectamente motivados que impliquen interpretaciones de disposiciones idénticas de los tratados, en particular teniendo en consideración sus puntos comunes relacionados con el proceso de negociación compartido.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Réplica, apartados 54-56, (citando, *inter alia*, CLA-43, *S.D. Myers c. Canadá*, comparando la redacción idéntica del artículo 1112 del TLCAN al artículo 10.2(1) del DR-CAFTA).

<sup>58</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Réplica, apartado 47.

<sup>59</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Réplica, apartados 42, 86 y 448; véase CLA-57 (modelo estadounidense del TBI); CLA-150, Kenneth J. Vandavelde, *U.S. International Investment Agreements* (Oxford: Oxford University Press, 2009) en 483.

<sup>60</sup> Véase CLA-147, Lee M. Caplan & Jeremy K. Sharpe, Estados Unidos, en: Chester Brown, ed., *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2013) 775 en 791-792.

<sup>61</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Réplica, apartados 47, 89-92.

La Demandada ha rechazado estas referencias haciendo caso omiso de las mismas, e insistió, sin aportar ningún tipo de pruebas, en la presunta naturaleza *sui generis* del DR-CAFTA.<sup>62</sup>

98. Al no ser capaz de conciliar su preferida interpretación de las disposiciones, como los artículos 10.2, 10.5, 10.7, o 10.11 con las normas aplicables de interpretación, la Demandada adoptó el siguiente mantra: la protección ambiental constituía una prioridad tan sumamente superior para Costa Rica y para las demás partes del DR-CAFTA durante el proceso de negociación que hoy los artículos 10.5 y 10.7 deben interpretarse de una manera más restrictiva que las disposiciones idénticas contenidas en otros tratados basados en el modelo estadounidense de TBI. La Demandada no presentó ninguna prueba para corroborar la suposición fáctica que subyacía en esta teoría. Tampoco explicó por qué (si las Partes estaban ya tan sumidas en su fervor ambiental como la Demandada ahora alega que estaban) no se realizó ningún esfuerzo claro durante las negociaciones de alterar el tenor literal de los artículos 10.5 o 10.7, sin decir nada del artículo 10.11. Por supuesto que si el consenso de la política ecológica tan revolucionario como se alegó que era se hubiera materializado (tanto es así como dicho consenso auguró el sometimiento permanente de los estándares de protección de la inversión a una mera posibilidad de que el gobierno ejerciera su discrecionalidad con fines ambientales) las Partes habrían insistido en una redacción diferente que la de los tratados anteriores para conmemorarla.
99. Por su parte, las Demandantes alegaron que la tarea de identificar el significado claro del tenor literal del artículo 10.11, y de determinar su contexto adecuado, solo podría apoyarse en la consulta de las decisiones motivadas de otros tribunales a los que se les encomendó la tarea de interpretar las mismas disposiciones en el marco de unas controversias anteriores, así como en interpretaciones arbitrales y académicas de las disposiciones de idéntico tenor literal que figuran en instrumentos antecesores del Tratado.<sup>63</sup> En cambio, la

---

<sup>62</sup> Véase Dúplica, apartados 11, 46-47 & 51-52.

<sup>63</sup> Véanse Diapositivas de la Presentación de Apertura de las Demandantes sobre el Derecho, diapositiva 8.

Demandada no reconoció que muchas veces ha adoptado la misma propuesta que rechazó en el procedimiento que nos ocupa: más concretamente: que las disposiciones del TLCAN, así como las anteriores interpretaciones arbitrales de dichas disposiciones, podrían proporcionar un lineamiento útil a los tribunales DR-CAFTA ante disposiciones similares.<sup>64</sup>

100. La Demandada no aprovechó las numerosas oportunidades que se le brindaron para presentar pruebas que pudieran haber corroborado sus argumentos ambientales revolucionarios, mucho menos una explicación de por qué el tenor literal del Tratado no guarda coherencia con dichas alegaciones. La credibilidad de la postura de la Demandada (que, a pesar de que el artículo 1114 del TLCAN y el artículo 10.11 del DR-CAFTA comparten el mismo tenor literal y tienen antecedentes comunes de negociación, no deberían interpretarse de la misma forma) está comprometida por la propia historia de negociaciones llevada a cabo en los últimos años por los funcionarios de Costa Rica.<sup>65</sup>

### C. Relevancia de otras disposiciones del DR-CAFTA

101. Ambas Partes buscaron apoyarse en las disposiciones contenidas en alguna parte del DR-CAFTA, pero es allí donde se acaban las similitudes. Una vez más, solo las Demandantes identificaron las razones interpretativas conocibles relativas a su interpretación de las disposiciones relevantes,<sup>66</sup> demostrando así cómo las obligaciones de lealtad procesal asumidas por Costa Rica frente a sus socios del DR-CAFTA contenidas en los Capítulos 17 y 18 proporcionaron un contexto útil para la interpretación por parte del Tribunal de los artículos 10.5 y 10.7. Y, por supuesto, las Demandantes fueron cautelosos al no alegar que las obligaciones

---

<sup>64</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Dúplica de la Demandada, apartado 1041.

<sup>65</sup> Véanse Diapositivas de la Presentación de Apertura de las Demandantes sobre el Derecho, páginas 5-8, 6 de diciembre 2016. La Demandada se refirió y se apoyó en los mismos materiales, que fueron compilados por los funcionarios de Costa Rica presentes durante las rondas de negociación del DR-CAFTA, como registros de negociaciones. Véase: Declaraciones posteriores a la Audiencia de la Demandada, *Spence y otros c. Costa Rica*, caso del CIADI nro. UNCT/13/2, 26 de mayo de 2015, en 19, notas 103-104.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, Memorial de Réplica, apartado 370 (que referencia la obligación derivada del artículo 18.8 del DR-CAFTA a "*establecer las sanciones y procedimientos adecuados para aplicar las medidas penales que adopte o mantenga [para prevenir la corrupción]*", y a "*establecer las medidas adecuadas para proteger a las personas que de buena fe informen de los actos de soborno o corrupción*").

sustantivas que figuran en alguna parte del Tratado fuesen capaces de sostener un reclamo o una defensa en un procedimiento arbitral regido al amparo del artículo 10.22.

102. Por su parte, la Demandada abandonó dicha precaución y alegó que el Tribunal permitiera sus interpretaciones amplias y difíciles de manejar de los artículos 17.1 y 17.2, en su intento desesperado de dar con una estrategia de defensa frente a los reclamos presentados al amparo de los artículos 10.5 y 10.7. Como ya demostraron las Demandantes, la Demandada se empeñó en realizar tales alegaciones a pesar del hecho de que las Demandantes nunca impugnaron ninguna de las medidas ambientales (por ejemplo, las leyes, reglamentos o estándares sustantivos) amparados por dichos artículos 17.1 y 17.2. para asegurarse, las Demandantes no realizaron ninguna alegación en relación con el derecho o la responsabilidad de la Demandada de adoptar medidas ambientales en cualquiera de sus capacidades normativas. Por lo tanto, no tenía ningún sentido que la Demandada alegara que sus reclamos podrían ser rechazados sobre la base de una mera mención del derecho derivado del artículo 17.1 a adoptar medidas ambientales a un nivel de su preferencia, o la responsabilidad derivada del artículo 17.2 de hacer valer tales medidas de buena fe.
  
103. El alegato sorprendente de la Demandada de que las disposiciones del Capítulo 17 deben interpretarse de manera que denieguen la protección prometida por las Partes del DR-CAFTA al amparo de los artículos 10.5 o 10.7 fueron el ejemplo más lamentable de su obstinación interpretativa. El argumento esgrimido por la Demandada podría reducirse a esos cuatro elementos esenciales: (i) recordar cómo el Capítulo 17 salvaguarda generalmente el derecho a regular la materia ambiental; (ii) recordar cómo el artículo 10.2 dispone que en el caso de un conflicto entre el Capítulo 10 y otros capítulos, *prevalecerá estos últimos en la medida del conflicto*"; (iii) interpretar cualquier medida, aunque esté remotamente relacionada a los reclamos, como la que se adoptó en virtud de la autoridad de los artículos 17.1 y/o 17.2; y (iv) concluir que tales medidas están

en consecuencia exentas del cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 10.5 o 10.7, para evitar una conclusión de que hay un conflicto.

104. En cambio, las Demandantes alegaron que el sentido claro y habitual de "*conflicto*" evocaba circunstancias en las que el cumplimiento de una obligación implicaba necesariamente el incumplimiento de alguna otra obligación del mismo nivel. Si fuese posible que las Partes cumplieran con ambas obligaciones, estarían obligadas a hacerlo. Las Demandantes también remitieron al Tribunal a la práctica arbitral pertinente relativa al concepto de "*conflicto*" en el contexto de una disposición, como el artículo 12.2. Y, de conformidad con el principio interpretativo de eficacia,<sup>67</sup> las Demandantes también alegaron que la única forma en la que la Demandada podría esgrimir con éxito el artículo 10.2 sería demostrar cómo se vio obligada a incumplir los artículos 10.5 y/o 10.7 para estar en cumplimiento con los artículos 17.1 o 17.2. Obviamente, esto es algo que la Demandada simplemente no fue capaz de hacer.
105. Una vez más, la Demandada ni siquiera intentó presentar una base doctrinal creíble que justificase su postura ni se refirió a ninguna práctica arbitral que la apoyase. Al mantener su interpretación tautológica del término "*conflicto*", la Demandada supuso lisa y llanamente que *cualquier* restricción potencial de la discrecionalidad de sus funcionarios para dictar o ejecutar medidas ambientales vulneraría necesariamente sus derechos y responsabilidades establecidos en los artículos 17.1 y 17.2 del Tratado. Aplicar la lógica del argumento de la Demandada en el contexto exige que uno concluya que, dada la forma en la que el artículo 10.5 impone unas restricciones sobre los que tomar las decisiones (como la obligación de asegurar el debido proceso o de actuar con la debida diligencia para mantener un entorno normativo seguro de cara a inversiones extranjeras) impide que el Estado anfitrión tenga pleno derecho a adoptar y aplicar cualquier medida ambiental según estime oportuno en virtud de los artículos 17.1 y 17.2. Tal interpretación vaciaría de contenido efectivamente el

---

<sup>67</sup> Véase Memorial de Réplica de las Demandantes, apartado 78.

artículo 10.5, por causa de una mera declaración *post-hoc* de un Estado anfitrión de que la conducta impugnada había sido realizada en relación con "*el ambiente*".

106. En cualquier caso, incluso si aceptáramos la teoría general de la Demandada de interpretación del DR-CAFTA (o la ausencia de la misma), la Demandada seguiría necesitando demostrar ante el Tribunal que existía un nexo próximo entre cada una de las medidas identificadas por las Demandantes (según el conflicto con los artículos 10.5 y/o 10.7) y cualquier acto discrecional de adopción de normas que pudiera guardar una relación con tal conducta. Esto es así porque, incluso con arreglo a la interpretación escandalosamente amplia de la Demandada de la disposición relativa al "*conflicto*" del artículo 10.2, la carga estratégica de la prueba seguiría exigiendo que la Demandada demostrase de qué forma la conducta que subyace en cada uno de los presuntos incumplimientos de los artículos 10.5 o 10.7 era necesaria para estar en cumplimiento con la regla de "*nivel de protección*" justificada con arreglo al artículo 17.1. La Demandada no se liberó, ni por asomo, de su carga en lo que atañe al procedimiento iniciado por las Demandantes, lo cual es comprensible si recordamos que el procedimiento iniciado por las Demandantes no versa sobre la adopción de medidas ambientales en absoluto, sino más bien tiene por objeto las graves fallas cometidas por muchos de los responsables de su ejecución.

#### **D. La relevancia de otras normas internacionales**

107. Los artículos 10.16(1) y 10.21(1) del DR-CAFTA establecen un modelo de *lex specialis* de resolución de controversias, en el que las normas sustantivas de derecho internacional que no figuran en la Sección A del Capítulo 10 del DR-CAFTA solo son relevantes en la medida en que puedan informar, de manera legítima, la interpretación que hacen los tribunales de la obligación derivada de la Sección A, en el contexto. Por ejemplo, la práctica arbitral ha contribuido a una *jurisprudence constante* en pleno auge en la que la doctrina de derecho internacional que halla sus orígenes en la costumbre y los principios generales

informa lo estándares de los tratados como el artículo 10.5 del DR-CAFTA, el cual contiene una referencia explícita al *"tratamiento de conformidad con derecho internacional"*.

108. Del mismo modo, las normas establecidas de lealtad procesal, particularmente como han enunciado los prestigiosos tribunales internacionales o conforme a lo que figura en los instrumentos internacionales de derechos humanos, podrían consultarse como *"normas relevantes de derecho internacional aplicable a las partes"* a los efectos de interpretar una disposición del DR-CAFTA que incluya un elemento de lealtad procesal, como cada uno de los artículos 10.5 y 10.7. Fuera del ámbito de las normas de *jus cogens*, otras normas internacionales solo podrían ser integradas en una controversia relativa al DR-CAFTA a través de la vía interpretativa.
109. Pese al hecho de que el enfoque interpretativo arriba mencionado está arraigado hasta la trivialidad, la Demandada ignoró despreocupadamente dichas limitaciones y en lugar de eso citó una pléyade de convenciones ambientales de ámbito internacional, intentando utilizarlo como una excusa para su actuación que dio lugar a las alegaciones de las Demandantes sobre el incumplimiento del DR-CAFTA.<sup>68</sup> La Demandada ni siquiera intentó justificar su invocación de dichos instrumentos por referencia al artículo 31(3)(c) de la CVDT, y en lugar de eso insinuó que su interpretación imprecisa e idiosincrática de estos instrumentos prevalece simplemente porque han sido incorporados en el derecho costarricense. En la misma línea en la que la Demandada intentó malinterpretar los artículos 17.1 y 17.2 conforme a unas respuestas de "cheque en blanco" a las alegaciones de un incumplimiento de los artículos 10.5 o 10.7, la Demandada se valió de los mismos argumentos imprecisos e infundados, como su insistente invocación del principio de precaución, a pesar del hecho de que dicho principio solo sería aplicable en cualquier caso a actividades de elaboración de normas,

---

<sup>68</sup> Véase, por ejemplo, Contramemorial, apartados 54-57; Memorial de Réplica, apartados 71-75.

pero las Demandantes no identificaron ninguna actividad de elaboración de normas como fundamento de sus reclamos relativos al DR-CAFTA.

**E. Las declaraciones de los Estados Unidos sobre la interpretación del artículo 10.5 y el Anexo 10-B**

112. Mediante una carta del 8 de marzo de 2017, la Demandada informó a las Demandantes de que estaba en desacuerdo con varios elementos de un documento de resumen elaborado por el Dr. Weiler durante la Audiencia sobre las declaraciones de la parte no contendiente.<sup>69</sup> El documento fue elaborado a solicitud del Presidente del Tribunal realizada al representante de los Estados Unidos en relación con las copias de todas las demás declaraciones relativas al artículo 10.20(2) que haya podido presentar en el marco de otros procedimientos arbitrales relacionados con el Capítulo 10 del DR-CAFTA. Puesto que el Presidente había expresado curiosidad sobre la congruencia de dichas declaraciones, el Dr. Weiler preparó un documento de resumen y utilizó un destacado de colores para indicar de manera precisa el grado de congruencia entre las declaraciones de los Estados Unidos. Para asegurarse de que el expediente estuviera completo, el Dr. Weiler también adjuntó la totalidad de las declaraciones de la parte no contendiente realizadas en relación con el artículo 10.5 o el 10.7 en el marco de otros procedimientos al amparo del 10.5 o 10.7, incluidos dos dictámenes por escrito presentados por el profesor Michael Reisman.
113. En su carta, la Demandada pretendía denegar su consentimiento relativo a la distribución del documento de resumen del Dr. Weiler a los árbitros, afirmando lo siguiente: *"la incorporación de estos documentos va claramente más allá de la solicitud realizada por el Sr. Siqueiros y podría considerarse un intento extemporáneo de las Demandantes de introducir en los autos nuevas fuentes jurídicas que beneficien su postura, lo cual sería inaceptable desde todos los puntos de vista"*.

---

<sup>69</sup> Véase Carta de la Demandada del 8 de marzo de 2017.

114. Con el debido respeto, la Demandada está intentando ejercer una autoridad que simple y llanamente no tiene. Lejos de estar prohibido introducir "*nuevas fuentes jurídicas*" en los autos, al amparo de la *lex arbitri* del procedimiento que nos ocupa, los defensores tienen de hecho la obligación de llamar la atención del Tribunal sobre todas las fuentes relevantes. En cualquier caso, claramente como parte del ejercicio de preparación de sus respectivos escritos posteriores a la audiencia, obviamente se espera que las Partes citen la totalidad de las fuentes del derecho, independientemente de si ya fueron introducidas o no en el procedimiento. Una copia del documento de resumen se adjunta debidamente al presente escrito como Anexo E.<sup>70</sup>
115. En cuanto a las declaraciones de los Estados Unidos relacionadas con el artículo 10.20(2), los abogados expertos en el TLCAN y el DR-CAFTA sin duda no se verían sorprendidos por dicho motivo. Cada uno de dichos tratados comparte el rasgo distintivo de un carácter cauteloso y defensivo. Y como cada uno de ellos es fruto de trabajo de unos letrados de carrera pública y con ideas similares, cuyo objetivo principal ha sido proteger al Gobierno estadounidense de los reclamos presentados al amparo del TLCAN y el DR-CAFTA, la mayor parte de las declaraciones de los Estados Unidos incluye los mismos argumentos ya conocidos, a pesar del hecho de que el argumento más restrictivo de ellos ha sido desestimado constantemente a lo largo de los años. Dos ejemplos por antonomasia de este fenómeno son los siguientes:
- a. El argumento sobre la forma en la que el derecho internacional consuetudinario ha de ser probado, propuesto como parte de un intento de excluir cualquier expansión del contenido sustantivo del artículo 10.5 al hacer que sea prácticamente imposible identificar otras normas protegidas; y
  - b. El rechazo de la *jurisprudence constante* fuertemente arraigada sobre el trato justo y equitativo, por ejemplo, en lo referente a la prohibición de arbitrariedad,

---

<sup>70</sup> Véase Anexo E.

la obligación de asegurar el debido proceso o la responsabilidad del Estado derivada de la frustración de expectativas legítimas.

116. El quid del argumento de "*derecho internacional consuetudinario*" de los representantes de los Estados Unidos consiste en que la única forma para que el reclamo de los demandantes-inversores relativo al artículo 10.5 prospere sería demostrar que se ha producido la denegación de justicia o probar la existencia de una norma o de una doctrina de derecho internacional consuetudinario diferentes que podrían aplicarse a la conducta de la demandada. Como sostuvieron anteriormente las Demandantes, la amplia mayoría de los tribunales de TLCAN y DR-CAFTA han desestimado en redondo dicho enfoque. Como observó el profesor Reisman:

*[L]a carga que la Demandada impondría sobre la Demandante no es la correcta. En virtud de los estándares reconocidos de derecho internacional la Demandada no tiene por qué realizar una investigación amplia sobre la práctica pertinente del estado y opinio juris por su cuenta, como lo tendría que hacer la Demandada, para confirmar el surgimiento de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. Con arreglo al artículo 38(1)(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la Corte está legitimada a apoyarse en las pruebas de las normas del derecho internacional consuetudinario brindadas por las resoluciones pertinentes de los tribunales y los materiales didácticos de los publicistas más cualificados.<sup>71</sup>*

117. En lo que respecta a la alegación estéril de los Estados Unidos de que el artículo 10.5 no contempla la responsabilidad del Estado por la frustración de las expectativas legítimas, como ya se ha afirmado anteriormente, la Demandada admitió, en ambos de sus memoriales, el principio de que la responsabilidad del Estado por la frustración de las expectativas legítimas estaba cubierta por el artículo 10.5.<sup>72</sup> Solo durante la presentación de sus argumentos finales en la

---

<sup>71</sup> *Railroad Development Corporation c. la República de Guatemala*, caso del CIADI nro. ARB/07/23, apartado 54.

<sup>72</sup> Véase Contramemorial de la Demandada en apartados 481-482 y Memorial de Dúplica de la Demandada, apartados 793-794.

Audiencia, la Demandada cambió de opinión y adoptó la postura reflejada en la declaración de los Estados Unidos.<sup>73</sup>

118. Efectivamente, la Demandada reconoció esencialmente la validez de cada uno de los reclamos principales de las Demandantes, en principio. Solo se opuso a cualquier alegación de que sus funcionarios se habían comportado de una manera que era constitutiva de arbitrariedad, abuso de autoridad, conflicto con las normas de un debido proceso o que frustró las expectativas legítimas. Antes de adoptar el escandaloso enfoque propuesto por el representante de los Estados Unidos, el argumento preferido de la Demandada para alegar los hechos de los autos o malinterpretar la prueba aplicable,<sup>74</sup> la Demandada simplemente alegaba que todavía no estaban preparados para la adjudicación; primero al insistir en que los argumentos de las Demandantes se interpretaran como reclamos de denegación de justicia, y a continuación al argumentar que tenía que aplicarse la regla de agotamiento de recursos internos.
119. La maniobra de denegación de justicia de la Demandada se abordará más adelante, pero primero debemos examinar la validez del enfoque minimalista defendido por los Estados Unidos más tarde adoptado por la Demandada como suyo propio.
120. Los representantes de los Estados Unidos han visto su intento de reducir la protección contenida en el artículo 10.5 a un nivel de principios del siglo XX al yuxtaponer la fórmula de "*trato justo y equitativo*" utilizada en el artículo 10.5 contra unas versiones presuntamente "*autónomas*" del estándar contenidas en otros tratados, al afirmar lo siguiente:

*Los Estados podrían decidir, de manera expresa por medio de tratados, ampliar las protecciones bajo la categoría de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" más allá de lo exigido por el derecho internacional consuetudinario.*

---

<sup>73</sup> Véase, por ejemplo, Transcripción en español, 1992:19-1993:9, 1999:16-2000:10.

<sup>74</sup> Por ejemplo, la Demandada optó al principio por reformular, de manera extraña, el argumento de expectativas legítimas de las Demandantes y presentarlo como una petición de protección del derecho a esperar que el Estado anfitrión se abstuviera de hacer valer su normativa legal ambiental.

*Extender tales protecciones a través de unos estándares "autónomos" en un tratado concreto constituye una decisión política de un Estado, más que una acción realizada en virtud de una obligación jurídica. Esa práctica no sería pertinente para determinar el contenido del artículo 10.5 que vincula expresamente "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" con el estándar mínimo de tratamiento del derecho internacional consuetudinario.<sup>30</sup> En consecuencia, las resoluciones arbitrales que hacen la interpretación de las disposiciones de un trato justo y equitativo y de protección y seguridad plenas "autónomas" contenidas en otros tratados, fuera del contexto del derecho internacional consuetudinario, no podrían constituir pruebas del contenido del estándar del derecho internacional consuetudinario exigido por el artículo 10.5.31. Del mismo modo, las resoluciones de las cortes internacionales y los tribunales arbitrales que interpretan un "trato justo y equitativo" como un concepto del derecho internacional consuetudinario no constituyen en sí instancias de "práctica del Estado" a los efectos de poner de manifiesto derecho internacional consuetudinario, si bien tales resoluciones podrían ser pertinentes para determinar una práctica del Estado cuando incluyan un examen de tal práctica.<sup>75</sup>*

121. Como se señaló anteriormente, y según lo explicó el profesor Reisman, los mismos argumentos sobre cómo interpretar el contenido del artículo 10.5 ya fueron alegados y rechazados por la mayoría de los tribunales de TLCAN y DR-CAFTA, empezando por el tribunal de *Mondev* (que incluía tanto a Crawford como a Schwebel como miembros) y continuando con el caso más reciente del tribunal de *Railroad Development* (que incluía a Rigo Sureda y a Crawford como miembros).<sup>76</sup> Más interesante es la incongruencia inherente de la postura de los representantes de los Estados Unidos sobre las así llamadas versiones "autónomas" del estándar de "trato justo y equitativo".
122. Cada una de las pocas declaraciones de los Estados Unidos en virtud del artículo 10.20(2) realizadas hasta la fecha sostienen que el artículo 10.5 evoca el estándar mínimo de tratamiento del derecho internacional consuetudinario. También trata

---

<sup>75</sup> Declaraciones de los Estados Unidos de América, 17 de abril de 2015, apartado 20.

<sup>76</sup> *Mondev Int'l Ltd. c. EE. UU.*, caso del CIADI nro. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, en ¶¶ 110-125; *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB/07/23, IIC 553 (2012), 29 de junio de 2012, en ¶¶ 212-216.

el artículo del TLCAN como una expresión análoga del mismo estándar. Los Estados Unidos también argumentaron, por ejemplo, en su declaración ante el Tribunal de *Methanex*, que la totalidad de sus disposiciones del tratado de "*trato justo y equitativo*" aluden al mismo estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario.<sup>77</sup>

123. Los Estados Unidos también han estado presentando los mismos argumentos "*autónomos frente a consuetudinarios*" desde, al menos, 2007. El impulso de dicho argumento ha permanecido constante: más concretamente: que un tribunal que interprete una disposición de "*trato justo y equitativo*" nunca ha de apoyarse en el razonamiento de un tribunal que interpretó una disposición de "*trato justo y equitativo autónomo*" en su lugar.<sup>78</sup> Sin embargo, en el mismo memorial los Estados Unidos también invocaron un estudio de la CNUCD, cuyos autores habían señalado la forma en la que los Estados Unidos de hecho han utilizado diferentes tipos de "*trato justo y equitativo*" en sus tratados.<sup>79</sup>
124. Es más, los Estados Unidos reconocieron (por implicación lógica) que en efecto habían celebrado que contenían una disposición de "*trato justo y equitativo autónomo*".<sup>80</sup> Lo hicieron cuando criticaron a un demandante que había invocado unos laudos que alegaba que se basaban en una versión autónoma del estándar de trato justo y equitativo, a pesar del hecho de que muchos de los tribunales que los dictaron interpretaron las disposiciones de los tratados estadounidenses, como el Tribunal de *Azurix*, constituido al amparo del Tratado Bilateral de Inversión entre los Estados Unidos y Argentina, que sostuvo lo siguiente:

---

<sup>77</sup> *Methanex c. EE. UU.*, Respuesta de la Demandada Estados Unidos de América a la Declaración de Methanex sobre la Interpretación de la Comisión de Libre Comercio de América del Norte del 31 de julio de 2001, 26 de octubre de 2001, en 10-11; <http://www.naftaclaims.com/disputes/usa/Methanex/MethanexUSfirstSubRe1105.pdf>

<sup>78</sup> *Glamis Gold c. EE. UU.*, Memorial de Dúplica, 15 de marzo de 2007, en 147, <http://www.naftaclaims.com/disputes/usa/Glamis/Glamis-USA-Rejoinder.pdf>

<sup>79</sup> *Ibid.* en ¶¶ 148-149.

<sup>80</sup> *Ibid.*, en ¶ 149, citando: *Azurix Corp. c. República Argentina*, caso del CIADI nro. ARB/01/12, Laudo ¶ 363 (14 de julio de 2006), y en ¶ 150, nota 598, citando: *Glamis Gold c. EE. UU.*, Memorial de Réplica de las Demandantes, 15 de diciembre de 2006, en ¶¶ 206-207 & 213, donde *Glamis* citó una serie de tratados bilaterales de inversión estadounidenses que contenían cláusulas de "*trato justo y equitativo*" autónomas. Véase también: la mención que hace *Glamis* de los casos *Azurix* y de otros en relación con la correcta interpretación del estándar de *trato justo y equitativo*", en ¶¶ 229-233.

*En su acepción habitual, los términos "justo" y "equitativo" utilizados en el artículo 3(1) del TBI se refieren a "recto", "imparcial", "objetivo" o "legítimo". En cuanto a finalidad y el objeto de una mayor cooperación con respecto a inversiones, reconocen que "un acuerdo sobre el trato que se otorgue a tales inversiones impulsará el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las Partes", y aceptan que un "trato justo y equitativo de inversiones es deseable para mantener un marco estable para las inversiones y el aprovechamiento más eficaz de los recursos económicos". De la acepción habitual de los términos justo y equitativo y el la finalidad y el objeto del TBI se desprende que justo y equitativo debería entenderse como un trato concedido de una manera recta e imparcial que lleve al fomento de las inversiones extranjeras. El tenor literal del TBI refleja una actitud positiva hacia las inversiones con las palabras, como "promover" y "estimular". Además, las partes del TBI reconocen el papel que un trato justo y equitativo desempeña para mantener "un marco estable de inversiones y el aprovechamiento más eficaz de los recursos económicos".*

*Hablando del artículo II.2(a), dicho apartado dispone lo siguiente: "Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional". El apartado se integra por tres declaraciones enteras, cada una de las cuales enumera en secuencia un estándar de tratamiento que hay que otorgar a las inversiones: justo y equitativo, entera protección y seguridad, en ningún caso un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional. El trato justo y equitativo se menciona aparte. La última oración asegura que, independientemente del contenido que se les atribuya al resto de los dos estándares, el trato otorgado a las inversiones no será menos favorable que el que exige el derecho internacional. La cláusula, en su redacción actual, permite interpretar el trato justo y equitativo y la entera protección y seguridad como estándares superiores a los que exige el derecho internacional. La finalidad de la tercera oración es sentar el estándar mínimo, no el máximo, para evitar una posible interpretación de estos estándares como inferiores a lo que exige el derecho internacional. Mientras esta conclusión resulta del análisis textual de dicha disposición, el Tribunal no considera que sea de importancia esencial para que aplique el estándar de un trato justo y equitativo a los hechos de los autos. Como se explicará más adelante, el requisito mínimo para satisfacer dicho estándar*

*ha evolucionado, por lo que el Tribunal considera que su contenido es esencialmente similar independientemente de si los términos son interpretados según su acepción habitual, conforme a lo exigido por la Convención de Viena, o de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.*<sup>81</sup>

125. El que la postura de los Estados Unidos sobre la interpretación de una disposición, como el artículo 10.5 (teniendo en consideración todo el alcance de las declaraciones que ha estado realizando desde que por primera vez fue constituida como demandado en un procedimiento arbitral al amparo del TLCAN hace 20 años) pueda parecer pacífica pero también equívoca, o, al menos, controvertida, es de esperar. Como señaló una vez Thomas Wälde, cierto escepticismo sano es deseable a la hora de examinar el contenido de las declaraciones y de los memoriales de la parte no contendiente en relación con prueba de la práctica estatal, en tanto que habrá sido "*influenciado necesariamente por consideraciones de estrategia defensiva*".<sup>82</sup> En consecuencia, no debería sorprendernos que la propia interpretación restrictiva y limitada del artículo 10.5 reflejada en la declaración de los Estados Unidos no haya reemplazado las opiniones más equilibradas de los publicistas, como el profesor Reisman o el presidente del tribunal de *Railroad Development*, Andrea Rigo Sureda.

#### **IV. EL TRIBUNAL TIENE COMPETENCIA JURISDICCIONAL PARA CONOCER LOS RECLAMOS DE LAS DEMANDANTES**

##### **A. La inversión**

126. Las Demandantes primero delinearon sus inversiones, con el fin de demostrar *jurisdiction razione materiae*, en los apartados 17-20 de la Notificación de Arbitraje. Más concretamente, citaron los subapartados (e) y (h) de la definición de inversión que figura en el artículo 10.28 del DR-CAFTA, el cual incluye

---

<sup>81</sup> *Azurix Corporation c. Argentina*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB/01/12, IIC 24 (2006), 23 de junio de 2006, en ¶¶ 360-361.

<sup>82</sup> *Glamis Gold c. EE. UU.*, Memorial de Dúplica, 15 de marzo de 2007, en nota 608, citando el Informe Experto de Thomas Wälde, <http://www.naftaclaims.com/disputes/usa/Glamis/Glamis-USA-Rejoinder.pdf>

*"contratos de llave en mano, construcción, gestión, producción, concesión, reparto de ingresos y otros contratos similares", y "otros bienes tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, y derechos de propiedad relacionados, como arrendamiento, hipoteca, gravámenes y prendas". También hicieron referencia al subapartado (g) del apartado 262 del memorial, el cual incluye "licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares conferidos de conformidad con el derecho nacional", así como al texto del *chapeau* de definición de inversión, el cual dispone lo siguiente:*

*la inversión se refiere a cualquier activo que se encuentre bajo la titularidad o control del inversor, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas tales características, como la destinación del capital o de otros recursos, las expectativas de obtener ganancias o margen o la asunción de riesgo. La inversión podría adoptar alguna de las siguientes formas, entre otras...*

127. Las Demandantes también tuvieron la cautela de especificar en su Notificación de Arbitraje que presentaron tanto los reclamos en su propio nombre colectivamente, en calidad de inversores, como los reclamos en nombre del conjunto de sus Sociedades constituidas, al amparo del derecho costarricense, para realizar el desarrollo del proyecto Las Olas. En consecuencia, las Demandantes también señalaron, en los apartados 17-20 de la Notificación de Arbitraje, que sus inversiones también incluían Sociedades, y explicaron la forma en la que ejercían titularidad y control colectivamente sobre las dos Sociedades más importantes de cara al Proyecto: Inversiones Cotsco C&T, S.A., que se encargaba de la parte de desarrollo del componente de los chalets, y La Canícula S.A., que se encargaba del desarrollo de la zona de Concesión, incluido el hotel.
128. Para evitar cualquier tipo de dudas, la finalidad de hacer numerosas y variadas referencias a las inversiones bajo la titularidad y control de los inversores, que respondían al criterio de nada menos que cinco subapartados del artículo 10.28 que contenía la definición de inversión, fue establecer con firmeza la competencia jurisdiccional. La Demandada ha intentado constantemente jugar

con el entramado jurisdiccional complejo de las Demandantes, al tratar de aislar una categoría de inversión en un momento dado y sugerir que no era suficiente. Por ejemplo, la Demandada, en varias ocasiones, atacó la postura de las Demandantes al argumentar que ya no son titulares de todas esas parcelas ubicadas en su área de desarrollo (como si fuera poco común que una actividad operativa de desarrollo inmobiliario implicase la venta de terrenos), y alegaron que los permisos otorgados en relación con el Sitio del Proyecto no constituían activos susceptibles de ser adquiridos.

129. Al hacerlo, la Demandada se desviaba intencionadamente del quid de la cuestión: *viz.*: que es inapropiado, paraefectos de determinar responsabilidades o fijar indemnizaciones por daños y perjuicios relevantes, intentar reducir una Sociedad de inversión (en este caso, el proyecto Las Olas) a la suma de sus componentes. Esta noción parte del principio de "*unidad de inversión*", como lo expresó el tribunal en el caso *Inmaris c. Ucrania* y *CSOB c. Eslovaquia*, respectivamente:

*[E]l Tribunal podría retroceder para considerar sus alegadas inversiones como los componentes de un esfuerzo de inversión integrada más amplia. No sería necesario analizar cada componente de la operación integral y examinar si cada uno de los componentes aisladamente reuniría los requisitos de la definición contenida en el TBI y en el Convenio del CIADI. A los efectos de competencias jurisdiccionales de este Tribunal, bastaría con que la operación en su conjunto reuniera dichos requisitos.*<sup>83</sup>

*Una inversión se nos presenta a menudo como una operación bastante compleja, integrada por varias transacciones, cada elemento de la cual aisladamente podría no reunir, en todos los casos, los requisitos de una inversión. En consecuencia, una controversia que se presente ante el Centro debe considerarse que surgió directamente de una inversión, incluso cuando se*

---

<sup>83</sup> *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, caso del CIADI nro. ARB/08/8, IIC 431 (2010), Resolución sobre la Jurisdicción, 2 de marzo de 2010 en ¶ 92. Aunque los casos de "*unidad de inversión*" se originaron en la práctica del CIADI derivados de los casos de tratados de inversión, en los que tal vez solo uno de varios contratos relacionados vinculados con una sociedad única de inversiones contenía una cláusula de resolución de controversias del CIADI, el principio también tiene utilidad a la hora de demostrar la distinción que hay que hacer entre los instrumentos potencialmente numerosos a través de los cuales podría establecerse la competencia jurisdiccional en relación con la inversión definida y la valoración de la suma total, o la integridad, de una sociedad de inversión determinada, cuando consideramos el impacto de las medidas impugnadas sobre su operación total.

*base en una transacción que aisladamente no reuniría los requisitos de una inversión al amparo del Convenio, siempre que la transacción concreta forme parte integrante de una operación total que sí que reúne los requisitos para ser considerada una inversión.*<sup>84</sup>

130. Sin perjuicio de si el Tribunal realiza un análisis de los incumplimientos por parte de la Demandada del artículo 10.5 o el 10.7, o la indemnización por daños y perjuicios derivada de tales incumplimientos, la "inversión" objeto de controversia ha de considerarse en todo momento como la totalidad de las inversiones de las Demandantes realizadas en el proyecto Las Olas, no meros elementos de tal inversión. A menos de que la Demandada pueda demostrar que el daño sufrido como consecuencia de la conducta reiterada sobre el proyecto Las Olas estaba, de alguna forma, restringido a un mero segmento, sería antinatural tratar el proyecto Las Olas como algo menos que el esfuerzo integral de inversión que fue.
131. En este contexto, queda claro que, en concreto, el foco de la Demandada sobre la venta de segmentos de terreno en el sitio del proyecto Las Olas (y la acusación de que el Tribunal no tiene competencias jurisdiccionales sobre ninguna de las parcelas de terreno que se han vendido) carece de sentido. Hasta mayo de 2011, la venta de parcelas en el sitio del proyecto fue parte del esfuerzo de inversión de las Demandantes, pero no era la totalidad de dicho esfuerzo. La inversión de las Demandantes aun así incluía, como una de sus partes, las parcelas de terreno individuales que se habían vendido, puesto que estas parcelas seguían formando parte del proyecto Las Olas y aún tenían que ser monetizadas por las Demandantes en virtud de los otros aspectos del Proyecto (construcción de viviendas, financiamiento, arrendamientos, gestión, club de playa, etc.) a pesar de que el propio terreno se había vendido (hay que recordar asimismo que las parcelas individuales solo estaban accesibles a través de caminos construidos

---

<sup>84</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. c. República Eslovaca*, caso del CIADI nro. ARB/97/4, (1999) 14 ICSID Rev-FILJ 251, IIC 49 (1999), (2002) 5 ICSID Rep 330, 24 de mayo de 1999, en ¶ 72. Véase también: *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe SA c. Albania*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB/11/24, IIC 682 (2015), 30 de marzo de 2015, en ¶ 288; y *Duke Energy International Peru Investments No 1 Limited c. Perú*, Resolución sobre la Jurisdicción, caso del CIADI nro. ARB/03/28, IIC 30 (2006), 1 de febrero de 2006, en ¶¶ 119-134.

sobre el terreno todavía titularidad de las Demandantes). Por lo tanto, es absurdo argüir que las parcelas vendidas que de alguna manera "se han excluido" de la competencia jurisdiccional del Tribunal.

132. Una vez que la Demandada había impuesto el cierre del Proyecto en mayo de 2011, las ventas ulteriores de las parcelas se realizaron a una ínfima parte de su valor (en defecto del cierre), únicamente con el afán de mitigar las pérdidas de las Demandantes. En esta etapa, el Proyecto ya se había destruido por causa de las acciones de la Demandada, por lo que las Demandantes no albergaban ninguna esperanza de continuar (el Tribunal observará que la gran mayoría de estas ventas se acordaron en el período de febrero a abril de 2013; véanse las diapositivas 28 y 29 de la presentación del Dr. Abdala durante la Audiencia de diciembre). En consecuencia, estas ventas no podrían afectar la competencia jurisdiccional del tribunal, puesto que su competencia jurisdiccional, como se señaló arriba, abarca el esfuerzo íntegro de inversión –el proyecto Las Olas– en su totalidad en el estado en el que se encontraba en mayo de 2011.
133. Por lo tanto, el estado de propiedad del terreno mismo en la fecha de la Notificación de Arbitraje (que se aborda con más detalle en la Sección X abajo) no tiene importancia a los efectos de la determinación de los reclamos de las Demandantes.

## **B. Artículo 47 de la Ley de la ZMT**

134. La oposición inicial de carácter jurisdiccional de la Demandada al amparo del artículo 47 de la Ley de ZMT consistía en que hubo un intervalo de aproximadamente 30 días durante los cuales la Concesión de La Canícula era de plena titularidad de un extranjero en lugar de ser un 51 % de titularidad de un ciudadano costarricense. Esta cuestión fue resuelta a través de la presentación de pruebas y la rectificación por parte del Sr. Aven de sus Declaraciones Testimoniales.<sup>85</sup> A continuación, la Demandada esgrimió una teoría alternativa

---

<sup>85</sup> Véase Transcripción en español, 756:22-758:22. Esto también estaba reflejado en las declaraciones de apertura de las Demandantes. Véase Transcripción en inglés, 148:7-149:16 (Las partes acordaron diferir el Día 1 de la

de incumplimiento del artículo 47 de la Ley de ZMT alegando que, como las Demandantes ejercieron efectivamente el control sobre la Concesión, su titularidad del 51 % de un ciudadano costarricense fue una transacción simulada dirigida a socavar el objeto de la Ley de ZMT. Esta cuestión se aborda con más detalle en la Sección VIII.D (1) más adelante.

135. La primera vez que la Demandada planteó esta oposición de carácter jurisdiccional fue en sus argumentos finales durante la Audiencia. Y solo lo hizo siguiendo unas expresiones *sua sponte* de curiosidad por parte del Presidente del Tribunal durante el interrogatorio de testigos en relación con la operación en la práctica de esta disposición concreta. El artículo 23(2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 dispone lo siguiente: "*La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación*". Sería manifiestamente injusto y constitutivo de un grave perjuicio para las Demandantes si se le permitiera a la Demandada que opusiera tal objeción en esta fase tan tardía del procedimiento; sobre todo porque esto se produciría después del punto en el que las Demandantes pudieran presentar la totalidad de las pruebas pertinentes para refutar dicha objeción.
  
136. En cualquier caso, como se hace hincapié en la pregunta nro. 9 de las Preguntas Finales del Tribunal, la Demandada nunca inició ningún procedimiento para anular la Concesión de La Canícula o la venta de las acciones por el Sr. Monge de la Sociedad que era titular de los derechos en la Concesión. Como se explica más adelante, esto constituyó un tema constante en manos de la Demandada en relación con sus acusaciones del presunto incumplimiento de la normativa legal municipal por parte de las Demandantes: esto es, todas eran *post-hoc*. No consta ninguna prueba en los autos de que la participación de las Demandantes en la Concesión fuera inválida o de que la Demandada se planteara siquiera la

---

transcripción en español a la transcripción en inglés); véase Prueba documental C-8, compárese con el Prueba documental C-237.

posibilidad que pudiera ser inválida en el momento pertinente, esto es: cuando se produjo el incumplimiento del DR-CAFTA.

137. Las Demandantes realizaron sus alegaciones *prima facie* en relación con la Concesión de La Canícula, demostrando que ejercían el control sobre la Sociedad que era titular de todos los derechos otorgados por la Municipalidad a los efectos de su uso. Las únicas pruebas disponibles que figuren en los autos indican que los funcionarios municipales eran perfectamente conscientes de que unos inversores estadounidenses ejercían el control sobre la Concesión en todos los momentos pertinentes. Cuando examinamos la vehemencia con la que los que se oponían al proyecto Las Olas, incluidos sus interlocutores oficiales, trataron de descarrilarlo, es evidente que la razón por la que la Demandada nunca se planteó un ataque basado sobre el artículo 47 de la Ley de ZMT fue que jamás lo consideró como un recurso para oponerse que pudiese prosperar.<sup>86</sup>

## V. ADMISIBILIDAD

### A. Los argumentos de "ilegalidad" de la Demandada

138. Al principio la Demandada caracterizó su oposición de ilegalidad como si fuera de naturaleza jurisdiccional, sobre la base de un número reducido de laudos en los que los tratados pertinentes incluían una cláusula de "*cumplimiento del derecho local*", a diferencia del DR-CAFTA.<sup>87</sup> La Demandada reformuló su oposición en la Dúplica, remoldeándola como una cuestión de admisibilidad. El impulso de la oposición reformulada de la Demandada consistía en que a las Demandantes no se les debería permitir hacer valer sus derechos al amparo del

---

<sup>86</sup> Véase Sección VIII.D.1.

<sup>87</sup> Véase Memorial, apartado 270 (*La conducta ilegal y de mala fe de las Demandantes les impide presentar reclamos al amparo del Tratado. En los apartados que siguen presentamos con mayor detalle la naturaleza de dicha conducta ilegal. En la sección posterior, la Demandada presenta el fundamento de su oposición de carácter jurisdiccional al amparo del derecho internacional*).).

Capítulo 10 (en cualquier momento durante la vigencia de la inversión) si no cumplían la normativa legal de ámbito local.<sup>88</sup>

139. No obstante, las oposiciones reformuladas de la Demandante parten de unos ejemplos en los que las demandadas alegaron que la criminalidad o fraude graves habían contribuido a la realización de la inversión.<sup>89</sup> Como observó el tribunal de *Quiborax*, incluso en los casos en los que la conformidad del tratado con la cláusula de cumplimiento de la normativa legal municipal es interpretada como un requisito legal, se entiende que *"el alcance temporal del requisito legal se limita a la realización de la inversión; no abarca el rendimiento ulterior"*.<sup>90</sup> Y como sostuvo el tribunal de *Yukos*, incluso en los casos en los que un tribunal pudiera estar dispuesto a *"leer"* en un tratado un requisito legal sin que hubiera ninguna cláusula que obligara al cumplimiento del derecho del Estado anfitrión, solo podría adoptar por lógica un estándar aplicable a la fase de realización de una inversión.<sup>91</sup> El motivo de dicha limitación es elemental, como lo articula el tribunal de *Copper Mesa Mining*:

*En lo que atañe al incumplimiento del derecho ecuatoriano, en opinión del Tribunal la redacción del Tratado se limita, a lo sumo, a una prohibición jurisdiccional aplicable en el momento en el que la Demandante realizó su inversión por primera vez. Lo cual fue en 2004. La redacción del artículo 1(g) del Tratado es clara: la frase "de conformidad con el derecho de este último" reúne los requisitos del concepto anterior de titularidad de la inversión y el control cuando se realizaron; por lo que no abarca la operación, la gestión ni la conducta ulterior de una inversión.*

---

<sup>88</sup> Véase Memorial de Réplica, apartado 525 (*"Pero la Demandada nunca mencionó en su Contramemorial que estaba oponiéndose a la competencia jurisdiccional del Tribunal sobre la base de la ilegalidad de la inversión. En lugar de eso, la Demandada solicitó al Tribunal que considerara el reclamo de las Demandantes como inadmisibles sobre la base de la gravedad de su mala conducta cometida a la hora de operar la inversión"*).

<sup>89</sup> Véase, por ejemplo.: RLA-118, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas [I]*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, en ¶ 346; RLA-119, *Anderson c. Costa Rica*, Laudo, ICSID ARB(AF)/07/3, 19 de mayo de 2010, en ¶ 55; RLA-121, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, Resolución sobre la jurisdicción, caso del CIADI nro. ARB/08/8, 8 de marzo de 2010, en ¶ 140.

<sup>90</sup> *Quiborax SA y ors c. Bolivia*, Resolución sobre la Jurisdicción, caso del CIADI nro. ARB/06/2, IIC 563 (2012), 27 de septiembre de 2012, en 266.

<sup>91</sup> *Yukos Universal Limited c. Federación de Rusia*, Laudo Final, caso de la CPA nro. AA 227, IIC 652 (2014), ICGJ 481 (PCA 2014), 18 de julio de 2014, en ¶¶ 1352-1354.

*No solo es cierto que tal redacción es apreciablemente ausente en el artículo 1(g), sino que también se requeriría una redacción clara para habilitar una prohibición jurisdiccional tan importante. Esto privaría, de manera efectiva, a un inversor de interponer cualquier recurso arbitral al amparo del Tratado si el inversor (o su agente o empleado) incumplieran, en un momento dado, la normativa legal del Estado anfitrión durante la vigencia de la inversión. Esto daría un resultado severo y duro, limitando así, de manera significativa, la autonomía jurídica de un acuerdo de arbitraje entre un inversor y un Estado anfitrión derivada del artículo XIII(4) del Tratado. ...*

*En todas esas cuestiones, la Demandada asumió la carga jurídica de aportar sus alegaciones positivas...*<sup>92</sup>

140. En cambio, la Demandada trató de reafirmar su oposición al unirla con otra versión de su enfoque de fervor ambiental. En lugar de reiterar la alegación de que las obligaciones derivadas del Capítulo 10 deben ser cambiadas (cuando no defenestradas) sobre la base de una interpretación insostenible de los artículos 17.1 y 17.2 (que otorga discrecionalidad absoluta a los funcionarios para que puedan determinar qué medidas podrían interpretarse como ambientales), esta versión de enfoque de fervor ambiental de la Demandada está concebida únicamente para aprovechar un análisis *a priori* del presunto incumplimiento por parte de las Demandantes de la normativa municipal, antes de que se examine el fondo de sus alegaciones sustantivas.
141. En resumidas cuentas, la Demandante argumenta que los principios ambientales son tan importantes, tanto desde el punto de vista del derecho costarricense como en virtud del DR-CAFTA, que la carga de la prueba habitual, constituida al amparo del derecho internacional consuetudinario, debe ser invertida. En consecuencia, la Demandada sugiere sin profundizar mucho en el asunto que, cuando un Estado anfitrión alega que sus medidas se basan en los así llamados principios de precaución o de prevención, a la Demandante solo se le debe

---

<sup>92</sup> *Copper Mesa Mining Corporation c. Ecuador*, Laudo, caso de la CPA nro. 2012-2, IIC 841 (2016), 15 de marzo de 2016, en ¶¶ 5.54-5.55 & 5.59. Véase también: *Oxus Gold plc c. Uzbekistán*, Laudo Final, IIC 779 (2015), Ad Hoc, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 17 de diciembre de 2015, en ¶¶ 706-707, citando: *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB/07/24, IIC 456 (2010), 10 de junio de 2010, en ¶ 127; e: *Inceysa Vallisoletane, SL c. El Salvador*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB/03/26, IIC 134 (2006), 2 de agosto de 2006, en ¶ 239.

permitir presentar reclamos sustantivos sobre la inversión una vez supere la presunción de que tal invocación de dichos principios fue injustificada.

142. En pocas palabras, la alegación de ilegalidad de la Demandada, independientemente de si se caracteriza como jurisdiccional o de admisibilidad, y sin perjuicio de si es combinada con su propuesta absurda de invertir la carga de la prueba si el Estado anfitrión argumentaba que la adopción de una medida obedecía a razones ambientales, simplemente resta la credibilidad. Si vamos al grano, visto que la Demandada ni siquiera alegó que las Demandantes incumplieron la normativa legal de ámbito municipal al realizar su inversión, y mucho menos que lo consiguieron mediante actos fraudulentos, su oposición, independientemente de la forma en la que sea formulada, debe desestimarse.

**B. El argumento de la Demandada de agotamiento de los recursos locales**

143. La Demandada también sostiene que las alegaciones de las Demandantes deben ser desestimadas por motivos de no agotamiento de recursos, a pesar de haberse esforzado para identificar una fuente jurídica que respaldase la propuesta. La conclusión es que el DR-CAFTA no contempla el agotamiento de los recursos locales. Y no podría contemplarlo, puesto que lo que sí contempla en su artículo 10.16(3)(a) es un recurso al amparo del Reglamento de Arbitraje del CIADI en materia de controversias sobre la inversión con arreglo al Capítulo 10. El artículo 26 del Convenio del CIADI impide a sus Estados miembros que impongan a los demandantes-inversores normas de agotamiento, salvo que el Estado miembro haya constituido una reserva en lo relativo a su consentimiento para arbitrar, y ello por anticipado. Dado que el DR-CAFTA no contiene ninguna disposición que pueda autorizar que una Parte pueda constituir una reserva que condicionara su consentimiento al amparo del artículo 10.16, y que sí que contempla el sometimiento de controversias en materia de inversiones al arbitraje del CIADI, es sencillamente imposible que el Tratado se interprete de una forma que satisfaga los deseos de la Demandada de imponer el requisito de agotamiento sobre las Demandantes.

144. Si vamos más al grano, no existe ninguna disposición del Capítulo 10 que pudiera permitir a la Demandada imponer unilateralmente un requisito de agotamiento. En lugar de eso, como las Demandantes argumentaron anteriormente, las disposiciones pertinentes del Capítulo 10 brindan un contexto adicional que confirma la postura de que las reglas de agotamiento quedan prohibidas en tanto que restricciones inadmisibles en relación con el ejercicio de los derechos al amparo del Capítulo 10 en la Zona de Libre Comercio. Por ejemplo, el artículo 10.18(3) permite a un demandante-inversor "*iniciar o continuar con una acción que solicite medidas cautelares y no implique el pago de indemnizaciones pecuniarias por daños y perjuicios*" simultáneamente con la presentación de un reclamo de indemnización por daños y perjuicios al amparo del artículo 10.16. Si la intención de las Partes hubiera sido que los demandantes-inversores agotaran los recursos locales antes de presentar reclamos al amparo del artículo 10.16, habrían creado tal procedimiento. En lugar de eso, las Partes brindaron a los demandantes-inversores los derechos de arbitrar y de agotar los recursos locales de manera simultánea, lo cual vacía de contenido la propia premisa del argumento de la Demandada.
145. Se aplicó la misma lógica en el caso de *Quiborax*, donde el reclamo de la demandada (que las demandantes no habían realizado ningún esfuerzo razonable para obtener la revocación de las medidas impugnadas en el ámbito local) fue rápidamente desestimado por referencia a la cláusula de bifurcación del Tratado.<sup>93</sup> Otro argumento desestimado, alegado por Bolivia, fue, sin embargo, de más interés para el caso que nos ocupa: "*que la presunta medida de expropiación, Decreto 27589, no era una 'decisión definitiva del Estado'*".<sup>94</sup> Lo importante es que al evaluar y desestimar este argumento, el tribunal de *Quiborax* no entró en un análisis de la orden municipal. En lugar de eso, el

---

<sup>93</sup> *Quiborax SA y Non Metallic Minerals SA c. Bolivia*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB/06/2, IIC 739 (2015), 16 de septiembre de 2015, ¶¶ 156-158. El Tribunal razonó que si la demandante hubiera realizado tal esfuerzo, presumiblemente presentándose ante un juzgado o tribunal de ámbito municipal, la cláusula habría operado para impedirle que solicitara reparación ante un tribunal internacional. Véase también: *Arif c. Moldova*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB/11/23, IIC 585 (2013), 8 de abril de 2013, en ¶ 333.

<sup>94</sup> *Ibid*, en ¶ 159.

referido tribunal examinó la medida sobre una base de *prima facie* y tuvo en consideración el rango relativo del funcionario que la emitió, la claridad de su tenor literal y si operaba de una manera que privara a los inversores extranjeros de sus derechos. En el caso que nos ocupa ha de aplicarse el mismo enfoque, en lugar de permitir a la Demandada que arrastre a las Demandantes o al Tribunal en los pormenores de la práctica del derecho administrativo costarricense.

146. Es más, como explicó el tribunal de *Mytilineos Holdings*, incluso en ausencia de una cláusula explícita que excluyera la posibilidad de exigir el agotamiento de los recursos locales, la propia forma y la función de los tratados de inversión excluyen necesariamente la posibilidad para que las partes de dichos tratados impongan unilateralmente tal requisito en el caso de una nueva controversia. El tribunal razonó de la siguiente manera:

*Asumir que el TBI no había excluido tácitamente el requisito de agotamiento de los recursos locales implicaría que un inversor, antes de optar entre los tribunales nacionales y el arbitraje internacional, tendría que agotar los recursos locales. Esto vaciaría de contenido la alternativa de los "tribunales nacionales" contenida en la cláusula de bifurcación, por lo que no se podrá realizar tal suposición. Al contrario, la cláusula de bifurcación obliga a un inversor a elegir entre presentar los recursos ante los tribunales nacionales o internacionales. Una vez se opta por los recursos nacionales, la alternativa de arbitraje internacional deja de estar disponible. En consecuencia, no se puede exigir el agotamiento de los recursos locales como un prerrequisito para acceder al arbitraje internacional. En lugar de eso, la iniciación de un procedimiento local impide el acceso al arbitraje internacional.*

*El resultado según el cual los TBI confieren a los inversores privados un acceso directo al arbitraje internacional sin el requisito de agotar los recursos locales también se confirma por razones de la política subyacente. Un requisito de agotamiento de los recursos locales como una precondition de carácter general para un arbitraje sobre las inversiones*

*mixto socavaría gravemente la eficacia de esta forma de resolución de controversias.*<sup>95</sup>

147. Tampoco tiene fundamento la alegación de la Demandada de que tendría que tener derecho a imponer una regla de agotamiento de los recursos locales en el procedimiento que nos ocupa, puesto que implica alegaciones que versan sobre la conducta de un fiscal, así como las resoluciones administrativas dictadas por el tribunal que había procesado al Sr. Aven. Por ejemplo, la demandante en *Arif c. Moldavia* fundamentó sus alegaciones de incumplimiento del tratado sobre una expropiación sin compensación. El hecho de que la controversia sobre la expropiación hubiera llegado tan lejos como los juzgados de primera instancia del Estado anfitrión no quería decir que se esperaba de la demandante que agotara la totalidad de los recursos de apelación disponibles antes de presentar su reclamo al amparo del TBI. Esto es así porque (una vez más, al igual que en el caso que nos ocupa) la demandante no alegó que hubiera sufrido una denegación de justicia. Al llegar a su conclusión, el tribunal sostuvo lo siguiente:

*El sistema del CIADI no está concebido para ser un sistema supletorio de resolución de controversias en los casos en los que el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión fracase. En lugar de eso, el referido sistema se creó como una alternativa a los recursos del estado anfitrión para los casos de controversias en materia de inversiones. Como ya se señaló arriba, no existe ningún requisito de carácter general de agotar los recursos locales para que se presente un reclamo al amparo del tratado, salvo que dicho reclamo verse sobre la denegación de justicia. En el caso de un reclamo basado sobre la denegación de justicia, pasa a ser relevante el comportamiento de la totalidad del sistema judicial, mientras que en el caso de un reclamo que verse sobre la expropiación, lo decisivo es la actuación concreta de un organismo del Estado.*<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> *Mytilineos Holdings SA c. Serbia y Montenegro y Serbia*, Laudo Parcial sobre la Jurisdicción, IIC 345 (2006), 8 de septiembre de 2006, Arbitraje *Ad Hoc* (Chisináu), en ¶¶ 221-222. En el caso de una controversia al amparo del DR-CAFTA, será de aplicación el mismo razonamiento a pesar de su excepción en cuanto a la solicitud de medidas cautelares, puesto que las disposiciones de renuncia sí que imponen una bifurcación parcial que obliga al demandante-inversor a elegir entre tratar de obtener la indemnización a nivel local o ante un tribunal constituido al amparo del capítulo 10.

<sup>96</sup> *Arif c. Moldova*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB/11/23, IIC 585 (2013), 8 de abril de 2013, en ¶ 345.

148. En la misma línea, el tribunal de *EDF c. Argentina* desestimó una excepción de la demandada de exigir el agotamiento sobre la base de un incumplimiento de una orden judicial para que la demandante tuviera que agotar los procedimientos en la jurisdicción administrativa. Al desestimar el argumento, el tribunal explicó lo siguiente: *Sin embargo, este hecho es irrelevante en relación con la cuestión de jurisdicción en este procedimiento. Las reglas locales de procedimiento, por muy variadas y complejas que puedan ser, no son vinculantes para este Tribunal*".<sup>97</sup> Y en *Helnan c. Egipto*, el Comité de Anulación explicó la razón por la que sería inadecuado insistir en el agotamiento de los recursos administrativos en la mayoría de los casos, dado el impacto nocivo que dicha práctica pondría sobre la resolución de controversias entre el Estado y el inversor en general.

*El problema con el razonamiento del Tribunal consiste en que esto tiene que hacerse "por la puerta de atrás" que el Convenio excluye expresamente que se haga "por la puerta principal". Muchos ordenamientos jurídicos nacionales cuentan con unos recursos de revisión judicial altamente desarrollados. No obstante, esto vaciaría el desarrollo del arbitraje de inversiones de la mayor parte de su fuerza y efecto si, a pesar de una clara intención de los Estados Partes de no exigir el agotamiento de los recursos locales como una precondition para el arbitraje, tal requisito había de interpretarse como parte de una causa de pedir sustantiva.*

...

*... Para estar seguro, el estándar del Tratado de trato justo y equitativo tiene que ver con la consideración del proceso íntegro de la toma de decisiones por parte del Estado. Una sola decisión aberrante de un funcionario con poca responsabilidad es poco probable que vulnere el estándar, salvo que el inversor pueda demostrar que dicha decisión formaba parte de un patrón de conducta del Estado aplicable al caso o que el inversor dio pasos ante la administración para obtener reparación que fue rechazada de una forma que en lugar de remediar, agravó el trato injusto.*<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> *EDF International SA y otros c. Argentina*, Laudo Final, caso del CIADI nro. ARB/03/23, IIC 556 (2012), 11 de junio de 2012, en ¶ 1129.

<sup>98</sup> *Helnan International Hotels AS c. Egipto*, Resolución sobre la Anulación, caso del CIADI nro. ARB/05/19, IIC 440 (2010), 29 de mayo de 2010, en ¶¶ 47 & 50.

149. Es obvio que el escenario inmediatamente anterior hace evocar los hechos del procedimiento que nos ocupa. A pesar de numerosos intentos de las Demandantes de cooperar con los funcionarios y cumplir con sus exigencias cada vez más onerosas y arbitrarias, particularmente, como lo demuestra el intento del Sr. Aven de comunicarse con el fiscal Martínez, antes de que quedara claro que el Sr. Martínez no tenía ninguna intención de actuar de una manera razonable; no obstante, a mayor esfuerzo por parte de las Demandantes, peor fue el trato recibido de todas partes en general.<sup>99</sup>
150. No obstante, volviendo a la esencia de la objeción de agotamiento de la Demandada, los hechos claramente indican que en el caso que nos ocupa, las Demandantes solicitan indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 10.5 y 10.7, el último de los cuales guarda relación con el hecho de que la Demandada no abonó a las Demandantes una compensación pronta, adecuada y efectiva por haber interferido con la operación del proyecto Las Olas de una manera tan gravosa que privó a las Demandantes de cualquier disfrute significativo del Proyecto.<sup>100</sup> Como se demostró adicionalmente en la motivación de las resoluciones tanto en el caso *Saipem SpA c. Bangladesh* como en el *Lemire c. Ucrania*, los reclamos por expropiación no son susceptibles de fracasar por motivos de una presunta alegación de que no se han agotado los recursos locales.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Véase Primera declaración Testimonial de David Aven, apartado 186.

<sup>100</sup> Véase Memorial de las Demandantes, apartado 337.

<sup>101</sup> *Saipem SpA c. Bangladesh*, Resolución sobre la Jurisdicción, caso del CIADI nro. ARB/05/7, IIC 280 (2007), 21 de marzo de 2007; y *Lemire c. Ucrania*, Resolución sobre la Jurisdicción y la Responsabilidad, caso del CIADI nro. ARB/06/18, IIC 424 (2010), 14 de enero de 2010.

## **VI. EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA DEMANDADA DEL ARTÍCULO 10.5.**

### **A. La Demandada incumplió el artículo 10.5 del DR-CAFTA al frustrar las expectativas legítimas de las Demandantes de que la Demandada aplicaría su normativa legal de buena fe**

151. La Demandada vulneró los derechos conferidos a las Demandantes en calidad de inversores al amparo del artículo 10.5 del DR-CAFTA. Más concretamente, como se señaló anteriormente, la Demandada incumplió el deber de buena fe a la hora de aplicar su normativa legal, lo cual constituye un elemento indispensable de las expectativas legítimas y respaldadas por las inversiones de las Demandantes al amparo del estándar de Trato Justo y Equitativo (TJE) y el estándar mínimo de trato a los extranjeros en virtud del artículo 10.5.<sup>102</sup> Como se comentará a continuación, la Demandada incumplió el artículo 10.5 y el Anexo 10-B del DR-CAFTA, entre otras causas, al no respetar las expectativas legítimas que consistían en que las Demandantes podían hacer valer los derechos, certificados y permisos de propiedad otorgados por el Estado, y que las autoridades de la Demandada ejercerían la autoridad pública delegada en ellas de buena fe y de conformidad con la normativa legal explícita del Estado.

---

<sup>102</sup> Véase *supra*, apartado 95 (el derecho municipal informa cómo interpretan los tribunales las expectativas legítimas de las Demandantes); véase apartado 117 (la Demandada reconoció que la disposición de Trato Justo y Equitativo contenida en el DR-CAFTA abarca la protección contra la frustración de las expectativas legítimas de las Demandantes respaldadas por la inversión); véase apartado 124 (la resolución arbitral de *Azurix* que reza que *el estándar de "trato justo y equitativo" abarca el mantenimiento de "un marco estable de inversiones y el aprovechamiento más eficaz de los recursos económicos"*).

Véase también Memorial, apartado 249 (citando el "*principio de buena fe del derecho internacional general*" utilizado para interpretar el estándar de "*trato justo y equitativo*"); Memorial, apartado 282 ("*Del principio de buena fe del derecho internacional general emana [una] medida cautelar contra la conducta del Estado anfitrión que resulta en [...] la frustración de las expectativas legítimas y respaldadas por las inversiones de los inversores*"); Véase por lo general Memorial, apartado 283- 308.

**1. La Demandada no respetó los permisos de viabilidad ambiental y de construcción de las Demandantes que otorgan derechos a sus titulares y solo pueden ser derogados a través de un procedimiento de nulidad**

152. La Demandada realizó esfuerzos exhaustivos para socavar resoluciones oficiales concretas adoptadas por sus propios organismos, cuando dichas resoluciones no le favorecían. Dichas resoluciones incluyen, a mero título enunciativo, las de la SETENA y de la Municipalidad en lo referente al otorgamiento de las VA y permisos de construcción. Pese a los esfuerzos de la Demandada de socavar sus propios organismos y los efectos jurídicos de sus actuaciones, las Demandantes tenían derecho a hacer valer (y efectivamente lo hicieron) las VA y permisos de construcción otorgados por la SETENA y la Municipalidad de Parrita porque dichos permisos conferían derechos duraderos y producían efectos duraderos al amparo del derecho costarricense. Es más, las VA y permisos de construcción solo pueden ser derogados a través de un procedimiento de nulidad; procedimiento que la Demandada sin lugar a duda no ha iniciado.

**a. Es doctrina pacífica en Costa Rica que los Permisos de Viabilidad Ambiental (las VA) y los permisos de construcción confieren derechos en sus titulares**

153. La Demandada no se opone a que las Demandantes obtuvieron tanto las VA como los permisos de construcción en relación con los segmentos de la Concesión y el Condominio, y tampoco se opone a que la Municipalidad de Parrita otorgó a las Demandantes permisos de construcción en relación con las Servidumbres. Abajo figura una lista de las VA y permisos de construcción obtenidos por las Demandantes.

Sector	Nombre del proyecto	Permisos necesarios	Prueba documental	Nro. de permiso	Fecha de otorgamiento	Zona	
Concesión	Hotel Colinas del Mar	Las VA	C-36	Nro. de resolución 543-2006	17 de marzo de 2006	VA para el sector de la Concesión del Proyecto	
		Construcción	C-40	165-08	29 de agosto de 2008	Esterillos Oeste frente al supersol. Construcción de hotel, cabinas y piscina, 1500 m <sup>2</sup>	
	Hotel Cabinas del Mar	VA	C-138	Nro. de resolución 2030-2011	23 de agosto de 2011	VA para la Concesión que reflejaba el cambio de unidades	
	Permiso de Concesión		C-40	154-07	13 de agosto de 2007	La construcción cabina y hotel por La Canícula, 36 m <sup>2</sup> .	
Condominio	Condominio Horizontal Residencial Las Olas	Pruebas documentales relevantes de cara a las VA	C-40	Nro. de resolución 1597-2008	2 de junio de 2008	VA para el sector del Condominio.	
			C-122	Nro. de resolución 839-2011	13 de abril de 2011	VA revocada otorgada por medio de la Resolución 1597-2008	
			C-144	Nro. de resolución 2850-2011	15 de noviembre de 2011	Reconfirmada la validez de la VA para el sector del Condominio	
	Villas La Canícula (expediente cerrado porque nunca se realizó el desarrollo del proyecto)	Las VA	Construcción	N/A			
			R-12	Nro. de resolución 375-2007	27 de febrero de 2007	Extensión por 1 año de la VA para "Villas La Canícula" (otorgada inicialmente en virtud de la resolución nro. 2164-2004)	
			R-9	Nro. de resolución 2164-2004	23 de noviembre de 2004	VA para Villas la Canícula ( <b>incluye algunos de los sectores de las Servidumbres</b> )	

Sector	Permiso	Nro. de Prueba documental	Nro. de permiso.	Fecha de otorgamiento	Zona
Servidumbres	Permisos de construcción	C-40	142 <sup>103</sup>	Septiembre de 2007. [2008]	--
		C-14; C71	090-10	16 de julio de 2010	Esterillos Oeste, de la costanera 1 km al sureste, 324 m <sup>2</sup> .
		C-14; C71	091-10	16 de julio de 2010	Esterillos Oeste, de la costanera 1 km al sureste, 390 m <sup>2</sup> .
		C-14; C71	092-10	16 de julio de 2010	Esterillos Oeste, de la costanera 1 km al sureste, 69 m <sup>2</sup> .
		C-14; C71	093-10	16 de julio de 2010	Esterillos Oeste, de la costanera 1 km al sureste, 435 m <sup>2</sup> .
		C-14; C71	094-10	16 de julio de 2010	Esterillos Oeste, de la costanera 1 km al sureste, 402 m <sup>2</sup> .
		C-14; C71	095-10	16 de julio de 2010	Esterillos Oeste, de la costanera 1 km al sureste, 402 m <sup>2</sup> .
		C-14; C71	096-10	16 de julio de 2010	Esterillos Oeste, de la costanera 1 km al sureste, 420 m <sup>2</sup> .

154. Una de las cuestiones importantes en este procedimiento arbitral es la clasificación y los efectos jurídicos de las VA y de los permisos de construcción. Mientras las Demandantes y la Demandada coinciden en que los permisos de construcción son "*actos finales*" que producen efectos propios de cara a terceros y confieren derechos y obligaciones duraderos, las Partes no están de acuerdo con los efectos jurídicos de las VA. Con arreglo al derecho costarricense, tanto las Demandantes como la Demandada aceptan que los permisos de construcción son "*actos finales*" que producen efectos jurídicos directos e inmediatos de cara

<sup>103</sup> Mussio Madrigal comentó que "*tuvieron una pérdida de documentos muy grande por la inundación de la tormenta Alma. De hecho yo estaba en la zona y yo estoy seguro que ellos perdieron muchos documentos*". (Véase Transcripción en español, 403:12-16.). Además, las Demandantes también presentaron una carta redactada por la Municipalidad el 29 de noviembre de 2016 en la que se afirmaba que "*En relación con el expediente de permiso de construcción nro. 154-2007 concedido en nombre de La Canícula S.A., la carta no obra en nuestros ficheros físicos porque fue redactada en 2007 y como consecuencia de la inundación causada por el huracán Alma en 2008, el expediente fue declarado perdido debido a los daños causados por el agua y el lodo que afectaron a los archivos*" Véase Prueba documental C-295. Es la razón por la que copias oficiales de los permisos de construcción obtenidos por las Demandantes no pueden ser recuperadas de los archivos de la Municipalidad.

a terceros a los efectos de conferir derechos o imponer obligaciones.<sup>104</sup> Como se indica en la tabla arriba, las Demandantes obtuvieron permisos de construcción para los sectores de la Concesión,<sup>105</sup> las Servidumbres,<sup>106</sup> y el Condominio.<sup>107</sup>

155. Sin embargo, la Demandada alega que las VA otorgadas a las Demandantes por la SETENA para los sectores de la Concesión y el Condominio no confieren derechos para que produzcan efectos propios de cara a terceros. Como se señalará más adelante, los intentos de la Demandada de distinguir los efectos jurídicos de las VA de los permisos de construcción con arreglo al derecho costarricense son, en este caso, una distinción sin diferencia. El intento ineficaz de la Demandada de minimizar los derechos de las Demandantes conferidos en virtud de las VA es engañoso por dos motivos:

- a. la teoría alternativa de la Demandada de que las VA no producen efectos duraderos no invalida los permisos de construcción otorgados para los sectores de la Concesión, las Servidumbres y el Condominio. Incluso en virtud de la teoría alegada por la Demandante en el procedimiento, estos permisos de construcción constituyen "*actos finales*" en relación con las VA, y fueron obtenidos indiscutiblemente por las Demandantes,<sup>108</sup> y
- b. la Demandada invoca una teoría alternativa del derecho costarricense sobre los efectos de las VA desestimada por la Sala Constitucional, cuyas resoluciones producen efectos *erga omnes* y son vinculantes para la

---

<sup>104</sup> Véanse Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 67 (*el acto administrativo final siempre producirá efectos jurídicos directos e inmediatos de cara a terceros a los efectos de conferir derechos o imponer obligaciones*.); Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartado 17 (*"el acto final que resulta en la realización de su proyecto [es] el permiso municipal de construcción"*.); y Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartado 11 (según se corrigió durante el primer interrogatorio directo de Julio Jurado, transcripción en español, 1053:18-1054:12) (*"acto final que, por ejemplo, se materializa con el permiso de construcción"*).

<sup>105</sup> Véase Prueba documental C-138.

<sup>106</sup> Véanse Pruebas documentales C-14 y C-71.

<sup>107</sup> Véanse Pruebas documentales C-14 y C-85.

<sup>108</sup> Véase Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 72 (*"la discusión en este caso particular es un poco inocua, dado que el Proyecto sí que cuenta con los permisos de construcción concedidos, de manera válida, sobre la base"*).

totalidad de los organismos gubernamentales en virtud del derecho costarricense.<sup>109</sup>

156. Puesto que las VA y permisos de construcción de las Demandantes producen efectos propios y otorgaron derechos a las Demandantes, el derecho costarricense contiene procedimientos administrativos obligatorios concebidos para salvaguardar los derechos de los titulares de las VA y permisos de construcción frente a una revocación o anulación arbitrarias por parte del Gobierno. En el caso que nos ocupa, la Demandada no aplicó estos procedimientos y paralizó indefinidamente el proyecto Las Olas.

**b. Los permisos de construcción son actos finales que confieren derechos y producen efectos jurídicos propios de cara a terceros**

157. Tanto las Demandantes como la Demandada coinciden en que los permisos de construcción son actos finales que confieren derechos y producen efectos jurídicos propios.

158. El perito de las Demandantes, el Sr. Luis Ortiz, y el testigo de la Demandada, procurador general Julio Jurado, coinciden en que los actos finales confieren derechos e imponen obligaciones. El Dr. Jurado explica en su Segunda Declaración Testimonial que *"el resultado de un acto final es la creación de una relación entre la Administración y el individuo que generan derechos y obligaciones de las partes, así como la posibilidad de extinguir situaciones jurídicas previas"*.<sup>110</sup> El Sr. Ortiz acepta y añade que *"el acto administrativo final siempre producirá efectos jurídicos directos e inmediatos de cara a terceros, ya sea, conferiendo derechos o imponiendo obligaciones"*.<sup>111</sup>

159. El Dr. Jurado explicó en su Primera Declaración Testimonial que *"De lo anterior se puede concluir que la viabilidad ambiental otorgada por la SETENA es un mero acto preparatorio o de trámite, subordinado a un acto final, siendo este el*

---

<sup>109</sup> Véase Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 65.

<sup>110</sup> Véase Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartado 7.

<sup>111</sup> Véase Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 67.

*permiso de construcción que tendría que otorgar la Municipalidad. Es hasta ese momento que se producirían plenos efectos jurídicos".* La Segunda Declaración Testimonial del Dr. Jurado simplemente confirma la postura de la Demandada,<sup>112</sup> y las Demandantes no se oponen a que los permisos de construcción se perciben como "*actos finales*" con arreglo al derecho administrativo costarricense.

160. Puesto que los permisos de construcción son considerados "*actos finales*" y la Municipalidad de Parrita otorgó permisos de construcción para los sectores de la Concesión, las Servidumbres y el Condominio de Las Olas,<sup>113</sup> es indiscutible que las Demandantes fueron titulares de los permisos de construcción que les confirieron derechos propios que las Demandantes podrían invocar. Del mismo modo, dichos permisos de construcción generan obligaciones jurídicas que son vinculantes para la Demandada, sus organismos y entidades de administración pública, así como para las partes del sector privado. En consecuencia, el hecho de que la Municipalidad de Parrita otorgara permisos de construcción que generaron efectos y derechos tangibles e inherentes a sus titulares es la clave para que el Tribunal pueda resolver si la Demandada incumplió sus obligaciones derivadas del artículo 10.5 del DR-CAFTA.

**c. Las VA producen efectos jurídicos propios de cara a terceros, y las resoluciones de la SETENA son vinculantes para los organismos gubernamentales**

161. A pesar de aceptar que los permisos de construcción son actos finales que confieren derechos propios al amparo del derecho costarricense, la Demandada sin embargo se opone a que las VA produzcan algún efecto inherente de cara a terceros, o que confieran algún derecho en sus titulares.

---

<sup>112</sup> Véase Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartado 11 ("*un acto final [...] se materializó con el permiso de construcción brindado por la Municipalidad pertinente*").

<sup>113</sup> Véase tabla arriba.

162. En lo que concierne a la SETENA, el Dr. Jurado argumentó en ambas de sus Declaraciones Testimoniales que las VA son "actos preparatorios" que no producen ningún efecto inherente de cara a terceros.<sup>114</sup> El Sr. Ortiz no está de acuerdo, y cita dictámenes de la Sala Constitucional y dictámenes del Procurador General, el propio Dr. Jurado, que indican que las VA sí que confieren derechos y producen efectos propios. No obstante, el Sr. Ortiz señala que la discrepancia de opiniones entre él y el Dr. Jurado comporta un carácter más teórico que real en este caso, dado que no es objeto de disputa que la Municipalidad de Parrita otorgó permisos de construcción a las Demandantes:

*En cualquier caso, en el procedimiento que nos ocupa, la discusión sobre si la VA es un acto preparatorio o final en mi opinión carece de la importancia que había tenido en otros casos, puesto que en este caso concreto, no solo se otorgó la VA, sino también se otorgaron los correspondientes permisos de construcción. Es más, no solo se suspendieron las VA, sino que también quedan paralizados todavía los permisos de construcción, a pesar de que la SETENA haya levantado las medidas cautelares. En consecuencia, la discusión en este caso particular es un poco inocua, dado que el Proyecto sí cuenta con los permisos de construcción concedidos, de manera válida, sobre la base de las correspondientes VA. Por lo tanto, no ha de dudarse en absoluto que en efecto se confirió un derecho subjetivo, y que la única forma de declararlo nulo de pleno derecho sería declarando su absoluta, obvia y manifiesta invalidez a través de un procedimiento administrativo ordinario, previo dictamen de la Procuraduría General, o mediante la presentación de un recurso de revisión judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo, pero no mediante un procedimiento penal ni mediante medidas cautelares sin ningún plazo ni procedimiento principal a los que deberían ser instrumentales.<sup>115</sup>*

163. Puesto que la Municipalidad de Parrita otorgó a las Demandantes el acto final de un permiso de construcción, la supuesta distinción que hace el Dr. Jurado de que las VA son meros "actos preparatorios" carece en este caso de importancia práctica, ya que se trata de una distinción sencillamente irrelevante al que el Tribunal no ha de dedicar mucho tiempo.

---

<sup>114</sup> Véanse Primera Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartados 104-114; y Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartados 6-34.

<sup>115</sup> Véase Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 72.

164. Sin embargo, sería esencial clarificar que el derecho costarricense dispone que las VA sí producen efectos propios, y que los esfuerzos continuados del Dr. Jurado de afirmar lo contrario ante el Tribunal son incorrectos y socavan su credibilidad como experto independiente en materia del derecho costarricense. En este sentido, en virtud de su papel en el momento de su primera declaración testimonial en el marco de este procedimiento y su papel actual como Procurador General de Costa Rica, el Dr. Jurado no podría caracterizarse como un experto realmente independiente. Las Demandantes no tienen la intención de que esto sea considerado como un criticismo contra el Dr. Jurado, sencillamente es un hecho que dada su condición de Procurador General de la República de Costa Rica, el Dr. Jurado no puede ser independiente con respecto al Estado, por lo que las pruebas que presente se han de examinar a la luz de dichas circunstancias.
165. Tanto las Demandantes como la Demandada aceptan que la normativa legal dispone claramente que todas las instituciones públicas y privadas deben cumplir las resoluciones de la SETENA en relación con la VA y Evaluaciones de Impacto Ambiental. Lo confirmó el Dr. Jurado en su Primera Declaración Testimonial, en la que acepta que *"se establece claramente que lo que resuelva SETENA respecto de estas evaluaciones de impacto ambiental, será de acatamiento obligatorio tanto para los particulares como para los organismos públicos"*.<sup>116</sup> El Dr. Jurado también acepta que las VA otorgadas por la SETENA son vinculantes para todos los empleados públicos, incluidos todos los jueces y fiscales, y también son vinculantes para todos los organismos de la administración pública.<sup>117</sup>
166. El Dr. Jurado también estuvo de acuerdo con el Sr. Ortiz, como es su deber, en que las resoluciones de de la Sala Constitucional producen efectos *erga omnes* y son vinculantes con arreglo al derecho costarricense.<sup>118</sup> El Dr. Jurado testificó durante el conainterrogatorio que *"la jurisprudencia de la Sala Constitucional*

---

<sup>116</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartado 11.

<sup>117</sup> Transcripción en español, 1106:11-1107:21.

<sup>118</sup> Véanse Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 65 (los precedentes de la Sala Constitucional *"son vinculantes erga omnes"*); y Transcripción en español, 1120:17-1121:6.

*es vinculante para los jueces*" y que en materia ambiental todos deben *"obedecer a la Sala Constitucional"* que tiene *"la última palabra en la materia"*. El Dr. Jurado de hecho es consciente de que la Sala Constitucional, en su Sentencia Número 2010-17237, confirmó que las VA confieren derechos a sus titulares y producen efectos propios de cara a los mismos.<sup>119</sup> Esto se pone de manifiesto por su firma en un dictamen emitido por la Procuraduría General en 2013 que confirma que una VA no podría ser revocada ni anulada, salvo que medie una declaración realizada en el marco de un procedimiento administrativo de nulidad de que la VA tiene un vicio *"absoluto, evidente y manifiesto"*.<sup>120</sup> Durante el conainterrogatorio realizado por el abogado de las Demandantes en la Audiencia, el Dr. Jurado confirmó que la Sala Constitucional de Costa Rica ha sostenido que una VA es un *"acto preparatorio con efectos propios"* (frente a un acto preparatorio sin efectos) y que la Procuraduría General ha emitido varios dictámenes que confirman que una VA es *"una licencia que favorece al administrado"* y que una VA produce *"efectos propios"*.<sup>121</sup>

167. A pesar de eso, el Dr. Jurado hizo una interpretación alternativa de la normativa legal y afirmó que los otorgamientos de una VA por parte de la SETENA no generaba derechos ni efectos. En la referida Segunda Declaración Testimonial, el Dr. Jurado testificó que *"la jurisprudencia contencioso-administrativa caracteriza a la viabilidad ambiental como un acto preparatorio sin efectos propios..."*.<sup>122</sup> Esta interpretación alternativa, según lo reconoció el propio Dr. Jurado, es contraria a las resoluciones de la Sala Constitucional, cuyas sentencias producen efectos *erga omnes* y son vinculantes con arreglo al derecho costarricense,<sup>123</sup> como se puede observar en el siguiente intercambio durante la Audiencia<sup>124</sup>:

---

<sup>119</sup> Véase Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 69.

<sup>120</sup> Véase Dictamen de la Procuraduría General C-293-2013 (Prueba documental en el Informe Experto del señor Ortiz).

<sup>121</sup> Transcripción en español, 1120:12-15.

<sup>122</sup> Véase Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartado 21.

<sup>123</sup> Transcripción en español, 1121:3-6.

<sup>124</sup> Transcripción en español, 1118:20-1120:2.

20                   ¿Usted podría ir, por favor, al párrafo 13  
21 del segundo informe?  
22                   R: Sí.  
23                   P: ¿Podría leerlo por favor?  
24                   R: "Es decir, el obtener la viabilidad  
25 ambiental por sí misma no genera efectos jurídicos  
26 ya que no crea derechos a favor del administrado  
27 sino que forma parte del proceso autorizador, por  
28 lo tanto puede ser catalogada como un acto  
29 preparatorio sin efectos propios".  
30                   P: ¿Podría ir al párrafo 134 de su segundo  
31 informe, por favor?  
32                   R: Ajá.  
33                   P: ¿Podría leerlo por favor?  
34                   R: "En ausencia de un derecho subjetivo  
35 declarado por definición, no podría configurarse el  
36 principio de los actos propios porque no estaríamos  
37 ante un acto con efectos propios".  
38                   P: Usted coincide conmigo al decir que  
39 este párrafo es contrario a lo que ha establecido la  
40 Sala Constitucional en el voto que usted ha leído  
41 acá.  
42                   R: Sí, yo lo dije en mi declaración. No es  
43 coincidente con la tesis de la Sala Constitucional  
44 cuando la Sala Constitucional ha elaborado, ha  
45 analizado las viabilidades ambientales para efectos  
46 de anulación de los actos administrativos. Correcto.

168. Dadas las circunstancias, el Tribunal ha de desestimar las opiniones del Dr. Jurado porque no representan el precedente que prima con arreglo al derecho costarricense. Tal vez lo más importante aún, las opiniones del Dr. Jurado en cuanto a si una VA es un acto preparatorio o final no son relevantes de cara a las cuestiones objeto de este procedimiento arbitral, puesto que, como se comentó arriba, la Demandada no se opone a que: (i) los permisos de construcción *son* actos finales que confieren derechos y producen efectos duraderos en beneficio

de las Demandantes; y (ii) la Municipalidad de Parrita otorgó varios permisos de construcción que cubrían los sectores de la Concesión, el Condominio y las Servidumbres del Proyecto.

169. Como reconoció el propio Dr. Jurado en su Segunda Declaración Testimonial y durante la Audiencia, la Sala Constitucional de Costa Rica cuenta con un precedente vinculante que establece que para anular una VA es obligatorio llevar a cabo un procedimiento administrativo final<sup>125</sup> –un procedimiento que solo es necesario para aquellos actos preparatorios que producen efectos propios, dado que para invalidar actuaciones administrativas que confieren derechos en sus titulares sin la iniciación de un procedimiento formal para determinar si la presunta nulidad es "*absoluta y manifiesta*" es contrario al debido proceso al amparo del derecho costarricense. Los argumentos del Dr. Jurado y de la Demandada son, al contrario, engañosos y solo pretenden confundir las cuestiones relevantes ante el Tribunal.

**d. Toda obra en el proyecto fue suspendida indefinidamente sin que la Demandada iniciara ningún procedimiento principal para anular los permisos de construcción o las VA**

170. Las Demandantes demostraron que para anular los derechos conferidos en virtud de las VA y permisos de construcción, la Demandada tenía la obligación, con arreglo al artículo 10.5 del DR-CAFTA, de aplicar su normativa legal de buena fe al iniciar una actuación administrativa final, incluida la iniciación de una audiencia plenaria, para revocar las VA y permisos de construcción. Como se comenta más adelante, esta es la *única* vía legal con arreglo al derecho costarricense para invalidar los derechos conferidos por las VA y permisos de construcción en Las Olas, que no pueden ser paralizados indefinidamente por medidas cautelares que solo tienen una duración limitada.

---

<sup>125</sup> Véase Segunda Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartado 35.

171. Los expertos en derecho costarricense de ambas Partes coinciden en que con arreglo al artículo 173 de la LGAP (según la interpretación y la conformación de la Sala Constitucional de Costa Rica), las VA solo podrían ser anuladas *ex officio* por el organismo administrativo correspondiente, cuando dicho organismo manifieste que la nulidad de Las VA es "*absoluta, evidente y manifiesta*".<sup>126</sup> Se aplica el mismo procedimiento a la anulación de los permisos de construcción otorgados por la Municipalidad.<sup>127</sup>
172. Aunque los criterios y el procedimiento para la anulación de las VA y permisos de construcción no son objeto de controversia, el Dr. Jurado y el Sr. Ortiz adoptan posturas ligeramente diferentes en cuanto a la interpretación de la norma aplicable sobre *cuándo* debe iniciarse y/o finalizarse un procedimiento administrativo una vez adoptada una medida preventiva. El Sr. Ortiz testificó que un procedimiento principal debe iniciarse a más tardar en un plazo de 15 días a partir de una medida cautelar, mientras que el Dr. Jurado testificó que un procedimiento principal debe iniciarse "*en un plazo razonable*".
173. No obstante, reiteramos que el desacuerdo de los expertos de las Partes sobre el plazo en el que debe iniciarse un procedimiento principal no reviste importancia en el caso que nos ocupa. La razón radica en que en virtud de la interpretación que cada experto hace de la normativa legal, la Demandada ha suspendido, de manera flagrante, ambas pruebas; la Demandada ha mantenido las medidas cautelares (que en sí son medidas temporales) desde 2011 (por aproximadamente seis años), plazo que es significativamente superior que "*15 días*" y que jamás podría ser considerado como un "*plazo razonable*". Al abusar estas medidas cautelares, la Demandada no ha ejercido en absoluto su autoridad pública de buena fe y de conformidad con la normativa legal explícita del Estado, por lo que incumplió el artículo 10.5 del DR-CAFTA.

---

<sup>126</sup> Véase Dictamen de la Procuraduría General C-293-2013 (10 de diciembre de 2013) emitido por Julio Jurado; e Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 69.

<sup>127</sup> Transcripción en español, 1182:11-16.

- e. **El Sr. Ortiz es de la opinión de que un procedimiento principal debe iniciarse en un plazo de 15 días a partir de la adopción de medidas cautelares**

174. El Sr. Ortiz citó la jurisprudencia de la Sala Constitucional y testificó lo siguiente: (i) todos los organismos de la administración pública tienen la competencia de adoptar medidas cautelares, si bien dichas medidas solo pueden durar 15 días hasta que se inicie un procedimiento administrativo pleno; y (ii) si la autoridad competente no respeta este procedimiento, las medidas cautelares deberán revocarse.<sup>128</sup> El Sr. Ortiz cita la Sentencia de la Sala Constitucional 2004-09232 que dispone lo siguiente:

*[...] el carácter urgente de las medidas cautelares determina la posibilidad, excepcional, de los órganos administrativos de disponer las mismas antes del procedimiento administrativo principal (ante causam). Sin embargo, el ejercicio de esa potestad está condicionado, en virtud de la instrumentalidad, a la interposición del procedimiento principal en un término perentorio relativamente breve. De lo contrario, la medida precautoria deviene, ineluctablemente, ineficaz, por la presunción de desinterés del beneficiario de la medida, y la necesidad de evitarle perjuicios al sujeto pasivo de la misma.*<sup>129</sup>

175. El Sr. Ortiz siguió explicando que la Sala Constitucional convirtió su Sentencia 2004-09232 en jurisprudencia vinculante y definió el "término perentorio relativamente breve" era de 15 días:

*Debe tomarse en consideración que de la relación de los artículos 229, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública, 26 del Código Procesal Contencioso-Administrativo y 243 del Código Procesal Civil, el plazo que tiene la administración pública para incoar el procedimiento administrativo a partir de ser decretada la medida cautelar ante causam es de quince días.*<sup>130</sup>

176. En la opinión del Sr. Ortiz, es irrelevante si el objeto de la medida cautelar es la protección de menores, de las telecomunicaciones, de la competencia, la

---

<sup>128</sup> Véase Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 155-56.

<sup>129</sup> Véase Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 31, citando la Sentencia de la Sala Constitucional 2004-09232.

<sup>130</sup> Véanse Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 32, citando la Sentencia de la Sala Constitucional 2009-03315; y Sen. 20100-15094; 2010-015424; 2014-019433.

normativa legal de protección del consumidor o la normativa legal ambiental, dado que las resoluciones de la Sala Constitucional son vinculantes para todos los organismos de la administración pública, independientemente de la normativa legal sustantiva objeto de la controversia.<sup>131</sup>

**f. El Dr. Jurado es de la opinión que una medida cautelar no puede ser indefinida, y un procedimiento principal debe incoarse en un plazo razonable a partir de la adopción de la medida cautelar**

177. Al igual que el Sr. Ortiz, el Dr. Jurado acepta que en virtud del principio de medidas preventivas, los organismos de la administración pública podrían adoptar medidas cautelares en circunstancias pertinentes. Sin embargo, el Dr. Jurado adopta la postura de que el plazo de 15 días para iniciar una acción firme no se aplica estrictamente a los casos que implican la protección ambiental.<sup>132</sup> Efectivamente, según afirman, el Dr. Jurado en su testimonio y la Demandada en sus alegaciones, puesto que las sentencias de la Sala Constitucional citadas por el Sr. Ortiz no son "*procedimientos ambientales*", la jurisprudencia de la Sala Constitucional en lo referente al plazo de 15 días no se aplica.<sup>133</sup>
178. Las Demandantes rechazan los intentos sin fundamento del Dr. Jurado y de la Demandada de hacer una distinción entre los procedimientos ambientales de otros tipos de medidas cautelares. Ni el Dr. Jurado ni la Demandada han identificado precedente concreto alguno de la Sala Constitucional que justifique un trato diferente de las medidas cautelares ambientales frente al derecho general de la administración pública o cualquier otra normativa. En cambio, el Dr. Jurado reconoció que los organismos ambientales, como la SETENA, el TAA y el SINAC quedan sujetos a las mismas leyes y reglamentos que los demás entes administrativos<sup>134</sup>:

---

<sup>131</sup> Transcripción en español 961:14-962:2 -e Informe Experto de Luis Ortiz, apartados 31-33, citando la Sentencia de la Sala Constitucional 2004-09232.

<sup>132</sup> Transcripción en español, 1085:7-1086-22, 1086:20-21.

<sup>133</sup> Transcripción en español, 958:10- 959:7

<sup>134</sup> Transcripción en español, 1059:11-20.

11 Evidentemente al tratarse de la  
12 administración pública, esta ejerce sus competencias  
13 que están otorgadas por estas leyes en el marco de  
14 la ley general de administración pública, como  
15 cualquier otra con otro sector de la administración  
16 pública y sometidos al principio de legalidad que  
17 está establecido en el artículo 11 constitucional  
18 que señala que el Estado y la administración pública  
19 en concreto no puede hacer más allá de lo que le  
20 está permitido expresamente por ley.

179. Y lo más importante; el Dr. Jurado coincide con el Sr. Ortiz en que, independientemente de si un procedimiento principal debe iniciarse en un plazo de 15 días, regla estricta establecida por la Sala Constitucional, o en cualquier otro "*plazo razonable*",<sup>135</sup> una medida cautelar (incluso si versa sobre la materia ambiental) *no podría* mantenerse indefinidamente<sup>136</sup> y debe "*limitarse en el tiempo*".<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Transcripción en español, 1123:6, 1042:18, and 1042:21.

<sup>136</sup> Transcripción en español, 1086:21.

<sup>137</sup> Transcripción en español, 1084:5-7.

5           La medida cautelar es una medida  
6 provisional, es instrumental, no es en sí mismo un  
7 proceso. Es instrumental y es limitada en el tiempo.

8           Aquí veo una discusión y aquí hay una  
9 desavenencia que puede haber. Las medidas cautelares  
10 en materia administrativa no tienen un plazo  
11 establecido por norma. La Sala Constitucional  
12 ciertamente ha hablado del mismo plazo que existe  
13 para las medidas cautelares ante causam -- o sea,  
14 antes del proceso principal que se le impone al  
15 demandante en el contencioso administrativo para  
16 deducir la demanda principal, que es de quince días se  
17 ha dicho: "Bueno, en el caso de la administración,  
18 si la administración adopta una medida cautelar,  
19 rige el mismo plazo de quince días para que inicie  
20 el proceso principal".

21           La medida cautelar es una medida  
22 provisional, pero está orientada a evitar un daño

1 inminente al ambiente porque en el derecho ambiental  
2 y en el ambiente no tiene sentido esperar a ver si  
3 los daños se están realizando, porque puede llegar a  
4 un punto en que sea absolutamente inocuo tomar  
5 resoluciones o anular permisos ni nada cuando ya el  
6 daño es irreversible.

7           Entonces, para actuar con celeridad la  
8 administración toma medidas cautelares. Y tiene un  
9 plazo determinado para iniciar el proceso principal.  
10 Ese proceso principal es el proceso que puede llevar  
11 eventualmente a la anulación de los permisos que ha  
12 otorgado la administración. No es que la  
13 administración tenga dos vías para escoger una de  
14 ellas: o impongo las medidas cautelares o anulo el  
15 permiso de la actividad que está generando el daño  
16 ambiental. No es que tenga dos vías. Para evitar el  
17 daño tiene que actuar con celeridad y prontitud, y  
18 para eso dispone la medida cautelar.

19           Luego tiene un plazo, que podemos discutir  
20 si son de quince días o más, para adoptar el juicio  
21 principal, que puede ser la anulación del permiso o  
22 no, y luego tiene ese plazo.

1           La tesis mía -y lo quiero decir- es que  
2 ese plazo de quince días, la jurisprudencia  
3 constitucional ha hecho una excepción para el caso  
4 del ambiente y no aplica estrictamente el plazo de  
5 los quince días. En otros casos en que el Tribunal  
6 ambiental -- eso lo digo por mi experiencia incluso  
7 como procurador porque me ha tocado defender a veces

12 es instrumental esa medida cautelar, la Sala  
13 Constitucional ha otorgado plazos mayores a los  
14 quince días, incluso después de esta jurisprudencia.  
15 ¿En atención a qué? A que a veces la adopción del  
16 juicio principal requiere de estudios para la  
17 administración por la materia ambiental que requiere  
18 un poco más de tiempo para poder tomar y saber  
19 exactamente qué tiene que hacer en ese ámbito. La  
20 Sala ha sido más flexible en este campo. No es que  
21 ha creado una situación sine die, una situación sin  
22 término. Es más flexible y por eso el punto mío, de  
1 desavenencia con el licenciado Ortiz, es que el  
2 plazo de los quince días en materia ambiental no se  
3 aplica estrictamente. Esa regla no la ha aplicado la 138

180. En consecuencia, el Dr. Jurado, durante el interrogatorio directo y sin que se le solicitara, aceptó que una medida precautoria no podría utilizarse en lugar de un procedimiento principal, pero que un organismo "*dispone de cierto plazo para iniciar el procedimiento principal*". El Dr. Jurado también reconoció que había un "*debate sobre si son 15 días o más para iniciar el referido procedimiento principal*", y que el Tribunal Constitucional "*no ha creado una situación en la que no haya plazo límite 'sin a día'*". A continuación, el Dr. jurado reconoció, durante el contrainterrogatorio, que un procedimiento principal debe iniciarse en un plazo razonable<sup>139</sup>:

---

<sup>138</sup> Transcripción en español, 1084:5-1087:3.

<sup>139</sup> Transcripción en español, 1122:7-1123:13.

7 P: Gracias.

8 Usted también en su exposición que dio en

9 su primera intervención explicó la tesis que es

10 sostenida y que también indicó que está de acuerdo

11 por el señor -- por el señor Ortiz de que si se

12 adopta una medida cautelar existe un deber

13 constitucional de iniciar un procedimiento en quince

14 días como tesis general en el derecho costarricense.

15 ¿Correcto?

16 R: Correcto, esa es la línea, esa es la

17 jurisprudencia de la Sala Constitucional.

18 P: Por ser la línea de la Sala

19 Constitucional, debe ser aplicada dentro del

20 ordenamiento jurídico costarricense. ¿Correcto?

21 R: Sí, esa y también la tesis de la sala

22 que en materia ambiental no operan los quince días.

1 R: Okay.

2 Vamos precisamente a eso.

3 En esa tesis de que no operan los quince

4 días, la Sala Constitucional ha indicado que tiene

5 que ser un plazo razonable. ¿Correcto?

6 R: Correcto.

7 P: Y usted estaría de acuerdo conmigo al

8 establecer que el plazo razonable tiene que tener

9 parámetros objetivos para poder establecerse y

10 respetar el principio de proporcionalidad y

11 razonabilidad, principios rectores del ordenamiento

12 jurídico costarricense también. ¿Correcto?

13 R: Correcto.

181. En consecuencia, el propio experto de la Demandada acepta que dicho "*plazo razonable*" deber tener parámetros objetivos. En otras palabras, no le incumbe a un organismo concreto determinar si sería razonable mantener una medida cautelar por más de seis años, como lo hicieron varios organismos de la

Demandada en el caso que nos ocupa. Por lo tanto, una vez más es absurdo que la Demandada alegue (como lo hace en su Dúplica) que los organismos gubernamentales, como el TAA tienen derecho a aplicar sus medidas cautelares indefinidamente al amparo de su propia normativa legal porque *"una medida cautelar solo podría modificarse, cuando lo hagan las circunstancias que la originaron"*.<sup>140</sup> Este resultado absurdo vulnera el estándar mínimo de trato contenido en el artículo 10.5 del DR-CAFTA, incluso si fuera permisible con arreglo al derecho costarricense (que no es el caso, *véase arriba*), puesto que crea una condición en la que una medida cautelar adoptada sin ninguna audiencia podría mantenerse indefinidamente.

**g. Según opinan tanto el Dr. Jurado como el Sr. Ortiz, las medidas cautelares y la negativa a iniciar un procedimiento principal de la Demandada no podrían estar basadas en la aplicación de buena fe de su normativa legal**

182. A pesar de los esfuerzos continuos de la Demandada de ocultar las cosas, cuando se trata de estos principios del derecho costarricense, queda claro que el Dr. Jurado coincide en lo esencial con el testimonio del Sr. Ortiz que figura en su Informe Experto. Ambos están de acuerdo en que el derecho costarricense exige que se inicie un procedimiento principal en un plazo razonable desde la adopción de una medida cautelar.
183. Además (y esto es fundamental), el Dr. Jurado y el Sr. Ortiz coinciden en que el referido procedimiento principal debe finalizarse en un plazo de 30 días (en relación de un acto al amparo del TAA) o de dos meses (al amparo de la LGAP), si bien dicho plazo límite podría extenderse en *"casos excepcionales"*.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 651.

<sup>141</sup> Transcripción en español, 1129:10-1131:4.

10 P: Está de acuerdo conmigo que la Ley  
11 Orgánica del Ambiente establece la obligación de  
12 diligencia y prontitud en la actuación del TAA.  
13 ¿Correcto?

14 R: Correcto.

15 P: La jurisdicción general de la  
16 administración pública que todas estas normas que  
17 usted catalogó como las principales del ordenamiento  
18 ambiental hacen referencia a la Ley General de  
19 Administración Pública. ¿Usted está de acuerdo con  
20 eso?

21 R: Sí, señor.

22 P: Ley General de Administración Pública

1 establece un plazo máximo de dos meses para resolver  
2 un procedimiento. ¿Correcto?

3 R: Correcto.

4 P: Todas las leyes ambientales que usted  
5 ha mencionado, como la principal, refiere a una ley  
6 procesal que establece un plazo de dos meses para  
7 resolver los conflictos en un procedimiento  
8 administrativo. ¿Correcto?

9 R: Sí.

10 P: Por su parte la ley que regula el  
11 Tribunal Ambiental Administrativo reduce ese plazo a  
12 30 días. ¿Correcto?

13 R: Sí.

14 P: ¿Correcto?

15 R: Sí, sí, se refería al procedimiento.  
16 ¿No?

17 P: El artículo 110 que usted acaba de  
18 leer, que dice: "Excepcionalmente podrá ampliarlo".

19 R: Ajá.

20 P: Entonces tenemos que las mismas normas  
21 ambientales establecen el principio de celeridad,  
22 prontitud oficiosidad, plazos menores a plazos de la

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 Ley General de la Administración Pública y en  
2 general toda esa regulación remite a un plazo máximo  
3 de dos meses. ¿Está de acuerdo conmigo?

4 R: Sí, señor.

184. En consecuencia, el plazo es de 30 días o de dos meses; tanto el Sr. Ortiz como el Dr. Jurado coinciden en que el procedimiento principal debe finalizarse en un plazo fijo:
- a. En virtud de su propio procedimiento, el TAA tiene la obligación de iniciar un procedimiento administrativo inicial luego de investigar y recopilar las pruebas, y se convocará a las Partes para que comparezcan para una

audiencia oral. Esto queda sujeto a un procedimiento administrativo ordinario de la LGAP con arreglo al artículo 11 del Decreto 34136.<sup>142</sup> Una vez concluida la audiencia oral, el TAA dispone de **30 días** para dictar una resolución firme al amparo del artículo 110 de la Ley Orgánica del Ambiente, si bien en casos especiales, podría otorgarse una ampliación por 30 días más.<sup>143</sup>

- b. Para el resto de los procedimientos administrativos, el artículo 261 de la LGAP exige a los organismos gubernamentales que finalicen sus procedimientos administrativos a más tardar en un plazo de dos meses desde la fecha de presentación de la denuncia.

185. En este caso, no se inició ningún procedimiento ordinario; si se hubiera iniciado, habría quedado sujeto a los límites estrictos de plazo mencionados anteriormente. La negativa de la Demandada de iniciar un procedimiento principal, que queda sujeto a unos límites temporales estrictos en cuanto a su finalización, junto con la imposición por parte de la Demandada de las medidas cautelares indefinidamente no puede considerarse una aplicación de buena fe del derecho costarricense de cara a las Demandantes, y es constitutivo de un incumplimiento del artículo 10.5 del DR-CAFTA.<sup>144</sup>

## **2. Las medidas cautelares ilegales e indefinidas de la Demandada incumplen el estándar mínimo de trato del artículo 10.5**

186. Como se comentará más adelante, no es objeto de controversia que la Demandada suspendió indefinidamente toda obra en el proyecto Las Olas, lo que incluye la paralización de los permisos de construcción y de las VA sin iniciar *ningún* acto administrativo final para anular los permisos.

---

<sup>142</sup> Véase Decreto Ejecutivo nro. 34136 (Prueba documental adjunto al Informe Experto de Luis Ortiz).

<sup>143</sup> Véase Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 127, citando el artículo 110 de la Ley Orgánica del Ambiente.

<sup>144</sup> De forma alternativa, dicha aplicación absurda del derecho incumple claramente el estándar mínimo de trato del artículo 10.5, incluso si de alguna forma fuese permitida al amparo del derecho costarricense.

187. En resumen, dichas actuaciones cautelares, que producen el efecto de paralizar el Proyecto, incluyen:
- a. la Notificación de la SINAC<sup>145</sup> emitida el 4 de febrero de 2011, que manifiesta que los desarrolladores no podían continuar realizando ninguna actividad relacionada con el desarrollo del proyecto, en virtud del principio precautorio y el Documento Supuestamente Falsificado. En la actualidad, la referida notificación sigue en vigor;
  - b. el Acuerdo Municipal de Parrita nro. AC-03-2362-2011 dictada el 8 de marzo de 2011 que concuerda con dicha instrucción de parar cualquier desarrollo en territorio del proyecto del Condominio Las Olas, sobre la base de unas quejas objeto de discusión durante una reunión entre Marvin Mora Chinchilla, Nelson Masis Campos y Steve Allen Bucelato;<sup>146</sup>
  - c. la resolución de la SETENA del 13 de abril de 2011,<sup>147</sup> recibida por la Municipalidad el 26 de abril de 2011,<sup>148</sup> que solicita a la Municipalidad la paralización del proyecto Las Olas sobre la base del Documento Supuestamente Falsificado incorporado en el expediente por el Sr. Bucelato.<sup>149</sup> La referida resolución de la SETENA ordenó que se dejara de realizar cualquier obra o actividad iniciadas en el proyecto Las Olas y que no se emitiera ningún permiso de construcción hasta que se levantara la medida cautelar. En virtud de otra resolución, la SETENA levantó sus medidas cautelares el 15 de noviembre de 2011, al determinar lo siguiente: (i) no había pruebas de que las Demandantes hayan presentado el Documento Supuestamente Falsificado; (ii) la SETENA no ha examinado, en ningún momento, el Documento Supuestamente Falsificado a la hora de otorgar la VA para el sector del Condominio; y (iii) la SETENA pudo

---

<sup>145</sup> Véase Prueba documental C-112.

<sup>146</sup> Véanse Prueba documental R-75 y Prueba documental C-284 – DAMP-159-2012, una carta de Jorge Briceño Vega.

<sup>147</sup> Véase Prueba documental C-122.

<sup>148</sup> Véase Prueba documental R-85.

<sup>149</sup> Véase Memorial de las Demandantes, apartado 151-53.

examinar otra documentación de apoyo presentada para reconfirmar la VA del Condominio;<sup>150</sup>

- d. la Medida Cautelar del TAA<sup>151</sup> que dispone en su apartado preliminar que fue adoptada el 13 de abril de 2011, pero que la Dúplica de la Demandada afirma que estaba en vigor el 17 de julio de 2012.<sup>152</sup> (hay que destacar que la medida cautelar del TAA manifiesta expresamente que no entrará en vigor hasta que no sea comunicada a las Demandantes). La medida cautelar del TAA se basa, entre otras cosas, en una denuncia penal presentada por el Sr. Bucelato y en el principio precautorio. El Memorial de las Demandantes indica que las Demandantes nunca recibieron esta notificación.<sup>153</sup> Actualmente, esta medida cautelar continúa en vigor.
- e. el Aviso de Cierre remitido por la Municipalidad del 11 de mayo de 2011,<sup>154</sup> que ordenaba a las Demandantes interrumpir toda obra en el sitio sobre la base de la Resolución de la SETENA del 13 de abril de 2011. El Concejo Municipal recibió una solicitud del Sr. Aven para levantar los efectos del Aviso de Cierre el 1 de diciembre de 2011 (vía el INVU) (teniendo en consideración que la Resolución de la SETENA que suspendió las obras había sido levantada el 15 de noviembre de 2011).<sup>155</sup> Basándose en la solicitud del Sr. Aven, el 6 de noviembre de 2012, el Concejo Municipal solicitó que se revocara dicho Aviso de Cierre.<sup>156</sup> Sin embargo, la Municipalidad no resolvió sobre dicha solicitud y siguió aplicando las medidas cautelares contra el proyecto Las Olas;
- f. la Orden del Tribunal Penal dictada el 26 de enero de 2012 que ordenaba a la Municipalidad no otorgar permisos de construcción para las parcelas P6-79209-F-000 y P6-79496-F-000. La Orden Penal no especifica

---

<sup>150</sup> Véase Prueba documental C-144.

<sup>151</sup> Véase Prueba documental C-121.

<sup>152</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 653.

<sup>153</sup> Véase Memorial de las Demandantes, apartado 155.

<sup>154</sup> Véase Prueba documental C-125.

<sup>155</sup> Véase Prueba documental R-129.

<sup>156</sup> Véase Prueba documental R-129.

expresamente los motivos en los que se fundamenta. La Municipalidad no recibió dicha orden hasta el 22 de noviembre de 2012.<sup>157</sup> Al parecer, dicha orden sigue vigente en la actualidad, sobre la base de las recomendaciones del Concejo Municipal de continuar con la suspensión indefinida de obras en Las Olas realizadas el 12 de junio de 2013 y el 1 de octubre de 2013 en virtud de las medidas cautelares penales.<sup>158</sup>

188. Es importante mencionar que ninguno de esos actos que paralizaron las obras en el Proyecto indica si el acto anula o suspende los permisos de construcción o las VA –en lugar de eso, solo especifican que toda obra en el proyecto Las Olas ha de parar– que por lo general podría aplicarse tanto a los permisos de construcción como a las VA otorgados a las Demandantes.
189. Al igual que en *Tecmed c. México*, donde el Tribunal sostuvo que México, al no mantener o renovar un permiso necesario para que las Demandantes pudieran realizar operaciones en su confinamiento, frustró las expectativas legítimas de las demandantes para realizar operaciones en el confinamiento,<sup>159</sup> aquí también

---

<sup>157</sup> Véase Prueba documental R-134. La Demandada afirma que el 26 de septiembre de 2013, "el juzgado penal de Quepos ordenó que sus medidas cautelares continuaran vigentes hasta que se resolviera la cuestión por media de una sentencia firme de un tribunal de justicia", pero el Prueba documental en cuestión no corrobora esta postura. Véase Dúplica de la Demandada, apartado 654.

<sup>158</sup> Véase Prueba documental R-390, recomendaciones del a Comisión Interdisciplinaria para continuar con la suspensión hasta la revocación de la medida cautelar penal, 12 de junio de 2013 (que incluye a Ingrid Jiménez Díaz); y Prueba documental R-391, carta de la abogada del servicio jurídico de la ZMT, Ingrid Jiménez Díaz, 1 de octubre de 2013 (el mismo).

<sup>159</sup> Véase CLA-54, *TECMED S.A. c. Estados Unidos de México, Laudo*, caso del CIADI nro. ARB/AF/00/2 (29 de mayo de 2003), ¶¶ 88, 122, 171-174, 254 ("**el INE operó la transformación unilateral de un acto administrativo anterior, que como tal goza de presunción de legitimidad, surte efectos inmediatos, y que sólo podía ser interpretado de buena fe como que había hecho lugar a la petición de Cytrar de que se le transmitiesen las autorizaciones existentes para la operación del Confinamiento[...]** no es posible dejar de advertir, a la luz del principio de la buena fe (artículos 18 y 26 de la Convención de Viena), que dicha conducta, atribuible a la Demandada, en su tramo comprendido entre las fechas de suscripción del Acuerdo – en miras y con la determinación de ratificarlo ulteriormente - y de su entrada en vigor, **es difícilmente conciliable con los imperativos que se derivan del artículo 4(1) del Acuerdo en materia de trato justo y equitativo.**

[...]

**la conducta del INE reseñada frustró justas expectativas de Cytrar sobre la base de las cuales Cytrar cifró su actuación y la Demandante su inversión, o afectó de manera negativa la generación de pautas claras que le permitieran a la Demandante o a Cytrar orientar su accionar o su conducta para evitar la no renovación de la Autorización, o debilitó su posición para hacer valer derechos o explorar vías que les permitieran mantenerla. [...]** Pese a la expectativa de buena fe de Cytrar de que la renovación total o parcial de la Autorización se haría para mantener vigente la operación de Cytrar en el Confinamiento hasta que su reubicación en un nuevo sitio fuese concretada, el INE no atendió a las proposiciones de Cytrar a ese efecto, y no sólo no renovó la Autorización, aunque la reubicación no se había concretado aún, sino que lo hizo entendiendo que con ello induciría a Cytrar a reubicarse.

el Tribunal ha de concluir que los organismos de la Demandada frustraron las expectativas legítimas al ignorar las VA y los permisos de construcción ya otorgados por la SETENA y la Municipalidad de Parrita; paralizando así el proyecto a través de las mencionadas medidas cautelares ilegales durante seis años aproximadamente.

190. Al igual que la declaración de Venezuela de "nulidad absoluta" de un permiso de construcción en *Gold Reserve* (bajo el pretexto de protección ambiental) la habían contradicho unas resoluciones anteriores de sus organismos de que no había tenido lugar ninguna actividad minera ilegal –que supuso una violación del estándar mínimo de trato amparado por el derecho internacional consuetudinario–,<sup>160</sup> de la misma manera la paralización del proyecto por parte de la Demandada, que contraviene las VA y permisos de construcción debidamente otorgados y las resoluciones anteriores de sus organismos, incumplen la disposición de trato justo y equitativo contenido en el artículo 10.5 del DR-CAFTA.

- a. **El funcionario de la propia Demandada, Jorge Antonio Briceño Vega, confirmó que las medidas cautelares no se basaban en una aplicación de buena fe del derecho costarricense**

191. Como se comentó anteriormente, la Demandada realizó esfuerzos exhaustivos para socavar unas resoluciones oficiales concretas adoptadas por sus propios

---

[...] **La conducta atribuible a la Demandada... constituye por sí sola violación de la obligación de brindar trato justo y equitativo a la inversión de la Demandante**".) (el subrayado es nuestro).

<sup>160</sup> Véase CLA-115, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso del CIADI nro. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014, ¶¶ 592-601 ("el MinAmb declaró la 'nulidad absoluta' del Permiso de Construcción otorgado el 27 de marzo de 2007 y en consecuencia revocó dicho permiso 'por razones de orden público'. La Orden de Revocación hace referencia inicialmente al 'deber fundamental del Estado venezolano de garantizar la protección del ambiente... '[...] la referencia que se hace en la Orden de Revocación a "actividades mineras descontroladas", llevadas a cabo en la zona por un número elevado de mineros, la contradijo el Informe de Inspección elaborado por el MIBAM un año antes de la fecha de la Orden de Revocación. [...] **El Tribunal concluye que la conducta de la Demandada no estuvo en concordancia con las obligaciones exigidas por el estándar de trato justo y equitativo contenido en el TBI. La Demandada dictó la Orden de Revocación sin dejarle a la Demandante ninguna oportunidad de ser oída [...] La no interposición de un recurso por parte de la Demandante contra la Orden de Revocación, que pudiera estar a su alcance al amparo del derecho venezolano, como lo alegó la Demandada, no cambia esta conclusión. El hecho de que la Demandada optara por este arbitraje en lugar de cualquier otra alternativa de recursos nacionales no exculpa la conducta de la Demandada**".) (el subrayado en nuestro).

organismos, cuando dichas resoluciones no le favorecían. Esta máxima no podría ser más verídica que en el caso del testimonio del Sr. Briceño, funcionario de la propia Demandada.

192. El Sr. Briceño fue el Auditor Interno de la Municipalidad de Parrita en el momento de las actuaciones ilegales de la Demandada de cara a la inversión de las Demandantes. En la Audiencia, el Sr. Briceño fue presentado como un funcionario cauteloso y experimentado que se tomaba muy en serio su papel de auditor y la responsabilidad de función pública que ostentaba. Y es evidente que el Sr. Briceño no es, ni nunca ha sido, parte interesada.
193. En sus declaraciones testimoniales, el Sr. Briceño explicó que el Concejo Municipal lo nombró para que desempeñara funciones generales de Contraloría General de la República.<sup>161</sup> Como parte de su papel oficial de auditor interno, el Sr. Briceño llevó a cabo una investigación en 2012 enfocada en si la paralización del proyecto Las Olas por parte de la Municipalidad se había realizado con arreglo al derecho costarricense.<sup>162</sup>
194. Tras examinar el expediente de la Municipalidad, el Sr. Briceño tuvo preocupaciones perfectamente fundadas y legítimas con respecto a la legalidad del cierre del proyecto Las Olas por parte de la Municipalidad. En DAMP-159-2012, el Sr. Briceño escribió que *"el único fundamento que justificó el Acuerdo Municipal Núm. AC-03-2362-2011 fue una correspondencia"* que se integraba por una única carta (DZMT-026-2011) del 7 de marzo de 2011, sobre la base de la cual la Municipalidad decidió parar todas las obras en el proyecto Las Olas.<sup>163</sup>
195. El Sr. Briceño explica que la carta del 7 de marzo de 2011 evocaba una reunión en la que participaron los Srs. Bucelato, Nelson Masis Campos (regidor municipal al momento), Marvin Mora Chinchilla (de la Zona Marítimo Terrestre), Alfonso Jiménez (un abogado) y Franklin Carmiol (consultor

---

<sup>161</sup> Véase Declaración Testimonial de Jorge Briceño, apartados 2-16.

<sup>162</sup> Véase Declaración Testimonial de Jorge Briceño, apartado 20.

<sup>163</sup> Véase Declaración Testimonial de Jorge Briceño, apartado 32 (a).

ambiental y vecino de Las Olas). El contenido de la carta del 7 de marzo de 2011 (redactada por el Sr. Marvin Mora Chinchilla) se integraba por tan solo dos párrafos que rezaban lo siguiente:

*El día de hoy al señor (sic) las 10.30 horas, en la sala de sesiones, junto con el señor Nelson Masís Campos, atendimos al señor Steve Bucelato, Lic. Alfonso Jiménez y al señor Franklin Carmiol, quienes expusieron una serie de situaciones referente al Proyecto de Desarrollo Las Olas, el cual se ubica en el sector de Esterillos Oeste, sobre la conversación versaron diferentes aspectos todos referentes a que dicho proyecto no debía de continuar y que la Municipalidad debía de paralizar todo permiso otorgado a la fecha y no emitir mas autorizaciones de ese tipo.*

*Dentro de la conversación, fueron aportados una serie de documentos que en ese acto se nos hizo entrega, razón por la cual para que sean conocidos por el Concejo Municipal, doy traslado de los mismos según se me fue indicado por el señor Masís Campos.*

196. El Sr. Briceño, en su papel oficial de auditor interno, se alarmó por la naturaleza irregular de la medida cautelar adoptada como consecuencia de esta reunión.<sup>164</sup> Tras analizar con más detalle el Acuerdo Municipal nro. 03-2362-2011 y las actuaciones ulteriores de la Municipalidad, la preocupación del Sr. Briceño fue doble por la falta manifiesta de fundamento por parte de la Municipalidad para suspender el Proyecto. Dichas preocupaciones, entre otras, incluyen las son las siguientes: (1) la Municipalidad no identificó ningún incumplimiento ambiental a través del procedimiento correspondiente; (2) la Municipalidad no determinó la autenticidad de las fotografías en las que basó su Acuerdo; (3) la naturaleza selectiva de las decisiones de la Municipalidad de ignorar determinadas resoluciones de otros organismos, pero al mismo tiempo invocar otras (por ejemplo, al no actuar sobre la Resolución de la SETENA nro. 2850-2011, del 15 de noviembre de 2011, que ordenaba la anulación de las medidas precautorias); (4) el hecho de que la Municipalidad no brindara a las Demandantes ninguna

---

<sup>164</sup> El señor Briceño estuvo alarmado por dichas irregularidades incluso sin conocer la campaña confabulada del señor Bucelato contra el proyecto Las Olas en el seno de otros organismos de la Demandada.

oportunidad de ser oídas con respecto a la decisión de cierre, o que no respetara los derechos básicos al debido proceso de las Demandantes.<sup>165</sup>

197. Como resultado de la revisión de las actuaciones de la Municipalidad por parte del Sr. Briceño, este último hizo tres recomendaciones: (1) considerar la anulación del Acuerdo Municipal nro. AC-03-2362-2011 que acometió el cierre del proyecto Las Olas, "*pues el mismo no se hizo con el debido sustento legal*"; (2) divulgar y aplicar la Resolución de la SETENA nro. 2850-2011, del 15 de noviembre de 2011; y (3) crear un grupo interdisciplinario para analizar la cuestión.<sup>166</sup> Solo se adoptó la tercera recomendación y no se dio ningún paso más para abordar las evaluaciones del Sr. Briceño.
198. El Sr. Briceño también albergaba preocupaciones legítimas con respecto a la denuncia por parte de la Sra. Vargas ante el Tribunal Administrativo Ambiental (TAA) (expediente nro. 343-10-01-TAA). Al Sr. Briceño le preocupaba que la queja de la Sra. Vargas no fuera orquestada por la propia Municipalidad, y el Sr. Briceño temía que la Municipalidad pudiese incurrir en una responsabilidad económica y penal por daños y perjuicios con arreglo al artículo 190 de la LGAP. En consecuencia, el Sr. Briceño advirtió al Concejo Municipal sobre el riesgo que implicaba la denuncia de la Sra. Vargas.<sup>167</sup>
199. Las conclusiones del Sr. Briceño fueron unas conclusiones *contemporáneas* realizadas por un auditor *externo* nombrado por el Gobierno. El Sr. Briceño concluyó que la Demandada no aplicó su normativa legal de buena fe al cerrar Las Olas sobre la base de poco más que una suposición, y sin tener en consideración los derechos al debido proceso de las Demandantes. A diferencia de la totalidad de los argumentos de defensa de la Demandada, las conclusiones del Sr. Briceño no constituyen pruebas *post-hoc* del funcionario, cuya conducta impugnó debidamente, ni de un funcionario de alto rango, como el Procurador

---

<sup>165</sup> Véase Declaración Testimonial de Jorge Briceño, apartado 32 (f).

<sup>166</sup> Véanse Declaración Testimonial de Jorge Briceño, apartado 33; y Prueba documental C-284

<sup>167</sup> El artículo 190 de la LGAP que dispone que la administración pública podría incurrir en la responsabilidad económica por daños y perjuicios debido a su actuación legítima o ilegítima, y la Declaración Testimonial del Jorge Briceño, apartado 30 (a).

General de turno, presentadas exclusivamente para tumbar el reclamo interpuesto al amparo del DR-CAFTA. Las declaraciones del Sr. Briceño fueron presentadas al Tribunal porque constituyen pruebas poco conocidas y máspreciadas: pruebas de un observador con conocimientos objetivos y profesionales en relación con los hechos contemporáneos.

200. Sin embargo, no ha de sorprendernos que la Demandada realizara esfuerzos fútiles (y despreciables) para socavar el carácter del Sr. Briceño o para considerar irrelevantes sus conclusiones. Como lo demostró el testimonio del Sr. Briceño durante la Audiencia, estos ataques personales y profesionales son inútiles de cara a la estrategia de defensa de la Demandada.

**b. Los ataques personales de la Demandada contra el Sr. Briceño carecen de fundamento**

201. Los ataques personales sin éxito de la Demandada contra el carácter del Sr. Briceño incluyen: (1) alegar incorrectamente que el Sr. Briceño renunció de la Municipalidad porque recibía una pensión mientras ejercía su cargo de auditor interno; y (2) acusar al Sr. Briceño de su involucración en la vida política mientras ejercía su cargo de auditor interno. Ambas acusaciones son descaradas tergiversaciones de los hechos y de la normativa legal, por lo que solo sirven para evidenciar que la Demandada está dando palos de ciego.
202. En primer lugar, el Sr. Briceño explicó durante la Audiencia que en el momento en el que asumió el cargo de auditor interno, no existía ninguna prohibición para que no pudiera recibir la pensión. Sin embargo, un cambio de jurisprudencia de la Sala Constitucional creó esa prohibición en el 2011. El Sr. Briceño siguió recibiendo su pensión por error al amparo de la normativa legal de 2010, y lo hizo de buena fe. Una vez que se dio cuenta de tal error, el Sr. Briceño y la Comisión Nacional de las Pensiones llegaron a un acuerdo, en virtud del cual el Sr. Briceño reembolsaría al Estado las cantidades recibidas por error.<sup>168</sup>

---

<sup>168</sup> Transcripción en español, 2022:9-2024:1 and 2024:17-2024:20-2225:11.

9                   P: ¿Cómo responde usted a las alegaciones  
10 de que recibió usted una pensión contrariamente a lo  
11 que dispone la ley?

12                   R: Bueno, con respecto a eso debo decirles  
13 que -- o digo, manifiesto que cuando yo empecé a  
14 laborar, antes más bien de empezar a laborar porque  
15 mi nombramiento como auditor interno de la

16 Municipalidad de Parrita, fue vetado por el señor  
17 alcalde Gerardo Acuña Calderón, y como lo dije  
18 anteriormente fue impugnado formalmente por los  
19 otros dos postulantes. Entonces ya mi nombramiento  
20 no fue para marzo 2010 sino que yo debí ingresar a  
21 la Municipalidad hasta que el Tribunal Contencioso  
22 Administrativo de Costa Rica resolvió en septiembre

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 de 2010, perdón en julio y notificó hasta como en  
2 octubre, notificó la respuesta de que el consejo  
3 tenía razón con respecto a mi nombramiento. En  
4 septiembre de 2010 la Sala Constitucional de Costa  
5 Rica mediante el voto 15058 derogó los artículos 14  
6 y 15 de la ley general de pensiones por declararlos  
7 inconstitucionales. En vista de eso yo no tenía  
8 impedimento para tener que renunciar a mi pensión  
9 para poder ejercer el cargo como auditor en una  
10 institución que aunque no es directamente del  
11 gobierno pero es un apéndice, como son las  
12 municipalidades, entonces yo no renuncié a mi  
13 pensión.

14                   Posteriormente en el año 2011, en agosto,  
15 la sala mediante otro voto, me parece que es el  
16 10593, algo así, emitió otro voto refiriéndose al  
17 voto anterior y pues quedó sin efecto. Pero eso fue

18 como diez meses después, entonces ya yo, cuando yo  
19 había entrado no tenía el impedimento. Y así  
20 continué laborando con la Municipalidad. Y de hecho  
21 recibía las dos remuneraciones. Pero de buena fe y  
22 amparado a lo que había resuelto la Sala

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 Constitucional en el voto 15.058.

[...]

17 mi cargo. Posteriormente, en febrero de año 2014,  
18 aproximadamente unos diez meses de después, la Junta  
19 de Pensiones del Magisterio Nacional de Costa Rica  
20 me comunicó que había habido una denuncia respecto al  
  
21 doble cobro y que era necesario que hiciéramos un  
22 arreglo. Y yo le manifesté lo mismo que les dije a

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 ustedes: que, de acuerdo con el voto de la Sala  
2 Constitucional, pues si yo había actuado de buena,  
3 sin embargo estaba en mente que pudiéramos arreglar.  
4 Entonces el 26 de febrero de ese mismo año, de 2014,  
5 hicimos un documento que se llama un acta de  
6 compensación, por todas las diferencias que ellos  
7 habían calculado que yo había recibido por parte de  
8 la junta de pensiones. Yo firmé el documento y hasta  
9 la fecha estoy haciéndole frente a la deuda que  
10 ellos me consignaron en ese momento por el pago,  
11 según ellos, indebido. Esa es la situación con

203. Del mismo modo, la acusación de la Demandada de que el Sr. Briceño se involucró en la vida "*política*" y que esto podría socavar su testimonio sobre la

mala conducta de la Demandada ante este Tribunal es no solo incorrecta, sino también irrelevante. En primer lugar, en general, la acusación de la Demandada no tiene sentido, puesto que el propio Sr. Briceño explicó que jamás se le acusó de falta de imparcialidad mientras desempeñaba sus labores de auditor interno de Parrita. Al contrario, fue altamente valorado y elogiado:

15 P: Y, por último, señor Briceño, cuando  
16 usted servía como auditor, ¿qué consideración tenía  
17 la Municipalidad de su trabajo?

18 R: Con respecto a esto, siempre, pues, me  
19 llevé bien con todos los funcionarios, porque mi  
20 labor, aunque es una labor de fiscalización, y  
21 amparado a la ley de control interno de nuestro  
22 país, pues hay que ejercer ciertos controles sobre

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 todos los bienes, lo que nosotros llamamos un  
2 universo auditable, que se refiere a todas las  
3 actividades que tiene la Municipalidad con la  
4 finalidad de garantizarle a los contribuyentes el  
5 buen funcionamiento de los impuestos que ellos

[...]

12 Municipalidad da a otras instituciones. Entonces en  
13 ese particular existe el trabajo de uno que no es  
14 como de tipo policial pero sí es un trabajo que  
15 requiere mucha independencia y estar uno muy seguro  
16 de lo que está haciendo.

17 Eh, para el año 2012, yo recibí, en el  
18 tiempo que estuve, solamente una evaluación. Porque  
19 el alcalde que entró nuevo, entró creo a partir de  
20 febrero, 2011, y entonces, él me hizo una evaluación  
21 en el mes de julio 2012 y en esa evaluación, de los 9  
22 puntos que se examinan, cada punto va numerado de 1

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 a 5, quiere decir que el total del puntaje máximo  
2 son 45. En ese puntaje yo tengo 44,44, y él me  
3 califica como "excelente". Y en la nota que enviaron  
4 los empleados ellos explican todas las  
5 circunstancias con respecto a mi persona, que los  
6 abogados pueden aportar copia de eso, pues en ningún  
7 momento ni hablan mal de mí ni de ninguna especie.  
8 Solamente cosas buenas. Uno no espera tanto de las

9 personas. Pero por lo menos tengo que decirles que  
10 la calificación del alcalde, el señor Freddy Garro,  
11 como alcalde en ese momento -y actualmente también  
12 es el alcalde- él me calificó como "excelente" en mi  
13 trabajo.

169

204. En segundo lugar, la alegación de la Demandada de que *el rendimiento del Sr. Briceño como auditor se vio perjudicado por su involucración en la vida política*<sup>170</sup> es hiperbólica y tergiversa gravemente los hechos. La Demandada reconoce que el Sr. Briceño solo fue "*nombrado*" candidato a ser procurador

<sup>169</sup> Transcripción en español, 2028:15-2029:5 and 2229:12-2030:13.

<sup>170</sup> Véase Declaración Adicional de la Demandada del 17 de enero de 2017, en apartado 24.

adjunto en octubre de 2012 (que jamás se materializó),<sup>171</sup> si bien aun así dedica 12 párrafos extensos en su intento de mancillar su independencia como auditor. El Sr. Briceño explicó en la Audiencia que los ataques *ad hominem* de la Demandada carecen de fundamento por completo.

15                   ¿Qué tiene usted que decir con respecto a  
16 las insinuaciones de que usted no era independiente  
17 por su participación en la vida política local?  
18                   R: Bueno, con respecto a la vida política  
19 local, si se refiere, por ejemplo, a antes del año  
20 2010, yo participé como -- por parte de los partidos  
21 políticos independientemente de cuál fuera,  
22 independientemente si fuera de mi agrado o no era de

---

<sup>171</sup> Véase Declaración Adicional de la Demandada del 17 de enero de 2017, en apartado 27.

1 mi simpatía, ellos tienen que nombrar representant  
2 para lo que se llama la Junta Cantonal Electoral,  
3 que esa Junta Cantonal Electoral depende del  
4 Tribunal Supremo de Elecciones que es el máximo  
5 organismo en Costa Rica que controla todo lo que es  
6 el proceso electoral de votaciones. Esa Junta  
7 Cantonal Electoral inclusive es la encargada de  
8 reunirse, nombrar una directiva dentro del seno de  
9 todos los representantes de los diferentes partidos  
10 políticos y hacer los acuerdos. También es la que  
11 recibe los paquetes -allá las llamamos "tulas"- que  
12 contienen todos los votos en blanco para ser  
13 emitidos por los costarricenses que van al proceso  
14 electoral. Luego de que lo reciben tienen que  
15 entregarlos a los diferentes representantes miembros  
16 de mesa. Es una junta que depende directamente del  
17 Tribunal Supremo de Elecciones. Para estos casos es  
18 totalmente apolítica.

19           Luego, esa junta, una vez que se han  
20 realizado las elecciones, es la encargada de recibir  
21 nuevamente de parte de los miembros de las  
22 diferentes mesas, ellos llegan a entregar las tulas,

1 se las recibe y se les firma un recibo, y luego  
2 estas tulas se entregan a los funcionarios del  
3 Tribunal que llegan con un camión a recogerlas. En  
4 ese entonces, yo participé inclusive en varias  
5 elecciones por diferentes partidos sin tener ninguna  
6 simpatía con ellos.

7           Luego, me parece -no estoy tan seguro por  
8 la fecha como en el 2012- que otro partido me invitó  
9 a participar dentro de un su comité distrital. Esos  
10 comités distritales se hacen para organizar los  
11 partidos porque en Costa Rica se pide que los  
12 partidos tengan elecciones distritales, luego  
13 elecciones cantonales, luego elecciones provinciales  
14 y luego una asamblea nacional para escoger a sus  
15 miembros a diputados y los candidatos a presidente.  
16 En esa ocasión me invitaron y ellos me pusieron,  
17 como yo tenía la condición de tanto mi profesión  
18 como mi trabajo de auditor, a manera de  
19 fiscalización de sus actividades, me propusieron  
20 como fiscal. Les indiqué que como fiscal no podía  
21 participar porque estaba en un puesto de auditor.  
22 Entonces me dijeron: "Mira, entonces puede ser como

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 fiscal suplente". "Bueno, investiguen; si se puede  
2 como fiscal suplente, entonces no hay ningún problema,  
3 pues está bien". Parece que ellos investigaron

4 y finalmente el Tribunal, debido a la estructura del  
5 partido, no aceptó el nombramiento mío como fiscal  
6 suplente. No existía la figura de fiscal suplente.

7 Luego por ahí me invitaron a otra reunión y  
8 nada más. No participé de forma activa, ni haciendo  
9 proselitismo ni llevando votos en absoluto.

10 Entonces, lo que dice la parte demandada de que eso  
11 me quita, me resta independencia, en realidad, me  
12 parece que ya ha sido la explicación de por qué los  
13 motivos. Entonces queda a consideración de ustedes  
14 la evaluación de mi respuesta.

172

**c. Los intentos de la Demandada de minimizar las pruebas del Sr. Briceño son incorrectos o no guardan ninguna relación con la cuestión que nos ocupa**

205. La Demandada argumenta que las conclusiones del Sr. Briceño no influyen en la responsabilidad de Costa Rica derivada del DR-CAFTA porque supuestamente se trata de un empleado de bajo rango, cuyas recomendaciones no son vinculantes y no afectan los derechos de terceros.<sup>173</sup> Esta afirmación es incorrecta. Las recomendaciones del Sr. Briceño sí que surten efectos jurídicos con arreglo al derecho costarricense, y el testimonio del Sr. Briceño muestra simultáneamente observaciones de uno de los funcionarios de la propia Demandada que prueban su mala administración .
206. En lo referente a las recomendaciones del Sr. Briceño, el artículo 39 de la Ley General de Control Interno establece responsabilidades administrativas de los empleados de la Municipalidad que tomen una decisión injustificadamente contra la adopción de las recomendaciones de un auditor interno. En consecuencia, el Sr. Briceño tenía derecho a hacer recomendaciones para proteger a la Municipalidad de la responsabilidad civil y penal y para asegurar

---

<sup>172</sup> Transcripción en español, 2025:15-2028:14.

<sup>173</sup> Véase Declaración Adicional de la Demandada del 17 de enero de 2017, en apartados 83-99.

que las decisiones de la Municipalidad fueron tomadas de conformidad con el derecho.<sup>174</sup> Las Demandantes no alegan que la Demandada incumplió el artículo 39 de la Ley General de Control Interno ni manifiestan que un incumplimiento del artículo 39 equivale al incumplimiento del DR-CAFTA. En lugar de eso, las pruebas presentadas por el Sr. Briceño demuestran que uno de los funcionarios de la propia Demandada trajo a colación una de las conductas ilegales de la Demandada y su privación de los derechos de las Demandantes *en el momento de los hechos*, en el ámbito de sus deberes oficiales.

207. La contestación de la Demandada a las pruebas presentadas por el Sr. Briceño también demuestra hasta qué punto la Demandada se inventó una historia falsa ante este arbitraje; al pretender desviar la atención de sus propios incumplimientos del DR-CAFTA intentando mostrar tanto a los inversores extranjeros como a su propio Gobierno como personas deshonestas. Es más, a diferencia de la historia falsa de la Demandada, el testimonio del Sr. Briceño suple las lagunas en la parte de los hechos de los autos, ocasionadas por la ausencia de los testigos de los hechos de los organismos municipales o gubernamentales de Costa Rica, lagunas creadas por la Demandada, lo cual incluye a los funcionarios de la Municipalidad, el SINAC, el INTA y la SETENA.

## **B. La Fiscalía incumplió sus deberes con las Demandantes**

208. La conducta del Fiscal Ambiental, Luis Gerardo Martínez Zúñiga, en relación con la investigación penal, acusación y juicio del Sr. Aven encarna el tratamiento arbitrario y discriminatorio a todos los respectos. Esto se ha ido poniendo de manifiesto de manera constante en las declaraciones de las Demandantes y en las pruebas documentales, y quedó aún más claro en las declaraciones del propio Sr. Martínez el cuarto día de la Audiencia. Efectivamente, la conducta del Sr.

---

<sup>174</sup> Pese a dichos deberes claros, la Demandada argumenta que el señor Briceño se extralimitó y pasó a ser coadministrador de hecho. No existe ninguna prueba en los autos que indique que estas actuaciones *reemplazaron* las actuaciones de un ente administrativo, como el Concejo Municipal, que es como la propia Demandada define "*coadministración*". Véase Declaración Adicional de la Demandada, enero de 2017, en apartados 18-19.

Martínez en relación con el Sr. Aven va más allá de la incompetencia, y demuestra un trato tan desdeñoso de las pruebas, del derecho y de los estándares profesionales que la única conclusión que se puede sacar es que el Sr. Martínez estaba a sabiendas contra el Sr. Aven por motivos que de hecho nada tenían que ver con la culpabilidad penal. Como se indica más adelante, la mala conducta arbitraria y discriminatoria del Sr. Martínez en el procedimiento penal contra el Sr. Aven incluye, entre otros, lo siguiente:

- a. El no solicitar en su Orden de Secuestro unos archivos documentales de alta relevancia sobre el proyecto Las Olas, documentos que hicieron imposible que el Sr. Martínez pudiera ejercer su carga de probar el dolo penal;
- b. el ignorar unas conclusiones y permisos de mucha relevancia de un organismo ambiental que demostraban de manera inequívoca que el Sr. Aven no actuó con el dolo necesario;
- c. basar su investigación y decisiones de presentar cargos sobre unas alegaciones infundadas de una persona parcial y hostil que en repetidas ocasiones había interpuesto demandas civiles contra el proyecto Las Olas, cada una de las cuales fue desestimada con anterioridad a la acusación penal del Sr. Aven por parte del Sr. Martínez;
- d. el no investigar el asunto del Documento Supuestamente Falsificado, y el ignorar una presentación altamente sospechosa del documento por el Sr. Bucelato, la misma persona que presentó la denuncia penal (y varias demandas civiles que han sido desestimadas) contra el Sr. Aven;
- e. el ignorar las obras de la Municipalidad de Parrita realizadas en el sitio de Las Olas, a pesar de que las pruebas documentales que mostraban que tales obras perseguían el objetivo de secar el supuesto humedal existente;
- f. el ordenar la elaboración de un informe de suelos al INTA que no encontró ninguna prueba de la existencia de suelos de humedales en el sitio de Las Olas, y a continuación el decidir ignorar, de manera arbitraria, las

conclusiones del informe, lo cual fue perjudicial para su procedimiento penal;

- g. el incumplir las Políticas de Persecución de Delitos Ambientales al ignorar pruebas que hicieron posible probar la existencia de los tres elementos necesarios que integran la definición de un humedal;
- h. el presentar cargos indebidamente contra el Sr. Aven al amparo de una ley penal más gravosa sobre la base de unas supuestas acciones que tuvieron lugar antes de la adopción de dicha ley, lo cual condujo a la emisión arbitraria e innecesaria de la notificación roja de INTERPOL sobre la base de unas alegaciones de que el Sr. Aven cometió un delito que probablemente sería penado con una multa, incluso al amparo de la ley más gravosa que el Sr. Martínez invocó indebidamente.

209. Dicho lo anterior, queda completamente claro que la investigación del Sr. Martínez y su decisión de presentarle cargos penales carecían manifiestamente de toda objetividad y demostraron un desprecio grave del derecho y de los hechos. Su conducta es constitutiva indiscutiblemente de un trato arbitrario y discriminatorio con arreglo al DR-CAFTA. Como Fiscal Ambiental se le exige que actúe de una forma congruente con la protección que confiere el DR-CAFTA, según se indica expresamente en los las Políticas de Persecución de Delitos Ambientales.<sup>175</sup> También tiene la obligación de cumplir el principio de objetividad de conformidad con el artículo 63 y el 180 del Código Procesal Penal de Costa Rica. El incumplimiento del principio de objetividad por parte del fiscal Martínez constituye una prueba evidente del incumplimiento por parte de la Demandada de la prohibición de arbitrariedad y el incumplimiento del estándar mínimo de trato contenidos en el artículo 10.5.

210. Al igual que en *Metalclad*, donde el tribunal del TLCAN falló que México había incumplido el estándar mínimo de trato, cuando el gobernador regional dictó un

---

<sup>175</sup> Véase Prueba documental C-297.

decreto arbitrario que declaraba (sin fundamento) que la inversión de las demandantes se ubicaba en una reserva de cactus y denegó, de forma arbitraria, la solicitud de Metalclad de un permiso de construcción,<sup>176</sup> el fiscal Martínez incumplió la prohibición de arbitrariedad del estándar de trato justo y equitativo, recogida en el artículo 10.5, al tomar una decisión *manifiestamente arbitraria* de presentar cargos penales contra el Sr. Aven de forma contraria al derecho vigente y sus propios lineamientos de fiscalía por el presunto "*drenaje y relleno de un humedal*". Al igual que la demandada en *Metalclad* carecía de todo fundamento para denegar el permiso de construcción con arreglo al derecho mexicano, también el fiscal Martínez carece de todo fundamento de presentar cargos por un delito basándose en las suposiciones de que en Las Olas había un humedal (y mucho menos que este había sido drenado y rellenado), cuando el ente administrativo con efectivas competencias para determinar la existencia de humedales (la SINAC) jamás dictó ninguna resolución firme en relación con humedales.

211. Como se comentará más adelante, las actuaciones del fiscal Martínez fueron manifiestamente insuficientes para estar en cumplimiento con dichos estándares e infligieron daños y perjuicios importantes al Sr. Aven en lo financiero y con respecto a su reputación, daños y perjuicios que exigen una indemnización.

## 2. La investigación penal

---

<sup>176</sup> Véase CLA-42, *Metalclad Corporation c. México*, Laudo, caso del CIADI nro. ARB(AF)/97/1, (2001), en apartados 59, 96 ("el 23 de septiembre de 1997, tres días antes de la expiración del plazo, el gobernador dictó un Decreto Ecológico que declaraba un Área Natural para la Protección de un Cactus Único. El Área Natural abarca el área del confinamiento."); apartado 90 ("El 5 de diciembre de 1995, tres meses luego de la presentación de la solicitud de Metalclad –período durante el cual Metalclad continuó abiertamente con sus actividades obvias de inversión– la Municipalidad denegó la solicitud de permisos de construcción presentada por Metalclad. La denegación se dictó bastante después de que las obras de construcción estuvieran prácticamente finalizadas tras el anuncio del Convenio que versaba sobre la operación del confinamiento."); apartado 101 ("En consecuencia, el Tribunal falla que Metalclad no fue tratada de forma justa ni equitativa con arreglo al TLCAN y estima su reclamo al amparo del artículo 1105").

**d. Denuncias penales**

212. El comportamiento arbitrario del Sr. Martínez se puede apreciar en una etapa tan temprana como la presentación inicial de la denuncia penal por parte del Sr. Bucelato. Como consta en la Primera Declaración Testimonial del Sr. Martínez, *"en materia penal, no tiene ninguna relevancia para la investigación, los motivos o la identidad del denunciante"*.<sup>177</sup> Queda claro que el Sr. Martínez actuó fiel a esta premisa viciada al iniciar una investigación penal sobre la base de la denuncia del Sr. Bucelato.<sup>178</sup> Efectivamente, si el Sr. Martínez hubiera tenido en consideración el hecho de que el Sr. Bucelato ya había presentado varias quejas administrativas alegando la existencia de humedales en territorio de la propiedad,<sup>179</sup> que fueron desestimadas, habría visto justificadamente la denuncia del Sr. Bucelato con alto grado de escepticismo que se merece.
213. Sin embargo, optó por proceder con esta investigación a la luz de su opinión de que los motivos de la denuncia del Sr. Bucelato eran al parecer irrelevantes. Cuando se le preguntó con insistencia sobre esta cuestión durante la Audiencia, el Sr. Martínez hizo una de varias admisiones relativas a las afirmaciones incorrectas en sus declaraciones testimoniales, como se aprecia en el siguiente intercambio:<sup>180</sup>

---

<sup>177</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Luis Martínez, apartado 16.

<sup>178</sup> Véase Prueba documental C-110.

<sup>179</sup> Véanse Pruebas documentales C-75 y C-119.

<sup>180</sup> Transcripción en español, 959:3-11.

3 P: En otras palabras, lo que quiere decir  
4 es que si es cuestión de venganza personal, si usted  
5 piensa que hay una cuestión de venganza personal que  
6 subyace la denuncia, que usted trataría entonces la  
7 denuncia de manera diferente. ¿Es eso correcto?  
8 R: Si, si fuese evidente que se trata de  
9 una venganza personal, hubiese que actuar con mucha  
10 más cautela para tratar de determinar si esos hechos  
11 son efectivamente ciertos o no.

214. Si el Sr. Martínez hubiera realizado un esfuerzo para examinar los antecedentes relacionados con las solicitudes reiteradas y acosadoras del Sr. Bucelato, habría reconocido que el Sr. Bucelato estaba poseído por la venganza personal tanto contra el Proyecto como contra el Sr. Aven personalmente, cosa que desde el principio tendría que haber generado duda sobre la investigación. Es más, incluso si damos por hecho que los motivos del Sr. Bucelato eran sinceros –lo cual no se apoya en ninguna prueba en autos– sigue siendo verdad que la queja administrativa del Sr. Bucelato fue *desestimada* en el Informe de la SETENA ASA-1216 del 19 de agosto de 2010<sup>181</sup> –aproximadamente seis meses antes de la presentación de la denuncia por el Sr. Bucelato.
215. En otras palabras, antes de iniciar su investigación, el Sr. Martínez sabía que la postura de la SETENA consistía en que la existencia de humedales en territorio de la Propiedad no pudo probarse en un procedimiento administrativo. También era consciente de que, siendo fiscal penal, quedaría sujeto a una carga de la prueba más onerosa que va "más allá de la duda razonable". Como se comentará más adelante, la duda en el marco del procedimiento penal incoado contra el Sr. Aven era abrumadora.
216. Aparte de las alegaciones del Sr. Bucelato en relación con el incumplimiento de la normativa legal en materia de bosques y humedales, su denuncia hacía

---

<sup>181</sup> Véase Prueba documental C-79.

referencia al Informe de la SINAC 67389RNVS-2008<sup>182</sup> –el Documento Supuestamente Falsificado. Según el Sr. Martínez, tenía la obligación de investigar la alegación de falsificación en tanto que la falsificación es un delito de acción penal pública. Y mientras que ahora admite que su investigación no reveló ninguna prueba de que el Sr. Aven tenía algo que ver con la supuesta falsificación,<sup>183</sup> la investigación también tenía que haber dilucidado que la totalidad de la denuncia penal del Sr. Bucelato carecía de credibilidad y tenía que haberse desestimado en su integridad.

217. Durante la Audiencia, al Sr. Martínez se le presentó una copia del Documento Supuestamente Falsificado como se le había remitido a la SETENA, incluida la página 9 del documento, que consiste en una nota manuscrita, posiblemente del propio Sr. Bucelato, con fecha 28 de marzo de 2008 –un día después de que el documento fue emitido aparentemente, como se indica abajo:



Remitida por señor setener Allan Bucelato el 28 de marzo 2008 en el Seto Archivos. Sistema. Conto de 04 folios y varias fotos.

218. En otras palabras, la página 9 muestra que fue el Sr. Bucelato quien remitió el documento a la SETENA al día siguiente de su elaboración. Esto suscita claramente una serie de preguntas y sospechas, una de las cuales, no menos importante, es cómo pudo el Sr. Bucelato encontrar este documento al día siguiente de su redacción y por qué lo habría remitido a la SETENA. La respuesta del Sr. Martínez a estas preguntas, como consta en su testimonio, fue la siguiente: *"el Sr. Bucelato no tenía ningún interés en utilizar el documento falsificado"*, ya que el Documento Supuestamente Falsificado fue utilizado para *"obtener algún tipo de beneficio"* para el proyecto Las Olas.<sup>184</sup> Al parecer, la

<sup>182</sup> Véase Prueba documental C-110.

<sup>183</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Luis Martínez, apartado 38.

<sup>184</sup> Transcripción en español, 1047:15-19.

lógica del Sr. Martínez consiste en que el Sr. Bucelato jamás trataría de obtener ningún beneficio para el proyecto Las Olas, puesto que estaba presentando denuncias contra el mismo.

219. La interpretación más generosa de las pruebas presentadas por el Sr. Martínez consiste en que no se le ocurrió que alguien podría crear un documento e incorporarlo en los ficheros de un organismo gubernamental como parte de un plan de ataque; esto parece una propuesta difícil de creer cuando estamos hablando de un fiscal, puesto que implica un nivel tal alto de ingenuidad que no sería creíble que alguien de su condición la tuviera. La interpretación alternativa es que el Sr. Martínez sabía, o no le importaba, que alguien hubiera incorporado el documento en los ficheros de la SETENA, puesto que el documento le brindó la oportunidad de atacar a las Demandantes. Sea como fuere, queda claro que el Sr. Martínez fracasó, de manera importante, a la hora de ejercer su deber de realizar su investigación y presentar cargos con un grado de cautela y profesionalidad en relación con las pruebas en las que se basan tales investigaciones y acusaciones. Finalmente tuvo que abandonar los cargos de falsificación y admitir que no existían pruebas suficientes para sostenerlos, pero queda claro de los autos que para empezar no concurría ningún fundamento ni motivos razonables para presentar dichos cargos.
220. La postura, a sabiendas simplista, del Sr. Martínez con respecto a los intereses del Sr. Bucelato en relación con el proyecto Las Olas al parecer fue suficiente para que el Sr. Martínez no solo descartara la posibilidad de que el Sr. Bucelato tuviera algo que ver con el Documento Supuestamente Falsificado, sino que también para que se negara a investigar la fuente y las circunstancias detrás de la nota manuscrita. Al menos, las circunstancias sospechosas relacionadas con la nota tenían que haber puesto en tela de juicio la credibilidad de cualquiera de las alegaciones contenidas en la denuncia del Sr. Bucelato, por lo que las Demandantes afirman que, si la analizamos en el contexto de la historia del Sr. Bucelato con el Sr. Aven y el proyecto Las Olas, la nota manuscrita tenía que haber invalidado la denuncia penal en su integridad.

221. Además de la denuncia del Sr. Bucelato, el Sr. Martínez recibió una denuncia penal de Luis Picado Cubillo el 8 de febrero de 2011.<sup>185</sup> La denuncia del Sr. Picado es otro signo de que el Sr. Martínez no solicitó ni tuvo en consideración las pruebas pertinentes. En su denuncia, el Sr. Picado acusa al Sr. Aven de cometer delitos relacionados con humedales, pero también hace referencia específicamente a las obras de drenaje realizadas por la Municipalidad en el sector sur del sitio Las Olas que tenían como objetivo drenar un humedal existente.<sup>186</sup>
222. Cuando se le preguntó sobre el asunto, el Sr. Martínez alegó que consultó con la Municipalidad y obtuvo la respuesta de que sus obras se estaban llevando a cabo en carreteras públicas y no en el sitio de Las Olas.<sup>187</sup> Sin embargo, esta afirmación carece de toda credibilidad, vista la carta de la Municipalidad a Inversiones Cotsco del 10 de abril de 2008,<sup>188</sup> en la que la Municipalidad solicitaba la colaboración de Inversiones Cotsco para la construcción de un canal en el sector suroeste de la propiedad, la misma ubicación del supuesto humedal mencionado en la denuncia del Sr. Picado.
223. El Sr. Martínez admitió durante la Audiencia que nunca vio la carta y no hay ninguna indicación (aparte de su propia referencia imprecisa e infundada a determinadas consultas) de que tuviera en consideración, de forma seria, el papel de la Municipalidad en las obras que afectaban a los supuestos humedales, lo cual se evidencia a través de numerosos documentos que estaban a disposición del Sr. Martínez en el curso de su investigación.<sup>189</sup> El Sr. Martínez tenía la obligación de solicitar todos los documentos que guardaban relación con el proyecto Las Olas con arreglo al principio de objetividad. De la naturaleza de su

---

<sup>185</sup> Véase Prueba documental R-66.

<sup>186</sup> Véase Prueba documental R-66.

<sup>187</sup> Transcripción en español, 965:22-966:3.

<sup>188</sup> Véase Prueba documental C-296.

<sup>189</sup> Véase, por ejemplo, Prueba documental C-112, la medida cautelar adoptada por el SINAC el 14 de febrero de 2011 que cita el relleno de un humedal potencial en relación con las obras realizadas por la Municipalidad; véase también Prueba documental C-116, Informe de Inspección del SINAC, 16 de marzo de 2011; Prueba documental C-117, Informe de Inspección del SINAC, 18 de marzo de 2011.

investigación, así como de su admisión durante su testimonio en la Audiencia, se desprende clarísimamente que el Sr. Martínez incumplió este estándar.

**e. Orden de Secuestro**

224. Como consta en la Primera Declaración Testimonial del Sr. Martínez, luego de recibir las denuncias penales contra el Sr. Aven, *"una de las primeras medidas que tomé en la etapa investigativa fue solicitar el secuestro del expediente de la SETENA para poder ver que documentación existía allí por parte del delS INAC-MINAE"*.<sup>190</sup> La Orden de Secuestro proporcionada con su declaración testimonial indica que el Sr. Martínez solicitó un documento del expediente administrativo D1-1362-2007-SETENA,<sup>191</sup> que corresponde al sector del Condominio del Sitio del Proyecto. El Sr. Martínez y la Demandada no han aportado ninguna prueba de que el Sr. Martínez solicitara expedientes correspondientes a los demás sectores del sitio, incluido el expediente número 110-2005 correspondiente a la Concesión, y de hecho el Sr. Martínez confirmó que no revisó ningún documento correspondiente a la Concesión por su ubicación en la Zona Marítimo Terrestre.<sup>192</sup>
225. Sin embargo, sigue siendo verdad que la Concesión forma parte del mismo Proyecto, y del mismo Sitio del Proyecto, al igual que el sector correspondiente al Condominio. Obviamente, a la hora de determinar si un desarrollador tenía la intención de causar daños a la propiedad objeto del desarrollo, el cumplimiento por parte del desarrollador de la normativa ambiental en relación con todo el Proyecto y la totalidad de la propiedad es altamente pertinente. Por lo tanto, el Sr. Martínez partió con una relación incompleta de los hechos. Esto es así no solo a la luz de su omisión de la Concesión, sino también por el hecho de que no solicitó archivos correspondientes al número de expediente administrativo anterior correspondiente al sector del Condominio. Efectivamente, el sector del Condominio tenía previamente el número de expediente 551-2002-SETENA, y

---

<sup>190</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Luis Martínez, apartado 19.

<sup>191</sup> Véase Prueba documental R-69.

<sup>192</sup> Transcripción en español, 991:1-4.

de hecho tenía concedida viabilidad ambiental bajo ese número.<sup>193</sup> El Sr. Martínez no solicitó ni examinó estos archivos.<sup>194</sup>

**f. Pruebas disponibles durante la investigación**

226. Se le anima al Tribunal a que examine y tenga en consideración detenidamente los registros documentales a la hora de evaluar la naturaleza de la mala conducta del Sr. Martínez, en tanto que los documentos demuestran un claro patrón de conducta arbitraria y discriminatoria. Las Demandantes pretenden describir con detalle cada uno de los documentos al alcance del Sr. Martínez durante su investigación, documentos que no revisó, no tuvo en cuenta o no solicitó; en lugar de eso, presentaremos un resumen por medio de la siguiente lista, con las correspondientes referencias a su declaración testimonial:

i. El 23 de noviembre de 2004, la SETENA otorgó un permiso de viabilidad ambiental a Villas La Canícula, el nombre con el que antes se conocía el sector del Condominio del Proyecto.<sup>195</sup> La VA confirmó que Villas la Canícula no estaban ubicadas en una Área Silvestre Protegida. El Sr. Martínez no solicitó ni examinó este documento como parte de su investigación, según se confirma en el siguiente intercambio:<sup>196</sup>

8 señor Bucelato, esta sección. Pero mi punto es que  
9 tiene un número de expediente diferente: 551-2002-  
10 SETENA. ¿Usted repasó este material o este  
11 expediente para efectos de su investigación?  
12 R: No, este expediente es no lo repasamos  
13 porque el interés estaba enfocado en el momento en  
14 que se había dado la viabilidad ambiental. La

j. El 17 de marzo de 2006, la SETENA otorgó una VA para Hotel Colinas del Mar, número de expediente 110-2005-SETENA,<sup>197</sup> que confirmaba que la

---

<sup>193</sup> Véase Prueba documental R-9.

<sup>194</sup> Transcripción en español, 983:12-984:5.

<sup>195</sup> Véase Prueba documental R-9.

<sup>196</sup> Transcripción en español, 983:8-14.

<sup>197</sup> Véase Prueba documental C-36.

Concesión no se ubicaba en un Área Silvestre Protegida. El Sr. Martínez no examinó este documento como parte de su investigación, según se confirma en el siguiente intercambio:<sup>198</sup>

17 P: Gracias, pero para ser claro, la  
18 respuesta a mi pregunta -que es: ¿miró usted estos  
19 documentos para los fines de su investigación?-, su  
20 respuesta sería que no. ¿Estoy acertado?  
21 R: No, por las razones que ya le indiqué  
22 anteriormente al Tribunal.

- k. El 2 de abril de 2008, Mussio Madrigal recibió confirmación del SINAC de que el sector del Condominio del sitio de Las Olas no se ubicaba en ninguna Área Silvestre Protegida.<sup>199</sup> El Sr. Martínez confirmó que sí que examinó este documento,<sup>200</sup> pero aparentemente no tuvo en consideración su pertinencia probatoria en lo referente a la cuestión de si el Sr. Aven pudo haber tenido la intención de causar daños a un bosque y/o humedal en el sitio del Proyecto;
- l. El 1 de octubre de 2008, el SINAC elaboró el Informe de Visita de ACOPAC de SD-087-08, un informe de tres páginas redactado por Carlos Vinicio Cordero Valverde quien no forma parte del departamento de humedales del SINAC.<sup>201</sup> El informe mencionaba la "*posible*" existencia de humedales en el sitio de Las Olas. El Sr. Martínez confirmó que examinó este documento durante su investigación y también reconoció que la visita al sitio en el que se basaba no incluía ningún estudio de suelos y no desembocó en una conclusión definitiva en relación con la existencia de humedales.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> Transcripción en español, 991:17-22.

<sup>199</sup> Véase Prueba documental C-48.

<sup>200</sup> Transcripción en español, 995:19-996:5.

<sup>201</sup> Véase Prueba documental R-20.

<sup>202</sup> Transcripción en español, 1016:8-1018:7.

- m. Durante la Audiencia, al Sr. Martínez se le mostró el informe del SINAC-MINAE elaborado por Rolando Manfredi y Christian Bogantes el 8 de julio de 2010<sup>203</sup> que prevalecía sobre el Informe del 1 de octubre al determinar que no había humedales en la propiedad de Las Olas de conformidad con las inspecciones realizadas en enero, febrero y julio. El Sr. Martínez lo admitió en su testimonio durante el siguiente intercambio, si bien se negó a admitir que este documento, o cualesquier otras conclusiones de numerosos organismos ya mencionados, hicieron que le fuese imposible probar que el Sr. Aven tenía la intención de causar daño a bosques o humedales:<sup>204</sup>

22                   Ahora este informe de tres páginas que  
1   indica la posibilidad de humedales, que pide más  
2   información, fue sobreesido por el informe de SINAC  
3   que es pieza C-72 que figura en su expediente, en la  
4   pestaña 13.

5                   Si puede pasar a la página 6 de ese  
6   documento. Bueno, en la parte superior de la página  
7   dice "Página 3" aunque es página 6.

8                   Si usted va al párrafo al final, hay una  
9   conclusión que indica que no hay humedales en la  
10  propiedad. ¿Lo ve usted?

11                  La conclusión en este párrafo, abajo de  
12  todo en esa página dispone que en esta finca no se  
13  encuentran áreas, un humedal.

14                  R: Correcto, eso dice en esa -- en ese  
15  párrafo.

- n. El 1 de septiembre de 2010, la SETENA dictó la Resolución 2086-2010-SETENA<sup>205</sup> que confirmó la desestimación de una queja administrativa presentada por el Sr. Bucelato en la que alegaba que había humedales en el Sitio del Proyecto. El Sr. Martínez confirmó que había examinado este

---

<sup>203</sup> Véase Prueba documental C-72.

<sup>204</sup> Transcripción en español, 1018:22-1019:15.

<sup>205</sup> Véase Prueba documental C-83.

documento durante su investigación. Confirmó además que era consciente del hecho de que el Sr. Aven había interpuesto una demanda por difamación contra el Sr. Bucelato en relación con las repetidas denuncias del Sr. Bucelato. Por lo tanto, no cabe la menor duda de que el Sr. Martínez era consciente de la relación contenciosa entre el Sr. Aven y el Sr. Bucelato que, a pesar de sus afirmaciones en su declaración testimonial, el Sr. Martínez admitió que representa un hecho pertinente de cada a la evaluación de la denuncia del Sr. Bucelato.<sup>206</sup>

- o. El 3 de enero de 2011, el SINAC elaboró el informe ACOPAC-CP-003-11,<sup>207</sup> que concluyó que el Sitio del Proyecto contenía masas de agua "*por lo visto*" clasificadas como humedales. Una vez más, el Sr. Martínez aceptó que, a diferencia de las conclusiones de numerosos órganos de que no había humedales, dicho documento no contenía ninguna conclusión definitiva.<sup>208</sup>

10 P: Bien. ¿Puede pasar a la página 3 del  
11 informe?

12 Usted ve la primera conclusión. Hay una  
13 afirmación que hay cuerpos de agua en el sitio,  
14 supuestamente, clasificados como humedales. ¿Lo ve  
15 usted?

16 R: Correcto.

17 P: Como usted -- como fiscal o abogado  
18 usted entiende que eso no es una postura  
19 concluyente. Hay que hacer muchísimo más para  
20 establecer, como uno de los elementos de las  
21 ofensas en cuestión que había un  
22 humedal, pues hay que hacer mucho más. ¿Correcto?

1027

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 R: Correcto. Es una...

<sup>206</sup> Transcripción en español, 959:3-11 pp. 202.

<sup>207</sup> Véase Prueba documental C-101.

<sup>208</sup> Transcripción en español, 1026:10-1027-1.

227. Pese a una cantidad contundente de pruebas mencionadas anteriormente presentadas al Sr. Martínez –que hicieron que fuera imposible que cumpliera con su carga de la prueba– siguió afirmando en su Primera Declaración Testimonial que el Informe del 1 de octubre de 2008 (que fue reemplazado por unas conclusiones ulteriores y firmes que apuntaban al sentido contrario) "*ello de por sí constituía un motivo suficiente para la continuación de la investigación con el fin de garantizar aplicación de la legislación de protección del medio ambiente*".<sup>209</sup> El Sr. Martínez aplicó dicha normativa legal de una manera gravemente indebida, lo cual se comentará con detalle más adelante, pero en cualquier caso, los documentos mostrados al Sr. Martínez prueban lo contrario –no existía ninguna vía de actuación aceptable que no fuera la conclusión de que no existía ninguna prueba de que el Sr. Aven tuviera la intención de cometer un delito.
228. Llegado a este punto, el Sr. Martínez tenía que haberlo tenido muy claro que varios órganos ambientales expresaron su desacuerdo con la *existencia* de humedales en el Sitio del Proyecto y sobre ese derecho otorgado a construir, lo cual por supuesto es una conclusión fundamental para demostrar que el Sr. Aven en realidad tuviera la intención de *causar daños* al supuesto humedal. También se comprobó que el Sr. Aven había solicitado y obtenido varios permisos regulatorios que indicaban que Las Olas no se ubicaba en una Área Silvestre Protegida, lo cual es una prueba concluyente de que el Sr. Aven tenía la intención de respetar en su integridad (y de hecho respetó) la normativa ambiental de Costa Rica. Dadas las circunstancias, sencilla y llanamente no existe ningún motivo para continuar con una investigación penal.
229. Sin embargo, el Sr. Martínez no se dejó convencer por los autos a su alcance (en parte porque presentaba carencias graves debido al hecho de que el propio Sr. Martínez no examinó los documentos pertinentes, como indicó su testimonio) y en consecuencia decidió encargar una serie de informes adicionales para obtener

---

<sup>209</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Luis Martínez, en apartado 20.

más información sobre las condiciones del Sitio del Proyecto. Como se menciona más adelante, esos informes solo reforzaron el hecho de que le sería imposible cumplir con la carga de la prueba en el marco del procedimiento penal contra el Sr. Aven.

**g. Los informes encargados por el Sr. Martínez**

230. En relación con su investigación penal, el Sr. Martínez encargó: (1) un informe sobre suelos al Instituto de Innovación Nacional de Transferencia y Tecnología Agropecuaria (INTA) que se elaboró el 5 de mayo de 2011; y (2) un informe del SINAC-MINAE que abordaba la cuestión de si había humedales en el Sitio del Proyecto, informe que se elaboró el 18 de marzo de 2011 (y fue reemplazado el 18 de mayo de 2011).<sup>210</sup> Antes de examinar las conclusiones de estos informes, el Tribunal ha de tener en consideración las Políticas de Persecución de Delitos Ambientales anteriormente mencionados que en su apartado 3.3 [*Lagos, lagunas no artificiales y demás humedales*] afirma expresamente que para demostrar la existencia de humedales, debe probarse que concurren tres criterios: (1) la permeabilidad del suelo; (2) la presencia de la vegetación hidrófila; y (3) un desnivel menor o igual al 5 %.<sup>211</sup>
231. El propio Sr. Martínez admitió la naturaleza obligatoria de estos criterios en su testimonio durante la Audiencia, y lo hizo de la siguiente forma:<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> Véanse Pruebas documentales C-124, C-116 y C-117.

<sup>211</sup> Véase Prueba documental C-297, apartado 3.3.

<sup>212</sup> Transcripción en español, 974:8-22.

8                   Usted es consciente y estaba consciente en  
9 el 2011 que era obligatorio para usted, en calidad  
10 de fiscal, de asegurarse que usted pudiera probar  
11 esos tres criterios que ustedes utilizan para  
12 determinar que algo es humedal.

13                   R: Correcto, sí para esa fecha estaban, como le  
14 reitero, siguen vigentes y en ese momento se  
15 consideraba la necesidad de probar esos tres  
16 criterios. Por eso se pidió un informe técnico para  
17 esa determinación.

18                   P: Así que, si uno de esos tres criterios  
19 no se podrían probar no podría haber una  
20 investigación o ningún tipo de procesamiento en  
21 cuanto a humedales, ¿verdad?

22                   R: Sí, es correcto.

232. Como lo manifestó el Sr. Martínez en la conversación de arriba, él encargó informes técnicos específicamente con el fin de probar la concurrencia de los tres criterios obligatorios con arreglo al apartado 3.3 de los lineamientos. Esto incluía el encargo del informe del INTA para analizar si se daba la presencia del suelo necesario, como lo admitió el Sr. Martínez en la conversación que figura abajo:<sup>213</sup>

21 podemos verlo después. Pero volviendo al informe de  
22 INTA, al anexo C-124, ¿ustedes fueron (inaudible)

1 porque sabían que con el fin de determinar la existencia  
2 de un humedal uno de los  
3 elementos obligatorios ahí era que el suelo tuviera  
4 una calidad específica en esas áreas del sitio. ¿No es  
5 así?

6                   R: Correcto.

233. Hemos de concluir, sobre la base del testimonio del Sr. Martínez y los lineamientos de fiscalía que, si el informe que el Sr. Martínez encargó no puso demostrar la concurrencia de los criterios obligatorios para la existencia de

---

<sup>213</sup> Transcripción en español, 1054:21-1055:6.

humedales, y tampoco había ninguna otra prueba documental que demostrase la concurrencia de esos criterios, esto le prohibía al Sr. Martínez presentar cargos penales; sencillamente, no tenía ningún motivo para hacerlo. Precisamente, el Tribunal debería evaluar las conclusiones contenidas en los informes del INTA y del SINAC-MINAE a la luz de este trasfondo al abordar la naturaleza arbitraria de la investigación del Sr. Martínez y su decisión de presentar cargos.

234. El informe del INTA de por sí tenía que haber concluido la investigación del Sr. Martínez, en tanto que confirmó que las muestras del suelo tomadas del sitio de Las Olas *"no dan pie a que los suelos de ese tipo se cataloguen como típicos de ecosistemas de humedal"*.<sup>214</sup> Al contestar a la pregunta de por qué ignoró las conclusiones del informe del INTA, el Sr. Martínez alegó que hay que *"tener en consideración el momento histórico en el que el INTA realizó la inspección"* y *"en ese momento concreto, el sitio se había rellenado considerablemente"*.<sup>215</sup> En otras palabras, el Sr. Martínez encargó un informe a un organismo de suelos (claramente porque pensó que las conclusiones del organismo serían pertinentes para el procedimiento contra el Sr. Aven) y decidió ignorar el informe alegando que la inspección se realizó luego de que se cometiera el presunto delito. Esto suscita las preguntas obvias de por qué el Sr. Martínez encargó el informe en primer lugar, y por qué ignoró otros informes elaborados unos años antes del informe del INTA que sacó conclusiones similares en relación con la no existencia de humedales.
235. En otro intento de justificar las conclusiones del informe del INTA, el Sr. Martínez manifestó que simplemente se trataba de *"un documento más que la Fiscalía tenía que analizar como parte de la investigación"*.<sup>216</sup> A continuación, mencionó las conclusiones de Jorge Gamboa del Programa nacional de Humedales, realizadas en el Informe del SINAC-MINAE del 18 de marzo de 2011,<sup>217</sup> que citaban una fotografía de los supuestos suelos hidromórficos en el

---

<sup>214</sup> Véase Prueba documental C-124, página 8.

<sup>215</sup> Transcripción en español, 1056:11-17.

<sup>216</sup> Transcripción en español, 1055:19-21.

<sup>217</sup> Véase Prueba documental C-116.

Sitio del Proyecto. Sin embargo, en este punto el Sr. Martínez omitió mencionar (y más tarde lo admitió en contestaciones a las preguntas del Sr. Baker) que las conclusiones del Informe del SINAC-MINAE del 18 de marzo de 2011 no incluía ningún análisis de las muestras del suelo.<sup>218</sup> En lugar de eso, como lo mencionó el Sr. Martínez abajo, el Sr. Gamboa simplemente estaba presente mientras Diógenes Cubero del INTA tomo muestras del suelo; a continuación, el Dr. Cubero realizó los análisis de dichas muestras que condujeron a la conclusión de que *no* respondían a las características de suelos de humedales.<sup>219</sup>

5 COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés):  
6 ¿Y qué dispositivo técnico trajo con él el señor  
7 Gamboa a esa inspección de sitio para recolectar  
8 muestras del suelo y poder tomar esas decisiones?  
9 SEÑOR MARTÍNEZ ZÚNIGA: En ese momento que  
10 el señor Gamboa hizo la inspección nos acompañó el  
11 señor Diógenes Cubero, del INTA. En esa visita  
12 específica, la primera visita que hicimos, no se  
13 tomaron muestras. Pero posteriormente don Diógenes  
14 fue al sitio con el señor Gamboa y realizó la toma  
15 de las muestras en presencia del señor Gamboa.  
16 Entonces don Jorge estuvo presente en el momento el  
17 que se sacaron las muestras para la determinación  
18 que hizo el INTA.

236. En consecuencia, la idea del Sr. Martínez de "*ponderar*" las pruebas consistía en su decisión de basarse en una fotografía del suelo en lugar del análisis de las muestras efectivas del suelo, realizado por un organismo de suelos que figuraba en un informe de suelos que el propio Sr. Martínez había encargado. El informe del INTA habla por sí mismo; el Sr. Martínez sencillamente no pudo demostrar la concurrencia de los criterios relativos al suelo necesarios para determinar la existencia de humedales, por lo que le fue claramente imposible probar que el

---

<sup>218</sup> Transcripción en español, 1104:2-18.

<sup>219</sup> Transcripción en español, 1106:5-18.

Sr. Aven tenía la intención de causar daños a un humedal, razón por la que tenía que ser condenado por la comisión de un delito. Mantener los cargos no sirvió para ningún fin legítimo; en lugar de eso, su único efecto y objetivo fue atacar y acosar al Sr. Aven y a la inversión de las Demandantes.

237. La realidad de lo que estaba pasando tras bambalinas fue revelada por documentos como el memorando interno del MINAE del 3 de enero de 2011, documento al que se refirió la Demandada en sus declaraciones iniciales durante la Audiencia. En el referido memorando interno, figuran una serie de recomendaciones en términos de acciones a realizar contra Las Olas (la adopción de medidas cautelares, el encargo de un estudio de suelos del INTA, la interposición de una denuncia penal y así por el estilo). En esta fase, nadie les dijo nada ni a las Demandantes ni al Sr. Damjanac sobre la preparación de tales ataques; efectivamente, como los permisos de construcción fueron otorgado en una etapa tan temprana como lo fue julio y septiembre de 2010, y la SETENA (el organismo competente) habiendo autorizado el Proyecto en lo referente a las cuestiones ambientales el 1 de septiembre de 2010, las Demandantes ignoraban con total ingenuidad los ataques que pronto se perpetrarían contra el Proyecto, incluso a manos del Sr. Martínez. Como lo revela el memorando interno del 3 de enero de 2011, el hecho de que dichos ataques se estaban preparando sin que ni siquiera se le notificara a la SETENA, y contraviniendo las resoluciones jurídicamente vinculantes que la SETENA había dictado, demuestra la mala fe con la que actuaron algunos funcionarios en esta fase de la historia. Y salvo la realización de los estudios que figuraban en el memorando, el plan de acción establecido en el memorando se puso en práctica efectivamente al cabo de unos meses.

## 2. **Los cargos penales**

238. A pesar de las pruebas abrumadoras que habrían resultado en que cualquier fiscal razonable habría dejado de presentar cargos penales contra el Sr. Aven, el 21 de octubre de 2012 el Sr. Martínez presentó una formulación de cargos en la que

acusaba al Sr. Aven de (1) ordenar el drenaje y el secado de humedales que suponía el incumplimiento del artículo 98 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre; y de (2) invadir una zona de conservación que suponía el incumplimiento del artículo 58 de la Ley Forestal de Costa Rica.<sup>220</sup>

239. Como se comentó durante la Audiencia, la Ley de Conservación de la Vida Silvestre fue modificada por la adopción del artículo 1 de la Ley 8689 el 4 de diciembre de 2008. Aunque fue adoptada en diciembre de 2008, esta ley en realidad no entró en vigor hasta el 24 de junio de 2009, y no producía efectos retroactivos, de conformidad con el artículo 34 de la Constitución Costarricense<sup>221</sup> y el artículo 11 del Código Penal de Costa Rica. En consecuencia, como admitió el Sr. Martínez en su testimonio, todos los presuntos delitos anteriores al 24 de junio de 2009 serían irrelevantes a efectos de la aplicación del artículo 1 de la Ley 8689 y tendrían que analizarse al amparo de la ley anterior.<sup>222</sup> La razón por la que esto es importante radica en que el artículo 1 de la Ley 8689 presenta diferencias fundamentales con respecto a la ley anterior. Más concretamente, el delito de drenaje y relleno de un humedal conlleva la posibilidad de una pena de tres años de prisión en lugar de una mera multa de menos de 500 USD.
240. Además, con arreglo a la ley anterior, la extradición del Sr. Aven no podría solicitarse a través de una notificación roja de INTERPOL si el delito estuviera castigado tan solo con una multa. Durante la Audiencia, el Sr. Martínez alegó que no tenía nada que ver con la decisión de notificar sobre el Sr. Aven a INTERPOL, si bien admitió que si hubiera presentado cargos contra el Sr. Aven basándose en el delito inicial, para empezar INTERPOL jamás se habría visto involucrado.<sup>223</sup> Dada la importancia del cambio legislativo en diciembre de 2008 que entró en vigor en junio de 2009, era fundamental que el Sr. Martínez tuviera en consideración el momento de comisión de los presuntos delitos a la hora de

---

<sup>220</sup> Véase Prueba documental C-142.

<sup>221</sup> Transcripción en español, 1114:3-7.

<sup>222</sup> Véase Prueba documental C-307, Sección 103.

<sup>223</sup> Transcripción en español, 1063:19-1064:4.

determinar cuál sería la ley que resultaría de aplicación al Sr. Aven y para aplicar dicha ley de buena fe.

241. El Sr. Martínez no lo tuvo en consideración, en tanto que los documentos en los que fundamentó los cargos penales contra el Sr. Aven, incluido el Informe del SINAC ACOPAC-CP-003-11 del 3 de enero de 2011, afirman que el presunto drenaje y relleno de humedales en realidad tuvo lugar aproximadamente a principios de 2009.<sup>224</sup> En consecuencia, incluso si esas alegaciones fueran ciertas (lo cual no se corrobora en los autos) está claro que al menos algunas de dichas acciones no quedarían sujetas a penas de prisión. El Sr. Martínez y el abogado de la Demandada respondieron con una sugerencia de que las actividades "*se incrementaron*" a partir de 2009.<sup>225</sup> Sin embargo, las pruebas no lo corroboran en absoluto, salvo la afirmación general en los cargos penales,<sup>226</sup> y, en cualquier caso, nada indica que el Sr. Martínez haya tenido en consideración el momento en el que se cometieron las presuntas acciones. Si lo hubiera hecho, el principio de *empus regit actum* (la inaplicabilidad de una disposición legal nueva a conductas anteriores) favorecería el análisis de los presuntos actos con arreglo a la ley anterior. Además, el artículo 12 del Código Penal de Costa Rica confirma que cuando la pena de un delito se incrementa entre la comisión y la condena, se ha de aplicar al reo la pena que resulte menor.
242. Hay que señalar asimismo que hasta septiembre de 2009, con arreglo al artículo 7 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, los humedales tenían que ser creados y delimitados por un decreto ejecutivo.<sup>227</sup> En este sentido, varios procedimientos judiciales penales son particularmente pertinentes. Los únicos cuatro procedimientos que abordaron humedales antes de la resolución 14288-2009 de la Sala Constitucional del 9 de septiembre de 2009,<sup>228</sup> fueron conocidos

---

<sup>224</sup> Véase Prueba documental C-101.

<sup>225</sup> Transcripción en español, 1067:21-1068:2.

<sup>226</sup> Las pruebas en realidad corroboran la tesis contraria, en tanto que las denuncias que alegaban la invasión de humedales se basaban en los actos que presuntamente tuvieron lugar antes de abril de 2009. Véanse Pruebas documentales R-23; y R-26.

<sup>227</sup> Véase Prueba documental C-307.

<sup>228</sup> Véase Prueba documental C-308.

por los juzgados penales en 2005, 2006 y 2008, y tres de esas cuatro sentencias penales fallaron lo siguiente:

*El legislador definió las características y condiciones especiales que hay que tener en consideración para que un área silvestre concreta reúna los requisitos y sea declarada (y delimitada) como un humedal, para lo cual también podría ser pertinente contar con una asistencia técnica y profesional. También estableció que esa declaración y delimitación debe realizarse por medio de un Decreto Ejecutivo, lo cual presupone, en el caso de una propiedad privada, el proceso de expropiación o compensación previa (en casos de afectación simple).<sup>229</sup>*

243. En consecuencia, antes de septiembre de 2009 en ausencia de un decreto ejecutivo, no existían humedales para efectos de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre. Ni que decir que un fiscal penal no debería tomar en sus propias manos la creación de un humedal nuevo y a continuación presentar cargos contra una persona lega atribuyéndole una intención específica de causarle daños a dicho humedal no declarado. Sí, es exactamente eso lo que el Sr. Martínez decidió hacer en el procedimiento contra el Sr. Aven, ya que a la fecha de hoy no hay ninguna parte del sitio de Las Olas que haya sido delimitada como un humedal en virtud de un decreto ejecutivo.
244. Por lo menos, las disposiciones arriba mencionadas del derecho costarricense demuestran que el momento de comisión de los supuestos actos fue altamente pertinente para el procedimiento contra el Sr. Aven, en tanto que la pregunta de si el Sr. Aven podría en un momento dado quedar sujeto a una pena de prisión y/o una notificación roja de INTERPOL (en el caso de los hechos que, como ya se señaló, no cometió) versaba sobre el momento exacto de los hechos. En consecuencia, el Sr. Martínez tendría que haber contado con pruebas concretas de que se hubieran llevado a cabo las actividades de drenaje y relleno luego de

---

<sup>229</sup> Véase Prueba documental R-236 Resolución 2008-178 que explica la forma en la que esta tesis es congruente con los precedentes judiciales 2005-461 y 1123-2006 de diferentes Tribunales Penales de Casación y por qué el Juzgado Penal no estuvo de acuerdo con la Resolución 1209 del 15 de noviembre de 2005. La Resolución 1209 de 2009 consideró que los humedales estaban protegidos independientemente de si estaban declarados como zona de conservación de la vida silvestre, cambiando así de criterio adoptado por el Tribunal en la resolución 2005-461. Sin embargo, al cabo de unos años, el mismo Tribunal cambió de criterio en sus resoluciones 1123-2006 y 2008-178, y consideró, una vez más, que los humedales tenían que ser creados por Decreto Ejecutivo.

la fecha de entrada en vigor del artículo 1 de la Ley 8689 para proceder con la presentación de cargos más gravosos. Los autos muestran que el Sr. Martínez no contaba con tales pruebas, en tanto que las fotografías en las que se confiaron para las así llamadas actividades de drenaje y relleno, hacen referencia casi exclusivamente a las presuntas actividades que tuvieron lugar a principios de 2009,<sup>230</sup> lo cual fue antes de la fecha de entrada en vigor del artículo 1 de la Ley 8689 y antes del cambio legislativo en lo referente a decretos legislativos.

### 3. **El procedimiento penal**

245. En sus alegatos, las Demandantes ya han hablado con detalle sobre el procedimiento penal incoado contra el Sr. Aven, de modo que en lugar de reiterar cada una de las declaraciones contradictorias y nocivas realizadas por la parte acusadora y sus testigos, las Demandantes invitan al Tribunal a que consulte el apartado 188 a 201 del Memorial de las Demandantes, apartados 330 a 334 de la Réplica de las Demandantes, Primera y Segunda Declaración Testimonial de David Aven y Néstor Morera Víquez y la Transcripción del Procedimiento Penal elaborado con la Réplica de las Demandantes.

### 4. **La negativa poco razonable del fiscal Martínez a aceptar el aplazamiento del juicio del Sr. Aven hasta que el juez principal se reincorporara de su licencia médica programada.**

246. En sus alegatos, las Demandantes ya han hablado con detalle sobre las carencias del procedimiento penal incoado por la fiscalía contra el Sr. Aven, y sobre el nefasto testimonio protagonizado por la fiscalía en el transcurso del juicio.<sup>231</sup> Por lo tanto, no ha de sorprendernos que al final del juicio penal el Sr. Martínez estuvo buscando una especie de estrategia que pudiera permitirle reparar el daño infligido a su causa por sus propios testigos. Los medios con los que optó por hacerlo consistían en explotar la así llamada "*regla de diez días*", una vez Jorge

---

<sup>230</sup> Véase Prueba documental C-101.

<sup>231</sup> Véase Memorial de las Demandantes, apartados 188-201; Memorial de Réplica de las Demandantes, apartados 330-34; y Transcripción del Procedimiento Penal con la Réplica de las Demandantes.

Solís manifestara que no estaría presente en el juicio debido a una urgencia médica. Puesto que esa ausencia prolongaría la interrupción del juicio por más de diez días, con arreglo al derecho costarricense sería posible suspender el juicio y volver a iniciar el procedimiento, sin tener en consideración el juicio anterior en su integridad.<sup>232</sup>

247. Hay que señalar por supuesto que era "*posible*" suspender el juicio, pero no cabe duda de que no era necesario hacerlo. Las partes tenía derecho a renunciar a la regla de diez días y a esperar a que el juez Solís estuviera listo para reincorporarse para que el juicio se pudiera reanudar.<sup>233</sup> Efectivamente, el abogado del Sr. Aven ofreció celebrar tal acuerdo con el Sr. Martínez, pero este último se negó. Al hacerlo, invocó una jurisprudencia obsoleta y malinterpretada y trató de poner en tela de juicio la aplicabilidad de dicho acuerdo.<sup>234</sup> Se trata de una decisión táctica poco transparente de seguir por el mismo camino inquebrantable de señalar al Sr. Aven a pesar de las pruebas abrumadoras que demostraban que no se había cometido ningún delito. La finalidad de la regla de diez días consiste en proteger al reo; por lo que no debe usarse por un fiscal como una herramienta para corregir errores y obtener un nuevo juicio o para prolongar el procesamiento de alguien contra quien no existen pruebas suficientes.

5. **Solicitar extradición y utilizar la lista de notificación roja de INTERPOL para un juicio que tenía que haber sido por una infracción que no queda sujeta a extradición.**

248. Como se explicó en la Sección XI, B, el 21 de octubre de 2011 el Sr. Martínez presentó cargos penales contra el Sr. Aven por el incumplimiento del artículo 98 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre por drenar y rellenar un humedal.<sup>235</sup> La Ley de Conservación de la Vida Silvestre fue modificada el 4 de diciembre de 2008 con la adopción del artículo 1 de la Ley 8689 que entró en

---

<sup>232</sup> Véase Prueba documental C-13, Sección 336, Código Penal de Costa Rica.

<sup>233</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Néstor Morera, apartado 37.

<sup>234</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Néstor Morera, apartados 37-43.

<sup>235</sup> Véase Prueba documental C-142, cargos penales presentados contra David Aven y Jovan Damjanac, 21 de octubre de 2011.

vigor el 24 de junio de 2009. La modificación no permitía efectos retroactivos. El efecto que la modificación produjo consistía en que el delito que se le imputaba al Sr. Aven se castigaba con una posible pena de prisión de hasta tres años, en comparación con el delito anterior que solo podría resultar en una multa.

249. Las Demandantes ya han demostrado que ni el Sr. Martínez ni la Demandada pueden probar que en territorio de la propiedad de Las Olas en el período que nos ocupa siquiera existía un humedal, y mucho menos que el Sr. Aven intentó causarle daños a un humedal. Sin embargo, incluso se aceptáramos esas dos tesis imposibles, sigue siendo cierto que las supuestas actividades de "*drenaje y relleno*" (actividades que las Demandantes niegan) invocadas por el Sr. Martínez tuvieron lugar antes de la fecha de entrada en vigor del artículo 1 de la Ley 8689.
250. Efectivamente, las fotografías utilizadas por el Sr. Martínez que reflejaban el supuesto "*daño*" infligido a los supuestos humedales datan de marzo de 2009,<sup>236</sup> y aunque la Demandada alega que dichas actividades continuaron en 2010 y 2011, las pruebas de esa "*continuación*" son deficientes y no justifican la presentación de cargos contra el Sr. Aven por un delito que potencialmente conlleva una pena de prisión y una notificación roja de INTERPOL. Efectivamente, como reconoció el Sr. Martínez durante la Audiencia,<sup>237</sup> si hubiera presentado cargos contra el Sr. Aven por un delito menor, como tenía que haber hecho, INTERPOL nunca se habría visto involucrado en el procedimiento contra el Sr. Aven, puesto que el delito no quedaba sujeto claramente a una extradición. Como sabe el Tribunal, más tarde INTERPOL retiró la notificación roja alegando que el delito de cuya comisión se le acusaba el Sr. Aven no era lo suficientemente grave para cumplir con los criterios de INTERPOL. Sin embargo, esta decisión llegaba tarde, puesto que el Sr. Aven ya había sufrido tanto los daños en lo emocional como los que afectaron a su

---

<sup>236</sup> Véase Prueba documental C-101, Informe de Inspección del SINAC, 3 de enero de 2011.

<sup>237</sup> Transcripción en español, 1063:19-1064:4.

reputación a resultas de ser retratado pública y erróneamente como una especie de fugitivo internacional.

## VII. EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA DEMANDADA DEL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS

251. En el Memorial, las Demandantes explicaron la forma en la que tanto el estándar de la protección y seguridad plenas como el de trato justo y equitativo están reconocidos como estándares vinculantes al amparo del derecho internacional consuetudinario y ejecutables en virtud de los artículos 10.5 y 10.16 del DR-CAFTA.<sup>238</sup> También hicieron hincapié en el papel tradicional del estándar de la protección y seguridad como un estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario de tratamiento de los extranjeros, en el sentido de cómo la doctrina tradicional de denegación de justicia no limitaba el establecimiento de responsabilidad del Estado a las resoluciones judiciales, y que tampoco exigía que el extranjero perjudicado apelara ante la poder Judicial de un Estado la decisión determinante adoptada por los poderes Ejecutivo o Legislativo del Estado antes de elevarla al ámbito internacional para su resolución.<sup>239</sup>
252. En su Memorial de Réplica, las Demandantes señalaron que la Demandada no impugnó su argumento de que la omisión por parte de un Estado anfitrión para *"investigar o castigar adecuadamente los reclamos legítimos presentados por un inversor extranjero sobre la corrupción"* sería constitutivo de un incumplimiento de la obligación de diligencia debida para brindar *"protección y seguridad"* con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Añadieron que la decisión del fiscal Martínez de saltarse los estándares mínimos al negarse a realizar una investigación de buena fe de unos cargos legítimos por corrupción

---

<sup>238</sup> Véase: Memorial de las Demandantes, en apartados 268-270 y nota 278.

<sup>239</sup> Véase Memorial de las Demandantes, en apartados 315-317 & 342-343, y nota 337, citando a Todd Weiler, La Interpretación del Derecho Internacional de Inversiones (OUP: 2013) en 257-259. En este sentido, la regla de agotamiento de los recursos locales era tratada como un posible impedimento procesal para la admisión del reclamo del extranjero perjudicado, no como un elemento de la infracción sustantiva de la que emanaba la responsabilidad del Estado.

presentados contra el Sr. Bogantes fue un ejemplo de incumplimiento de dicho estándar mínimo de protección.<sup>240</sup>

**A. El aparente desconocimiento por parte de la Demandada de sus obligaciones de protección y seguridad con arreglo al derecho internacional consuetudinario**

253. Por lo tanto, la Demandada claramente era consciente de sus obligaciones derivadas del derecho internacional consuetudinario consistentes en brindar a las Demandantes, en todo momento, la protección y seguridad plena, y sin embargo más ejemplos de su aparente desconocimiento o incomprensión de lo que significa dicho estándar a efectos de su conducta se pusieron de relieve durante la Audiencia. Efectivamente, la Demandada avanzó argumentos orales de que, mientras no han de probar un incumplimiento en sí del estándar de protección y seguridad recogido en el artículo 10.5, dichos argumentos no podrían en ningún caso coonestarse con la obligación, y, en consecuencia, no podrían servir al objetivo para el cual aparentemente fueron concebidos.
254. Por ejemplo, durante la Audiencia el abogado de la Demandada reflexionó en voz alta sobre el motivo por el que el Sr. Aven no habría podido simplemente contratar a su propio personal de seguridad para la visita de regreso al país para comparecer en el segundo juicio penal, juicio para cuya celebración el fiscal Martínez había manipulado el sistema, lo que incluye presentar cargos contra el Sr. Aven al amparo de una ley errónea para así asegurar la perspectiva de su potencial encarcelamiento si era condenado.<sup>241</sup>
255. El propio hecho de que la Demandada hubiera denegado la solicitud razonable del abogado costarricense del Sr. Aven de brindarle protección fue sencillamente incongruente con sus obligaciones de protección y seguridad en dichas circunstancias, si bien el Tribunal no necesita encontrar incumplimiento.<sup>242</sup> Sencillamente ha de reconocer que la Demandada no puede invocar la estrategia

---

<sup>240</sup> Véase Memorial de Réplica de las Demandantes, en apartados 370-371.

<sup>241</sup> Transcripción en español, 715:20-21.

<sup>242</sup> Transcripción en español, 826:10-829:19.

de defensa consistente en que si el Sr. Aven hubiera regresado al país para comparecer en el segundo juicio, las inversiones de las Demandantes habrían podido continuar como por arte de magia. Dicha estrategia de defensa se basa en la premisa de que la Demandada no tenía ninguna obligación, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, de brindar la protección y seguridad al Sr. Aven, sobre todo dadas las circunstancias en las que clarísimamente no investigó otros delitos cometidos en su territorio contra el Sr. Aven, como se explica a continuación.

**B. La negativa de la Demandada de cooperar con el Sr. Aven para permitirle regresar al país y comparecer en un nuevo juicio**

256. Luego del juicio penal, el Sr. Aven recibió una serie de llamadas telefónicas y mensajes de correo electrónico anónimos que contenían amenazas contra él y peticiones para que abandonara Costa Rica. Dichas amenazas están perfectamente documentadas y figuran entre las pruebas de las Demandantes que fueron presentadas. No ha de sorprendernos que el Sr. Aven efectivamente temía por su seguridad cuando recibió amenazas como las que figuran en el siguiente correo electrónico de "Rubén Jiménez" que rezaba así: *"Sr. David Aven: veo que no le ha ido bien en su debate. No crea que el próximo salga mejor. Un buen consejo sería que se fuera de regreso a su país mientras todavía puede. A los gringos avariciosos que siempre causan problemas por aquí les ocurren cosas malas; ¡váyase a su casa ya!"*.<sup>243</sup>

257. Se demostró que el temor del Sr. Aven por su propia seguridad estaba perfectamente justificado, dados los sucesos del 15 de abril de 2013. El Sr. Shiolen y el Sr. Aven estaban regresando del juzgado de Quepos a San José cuando un motorista aceleró al lado del auto del Sr. Aven, disparó cinco veces con un arma de fuego contra el auto y se dio a la fuga.<sup>244</sup> Los disparos rompieron varios cristales y dejaron el auto con múltiples orificios de bala, si bien

---

<sup>243</sup> Véase Prueba documental C-159, mensaje de correo electrónico que contiene amenazas de Rubén Jiménez a David Aven, 2 de febrero de 2013.

<sup>244</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de David Aven, apartados 232-33.

milagrosamente ni el Sr. Aven ni el Sr. Shioleno sufrieron heridas graves. Dicho lo cual, los dos estaban altamente contrariados por el incidente que confirmó y agravó sus preocupaciones en lo referente a su seguridad en Costa Rica y les hizo temer por sus propias vidas. A la luz de las reiteradas amenazas, las declaraciones para que abandonara Costa Rica y la tentativa de asesinato, la única opción que le quedaba al Sr. Aven para proteger su integridad física fue volver a los Estados Unidos.

258. Sin embargo, antes de hacerlo, presentó una denuncia en la policía de San José en relación con el tiroteo que incluye una declaración jurada y una descripción detallada de los hechos.<sup>245</sup> La Demandada alega que investigó el incidente de tiroteo, si bien el expediente policial obtenido por el Sr. Ventura muestra lo contrario.<sup>246</sup>
259. El Sr. Aven se fue de Costa Rica en mayo de 2013, como lo haría cualquier persona razonable. En ese momento, su segundo juicio penal seguía pendiente, y a pesar del hecho de que estaría arriesgando su vida si volvía a Costa Rica, el Sr. Aven estaba dispuesto a comparecer en su juicio siempre que se adoptaran las medidas de seguridad pertinentes. Como se indica en el testimonio del Sr. Aven, la Demandada no se comunicó con él en absoluto sobre este asunto ni tuvo en consideración la condición médica grave que impidió al Sr. Aven viajar de los Estados Unidos para comparecer en su segundo juicio.<sup>247</sup> En lugar de eso, la Demandada notificó a INTERPOL la ausencia del Sr. Aven, lo cual, como se señaló anteriormente, condujo a una emisión totalmente indebida de la notificación roja.

---

<sup>245</sup> Véase Prueba documental C-162, Informe policial sobre el tiroteo, 15 de abril de 2013.

<sup>246</sup> Véase Prueba documental C-162, Informe policial sobre el tiroteo, 15 de abril de 2013.

<sup>247</sup> Véase Transcripción en español, 826:17-828:14.



1 ha sido en Estados Unidos. No tengo negocios en  
2 Italia, no tengo cuentas bancarias, no soy  
3 propietario ahí, no voto en ese país, no  
4 correspondo con nadie ahí. Hace diez años que no he  
5 ido a Italia y en total en mi vida habré viajado 5  
6 veces a Italia. Mi residencia dominante no hay duda  
7 alguna es en los Estados Unidos. Nací en New Castle,  
8 Pensilvania. Me recibí en el colegio ahí, me recibí  
9 de la universidad Valley en 1964 y he vivido y  
10 trabajado en los Estados Unidos toda mi vida, salvo  
11 el período en que residí en Costa Rica.

263. Sin embargo, la Demandada ha hecho declaraciones infundadas con respecto a la doble nacionalidad del Sr. Aven. La Demandada ha impugnado la competencia del Tribunal en razón de la persona, entre otras cosas, al afirmar erróneamente en su Dúplica que el Sr. Aven nació en Italia:

*Por lo tanto, aceptar los reclamos del Sr. Aven como ciudadano de los EE. UU. tendría el efecto de brindarle protección "gratuita", ya que Italia (su lugar de nacimiento y, en tal sentido, aquel con el que mantiene un "vínculo genuino") no tiene que ofrecer los mismos estándares de protección a otros inversores en Costa Rica.*<sup>250</sup>

264. La afirmación falsa de que el Sr. Aven nació en Italia sigue la estrategia de defensa de la Demandada, a saber, pasar por alto los hechos de este caso en sus ataques personales contra las Demandantes. Durante la audiencia, cuando debió exponer argumentos para sostener esta afirmación falsa, la Demandada se vio obligada a renunciar a su postura de que el Sr. Aven había nacido en Italia:

[...] tiene doble nacionalidad. Nos gustaría corregir el expediente. Cometimos un error cuando sugerimos que el Sr. Aven nació en Italia. Reconocemos que nació en los Estados Unidos. Eso fue un error de nuestra parte.<sup>251</sup>

---

<sup>250</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 153.

<sup>251</sup> Transcripción en inglés, 187:17:-21. Las partes acordaron diferir el Día 1 de la transcripción en español a la transcripción en inglés.

265. A pesar de sus errores, la Demandada ha persistido en su afirmación irresponsable de que el Sr. Aven no puede ser un "*inversor de una Parte*" que pueda ampararse en la protección que brinda el DR-CAFTA, y para eso se ha valido de unos pocos documentos en los cuales el Sr. Aven optó por usar su nacionalidad italiana en Costa Rica. Desafortunadamente para la Demandada, unos pocos ejemplos de documentos en los cuales el Sr. Aven aparece como ciudadano italiano no pueden sostener su objeción en materia de competencia.
266. Sin tomar en cuenta el hecho de que el Sr. Aven no tiene ningún tipo de vinculación, negocio, bienes o cuentas bancarias en Italia, nunca ha vivido en Italia, ha visitado ese país en contadas ocasiones durante toda su vida, y siempre ha residido en los Estados Unidos (a excepción de un período en el cual vivió en Costa Rica), en varias ocasiones el Sr. Aven ha actuado ante las autoridades costarricenses como ciudadano de los EE. UU.,<sup>252</sup> por ejemplo en su función como representante de La Canícula. Durante la audiencia, el Sr. Aven enfatizó este punto en su respuesta a las preguntas del Tribunal:

9 COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés):  
10 Señor Aven: la primera pregunta se relaciona con  
11 ciudadanía. Se han hecho alegatos de que usted en  
12 sus tratos comerciales en Costa Rica se hizo pasar  
13 por ciudadano italiano. ¿Podría usted comentar al  
14 respecto por favor?  
15 SEÑOR AVEN (Interpretado del inglés): Yo  
16 creo que si usted mira muchas veces he dicho que soy  
17 ciudadano estadounidense, y si ve los primeros  
18 documentos que utilizamos al inicio de la compra en  
19 2002 me identifica claramente como ciudadano  
20 estadounidense.

[...]

---

<sup>252</sup> Véanse Pruebas documentales C-3, C-278, C-256 y C-246.

12 COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés):  
13 Entonces, estando usted aquí ante nosotros hoy,  
14 ¿recuerda alguna vez haber expresado en las  
15 transacciones en Costa Rica de que era un ciudadano  
16 italiano?  
17 SEÑOR AVEN (Interpretado del inglés): Sí,  
18 recuerdo haberlo hecho, y lo hice como una opción.  
19 Tenía un pasaporte italiano y en varias  
20 oportunidades lo hice. Pero para el proyecto  
21 fundamentalmente me presenté como ciudadano  
22 estadounidense.

253

267. Además, un análisis de la VA de 2004 para el proyecto Villas La Canícula demuestra que la entidad reguladora de la Demandada, laSETENA, estaba al tanto de que “*los desarrolladores estaban reuniendo los fondos en cuestión [para el Depósito de Garantía Ambiental] en los Estados Unidos*”.<sup>254</sup> Habida cuenta de que el Sr. Aven y los demás Demandantes han demostrado afirmativamente que son “*inversor[es] de una Parte*”, dentro del significado del DR-CAFTA e independientemente de la prueba que se aplique, la objeción de la Demandada ha de desestimarse.

**B. Las alegaciones *post-hoc* de la Demandada sobre ilegalidades se basan en interpretaciones incorrectas de los hechos y la ley de CR**

268. Tal como se analizó anteriormente, la recargada teoría de la Demandada con respecto a la admisibilidad (es decir, que corresponde a las Demandantes demostrar la falsedad de todas las acusaciones de incumplimiento de la Demandada debido a que los reclamos de esta se relacionan con prerrogativas de políticas ambientales) carece absolutamente de fundamentos en el DR-CAFTA o en el derecho internacional consuetudinario.

---

<sup>253</sup> Transcripción en español, 831:9-19-832:12-22.

<sup>254</sup> Véase Prueba documental R-9.

269. En primer lugar, y en lo referente al texto expreso del DR-CAFTA, el artículo 10.22 del DR-CAFTA establece que esta controversia se rige por los términos expresos del DR-CAFTA y por “*las normas aplicables del derecho internacional*”. Nadie pone en duda que el DR-CAFTA no incluye disposiciones sobre “*manos sucias*”. Por lo tanto, la Demandada presenta este novedoso requisito de “*cumplimiento post-hoc*” haciendo referencia al Capítulo 17 del DR-CAFTA y a cuatro autoridades inapropiadas.<sup>255</sup> Tal es *el único fundamento* que brinda la Demandada al argumentar que existe un principio del derecho internacional consuetudinario que exige que los inversores demuestren afirmativamente la falsedad de las alegaciones de un Estado anfitrión *años* después de los hechos en cuestión.
270. Ninguna de las autoridades a las que hace referencia la Demandada respalda esta interpretación. Por consiguiente, la Demandada no ha logrado demostrar que exista ningún fundamento en el derecho internacional consuetudinario que sustente la defensa que aduce.
271. A pesar de que la teoría de una “*serie de ilegalidades*” no tiene lugar en este arbitraje, las Demandantes, con el objetivo de presentar la totalidad de sus argumentos, se abocarán a responder a las alegaciones infundadas de la Demandada. Para despejar dudas, cabe destacar que el hecho de que la Demandante pase a presentar sus argumentos contra dichas afirmaciones infundadas no debería considerarse como una admisión con respecto a la validez de los argumentos de derecho de la Demandada, ya que las alegaciones en cuestión no tienen *ninguna* relación con esta controversia derivada del Tratado. Tal como se demostrará a continuación, a los efectos de proteger la reputación de las Demandantes (y la de sus testigos) de ataques infundados y para que quede claro en el expediente, la defensa de una “*serie de ilegalidades*” que esgrime la

---

<sup>255</sup> *Inceysa c. El Salvador* (RLA-11), *Plama c. Bulgaria* Caso CIADI nro. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, ¶143. (RLA-12), *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. c. Myanmar*, ASEAN I.D. Caso nro. ARB/01/1, Laudo, 31 de marzo de 2003, ¶58 (RLA-13), *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de las Filipinas [II]*, caso CIADI nro. ARB/11/12, Laudo, 10 de diciembre de 2014, ¶332 (RLA-14).

Demandada fracasa no solo en los hechos, sino también como cuestión de derecho de Costa Rica y de derecho internacional.

1. **La regla del 51 % de titularidad**

272. La Demandada ha intentado defender sus propios incumplimientos con respecto al DR-CAFTA, entre otras cosas, al acusar a las Demandantes de haber contravenido la “**regla del 51 %**”. Esta alegación *post-hoc* de haber incumplido con la regla del 51 % (la cual se presenta aproximadamente 15 años después de los hechos) no puede determinarse en un arbitraje internacional, ni mucho menos aducirse como defensa o como un obstáculo a la presentación de un reclamo al amparo del DR-CAFTA.
273. Antes de abocarse a los fundamentos de la alegación de la Demandada, cabe destacar que esta acusación se relaciona únicamente con una porción pequeña del sitio del Proyecto Las Olas (la Concesión). En tales circunstancias, si fuera el caso que la adquisición de la Concesión por parte de las Demandantes fue ilícita (una noción que se rechaza), el efecto total en los reclamos de las Demandantes sería mínimo.
274. Pasando ahora a los fundamentos de los argumentos de la Demandada, existen tres motivos principales por las cuales este Tribunal debería rechazar de plano la tardía objeción de “*admisibilidad*” de la Demandada relacionada con el presunto incumplimiento con la regla del 51 %: (1) este tribunal arbitral no es el foro apropiado en el cual decidir su alegación *post-hoc* de incumplimiento con la regla del 51 %; (2) la única manera de determinar un incumplimiento con la regla del 51 % es interponer un procedimiento en Costa Rica para solicitar la *nulidad* de la adjudicación de la Concesión, algo que las entidades regulatorias de la Demandada nunca han hecho; (3) como cuestión de hecho, una hipotética impugnación contra la Concesión al amparo de las leyes nacionales, basada en una alegación infundada de un hecho de incumplimiento ocurrido hace 15 años, fracasaría.

275. En vista de que las Demandantes ya han presentado sus argumentos con respecto a la primera cuestión (a saber, que no corresponde presentar ante este Tribunal la objeción de admisibilidad de la Demandada), las Demandantes pasan a exponer los motivos por los cuales los argumentos de la Demandada fracasan, aun si este tribunal considerara su objeción.

**a. La Demandada nunca inició ningún procedimiento en Costa Rica para cancelar la Concesión.**

276. La Demandada ha interpretado incorrectamente la regla del 51 % desde el punto de vista del derecho de Costa Rica y en la práctica. La regla de 51 %, como parte de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre (ZMT), está sujeta a leyes y procedimientos que la Demandada ha aplicado de forma selectiva.

277. Las Demandantes reconocen que el artículo 53 de la Ley ZMT dispone que las concesiones podrían ser canceladas por la Municipalidad o por el Instituto Costarricense de Turismo de Costa Rica ("ICT") si se producen infracciones a las disposiciones de la Ley ZMT o las leyes vigentes al momento en que se otorgó la concesión. Sin embargo, las Demandantes rechazan de plano la afirmación de la Demandada de que sus intereses económicos en la Concesión son nulos.<sup>256</sup>

278. Al igual que otros actos administrativos que otorgan derechos y tienen consecuencias sobre terceros, los privados o los organismos gubernamentales que procuren que se declare la nulidad de una concesión deben ajustarse a determinados procedimientos. En este caso, el artículo 80 del Reglamento a la Ley ZMT establece que la única manera de declarar la nulidad de una concesión es seguir un procedimiento administrativo formal que se ajuste a las normas del debido proceso y a las formalidades aprobadas por la LGAP.<sup>257</sup> Durante su conainterrogatorio, el Dr. Jurado reconoció explícitamente este requisito:

---

<sup>256</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartados 188-189.

<sup>257</sup> Véase Sección 80 del Reglamento de la Ley ZMT.

19 P: Sí, es lo que estaba haciendo. Sí.  
20 Última pregunta. Si se va a revocar una concesión,  
21 esto lo tendrían que hacer a través de un  
22 procedimiento respetando el debido proceso.  
  
1 ¿Correcto?  
2 R: Sí, señor. 258

279. Dista mucho de ser suficiente que la Demandada se limite a *alegar* que se produjo un incumplimiento con la regla de 51 %, y de esa forma afirmar que los intereses económicos de las Demandantes en la Concesión son nulos, sin primero procurar la revocación de la Concesión mediante un procedimiento oficial “*que respete el derecho al debido proceso*” (en palabras del Dr. Jurado). La Demandada pasa por alto este requisito fundamental de la ley en su desesperación por presentar su tardía objeción a la competencia del Tribunal, tal como las Demandantes analizan con mayor detalle en otras secciones de este Escrito posterior a la audiencia en respuesta a las Preguntas de cierre del Tribunal.
280. Si bien no es la primera vez que se presentan recursos (que no han prosperado) ante el Departamento ZMT para revocar la Concesión de las Demandantes (a saber, un recurso erróneo presentado en noviembre de 2013 por el Sr. Fernando Morales Azofeifa (a instancias del Sr. Bucelato) al cual ni la Municipalidad ni el Departamento ZMT hicieron lugar)<sup>259</sup> la Demandada reconoce que ninguno de *sus* organismos alguna vez presentó algún recurso contra la Concesión adjudicada a las Demandantes al amparo de la regla del 51 %. De hecho, en su Dúplica la Demandada reconoce expresamente que “*no corresponde al [...] Tribunal declarar la nulidad de esta transacción, sino a los tribunales nacionales de la Demandada, los cuales deben iniciar los procedimientos*

---

<sup>258</sup> Transcripción en español, 1177:19-1178:2.

<sup>259</sup> Véase Prueba documental R-310 (Denuncia presentado por el Sr. Fernando Morales Azofeifa para revocar la concesión); R-315 (Resolución de la Municipalidad (SM-2013-748) que ratifica la Concesión de las Demandantes, enviada al Sr. Morales).

*pertinentes*".<sup>260</sup> Tal circunstancia asesta un golpe de muerte a la infundada alegación *post-hoc* de la Demandada de que las Demandantes infringieron la regla del 51 %, habida cuenta de que, de conformidad con el derecho de Costa Rica, nunca se dictó una sentencia contra las Demandantes a los efectos de que hubieran actuado de forma ilícita con respecto a la Concesión.

**b. Un recurso hipotético contra la Concesión al amparo de la regla de 51 % en la jurisdicción apropiada en Costa Rica fracasaría.**

281. Además, no sorprende que la Demandada no planteara ningún problema con respecto al presunto incumplimiento de las Demandantes con la regla de 51 % hasta que le convino hacerlo como defensa en este arbitraje. Es probable que la Demandada no haya podido plantear esta cuestión (de la misma manera que tampoco la ha planteado en sus tribunales nacionales) por tres motivos principales: (1) cualquier recurso hipotético interpuesto hoy probablemente fuera desestimado por haber vencido el plazo de prescripción; (2) tal como las Demandantes han establecido en presentaciones anteriores, cualquier impugnación fracasaría debido a que ellas sí han cumplido con la regla de 51 % (3) en cualquier caso, el expediente sugiere que es poco probable que las autoridades costarricenses interpongan una acción para hacer cumplir la regla de 51 %.

**c. La hipotética impugnación de la Demandada probablemente se consideraría “prescrita” o “resuelta” según el derecho costarricense.**

282. En la Dúplica, la Demandada basa sus alegaciones de incumplimiento en la adquisición de acciones en La Canícula por parte del Sr. Aven el 30 de abril de 2002.<sup>261</sup> Por lo tanto, han pasado casi 15 años desde que ocurrieron las acciones

---

<sup>260</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 197.

<sup>261</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 192. La Demandada afirmó que esta adquisición tuvo lugar el 1 de abril de 2002, pero el Sr. Aven posteriormente corrigió su declaración testimonial para aclarar que había ocurrido el 30 de abril de 2002. Véase Transcripción en español, 756:22-758:22. Esto también quedó reflejado en la Apertura de las Demandantes. Véase transcripción en inglés, 148:7-149:16 (las Partes acordaron diferir la transcripción del Día 1 en español a la transcripción en inglés) ; véase Prueba documental C-8, comparar con Prueba documental C-237.

que la Demandada alega que equivalen a un incumplimiento con la Regla de 51%.

283. La Ley ZMT no establece un plazo de prescripción específico para las acciones que procuren la revocación de una concesión, pero tal como ya se mencionó, el artículo 80 del Reglamento a la Ley ZMT establece que para revocar una concesión es necesario un proceso administrativo formal que se ajuste a las formalidades que establece la LGAP. El plazo de prescripción general aplicable a acciones interpuestas según la LGAP es de *cuatro años*, tal como lo estipula el artículo 198 de la citada ley. En ausencia de un plazo de prescripción específico en la Ley ZMT o en su Reglamento, corresponde aplicar el plazo de prescripción que establece la LGAP.<sup>262</sup>
284. En consecuencia, el momento de presentar reclamos pasó hace mucho. Si bien el Dr. Jurado no recordaba exactamente a cuánto se extendía el plazo de prescripción para revocar una concesión otorgada según la ZMT, durante su conainterrogatorio admitió que “*debería haber uno*”.<sup>263</sup>
285. Consciente de lo absurdo de su posición, la misma Demandada reconoció en la Dúplica que las Demandantes podrían presentar el obvio argumento de que “*se le impide a la Demandada plantear esta objeción porque [...] [n]inguno de sus organismos la había planteado con anterioridad; ningún juzgado nacional ha declarado la ilegalidad de las transacciones mediante las cuales las Demandantes adquirieron sus derechos en la Concesión*”.<sup>264</sup> Si bien la Demandada no menciona la obvia cuestión del plazo de prescripción, el cual impide presentar este reclamo “*hipotético*”, argumenta que “*las Demandantes nunca informaron a las autoridades costarricenses de estas transacciones ilegales, y no había manera posible de que los organismos costarricenses pudieran haber tenido conocimiento de estas transacciones sin que las*

---

<sup>262</sup> Aun si correspondiera aplicar el plazo de prescripción de cuatro años en este caso (extremo que se rechaza), no existe *ninguna* ley costarricense que establezca un plazo de prescripción que supere los *diez años*. Véase artículo 868 del Código Civil. Ese plazo también venció hace mucho tiempo.

<sup>263</sup> Transcripción en español, 1175:5.

<sup>264</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartados 193-197.

*Demandantes las notificaran*".<sup>265</sup> Este argumento es extremadamente descabellado, aun para la Demandada.

286. Sin analizar con demasiada exhaustividad la noción de un procedimiento hipotético que pudiera haberse interpuesto en Costa Rica, el Tribunal debería rechazar de plano este argumento habida cuenta de que (1) no existe ningún fundamento que respalde la afirmación de la Demandada de que no le habría sido posible enterarse de la estructura de titularidad y acuerdos fiduciarios de La Canícula si sus organismos hubieran llevado adelante *tareas básicas de debida diligencia y monitoreo*; (2) los documentos disponibles demuestran que la Municipalidad de Parrita supo todo el tiempo que el Sr. Aven representaba a La Canícula en calidad de propietario; y (3) la Demandada no ha podido demostrar que exista algún principio en el derecho costarricense que obre la suspensión de la prescripción (*equitable tolling*)<sup>266</sup>, ni ningún principio que suspenda el transcurso de dicho plazo. En este sentido, la especulación del Dr. Jurado durante la Audiencia con respecto de la procedencia de una impugnación hipotética que pudiera presentarse hoy contra la Concesión es inaceptable. El Dr. Jurado expresó la opinión de que en este momento, cuando ya han pasado años, podría interponerse una acción para revocar la Concesión por motivo de incumplimiento con la Regla del 51 %, aun si posteriormente se tomaron medidas para que la estructura accionaria se ajustara a la mencionada regla. Sin embargo, el Dr. Jurado admitió que él carecía de "*autoridad legal para ofrecer*" esa proposición, y que era solo su "*opinión personal*".<sup>267</sup>

---

<sup>265</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 194.

<sup>266</sup> Este es un principio del derecho de equidad que se ha invocado (en la mayoría de los casos sin éxito) en los Estados Unidos, en virtud del cual se afirma que la parte actora, aun haciendo la debida diligencia, no podría haber tomado conocimiento sobre el acto ilícito hasta después del vencimiento del plazo de prescripción. En los Estados Unidos, este principio no puede aplicarse en ningún caso en el cual la parte que lo invoque no haya llevado adelante la debida diligencia necesaria para proteger sus derechos legales. *Irwin c. Departamento de Asuntos para Veteranos*, 498 U.S. 89, 96 (1990). La Demandada no ha presentado ninguna prueba que demuestre que este principio (ni ninguno similar) sea de aplicación conforme a la ley costarricense o al derecho internacional.

<sup>267</sup> Véase Transcripción en español, 1177:14 Además, el Dr. Jurado no mencionó en ningún momento el plazo de prescripción aplicable, excepto cuando dijo que "*debería haber uno*". Véase Transcripción en español, 1175:5.

**d. Las Demandantes cumplieron con la Regla del 51 % y ninguna de las transacciones a las que objeta la Demandada fue “ilegal”.**

287. La objeción a la competencia que la Demandada expone en el párrafo 192 de la Dúplica puede resumirse de la siguiente manera: *“El Sr. Aven adquirió ‘la totalidad de las acciones de La Canícula de su único accionista, el Sr. Monge’. En virtud del Artículo 47 de la Ley sobre la ZMT y la jurisprudencia en materia constitucional, la adquisición por parte del Sr. Aven de la totalidad de las acciones en La Canícula el día 1 de abril de 2002 es nula de pleno derecho, y, por lo tanto, las Demandantes no tienen ningún derecho en La Canícula ni en la Concesión”*.
288. El Sr. Aven corrigió su testimonio en la audiencia para aclarar que el acuerdo SPA entre él y el Sr. Monge se formalizó el 30 de abril de 2002.<sup>268</sup> El SPA se formalizó al mismo tiempo que el Acuerdo de Fideicomiso, también otorgado el 30 de abril de 2002.<sup>269</sup> Debido a un error, el Acuerdo de Fideicomiso decía que había sido otorgado *“en abril de 2002”*, sin especificar la fecha, y erróneamente el Sr. Aven supuso en su Segunda declaración testimonial (al igual que las Demandantes en su Memorial de Réplica) que el SPA había sido otorgado el 1 de abril de 2002.
289. Al analizar el asunto con mayor profundidad, queda claro que ambos documentos fueron otorgados de manera simultánea, y que los acuerdos se refieren el uno al otro.<sup>270</sup> Cabe destacar que el SPA se refiere específicamente al *“Acuerdo de Fideicomiso firmado en esta fecha”*.<sup>271</sup> El abogado de las

---

<sup>268</sup> Transcripción en español, 753:5-7 and 758:6-8.

<sup>269</sup> Véanse Prueba documental C-8 (SPA); y Prueba documental C-237 (Acuerdo de Fideicomiso).

<sup>270</sup> Véanse Pruebas documentales C-8 y C-237. La página 12 del SPA [C-8] se refiere al Acuerdo de Fideicomiso del 30 de abril de 2002 [C-237] en tiempo pasado, al decir: *“las partes han suscrito un Fideicomiso de Garantía.”*

<sup>271</sup> Véase Prueba documental C-8, pp. 13-14. La cuarta cláusula del SPA se refiere específicamente al *“acuerdo de fideicomiso firmado en esta fecha por el COMPRADOR, en calidad de Fideicomitente, y el BANCO CUSCATLAN DE COSTA RICA S.A, como Fiduciario, y los VENEDORES como Fideicomisarios, cuya copia, firmada por las partes del presente, forma parte integral de este acuerdo como anexo de él”*.

Demandantes, el Sr. Burn, explicó este error durante el Alegato de apertura de las Demandantes en la Audiencia.

En todo momento las Demandantes han cumplido con el Acuerdo de Concesión.

En el--ahora, existe--para ser justo con la Demandada, nos dimos cuenta de que había un error en las fechas de uno de esos documentos. Es decir, el acuerdo de compraventa en realidad tiene--como puede verse en el costado izquierdo, está--la fecha no aparece. El acuerdo de fideicomiso en el costado derecho tiene la fecha 30 de abril. Y estos acuerdos, cuando se leen, es fácil ver que--que fueron otorgados al mismo tiempo por la forma en que las cláusulas se refieren la una a la otra, que dependen entre sí.

Es evidente que el hecho de que una fecha no haya sido incluida fue un descuido. El Sr. Aven especuló que él pensó--que era--el acuerdo de compraventa estaba fechado el 1 de abril. Ahora se da cuenta de que eso es incorrecto y de que debe haber sido el 30 de abril. Hubo una transacción el último día de abril, que parece haberlo confundido, relacionada con el traspaso de otras parcelas dentro del sitio. Pero no hay ningún misterio. El Sr. Aven lo explicará cuando comparezca.

Y en la página 12 del acuerdo de compraventa se hace referencia al acuerdo de fideicomiso. Puede verlo, el texto está resaltado. Y este es el punto que usted puede--no es muy difícil darse cuenta de que ambos documentos fueron otorgados de manera simultánea.

Y, nuevamente, puede verse la referencia cruzada, según el acuerdo de fideicomiso firmado en esta fecha.<sup>272</sup>

290. Posteriormente, el Sr. Aven explicó el error durante su testimonio en la Audiencia:

---

<sup>272</sup> Transcripción en inglés, 147:15-148:22. Las partes defirieron el Día 1 de la transcripción en español a la transcripción en inglés.

3                   Hace un momento usted hizo referencia a la  
4 fecha 1 de abril del 2002.

5                   Hay dos referencias en ese párrafo a esa  
6 fecha. ¿Y usted podría leer eso? Eh, 27 en la página  
7 6, bueno si es así ahí donde usted quiere cambiar la  
8 fecha, muy bien. Y sino...

9                   R: Celebramos un acuerdo de compraventa  
10 con el señor Monge para comprarle todas las acciones  
11 de la compañía. Y, luego del pago por la compra de  
12 propiedad que no era parte de concesión, Pacific  
13 Park Condo transfirió la titularidad de inversión en  
14 Cotsco el 30 de abril de 2002. Como resultado los  
15 inversionistas estadounidenses pasaron a ser  
16 propietarios de la totalidad de La Canícula en  
17 versiones Cotsco a partir del 1 de abril de 2002,  
18 incluidas las tres propiedades mencionadas  
19 anteriormente. En Costa Rica existe el requisito de

[...]

5                   P: Ahora en cuanto a las fechas.

6                   R: Sí, hay que cambiar las fechas. Esas  
7 fechas que ahora son el 1 de abril deberían ser el  
8 30 de abril.

9                   P: Sí, y en este párrafo, este es el 273

291. ¿Por qué las fechas son importantes? La Demandada afirma que este período de *30 días* (el cual nunca existió) entre la fecha en la que el Sr. Aven adquirió las acciones de La Canícula y la fecha del Acuerdo de Fideicomiso (según el cual las acciones de La Canícula serían mantenidas en régimen de fideicomiso por un ciudadano costarricense) debería privar a este Tribunal de competencia sobre los reclamos de las Demandantes con respecto a la Concesión. Tal como ya se ha explicado, la objeción de la Demandada carece de fundamentos en los hechos. De hecho, durante su testimonio oral, el Sr. Aven confirmó que en todo momento

---

<sup>273</sup> Transcripción en español, 757:3-19 and 758:5-9.

la titularidad de como mínimo 51 % del paquete accionario de La Canícula estuvo en poder de un ciudadano costarricense (o bien el ex abogado del Sr. Aven, Juan Carlos Esquivel, o bien su asistente personal, la Sra. Paula Murillo). Nada en el contrainterrogatorio del Sr. Aven puso en tela de juicio esta afirmación, lo que quita todo tipo de apoyo a la postura de la Demandada.

292. Aun si el Tribunal considera que el acuerdo SPA fue otorgado el 1 de abril de 2002 (extremo que se rechaza), las Demandantes sostienen que un período de 30 días de presunto incumplimiento con la Ley ZMT, con respecto al cual se presenta un reclamo cuando han pasado 15 años desde los hechos en cuestión, sería una infracción *mínima*, y esta alegación *post-hoc* de incumplimiento (en cualquier caso) ciertamente no priva a este Tribunal de su competencia.
293. La Demandada luego procede a especular sobre otros casos imaginarios de incumplimiento con la Ley ZMT, todos ellos carentes de fundamentos. En primer lugar la Demandada alega que “*es justo suponer que el Acuerdo de Fideicomiso se terminó el día 30 de abril de 2003, un año después de su constitución*”.<sup>274</sup> En consecuencia, la Demandada, sobre la base del artículo 688 del Código de Comercio, manifiesta erróneamente que con arreglo a la ley costarricense las acciones de La Canícula que estaban en régimen de fideicomiso fueron automáticamente devueltas al Sr. Aven el 30 de abril de 2003.<sup>275</sup> Sin embargo, el artículo 688 no es la ley que debe aplicarse con respecto a la extinción de fideicomisos, sino que tal como la Demandada admite en su Dúplica, el artículo 668 se aplica a montos en régimen de custodia.
294. Tal como el Sr. Burn explicó durante la Audiencia,<sup>276</sup> el artículo del Código de Comercio que debe aplicarse a la extinción de fideicomisos es el 659, y ninguna de las causales enumeradas se refiere al “*vencimiento del plazo del Acuerdo de*

---

<sup>274</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 180, que cita de R-394, Artículo 688 del Código de Comercio.

<sup>275</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 185.

<sup>276</sup> Transcripción en inglés, 149:1-2. Las partes defirieron la transcripción del Día 1 en español a la transcripción en inglés.

*Fideicomiso*<sup>277</sup> como motivo para la devolución automática de las acciones.<sup>278</sup> En Costa Rica, un fiduciario razonable mantendría los activos en régimen de fideicomiso hasta recibir instrucciones de cómo proceder.<sup>279</sup> Tal como confirmó el Sr. Ortiz, no se produciría ninguna devolución automática.<sup>280</sup>

295. En consecuencia, lo que alega la Demandada se basa en una interpretación incorrecta de la ley costarricense, y plantea su objeción (en este caso) cuando han pasado 14 años y en la sedel incorrecta. Este Tribunal debería rechazar esta alegación infundada, y expedirse a los efectos de que acusaciones de ese tipo no pueden privarlo de su competencia con respecto a los reclamos de las Demandantes.

**e. Es poco probable que los organismos públicos de la Demandada alguna vez interpongan una acción contra las Demandantes al amparo de la Regla del 51 %**

296. A pesar de la audaz acusación de la Demandada en la Dúplica de que el hecho de que las Demandantes transfirieran las acciones de La Canícula el 30 de abril de 2002 equivalió a un *fraude de ley*<sup>281</sup>, hay pruebas en el expediente que sugieren que las autoridades costarricenses no son tan rigurosas en la exigencia del cumplimiento de esta regla. Si bien en opinión del Dr. Jurado el cumplimiento de la Regla de 51 % debería exigirse con mayor rigor, él reconoció ser plenamente consciente de que la práctica es que “*costarricenses que operan como testaferros de otros para tener el porcentaje de acciones a nombre de costarricenses y permitir que extranjeros tengan concesiones*”.<sup>282</sup> Hay pruebas en el expediente que indican que esa es una práctica común.

---

<sup>277</sup> *Ibid.*

<sup>278</sup> Véase Prueba documental C-299, Artículo 659 del Código de Comercio.

<sup>279</sup> Transcripción en inglés, 149:17-19. Las partes defirieron la transcripción del Día 1 en español a la transcripción en inglés.

<sup>280</sup> Transcripción en español, 1288:21-1289:7.

<sup>281</sup> Para despejar dudas, cualquier pronunciamiento a los efectos de que se produjo un *fraude de ley* según el Código Penal de Costa Rica exigiría el inicio de un proceso penal en el que se investiguen exhaustivamente todos los hechos. Esto nunca ocurrió en el caso de La Canícula.

<sup>282</sup> Transcripción en español, 1189:8-13.

297. En la Sentencia 2010-11351 de la Sala Constitucional del 29 de junio de 2010, el cual tanto el Dr. Jurado como el Sr. Ortiz comentaron, la Jueza Presidenta de la Sala Constitucional, Ana Virginia Calzada, observó que en la práctica los ciudadanos costarricenses *frecuentemente* actúan como fiduciarios para que extranjeros puedan participar en concesiones y desarrollarlas.<sup>283</sup>
298. En la misma línea, durante la audiencia el Sr. Ortiz declaró que cadenas de hoteles extranjeras y otras entidades y personas extranjeras se valen de estructuras de fideicomiso para operar de forma legal y sin contravenir la Regla del 51 %:

1                    Si uno estudia las concesiones ZMT, tenemos  
2 los hoteles Marriot, Four Seasons, hoteles  
3 españoles. ¿Cree usted realmente que los  
4 costarricenses son propietarios del 51 por ciento de  
5 esas acciones?

6                    PRESIDENTE SIQUEIROS (Interpretado del  
7 inglés): Hay que recordar que los hoteles muy  
8 frecuentemente son gerentes y no propietarios.  
9 Muchas de las cadenas no son propietarios, sino que  
10 manejan.

11                    SEÑOR ORTIZ (Interpretado del inglés): Sí,  
12 pero en muchos casos también son propietarios. Por  
13 lo menos en mi experiencia, con mis clientes, dos de  
14 ellos o uno de ellos es mi cliente, no el Four  
15 Seasons. Pero mi experiencia con mis clientes -- 284

299. Esta práctica es usual sin perjuicio de los numerosos recursos de inconstitucionalidad presentados contra la Regla de 51 %, con respecto a los cuales la Sala Constitucional aún tiene que expedirse de manera definitiva.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> Véase Prueba documental C-310, p. 10 (“porque para evadir las limitaciones impuestas por las normas aquí cuestionadas, muchas veces los extranjeros recurren a testaferros.”).

<sup>284</sup> Transcripción en español, 1035:1-15.

<sup>285</sup> Transcripción en español, 1033:6-1034:22 y 1156:12-22.

Tal como explicaron con detalle durante la Audiencia tanto el Sr. Ortiz como el Dr. Jurado, la Regla del 51 % ha sido objeto de fuertes cuestionamientos por motivos de inconstitucionalidad fundados en el principio de transparencia, cuestionamientos sobre los cuales la Sala Constitucional aún no se ha expedido de manera definitiva.<sup>286</sup> Es probable que las Demandantes recurrieran a esta defensa (hipotética) ante cualquier recurso hipotético que aún no se ha presentado contra ellas.

300. Habida cuenta del espíritu y la práctica general de no exigir con rigurosidad el cumplimiento de la Regla del 51 %, no sorprende que la Demandada nunca planteara (hasta este arbitraje) ningún problema con respecto al presunto incumplimiento de las Demandantes con dicha regla. No corresponde que ahora este Tribunal se aboque a especular cuál sería el resultado de una acción debidamente interpuesta, si es que en algún momento una se presenta.

**2. Las Demandantes cumplieron con otros requisitos vinculados con la Concesión, entre ellos el pago de los impuestos y cargos pertinentes**

301. A pesar de que durante la Audiencia la Demandada no insistió en su alegación *post-hoc* respecto a los cargos vinculados con la Concesión, las Demandantes manifiestan, a los efectos de corregir el expediente, que sí cumplieron su obligación de pagar los cargos correspondientes a la Concesión. En su segunda declaración testimonial el Sr. Aven explicó que dichos cargos se pagaron,<sup>287</sup> extremo que queda confirmado con los recibos obtenidos en los propios registros del Departamento ZMT y la Municipalidad de los pagos realizados de 2001 a 2013.<sup>288</sup>
302. Sin embargo, en su Dúplica, la Demandada argumenta que los cargos con respecto a la Concesión no se pagaron, lo que facultaría al Departamento ZMT a revocar la Concesión.<sup>289</sup> De forma bastante extraña, la Demandada alega (lo que no cabe más que describir como una teoría conspiratoria) que "el día 22 de octubre de 2013, el

---

<sup>286</sup> Véase Prueba documental C-310, p. 10.

<sup>287</sup> Véase Segunda Declaración Testimonial de David Aven, apartados 38-40.

<sup>288</sup> Véase Prueba documental C-268.

<sup>289</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartados 473-486.

Sr. Fernando Morales [Azofeifa], *en virtud de las instrucciones de las Demandantes* y del Sr. Sebastián Vargas Roldán, presentó una denuncia en contra de La Canícula ante el Instituto Costarricense de Turismo en la que se solicitaba la cancelación de la Concesión fundada en la falta de pago de los cargos anuales por parte de La Canícula durante los últimos cuatro años”. Lo que sigue es una historia infundada, exagerada y (francamente) paranoica respecto de los presuntos esfuerzos de las Demandantes para "defraudar" a la Demandada para que les otorgara la Concesión sin pagar nada.

303. La Demandada alega que “[l]as Demandantes planeaban obtener de forma intencional la cancelación de la Concesión para que luego fuera otorgada a su representante legal el Sr. Sebastián Vargas Roldán y poder operarla por intermedio de su persona sin abonar cargo pendiente alguno a la Municipalidad”.<sup>290</sup> De esta teoría conspirativa, la Demandada dice que fue “el plan fraudulento de las Demandantes para mantener la Concesión de forma gratuita”.<sup>291</sup>
304. Eso es una afirmación ridícula. ¿Qué llevaría a las Demandantes a pretender cancelar su propia Concesión? Las Demandantes no estaban al tanto de ningún recurso interpuesto por el Sr. Fernando Morales,<sup>292</sup> ni tampoco estaban al tanto de la participación del Sr. Sebastián Vargas Roldán, quien para 2013 hacía años que había dejado de ser el asesor jurídico de las Demandantes.
305. En cualquier caso, la Resolución de la Municipalidad de ratificar la Concesión frente al intento del Sr. Morales de revocarla demuestra que, en ocasión de un recurso *efectivamente presentado* contra las Demandantes por la validez de la Concesión, el Departamento de Zona Marítimo Terrestre y la Municipalidad confirmaron la validez de la Concesión.<sup>293</sup> Luego de analizar los antecedentes de La Canícula, la Municipalidad sostuvo que La Canícula continuaba pagando los cargos municipales, y que en el Sistema de Facturación Municipal obraban registros de

---

<sup>290</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 489.

<sup>291</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 493.

<sup>292</sup> Véase Prueba documental R-310, Demanda del Sr. Morales para revocar la Concesión de las Demandantes.

<sup>293</sup> Véase Prueba documental R-315, 20 de noviembre de 2013, Resolución de la Municipalidad (SM-2013-748) enviada al Sr. Morales.

pago por "*varios millones*". Por lo tanto, la Municipalidad recomendó que se rechazara la solicitud de revocar la Concesión planteada por el Sr. Morales. .

306. De la misma forma que nunca planteó ningún problema con respecto al presunto incumplimiento con la Regla del 51 %, la Demandada nunca ha planteado inquietudes sobre un presunto "*incumplimiento en el pago de cargos*". De hecho, este Tribunal debería rechazar la tardía alegación de "*admisibilidad*" de la Demandada de que las Demandantes no pagaron los cargos correspondientes por la Concesión debido a que: (1) este tribunal de arbitraje no es el lugar apropiado para presentar dicha alegación *post-hoc* de incumplimiento; (2) la única forma de plantear debidamente esta cuestión es mediante un procedimiento en Costa Rica para *revocar* la Concesión, algo que los organismos de la Demandada nunca hicieron; (3) cualquier recurso hipotético presentado a nivel nacional contra la Concesión por motivos de incumplimiento en el pago de cargos fracasaría, de la misma forma que fracasó el intento del Sr. Morales de cancelar la Concesión por el mismo motivo; y (4) cualquier recurso basado en la teoría conspiratoria que la Demandada aduce en su Dúplica estaría destinado al fracaso desde el comienzo.

3. **La Demandada no ha probado sus alegaciones de actividades ilícitas en Las Olas.**

307. Las pruebas no respaldan las alegaciones de la Demandada de que las Demandantes llevaron adelante actividades ilícitas, y de todas maneras no liberan a la Demandada de sus obligaciones en virtud del DR-CAFTA.
308. Las alegaciones contemporáneas de la Demandada pueden reducirse a tres categorías: (1) alegaciones de que las Demandantes continuaron con las obras de desarrollo en Las Olas luego del Aviso de Cierre de la Municipalidad; (2) alegaciones de los miembros de la comunidad; y (3) que las Demandantes construyeron ilegalmente sistemas de alcantarillado que tuvieron efectos negativos sobre la comunidad local. Como se explica a continuación, dichas alegaciones carecen de fundamento, y no hacen otra cosa que probar el fracaso de los esfuerzos de la Demandada de evadir su responsabilidad en virtud del DR-CAFTA.

- a. **Las alegaciones de la Demandada de que las Demandantes continuaron trabajando luego del Aviso de Cierre del 11 de mayo de 2011 son infundadas.**
309. En su Dúplica la Demandada acusó al Sr. Damjanac de mentir en su declaración testimonial cuando confirmó que las Demandantes detuvieron todos los trabajos luego de recibir el Aviso de Cierre de la Municipalidad.<sup>294</sup> La Demandada, en un intento infructífero de desacreditar al Sr. Damjanac, hace referencia a tres informes, ninguno de los cuales ha presentado de forma precisa:
310. En primer lugar, en su Dúplica la Demandada argumenta que un informe de inspección de fecha 9 de junio de 2011 preparado por los Inspectores de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Social de la Municipalidad (Prueba documental R-103) *"informa de que se llevaban a cabo obras en el sitio de las Servidumbres y otros lotes"*.<sup>295</sup> La descripción de la Demandada da una imagen completamente distorsionada de los contenidos de este documento.
311. El Prueba documental R-103 consiste una inspección al sitio realizada por representantes de la Municipalidad para verificar que las Demandantes estuvieran cumpliendo con la orden de la SETENA. El informe dice que *"no se encontró ningún tipo de maquinaria trabajando en el terreno; sólo se observó huellas de ingreso de back hoe a remover pequeños deslizamientos de tierra que ha caído sobre el lastreado, producto de las lluvias que han caído en la zona.. De igual forma no se observó vagonetas realizando ningún tipo de lastreado, solo personal realizando siembra de zacate..* El informe concluyó que "como punto importante al informe, mencionamos que se observó un movimiento de tierra en otra área de la propiedad que según el señor Jovan es un rompimiento para construir una nueva servidumbre de acceso a otra parte del terreno. Se procedió a verificar la información y se nos indicó que este movimiento de tierra es en la propiedad que está a nombre de Noches de Esterillos S.A y de la cual se

---

<sup>294</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 455.

<sup>295</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 456.

nos presentó el debido permiso de construcción para la realización de esta servidumbre.” En este informe de inspección no se dijo que las *Demandantes* estuvieran desarrollando obras ilegales en las Servidumbres. Por cierto, contrariamente al intento de la Demandada durante la Audiencia de argumentar que la Municipalidad fue engañada por el encargado ambiental de las Demandantes, el Sr. Bermúdez, para que creyera que todas las obras de construcción en Las Olas estaban abarcadas en una VA, este informe deja claro que la Municipalidad sabía que los trabajos en las Servidumbres estaban fuera del alcance de la VA de SETENA para la sección del Condominio.

312. En segundo lugar, la Demandada argumenta que un informe de inspección de la SETENA del 18 de mayo de 2011 muestra que “*nuevamente se seguían llevando a cabo obras*”.<sup>296</sup> Sin embargo, otra vez la Demandada omite explicar que el informe de inspección de la SETENA no dice que hayan sido las *Demandantes* las que estaban llevando a cabo esas obras. Por el contrario, el informe dice que se trataba de personas que estaban “*construyendo una casa*” y “*plantando pasto*”. Las tareas de mantenimiento de pasto no eran obras de construcción sujetas al Aviso de Cierre de la Municipalidad, y las Demandantes nunca construyeron casas en la propiedad. En realidad, la única casa construida en la propiedad fue obra de David Tory Lane Mills,<sup>297</sup> y él no pertenece al grupo de las Demandantes.
313. Indudablemente consciente de la debilidad de sus argumentos, durante la Audiencia la Demandada se concentró únicamente en el tercer documento que cita en su Dúplica, un informe del 12 de mayo de 2011 que describe trabajos efectuados en el sitio con “*una retroexcavadora*”, de la cual adjunta fotografías.<sup>298</sup> Las Demandantes han explicado que detuvieron todas las obras

---

<sup>296</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 456.

<sup>297</sup> Véase Prueba documental C-294.

<sup>298</sup> Véase Prueba documental R-270.

luego de recibir el Aviso de Cierre de la Municipalidad del 11 de mayo de 2011 y que este informe, divulgado un día después del Aviso, es inexacto.<sup>299</sup>

314. El Sr. Damjanac reiteró con calma su testimonio de que las Demandantes no llevaron adelante ninguna obra de construcción ilegal luego de recibir el Aviso de Cierre. También explicó que las fotografías que le mostró el abogado de la Demandada no tenían fecha, y en consecuencia expresó reservas en cuanto a que hubieran sido tomadas en la fecha del documento de la Municipalidad en cuestión, o cerca de ese momento:

15 P: Leamos entonces el primer párrafo de  
16 este anexo R-270, y dice -voy a leer la traducción-:  
17 "El día jueves 12 de mayo del año en curso al ser  
18 las 14 horas se procedió a realizar una inspección  
19 de seguimiento en los terrenos del proyecto  
20 Condominio Horizontal Las Olas ubicado en Esterillos  
21 oeste". Luego salteo un párrafo, y sigue -- en la  
22 traducción es el siguiente párrafo, el último

---

<sup>299</sup> Véase Segunda Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, apartados 50-52.

1 párrafo: "Se pudo evidenciar presencia de un  
2 backhoe realizando trabajos de nivelado de lastre en  
3 los caminos. Al igual en el momento de la visita una  
4 vagoneta procedió a dejar más lastre en el lugar  
5 mismo que luego la máquina antes mencionada procedió  
6 al debido nivelado. Se adjuntan las respectivas  
7 fotos del informe". ¿Lo ve usted, señor?

8 R: Sí, veo esa aseveración.

9 P: Luego, si mira las páginas del anexo  
10 R-270 en la siguiente página puede ver unas fotos en  
11 color que muestra el camión que está dejando lastre  
12 en el sitio. ¿Lo ve usted, señor?

13 R: Sí.

14 P: Aunque en el párrafo 50 de su segunda  
15 declaración usted dice que no muestra nada, y de que  
16 es imposible responder, eso es lo que usted dice en  
17 el párrafo 50 de su segunda declaración. ¿No es  
18 cierto? Es el último renglón del párrafo 50.

19 R: Bien.

20 P: ¿Sigue usted aseverando lo mismo hoy?

21 R: Yo diría que no existe prueba de que  
22 estas fotos hayan sido realmente tomadas en la fecha

1 indicada aquí en el informe. Siempre veíamos fotos  
2 en este caso y se presentaban fotos, pero nunca  
3 existieron marcadores definitivos ni marcas en las  
4 fotos mostrando si se había realizado trabajo o  
5 cuándo habían sido tomadas las fotos. No recuerdo  
6 cuándo se tomaron estas fotos. Pueden haber sido  
7 incluidas en este informe después de haber sido  
8 tomadas mucho antes que el informe.

9 P: Pero en la última página, donde tenemos  
10 la foto en color, hay un sello que muestra la fecha:  
11 10 de mayo del 2011.

12 R: Pero cualquiera puede poner un sello en  
13 la foto. No hay nada que indique la fecha que se  
14 tomaron; en mayo, por ejemplo.

300

315. Lo que siguió durante la Audiencia fue una andanada de acusaciones bastante inapropiada del abogado de la Demandada, quien afirmó que el Sr. Damjanac había mentido en su declaración testimonial. En contraste, las respuestas del Sr. Damjanac fueron respetuosas y hasta perfectamente lógicas, ya que las fotografías a las que estaba haciendo referencia el abogado de la Demandada no tenían fecha.<sup>301</sup> Este intercambio se extendió por un período prolongado, durante el cual el Sr. Damjanac continuó explicando sin alterarse que las Demandantes habían detenido todas las obras de construcción en la propiedad, a pesar de las constantes acusaciones del abogado de la Demandada:

---

<sup>300</sup> Transcripción en español, 659:15-661:14.

<sup>301</sup> Véase Prueba documental R-270. Si bien el documento en sí está fechado, las fotografías no indican cuándo fueron tomadas, tal como el Sr. Damjanac testificó.

3 P: Usted está operando entonces en  
4 contravención de una medida cautelar pero no de la  
5 evidencia presentada que muestra que estaban en  
6 contravención.

7 R: Nunca operamos en contravención de una  
8 medida cautelar.

9 P: Bien, pero eso no es lo que este  
10 documento nos dice. Este documento está mostrando  
11 trabajos que se realizan durante el período en que  
12 la propiedad era sujeta a la medida cautelar de  
13 SINAC.

14 R: Bueno, lo que este documento muestra es  
15 una foto de un camión que está echando lastre y otra  
16 máquina en el camino, en la vía, pero no estoy de  
17 acuerdo con lo que usted está aseverando de que el  
18 trabajo se estaba realizando después de la medida  
19 cautelar. Yo lo único que sé es que en el momento en  
20 que recibimos la medida cautelar dejamos de  
21 trabajar. Quizás había un backhoe que se estaba  
22 desplazando en el proyecto de vez en cuando después

1 de la medida cautelar, quizás estaba realizando el  
2 trabajo de mantenimiento básico, como la limpieza de  
3 árboles, el despeje de árboles. A veces había  
4 vientos fuertes, se caían ramas y la eliminación o  
5 el despeje de este tipo de ramas no es realizar  
6 trabajo. Esto se puede hacer en diez minutos. No  
7 son 4 horas de trabajo con dos empleados.

8 Yo no creo que existía una ley que nos  
9 impedía utilizar el backhoe siempre y cuando  
10 estuviésemos en trabajos de construcción del  
11 proyecto. No hay ninguna ley que decía que un  
12 conductor no podía entrar en la propiedad con el  
13 backhoe.

302

---

<sup>302</sup> Transcripción en español, 664:3-665:13.

316. La reticencia del Sr. Damjanac para aceptar que las fotografías habían sido tomadas en la misma fecha en que se emitió el Informe de la Municipalidad fue providencial, sobre todo si se tiene en cuenta el hecho de que más adelante la Sra. Mónica Vargas confirmó que las fotografías incluidas en sus informes oficiales no pertenecían al mismo período que esos informes.<sup>303</sup>
317. Sin embargo, el hecho más fundamental es que las alegaciones de la Demandada de que las Demandantes contravinieron el Aviso de Cierre de la Municipalidad el día después de su emisión, aun si fueran ciertas (extremo que se rechaza), no pueden excusarla de sus incumplimientos en virtud del DR-CAFTA. La sanción usual por llevar adelante obras de construcción sin un permiso válido es una multa, más el pago de un impuesto a la construcción del 1 % del valor de la construcción ilegal.<sup>304</sup> Cabe destacar que la Demandada no ha emitido ninguna sanción formal por los presuntos trabajos efectuados por las Demandantes, y que presenta este argumento únicamente en el contexto de este arbitraje. Asimismo, las Demandantes sostienen que cualquier recurso de esa naturaleza se estaría presentando a destiempo, al igual que en lo relacionado con otros presuntos incumplimientos del derecho costarricense por parte de las Demandantes.
318. Sin embargo, en su Dúplica la Demandada sostiene que hasta incumplimientos insignificantes configurarían una situación de inadmisibilidad, habida cuenta de que "*el efecto acumulativo de las diversas ilegalidades constituye el elemento esencial del presente arbitraje*".<sup>305</sup> No sorprende que la Demandada no haga referencia a ninguna autoridad que respalde su postura. Desafortunadamente para ella, no existe tal cosa como una objeción de admisibilidad "*acumulativa*" en el caso de reclamos válidos desde el punto de vista del derecho internacional,

---

<sup>303</sup> Transcripción en español, 1156:21-1161:9 (donde la Sra. Mónica Vargas admite que no está segura de las fechas específicas en que fueron tomadas las fotografías incluidas en sus informes).

<sup>304</sup> Véanse Secciones 88-96 de la Ley de Construcción de Costa Rica. La Sección 88 trata sobre las posibles sanciones, entre ellas las multas. Algunas municipalidades prescriben el impuesto de construcción del 1 % de forma explícita en la ley, algo que no hace la Municipalidad de Parrita. La Secciones 93-96 establecen el procedimiento que debe aplicarse cuando se alegan actividades ilegales de construcción, el cual incluye dar al desarrollador un período de gracia de 30 días para presentar la documentación correspondiente, prorrogable por otros 30 días. Prueba documental C-205

<sup>305</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 510.

especialmente si la objeción se basa en alegaciones inventadas de violaciones a las leyes nacionales por sanciones que en su momento no se emitieron en contra de las Demandantes.

**b. Las alegaciones de la Demandada relacionadas con los miembros de la comunidad y difundidas por la Sra. Mónica Vargas son las mismas denuncias del Sr. Steve Allen Bucelato o carecen de credibilidad.**

319. Otro de los aspectos principales de la defensa por "*ilegalidad*" de la Demandada se basa en las quejas de la comunidad que la Sra. Vargas transmitió a distintos organismos públicos.
320. Tal como la Sra. Vargas explicó en su Primera declaración testimonial, parte de su función era atender a las quejas de los miembros de la comunidad y difundir informes sobre dichas alegaciones.<sup>306</sup> A pesar de que no es responsabilidad suya, durante la Audiencia quedó claro que la Sra. Vargas fue utilizada por la Demandada para representar a una enorme cantidad de testigos ausentes, entre ellos el Sr. Bucelato, cualquier miembro del Concejo Municipal de Parrita y cualquier miembro de la SETENA y el SINAC, para nombrar tan solo a unos pocos.
321. Debido a que numerosos aspectos de sus informes responden a información de segunda mano, el testimonio de la Sra. Vargas hizo surgir serias dudas sobre la fiabilidad de dichos informes, en los cuales la Demandada se basa en gran medida en su relato de las condiciones del sitio Las Olas y las acciones de las Demandantes. En primer lugar, en lo referido al informe emitido luego de su inspección del 27 de abril de 2009,<sup>307</sup> la Sra. Vargas confirmó que estaba poco o nada familiarizada con los contenidos del libro de registros fotográficos, y que de hecho se basó en lo que le dijeron las personas que tomaron las fotografías (entre ellas el Sr. Bucelato) en lo referente al momento en que se tomaron y si en realidad se habían tomado en el sitio de Las Olas. De hecho, varias de las fotografías pertenecían a 2007 y fueron recibidas del Sr. Bucelato, y ella no tiene

---

<sup>306</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Mónica Vargas Quesada, apartado 8.

<sup>307</sup> Véase Prueba documental R-26.

conocimiento de primera mano en cuanto a si eran del sitio o de la fecha en que fueron tomadas:

17 P: Señora Vargas, mirando estas fotos en  
18 la página 3 del informe que está en el separador 5,  
19 especialmente las primeras dos fotos, usted ya ha  
20 indicado que son fotografías tomadas por un vecino  
21 en el año 2007. Es así como usted lo entendió, ¿no  
22 es cierto?

1 R: Correcto.

2 P: ¿Qué vecino?

3 R: Ese fue el señor Bucelato.

4 P: ¿Y en qué mes del 2007?

5 R: No se indica. Él cuando entregó las  
6 fotografías nos indicó que eran del 2007.

7 P: Usted de hecho entonces tampoco sabe  
8 fehacientemente que fueran del 2007.

9 R: Eso fue lo que nos indicó el señor de  
10 la comunidad.

11 P: Pero usted no sabe, no tiene indicación  
12 de qué se tratan estas fotos. No sabe cuál es el  
13 sitio exacto en donde se tomaron estas fotos. ¿No es  
14 cierto?

15 R: Lo que nos indica el señor Bucelato es  
16 que de las propiedades de Las Olas y que fueron  
17 tomadas en el 2007.

18 P: Dijo el señor Bucelato.

.308

322. Más adelante, en lo referido a la quinta fotografía, la Sra.Vargas no pudo confirmar que efectivamente fuera del sitio Las Olas, y solo pudo suponer que la fotografía había sido tomada el 17 de marzo de 2009:

---

<sup>308</sup> Transcripción en español, 1156:-17-1157:18.

12 R: Esto fue en el 2009 y cuando se hacen  
13 las inspecciones en este caso, ¿verdad?, sí fui como  
14 muy clara en esa fotografía específicamente.  
15 Entonces se tomó el 17 de marzo.

16 P: ¿Porque fue tomada en presencia suya o  
17 porque alguien se lo entregó y le dijo que la foto  
18 fue tomada el 17 de marzo?

19 R: En las inspecciones que se realizan en  
20 Las Olas realmente hay una amalgama de fotografías  
21 en respecto a ese proyecto. Entonces no siempre se  
22 agarran todas las fotografías para colocar en las

1 bitácoras fotográficas sino que se toman algunas.  
2 Pues en este caso se tomó únicamente, por lo que  
3 indica acá, la del 17 de marzo, esta que se indica  
4 específica. ¿Verdad? Igual como se indica en las de  
5 arriba que eran del 2007.

[...]

15 cuidado mi pregunta y conteste por favor. Le  
16 pregunto si esta quinta foto fue tomada en su  
17 presencia o dependió usted de alguien que le dijo  
18 que es una foto que fue tomada el 17 de marzo del  
19 2009.

20 R: Para marzo, como se indicó, se había  
21 hecho una inspección en conjunto como MINAE. Esta  
22 foto muy probable fue tomada en esa inspección. Como

1 le indico, siempre hay -- se toman muchas  
2 fotografías pero se agarran solo pocas para colocar  
3 en el informe.

4 P: Pero la palabra es lo que usted dijo  
5 "muy probable". Usted lo cree, tiene confianza en  
6 eso pero no lo sabe de conocimiento propio. Al igual  
7 usted tampoco sabe pero piensa que muy probablemente  
8 sería una foto del sitio Las Olas. ¿No es correcto?

9 R: Correcto.

309

323. Luego se le preguntó sobre las visitas adicionales al sitio en enero y mayo de 2010. La Sra. Vargas confirmó que en realidad ella no había ingresado al sitio, sino que únicamente había registrado sus observaciones desde la zona lindera a la propiedad. Además, según afirmó, llevó a cabo dichas observaciones en respuesta a "*nuevas denuncias*" de que se estaban desarrollando trabajos en el sitio. Sin embargo, cuando se la siguió interrogando, no pudo dar ninguna explicación en cuanto a por qué no existían documentos o registros contemporáneos respecto de la procedencia o contexto de los presuntos "*nuevas denuncias*".

9 P: A lo que voy es que usted dice acá que  
10 usted hizo esas visitas adicionales el 20 de enero y  
11 21 de mayo después de nuevas denuncias que daban  
12 cuenta de que se estaba trabajando en el sitio. Y a  
13 lo que voy yo es que usted no hace ninguna  
14 referencia a ninguna documentación aquí, no hay  
15 notas al pie de la página sobre documentación que  
16 haya recibido de vecinos o de cualquiera. O sea que  
17 no hay documentación que registre esas denuncias  
18 específicas. ¿Correcto?

19 R: Correcto.

310

---

<sup>309</sup> Transcripción en español, 1159:12-1160:5, 1160:16-1161:9.

<sup>310</sup> Transcripción en español, 1162:9-19.

324. Asimismo, la Sra. Vargas admitió que sus afirmaciones con respecto a la presunta existencia de humedales en realidad no se basaban en otra cosa que sus propias observaciones desde la zona lindera a la propiedad a lo largo del tiempo, sin que hubiera ninguna fotografía de ese período. También confirmó que no podía decirse que sus observaciones fueran prueba de la existencia de humedales, ya que tal determinación corresponde al SINAC:

17 P: Sí, entiendo. Entonces, si fuéramos a  
18 interpretar las observaciones que se registran en su  
19 informe de 31 de mayo de 2010 debemos hacer caso  
20 omiso de lo que figura en las fotografías porque eso  
21 representa otra cosa ¿No es así?

22 R: Es una bitácora fotográfica.

1 R: Sí, correcto, pero no es una bitácora  
2 fotográfica para la observación a la que la remito  
3 yo en donde usted dice que esa zona se caracteriza  
4 por un terreno con suelos inundables o  
5 intermitentes. Usted no tiene fotografías para  
6 comprobar o confirmar esa observación. ¿Correcto?

7 R: Exacto, porque no se hace mención a la  
8 fotografía. Cuando se hace mención a la fotografía,  
9 se indica, verdad? Siempre un paréntesis -- dirigirse a  
10 figura tal o ver figura tal.

11 P: Aparte de su declaración, de que el  
12 área o la zona observada se caracteriza por ser un  
13 terreno con suelos inundables o intermitentes, no  
14 hay nada más en estos documentos que hemos estado  
15 examinando que compruebe eso. No hay nada que  
16 compruebe que con frecuencia haya inundaciones en  
17 esa zona, ¿no es así?

18 R: Correcto, por eso le solicitamos la  
19 colaboración al SINAC.

311

---

<sup>311</sup> Transcripción en español, 1168:17-1169:19.

325. Durante su testimonio la Sr. Vargas también confirmó que sus afirmaciones sobre la tala y quema de árboles durante los fines de semana en Las Olas se basaban en rumores de los vecinos:

10 P: Si usted se fija en la tercera oración del  
11 párrafo 14 de su declaración, usted dice que según  
12 lo que le dijeron los vecinos esta práctica se hacía  
13 durante el fin de semana y dado que los funcionarios  
14 públicos no trabajan durante el fin de semana no  
15 sabemos exactamente cuándo ocurrió esta práctica. O sea  
16 que en parte usted estaba dependiendo de lo que se le  
17 dijo. ¿Correcto?

18 R: Correcto, también recibía llamadas los fines de  
19 semana de la comunidad.

312

326. La Sr. Vargas declaró todo lo anterior sin perjuicio del hecho de que ella misma reconoció que las quejas de vecinos, de por sí, no justifican la clausura de un proyecto o la suspensión de permisos, precisamente lo que sucedió en el caso de Las Olas:

4 P: Y, por supuesto, a lo que usted va es  
5 que uno no puede tomar una denuncia de un vecino y  
6 hacer algo con eso exclusivamente y denegar un  
7 permiso. Tiene que hacerse algo más, mucho más por  
8 más veces que se quejen los vecinos.

9 R: Correcto. Es importante la  
10 investigación.

313

327. Habida cuenta de las circunstancias, y tomando en cuenta que las alegaciones contra las Demandantes se basan casi en su totalidad en quejas de vecinos y el hecho de que se hizo que la Sra. Vargas testificara en representación de testigos fundamentales del SINAC, la SETENA y la Municipalidad (quienes fueron los

---

<sup>312</sup> Transcripción en español, 1172:110-19.

<sup>313</sup> Transcripción en español, 1175:4-10.

que en realidad tomaron las decisiones que afectaron al proyecto Las Olas), la Demandada no puede ahora tratar de cubrirse mediante esas quejas fruto de rumores.

**c. La Demandada no toma en cuenta que sus propios organismos, entre ellas la Municipalidad, el Ministerio de Transporte y otros, han llevado adelante importantes trabajos de construcción en caminos públicos y alcantarillas.**

328. En los apartados 747 a 749 de su Dúplica, la Demandada alega que las Demandantes han prestado asistencia ilegal a la Municipalidad en la construcción de un sistema de alcantarillado para Esterillos Oeste. La Demandada afirma que tal debe haber sido el caso debido a que la ayuda que las Demandantes prestaron a la Municipalidad "*probablemente fue una cortina de humo para cubrir el drenaje y relleno de humedales que estaban llevando a cabo en el Sitio del Proyecto*".<sup>314</sup> Queda claro que la Demandada no se ha tomado el tiempo para determinar la veracidad o credibilidad de esta ridícula afirmación.
329. Como los Sres. Aven y Damjanac han explicado en sus declaraciones testimoniales y en el testimonio oral durante la Audiencia, estuvieron más que complacidos de colaborar con la Municipalidad de Parrita para mejorar los sistemas de drenaje y alcantarillado en las zonas aledañas a Las Olas. Que la Demandada tergiversar este hecho y se niegue a reconocer el valor social de estas contribuciones, a la vez que acusa a las Demandantes de conducta dudosa, es doblemente ofensivo.
330. Tal como ya se ha analizado en otras secciones de este Escrito posterior a la audiencia, la negativa de la Demandada a reconocer sus propios trabajos en las zonas aledañas a Las Olas no es un tema nuevo. La primera vez fue cuando el Sr. Martínez se negó a investigar pruebas claras de trabajos de la Municipalidad para drenar un presunto humedal en Las Olas, tal como mencionó el Sr. Picado en su denuncia penal. Luego, tal como el Sr. Erwin se vio obligado a admitir en

---

<sup>314</sup> Dúplica, párr. 749.

la Audiencia, durante su segunda visita al sitio se limitó a ignorar el hecho de que se estaban efectuando trabajos para desatascar una alcantarilla que pasaba debajo de la calle de la Municipalidad, al este de Las Olas, al lado de uno de sus supuestos "humedales".

331. Finalmente, el equipo de abogados de las Demandantes recientemente se enteró de que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (el "**MOPT**") de Costa Rica actualmente está llevando a cabo obras para reemplazar el sistema de alcantarillado que pasa por debajo de la autopista principal (la "*Costanera*"), directamente al norte del sitio del proyecto Las Olas, donde se encuentra el supuesto humedal 5 del Sr. Erwin. Al enterarse de estas obras, el abogado de las Demandantes escribió al abogado de la Demandada para (i) solicitarle una explicación de la naturaleza y propósito de los trabajos y del tipo de evaluaciones ambientales que se han efectuado, y (ii) dejar constancia de que desde el punto de vista de las Demandantes dichas obras equivalen a un proyecto de desarrollo del cual debería informarse al Tribunal.<sup>315</sup> Vale decir que las Demandantes no están en contra de iniciativas de esta naturaleza, las cuales son un aspecto perfectamente normal de las responsabilidades de la Demandada como Estado, tal como queda demostrado por la colaboración que prestaron a la Municipalidad para trabajos de este tipo. Los problemas de inundaciones y obstrucción de alcantarillas en la zona son históricos, motivo por el cual la Municipalidad, a veces con la ayuda de las Demandantes, varias veces ha llevado adelante trabajos para mitigar la situación. No obstante todo ello, en los casos en los cuales su propiedad pudiera verse afectada, las Demandantes tienen derecho a efectuar consultas y a que se las mantengan informadas.
332. Los abogados de la Demandada respondieron a las consultas de las Demandantes mediante una carta de fecha 8 de marzo de 2017.<sup>316</sup> Lamentablemente, las explicaciones de la Demandada distan de ser satisfactorias. La Demandada se limita a afirmar que (i) las obras forman parte de los trabajos generales de

---

<sup>315</sup> Correo electrónico de V&E a HSF, 6 de marzo de 2017.

<sup>316</sup> Carta de HSF a V&E, 8 de marzo de 2017.

mantenimiento vial a cargo de una empresa privada contratada por el MOPT, (ii) las obras están autorizadas y se ajustan a las normas y leyes locales, y (iii) ninguno de los trabajos ha ocurrido en el sitio del proyecto Las Olas y “*no se producirán daños al suelo*”. En respuesta a las consultas de las Demandantes en materia de evaluaciones ambientales, la Demandada simplemente se refiere a una excepción del requisito de preparar una Viabilidad Ambiental para trabajos relacionados con la “*reparación de calles y caminos de acceso existentes*”.

333. En primer lugar, la Demandada no explica los motivos por los cuales los trabajos en cuestión no son más que obras de mantenimiento de vías públicas y, en tal sentido, cumplirían con los requisitos para esta excepción. Según la propia admisión de la Demandada, las obras implican el “*reemplazo del sistema de alcantarillado a ambos lados de la calle*”, y las observaciones de las Demandantes en el sitio son que dichas obras son de gran entidad e involucran importantes trabajos de movimiento de tierra. Queda claro que los trabajos implican la instalación de importantes infraestructuras nuevas de alcantarillado, y es claro que no se trata de meras obras de mantenimiento.
334. En segundo lugar, la Demandada no ha aclarado de qué manera el “*reemplazo del sistema de alcantarillado a ambos lados de la calle*” implica que “*no ha tenido lugar ingreso alguno a la tierra [de las Demandantes]*”, ni lo que ha hecho para garantizar que “*no se producirán daños a la tierra*”.
335. En tercer lugar, y lo que es más importante, la afirmación de la Demandada respecto de que no es necesario obtener un permiso de Viabilidad Ambiental para las obras en cuestión pone de manifiesto el hecho de que, contrariamente a la postura que ha adoptado en este procedimiento, la Demandada (o, como mínimo, el MOPT) no considera que exista ningún humedal en las zonas aledañas al lugar de los trabajos. Los humedales son zonas frágiles desde el punto de vista ambiental y exigen, antes de comenzar con las obras, que se haga una evaluación ambiental de los probables efectos que cualquier trabajo tenga en la tierra (incluidas cualesquier tierras adyacentes, entre 500 m y 1 km desde

la zona propuesta para los trabajos). La excepción para trabajos de reparación de calles existentes no es procedente en lo relacionado con zonas frágiles desde el punto de vista ambiental, por lo que se requiere una evaluación de impactos ambientales. La Demandada no puede tenerlo todo a la vez. O el supuesto humedal 5 del Sr. Erwin (el cual está al lado del lugar donde el MOPT está llevando a cabo trabajos) es un humedal (con la consiguiente obligatoriedad de elaborar una evaluación ambiental para las obras en curso), o, tal como las Demandantes, el Sr. Mussio, la SETENA, el INTA y los testigos expertos en materia ambiental de las Demandantes en este procedimiento han sostenido invariablemente, no es un humedal. El hecho de que la Demandada admita sin ambages que no ha efectuado una evaluación ambiental y que no vea motivos para haberlo hecho demuestra su falta de convicción en lo relacionado con la postura que ha adoptado en este procedimiento. La Demandada debe aceptar la naturaleza insostenible de su postura deshonestas.

336. La realidad es que como resultado de estas obras para reemplazar el sistema de drenaje obstruido que pasa por debajo de la carretera, la tierra en la zona donde se ubica el presunto humedal 5 del Sr. Erwin ha sido drenada. Esto respalda todo lo que las Demandantes y el Sr. Mussio saben que efectivamente sucede: la acumulación de agua de escorrentía en la propiedad de las Demandantes a lo largo del tiempo no es más que el resultado de un sistema público de drenaje poco mantenido que atraviesa las calles públicas que bordean el proyecto Las Olas por sus cuatro lados. No hay, y nunca ha habido, humedales en Las Olas.

4. **La VA para la sección del Condominio no fue “*obtenida mediante fraude*”**

337. Tal como ya se explicó, las VA de las Demandantes (emitida por la SETENA) y los permisos de construcción (emitidos por la Municipalidad) son de naturaleza vinculante para todas los organismos de la administración pública.<sup>317</sup> Como

---

<sup>317</sup> Véase Sección V, B, 1.a del Escrito posterior a la audiencia de las Demandantes.

cuestión general, no se disputa el hecho de que las Demandantes obtuvieron las VA y los permisos de construcción necesarios.

338. Debido a que no puede pasar por alto este hecho inmutable, la Demandada se ha embarcado en una campaña retrospectiva y posterior a los hechos contra la emisión (por parte de la SETENA) de la VA para el Condominio de las Demandantes en 2008, exclusivamente a los efectos de este arbitraje. De hecho, el epítome de la estrategia de ilegalidad *post-hoc* de la Demandada es atacar las conclusiones de su propio organismo gubernamental, la SETENA, cuando emitió la VA para la sección del Condominio de las Demandantes. Para sostener este reclamo por ilegalidad, la Demandada se limita a alegar que el Solicitud D1 para la VA del Condominio fue "*fraudulento*".<sup>318</sup> Este Tribunal no debería hacer lugar a dicha alegación debido a que carece totalmente de fundamentos.
339. Para empezar, la Demandada utiliza de forma irresponsable el término "*fraude*" (o términos similares como "*engaño*" o "*tergiversación*") en casi la totalidad de sus objeciones de admisibilidad.<sup>319</sup> Este uso de mal gusto, impreciso y bravucón de estos términos ha sido dirigido indiscriminadamente contra las Demandantes de forma personal, y en contra sus asesores, empleados y hasta peritos.
340. Este uso incorrecto es completamente inapropiado debido a los hechos específicos de este caso, especialmente en vista de que la Demandada no ha podido presentar ni un solo testigo de la SETENA que respalde su alegación de fraude. Tal como el Sr. Aven explicó durante la Audiencia:

---

<sup>318</sup> Véase Dúplica de la Demandada.

<sup>319</sup> Véanse Dúplica de la Demandada, apartado 190 (donde se alega que una violación de la Regla del 51 % equivale a "*fraude de ley*"); apartado 199 ("*Las Demandantes incurrieron en falsedades importantes respecto de las condiciones físicas del Sitio del Proyecto y obtuvieron la VA de forma fraudulenta. La SETENA, confiando en estas tergiversaciones emitió la VA para el sitio del Condominio en el año 2008.*"); apartado 493 "*Debido a que el plan fraudulento de las Demandantes respecto de mantener la Concesión de forma gratuita tenía lugar durante los últimos meses del año 2013...*"; apartado 709 ("*El permiso de construcción para el sitio del Condominio se obtuvo de manera fraudulenta porque las Demandantes no cumplieron todos los requisitos legales y la Municipalidad se los informó debidamente*").

8 SETENA. Yo no engaño a nadie.

9 Engañar a un gobierno es una acusación muy  
10 grave. Y engañar a un gobierno bueno, eso es muy  
11 grave. Lo que yo diría, todavía pienso que SETENA es  
12 una agencia que todavía sigue funcionando en Costa  
13 Rica, no creo que se haya cerrado.

14 Cuando uno lanza una alegación sería como  
15 esa, ¿dónde está SETENA, dónde está su declaración?

16 El gobierno -- bueno, trabajan para el  
17 gobierno, pueden ir a la oficina de SETENA. Tenemos  
18 un señor David Aven que les ha engañado, queremos  
19 una declaración en ese sentido. ¿No se hace eso  
20 antes de acusar a alguien de delitos graves? Es  
21 decir, hay que recoger la prueba para demostrarlo.

320

341. Este uso incorrecto es *doblemente* inapropiado debido a que la Demandada nunca ha hecho referencia al estándar específico para "*fraude*" según el derecho de Costa Rica en ninguna de sus alegaciones de "*ilegalidad post-hoc*".<sup>321</sup> Eso a pesar del hecho de que todas las objeciones de ilegalidad de la Demandada se presentan como cuestión de derecho costarricense.
342. Sin tener el beneficio de *ninguna* declaración de testigos de la SETENA que corrobore la trillada acusación de la Demandada de que las Demandantes incurrieron en fraude en la presentación del Solicitud D1, verificar de forma razonable la alegación es una *imposibilidad* práctica para cualquier tribunal. En consecuencia, durante la Audiencia las Demandantes solicitaron que se hiciera una inferencia adversa contra la Demandada por no haber presentado testigos pertinentes de la SETENA:

---

<sup>320</sup> Transcripción en español, 817:8-21.

<sup>321</sup> A pesar de que los reclamos particulares por "fraude" al amparo de la ley costarricense varían en función del tipo de procedimiento (civil, administrativo o penal), en todos los casos se exige que haya habido una **intención fraudulenta** o "*dolo*" en la comisión del acto fraudulento. (Véase. p. ej., Prueba documental R-402, Código Penal de Costa Rica, artículos 30-31 y 216-224).

9 durante el contrainterrogatorio. Entonces, ninguna  
10 de las alegaciones de la demandada contra el señor  
11 Briceño ha sido apoyada. Es simplemente un intento  
12 de mostrarse como las víctimas inocentes del engaño  
13 de los inversores o de la demandante. Nosotros  
14 planteamos que esto se refiere también a los  
15 esfuerzos hechos por la demandada de atacar el buen  
16 nombre del señor Aven y otros inversores cuando  
17 hablan de este supuesto fraude en contra.

18 En mis planteos de cierre en cuanto al  
19 señor Briceño pido al Tribunal que tome una decisión  
20 en contra de la demandada. Nosotros decimos que si  
21 Sonia Phillips, la funcionaria de SETENA responsable  
22 por la emisión de la declaración del 20 de noviembre

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 de 2011, se hubiera puesto delante del Tribunal para  
2 presentar su evidencia eso hubiera mostrado que el  
3 trabajo de Las Olas tendría que haber reanudado a  
4 fines de 2011.

322

343. En este acto las Demandantes reiteran su solicitud de que se dicte una inferencia adversa contra la Demandada por no presentar testigos pertinentes,<sup>323</sup> incluidos testigos de la SETENA. Dicha conclusión es fundamental como cuestión de debido proceso para las Demandantes, ya que no puede permitirse que la Demandada se beneficie de su postura de no cooperar en todos los aspectos de este arbitraje.
344. Sin pruebas de la SETENA, luego de que este Tribunal analiza la retórica vacía de la Demandada y sus ataques personales, el resumen de las pruebas de fraude

---

<sup>322</sup> Transcripción en español, 2292:9-2293:4

<sup>323</sup> Esta solicitud también se presenta con respecto a otros testigos pertinentes a los cuales la Demandada no ha convocado, entre ellos los Sres. Christian Bogantes (del SINAC) y Nelson Masis y Marvin Mora Chinchilla (de la Municipalidad de Parrita).

en la obtención de la VA para el Condominio que presenta la Demandada es que proclama (haciendo principalmente referencia al denominado "*Informe Protti*" que "*siempre ha habido humedales en el sitio*". Sobre la base de esta afirmación, la Demandada acusa a las Demandantes de defraudar a la SETENA para que emitiera a su favor la VA del Condominio.

345. La descabellada teoría de la Demandada de que las Demandantes engañaron a la SETENA para que emitiera a su favor la VA del Condominio ignora que (1) en el informe Protti no se dice que haya humedales; y (2) la SETENA *efectivamente emitió* la VA del Condominio luego de una inspección presencial y un análisis de la Solicitud D1.

346. Además, en el diseño de su defensa *post-hoc*, la Demandada interpreta de manera fundamentalmente incorrecta el estándar de "*carga de la prueba*" del artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, el cual *es de aplicación únicamente en procedimientos judiciales formales de tipo contencioso que involucran cuestiones de protección ambiental*. La Demandada aplica de manera errónea el estándar a la presentación del D1 por parte de las Demandantes, lo cual no es un procedimiento contencioso. En vista de que la presentación de la Solicitud D1 no es un procedimiento judicial contencioso al cual sea de aplicación el estándar de "*carga de la prueba*" del artículo 109, la afirmación *post-hoc* de la Demandada de que correspondía a las Demandantes demostrar la falsedad de todas las impugnaciones por motivos ambientales de la Demandada fracasa.

a. **Las conclusiones contemporáneas de la SETENA al emitir la VA para el Condominio son la mejor prueba de que las Demandantes no recurrieron a fraude para obtener la VA.**

347. Durante la audiencia, las Demandantes demostraron, mediante testigos y prueba documental, que la afirmación de fraude de la Demandada carece totalmente de fundamentos. La prueba más contundente de que no existió ningún tipo de fraude son los pasos que tomó la SETENA para evaluar la Solicitud D1 y la propiedad de Las Olas al emitir la VA para el condominio en 2008.

348. La SETENA emitió correctamente la VA para el Condominio el 2 de junio de 2008, luego de una inspección presencial del Departamento de Gestión Institucional de la SETENA el 8 de noviembre de 2007.<sup>324</sup> Posteriormente, la SETENA ratificó que no había cuerpos de agua en la propiedad luego en otra inspección presencial el 18 de agosto de 2010.<sup>325</sup> Una vez más, la SETENA volvió a respaldar la VA el 15 de noviembre de 2011, luego de analizar los fundamentos de las medidas de restricción.<sup>326</sup> Tal como el Sr. Ortiz explicó durante la Audiencia, la ley costarricense otorga a la SETENA competencia específica para verificar las condiciones en el sitio Las Olas antes de emitir una VA.

17 viabilidades ambientales de SETENA. SETENA además  
18 genera una confianza legítima en los inversionistas  
19 porque en el artículo 83, 84 de la Ley Orgánica del  
20 Ambiente establece como una obligación -y no como  
21 potestad- realizar las inspecciones de campo  
22 correspondientes antes de emitir sus acuerdos.

1 El artículo 13.d del decreto 36815, que  
2 es la reorganización de SETENA, lo confirma. SETENA  
3 está obligada a realizar inspecciones in situ. De 327

349. Si bien el Dr. Jurado no está de acuerdo con la opinión del Sr. Ortiz de que la SETENA tenía una obligación de actuar en el sentido de llevar a cabo inspecciones presenciales para verificar cada Solicitud D1,<sup>328</sup> la falta de coincidencia entre ellos es de tipo académico, ya que ninguno pone en duda que la SETENA de hecho visitó el sitio varias veces, tanto antes como después de emitir la VA para el Condominio.

---

<sup>324</sup> Véase Memorial de réplica de las Demandantes, apartado 226(g)

<sup>325</sup> Véase Prueba documental C-78 (informe de inspección de la SETENA). Tal fue fundamento en el que se basó la SETENA para desestimar la denuncia que le presentó el Sr. Bucelato, y Prueba documental C-83.

<sup>326</sup> Véase Prueba documental C-144.

<sup>327</sup> Transcripción en español 1235:17-1236:3 (donde Ortiz testifica que el artículo 84(d) de la Ley Orgánica establece que una de las funciones de la SETENA es llevar a cabo inspecciones presenciales antes de emitir sus resoluciones).

<sup>328</sup> Transcripción en español, 1039:22-1040:5.

350. Tal como el Sr. Ortiz explicó durante la Audiencia, si bien las determinaciones efectuadas durante las visitas al sitio por, entre otros, la SETENA, el SINAC o el INTA no son "*actos definitivos*", de todas formas merecen el respeto de las demás entidades de la administración pública:

10 consultivos. Esto nos dice entonces que no es tan  
11 cierto que los actos internos sean de mentirillas,  
12 que no sirven para nada, sino que sí, por supuesto que  
13 lo interno obligan al jefarca, porque si se aparta  
14 de estos criterios consultivos debe motivar y  
15 fundamentar por qué se está apartando de ellos.

329

351. Como cuestión de derecho costarricense, es inaceptable que dichos actos de la SETENA queden en segundo lugar de prioridad frente a un único informe, el Informe Protti. Además, tal como se analiza a continuación, el Informe Protti no es, como afirma la Demandada, la prueba fundamental que demuestra que las Demandantes defraudaron a la SETENA.

**b. El Informe Protti no prueba en absoluto que la VA se obtuviera de manera fraudulenta.**

352. Gran parte de la acusación de fraude de la Demandada se basa en el denominado Informe Protti.<sup>330</sup> El Informe Protti es un documento presentado ante la Municipalidad por el abogado del Sr. Aven, el Sr. Sebastián Vargas, en respuesta a la notificación del SINAC de febrero de 2011.<sup>331</sup> En realidad, las Demandantes de hecho presentaron el Informe Protti, y nunca intentaron "*ocultarlo*". El informe contiene observaciones efectuadas por el Sr. Roberto Protti en el sitio Las Olas en julio de 2007.
353. Antes de este procedimiento arbitral, ninguno de los organismos gubernamentales de la Demandada alguna vez había hecho referencia al Informe

---

<sup>329</sup> Transcripción en español, 1234:10-15.

<sup>330</sup> Véase Prueba documental R-11.

<sup>331</sup> Transcripción en español, 786:20-787:13.

Protti ni lo había citado; por lo tanto, es únicamente en las manos del abogado de la Demandada que el informe ha adquirido un carácter casi mitológico en la estrategia de defensa de la Demandada. Tal como el mismo documento y las declaraciones testimoniales durante la Audiencia ponen de manifiesto, la interpretación que la Demandada hace del Informe Protti es, en el mejor de los casos, errónea, y en el peor, deliberadamente engañosa.

354. El Sr. Mussio explicó durante la Audiencia que Mussio Madrigal contrató a una serie de expertos y especialistas para que brindaran asistencia en la preparación de la Solicitud D1, entre los cuales había una empresa de consultoría ambiental llamada TecnoControl, especializada en estudios de suelo.<sup>332</sup> A su vez, TecnoControl contrató al Sr. Protti para que evaluara los riesgos de contaminación del acuífero que abastecería a Las Olas.<sup>333</sup>
355. Según el testimonio del Sr. Mussio, el informe de Protti brindó información sobre las condiciones en general correctas del drenaje en el sitio de Las Olas<sup>334</sup> y de los distintos niveles de saturación, porosidad y otros parámetros hidrogeológicos del suelo que estaba por debajo de la roca sedimentaria.<sup>335</sup> El Sr. Protti efectuó estas mediciones y otras para determinar si existía riesgo de contaminación al acuífero en cuestión. El Sr. Protti llegó a la conclusión de que no existía prácticamente o no existía del todo riesgo de contaminación del acuífero, si bien recomendó que se construyera una planta de tratamiento de aguas con vistas a minimizar el riesgo de vertido directo de aguas de desecho procedentes de la propiedad:
356. *Se deduce de la aplicación de la metodología anteriormente expuesta, que la construcción y operación de este proyecto, plantea una amenaza de contaminación baja a nula para los acuíferos presentes en el subsuelo, sin embargo, dada la cercanía del proyecto con cuerpos de agua superficiales y*

---

<sup>332</sup> Transcripción en español, 389:6-390:1.

<sup>333</sup> Transcripción en español, 443:6-18.

<sup>334</sup> Véanse Prueba documental R-11, p. 4 (manuscrito p. 125); y transcripción en español, 433:10-434:4.

<sup>335</sup> Véanse Prueba documental R-11, p. 4 (manuscrito p. 125); y transcripción en español, 434:5-434:19.

*sensibles a contaminación, se recomienda la construcción de planta de tratamiento para las aguas residuales, de manera que se minimice el riesgo de descarga directa de aguas no tratadas hacia dichos cuerpos de agua, y en especial hacia el estero Aserradero ubicado a unos 200 m sureste del sitio del proyecto.* Tal como explicó el Sr. Mussio, el informe de Protti es un documento técnico vinculado a un estudio de "tránsito de contaminantes", cuyo objetivo es determinar si los niveles bacteriológicos del agua podrían contaminar un acuífero. En su Informe Protti recomendó que en el diseño del proyecto se previera la instalación de una planta de tratamiento, y el Sr. Mussio confirmó que el diseño preparado por su estudio de arquitectura de hecho incluía planos para una planta de tratamiento.

357. Cabe destacar que en sus conclusiones el Informe de Protti no menciona la presencia de humedales en el sitio, ni de nada que se le parezca:

5    diría usted? ¿A qué se refiere este informe?  
6                    R: Básicamente es un estudio técnico que  
7    se llama tránsito de contaminantes. Básicamente lo  
8    que se quiere con ese estudio es identificar si las  
9    bacterias de las aguas tratadas pueden llegar a  
10    contaminar un acuífero. En el caso del reporte,  
11    claramente dice que es baja. Aun así, la  
12    recomendación es que se haga planta de tratamiento.  
13    Es una recomendación sana que de todas maneras,  
14    valga la pena decirlo acá, que así se hizo; se hizo  
15    un diseño de planta de tratamiento. Se contrató un  
16    diseño de planta de tratamiento, el cual es un  
17    estudio -- vamos a ver, es un costo indirecto, lo  
18    costó el desarrollador. Se hizo, se solicitó la

[...]

4    ubicación y se hizo, eso se hizo. Lo que se pretende  
5    es que estas aguas se traten, y que una

6 característica que tiene el agua tratada -que se  
7 llama DBO- sea la aceptable según norma para hacer  
8 el vertido en un cuerpo de agua de flujo constante.  
9 Así lo dice la ley. Tiene que ser un cuerpo de agua  
10 de flujo constante.

11 P: Gracias.

12 Y mirando ahora estas conclusiones  
13 principales en la sección 7, ¿ve usted ahí alguna  
14 recomendación o conclusión que se refiera a sospecha  
15 de que existiese quizás humedal en el sitio?

16 R: No.

336

358. Sería irrazonable poner en duda que el contexto del Informe de Protti deja claro que se trata de un estudio relacionado con el tratamiento de sustancias contaminantes. De hecho, su primera recomendación es que se incluya una planta de tratamiento de agua en el diseño del proyecto Las Olas.
359. A pesar de esto, la Demandada concluye que *una* palabra que aparece en el informe de Protti ("*pantanosos*")<sup>337</sup> es una *prueba afirmativa* de que existían humedales en Las Olas, y que las Demandantes no solamente estaban conscientes de la existencia de esos humedales, sino que "*ocultaron*" el informe de Protti para engañar a la SETENA.<sup>338</sup> Tal como quedó demostrado durante la declaración testimonial del Sr. Mussio y otros, la teoría conspirativa de la Demandada es ofensiva y carece totalmente de fundamentos.
360. Tal como las Demandantes explicaron en su Memorial de Réplica, el informe de Protti (un estudio que versaba sobre el tratamiento de sustancias contaminantes) no cumplió con los requisitos del Protocolo Geológico establecidos en el Decreto Ejecutivo nro. 32712-MINAE para su presentación junto con la viabilidad

---

<sup>336</sup> Transcripción en español, 442:5-443:16.

<sup>337</sup> Transcripción en español, 520:13-18.

<sup>338</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 239 ("*Las Demandantes realizan las siguientes alegaciones en un intento desesperado de justificar el motivo por el cual se **ocultó** el Informe Protti y se lo sustituyó con el Informe Hernández*").

ambiental, y no incluía la información geotécnica exigida por el Decreto Ejecutivo.<sup>339</sup> Por lo tanto, las Demandantes, a través de los expertos que contrataron, tomaron la decisión totalmente racional de presentar informes que cumplieran con los requisitos legales exigidos por la SETENA. No es sorprendente (y *no* es fraudulento) que las Demandantes presentaran otros informes además del informe de Protti para cumplir con los requisitos de la SETENA.

361. Si el objetivo de la Demandada realmente era establecer que el Sr. Protti había visto humedales protegidos en Las Olas en 2007, podría haberle solicitado que preparara una declaración testimonial o haberlo convocado a testificar. La Demandada optó por no hacer eso.

**c. Solicitud D1**

362. El Tribunal ha solicitado a las partes en sus preguntas de cierre que aclaren la presentación del informe de TecnoControl incluido en la Solicitud D1 de las Demandantes para la adjudicación de la VA para el Condominio, identificado como Prueba documental R-13.<sup>340</sup>
363. Luego de analizar el documento en el Prueba documental R-13, una Prueba documental presentada por la Demandada como parte de su Memorial de contestación, las Demandantes pueden confirmar que el documento de TecnoControl que aparece en la página 33 de la Prueba documental R-13 no corresponde al proyecto Las Olas. Por el contrario, el informe de TecnoControl corresponde al "*proyecto Playa Chaman Punta Ballena*", un proyecto no relacionado con Las Olas y con el que las Demandantes no tienen nada que ver. Durante el contrainterrogatorio de la Sra. Priscilla Vargas, las Demandantes plantearon esta cuestión por primera vez como un aparente error *sua sponte*. Las

---

<sup>339</sup> Véase Memorial de réplica de las Demandantes, apartado 242.

<sup>340</sup> Véase Prueba documental R-13.

Demandantes desconocían todos los aspectos de este documento hasta que lo analizaron luego de la Audiencia.

364. **¿Se presentó este informe por error junto con la Solicitud D1?** Es evidente que el informe de TecnoControl para el "*Proyecto en Playa Chaman Punta Ballena*" no debería estar en el expediente de la SETENA sobre Las Olas, y es apropiado decir que su presencia en el expediente es un "*error*". Sin embargo, sobre la base de un análisis del expediente en sí, no es posible determinar si el error es atribuible a las autoridades de la SETENA, quienes como parte de su labor deben encargarse de ordenar los archivos y documentos que se le presentan, o si fue un error de GEOAMBIENTE, la empresa contratada por Mussio Madrigal para obtener la VA cuando presentaron la Solicitud D1. La investigación posterior de seguimiento de las Demandantes no permitió aclarar a quién debe atribuirse el error en lo relacionado con los contenidos del expediente correcto.
365. **¿Alguna vez se hizo un estudio geotécnico para Las Olas?** Sí, las Demandantes, a través de los expertos de GEOAMBIENTE y TecnoControl llevaron adelante los estudios geotécnicos obligatorios. Luego de una exhaustiva búsqueda en los archivos de Mussio Madrigal, las Demandantes han logrado dar con el estudio geotécnico correcto para Las Olas y les complace presentarlo ante el Tribunal.
366. **¿Alguna vez se presentó el informe correcto de TecnoControl?** Sí, el testigo de las Demandantes, el Sr. Mussio, ha confirmado que el informe de TecnoControl en el Prueba documental R-13 posteriormente fue revisado para que incluyera el informe correcto. Si el Tribunal lo necesita, el Sr. Mussio está en condiciones de brindar una breve declaración testimonial a tales efectos.
367. **¿Cómo podemos determinar que el informe de TecnoControl fue presentado, sin tener la confirmación de la SETENA?** Sin basarse en los documentos adicionales en sí o la confirmación de la SETENA de que de hecho recibió el informe de TecnoControl correcto, un análisis de los documentos que

ya obran en el expediente con respecto a revisión técnica de la SETENA respecto de la Solicitud D1 (efectuado por la SETENA el 27 de mayo de 2008)<sup>341</sup> confirma que el informe correcto de TecnoControl sí se presentó, motivo por el cual la SETENA emitió la resolución definitiva 1507-2008 que otorgó la VA del Condominio el 21 de junio de 2008.<sup>342</sup> La resolución definitiva 1507-2008 de la SETENA brinda los siguientes indicadores de que el informe correcto de TecnoControl fue debidamente presentado y evaluado antes de la emisión de la VA del Condominio.

368. El numeral 1 del punto 3 (del "*RESULTANDO*") demuestra que la SETENA requería información adicional luego de una revisión inicial de la documentación. Establece:

***TRES:*** *El día 03 de abril de 2008 es recibida la información solicitada mediante oficio SGP-DGI 098 – 2008, del día 23 de febrero de 2008, en el cual se le solicita al desarrollador la presentación de : un mapa de cobertura vegetal actualizado, certificación registral de la propiedad, pronunciamiento de ACOPAC-MINAE, una declaración jurada de no iniciación de obras sin VLA, tres puntos georreferenciados y un registro fotográfico del AP.*

369. Ninguna de esta documentación se refiere a problemas con el informe geotécnico que se había presentado.
370. El numeral 2 del punto 3 (del "*CONSIDERANDO*") refleja que el D1 que se presentó incluía toda la información técnica, legal y complementaria correspondiente.<sup>343</sup>

***TRES:*** *Según el análisis del Departamento de Gestión Institucional, la documentación contenida en el expediente administrativo y la inspección del sitio, se ha determinado lo siguiente: [...]*

---

<sup>341</sup> Véase Prueba documental R-19.

<sup>342</sup> Véase Prueba documental C-52.

<sup>343</sup> En español (“*El Documento inicial de evaluación ambiental (denominado D1), cumple con la información técnica, legal y complementaria, en los apartados 1.3 y 1.4.*”).

2- *El documento de la evaluación ambiental inicial (llamado D1) cumple con los requisitos de información técnica, legal y complementaria en las subsecciones 1.3. y 1.4.*

371. El numeral 6 del punto 3 (del "CONSIDERANDO") es claro al afirmar que se han presentado los diversos estudios técnicos correspondientes, entre ellos estudios geológicos, geotécnicos y de hidrogeología ambiental.<sup>344</sup> Cabe destacar que se hace referencia explícita al informe geotécnico.

**Tercero: Que de conformidad con el criterio del Departamento de Gestión Institucional y de la documentación que consta en el expediente administrativo, y la inspección realizada al sitio, se ha determinado lo siguiente:**

*6- Presenta los Estudio Técnicos establecidos en el Manual de instrumentos Técnicos para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (nro. 32712-MINAE,). Estudio de Ingeniería básica del Terreno: Estudio Geotécnico de capacidad soportante, certificación sobre la consideración de riesgo antrópico, y el estudio de hidrología básica del cauce de agua más cercano. Presenta el estudio técnico arqueológico rápido del terreno del AP, el cual indica que no requiere más estudios arqueológicos en el AP. Presenta el Estudio de Geología básica del terreno AP: Estudio de Geología básica de la finca, la condición de amenaza natural del AP y el estudio de Hidrogeología ambiental de la finca.*

372. Habría sido imposible que la SETENA hubiera llegado a esas conclusiones sin haber tenido a disposición el informe geotécnico actualizado de TecnoControl. Además, la SETENA no solo había revisado la documentación de las Demandantes adjunta al D1 a los efectos de emitir la VA del Condominio, sino que también había estudiado el expediente en al menos otras seis ocasiones que constan en el expediente:

- i. ASA-590-2011-SETENA (R-77).

---

<sup>344</sup> En español ("Presenta los Estudio Técnicos establecidos en el Manual de instrumentos Técnicos para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (No. 32712-Minae). Estudio de Ingeniería básica del Terreno: Estudio Geotécnico de capacidad soportante, certificación sobre la consideración de riesgo antrópico, y el estudio de hidrología básica del cauce de agua más cercano. Presenta el estudio técnico arqueológico rápido del terreno del AP, el cual indica que no requiere más estudios arqueológicos en el AP. Presenta el Estudio de Geología básica del terreno AP: estudio de Geología básica de la finca, la condición de amenaza natural del AP y el estudio de Hidrogeología ambiental de la finca.").

- ii. SETENA 839-2011 (C-20)
  - iii. Inspección del sitio efectuada por la SETENA (R-97)
  - iv. SETENA 1190-2011 (R-100)
  - v. SETENA 2030-2011 (C-138)
  - vi. SETENA-2185-2011 (R-112)
373. Esto no incluye las decenas de organismos y funcionarios públicos del Gobierno costarricense que también han revisado el expediente de la SETENA sobre Las Olas.
374. Además, es razonable concluir que la SETENA ya tenía en su poder suficiente información geológica con respecto a la propiedad de Las Olas desde 2002, y que ya estaba familiarizada con la propiedad, aun antes de recibir el informe corregido de TecnoControl. Esto se debe a que la SETENA había emitido al menos otras dos VA para el proyecto Las Olas, incluida una VA anterior para la sección del Condominio.
375. Antes de la D1 en cuestión, las Demandantes habían solicitado una VA para un proyecto condominial distinto que incluía tanto la sección del Condominio como partes de la sección de las Servidumbres. Inversiones Costco había solicitado esta VA en 2002, y la SETENA emitió la Resolución 2164-2004 el 31 de noviembre de 2004.<sup>345</sup> Si bien la Resolución 2164-2004 de la SETENA tenía un alcance y cobertura ligeramente distintos a la VA para el Condominio emitida en 2008, esta fue la primera vez que la SETENA analizó el proyecto Las Olas, incluidas las condiciones del sitio. Cabe destacar que la SETENA prorrogó esta VA de 27 de febrero de 2007.

---

<sup>345</sup> Véase Prueba documental R-9.

376. La SETENA también emitió una VA aparte para el Hotel Colinas del Mar en marzo de 2006.<sup>346</sup> Esta VA abarcaba partes del sitio del Condominio y la zona de las Servidumbres.<sup>347</sup>
377. El alcance del estudio geotécnico de Castro de la Torre también incluía las secciones de las Servidumbres y el Condominio, además del área de la Concesión, la cual estaba abarcada en la VA.<sup>348</sup>
378. Por consiguiente, al momento de realizarse la Solicitud D1 y del otorgamiento de la VA para el Condominio en 2008, hacía al menos cinco años que la SETENA venía analizando los aspectos ambientales, geológicos, geotécnicos e hidrológicos de la sección de Condominio del proyecto de Las Olas.
379. La Demandantes presentan estos datos, además de su confirmación de que el estudio geotécnico de TecnoControl efectivamente se realizó, a los efectos de que el Tribunal tenga a su disposición toda la información pertinente vinculada con los estudios geotécnicos de Las Olas. Sin embargo, y para despejar dudas, el hecho de que la SETENA emitió correctamente la VA para el Condominio luego de una exhaustiva revisión técnica del sitio del proyecto, lo que otorgó derechos a su titular e hizo posible la emisión posterior de los permisos de construcción necesarios para la sección del Condominio en 2010, es la mejor prueba contemporánea de que las autoridades gubernamentales estaban al tanto de las condiciones pertinentes en el sitio de Las Olas, y que las Demandantes no obtuvieron los permisos mediante "*fraude*".

**d. Las pruebas presentadas por la Sra. Priscilla Vargas como crítica a la Solicitud D1 no son creíbles.**

380. El informe de la Sra. Priscilla Vargas es un fiel reflejo del modelo de crítica *post-hoc* de la Demandada con respecto a la Solicitud D1 de las Demandantes: a lo largo de este arbitraje, la Demandada ha optado por presentar pruebas valiéndose

---

<sup>346</sup> Véase Prueba documental C-36.

<sup>347</sup> Véanse Pruebas documentales R-4 y C-223.

<sup>348</sup> Véase Prueba documental R-12.

de peritos contratados *en lugar de* ofrecer testimonios contemporáneos de personal de la SETENA o de otros organismos del Gobierno.

381. Un repaso superficial del informe de la Sra. Vargas revela que no es más que una continuación de los argumentos y alegaciones de la Demandada, con la diferencia de que se trata de la Sra. Vargas actuando en reemplazo de los abogados de la Demandada. En consecuencia, este Tribunal no puede aceptar el informe de la Sra. Vargas como uno de naturaleza independiente e imparcial. Tal como la Sra. Vargas confirmó durante la audiencia, ni siquiera declaró el alcance de las instrucciones que recibió del Sr. Erwin, y sus instrucciones no son parte de las pruebas:

6           Señora Vargas: su informe estaba anexo  
7 al segundo informe del señor Erwin. ¿Correcto?

8

9           P: No hay ninguna declaración aquí del  
10 alcance de sus instrucciones. ¿Correcto?

11           R: Sí, señor.

12           P: ¿Recibió instrucciones del señor Erwin,  
13 del abogado de la demandada, de quién recibió  
14 instrucciones con respecto a este asunto?

15           R: Del señor Erwin.

16           P: Pero usted no dejó constancia de esas  
17 instrucciones para que todos nosotros o el Tribunal  
18 pueda comparar sus opiniones con esas instrucciones.

19           R: Están en la presentación, en el informe  
20 escrito no.

21           P: ¿Entonces no están?

22           R: (Interpretado del inglés) ¿Podría

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 repetir la pregunta?

2           P: No constan en la presentación, no  
3 constan en el informe, no sabemos sobre qué bases ha  
4 expresado su opinión.

5           R: ¿Eso es una pregunta?

6 P: Sí.  
7 R: Bueno, me acaba de escuchar decirle  
8 cuál es.  
9 P: ¿Podría indicar una diapositiva o una  
10 página del informe en donde usted exprese las  
11 instrucciones?  
12 PRESIDENTE SIQUEIROS: (Creo que la  
13 pregunta) más directa es: ¿de quién recibió las  
14 instrucciones y si están reflejadas en su reporte?  
15 SEÑORA VARGAS: Las instrucciones las  
16 recibí del señor Erwin y el resumen del alcance es  
17 la lámina 1, me parece, después de la -- de la  
18 portada.  
19 Y es muy sucinto porque es una  
20 presentación, claramente.  
21 SEÑOR BURN (Interpretado del inglés): ¿Así  
22 que esta diapositiva que le muestro acá es donde

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 están sus instrucciones? ¿Eso es lo que usted  
2 presenta como prueba?  
3 SEÑORA VARGAS: Es un resumen del alcance  
4 que se me solicitó.  
5 P: Nosotros no aceptamos que esos sean  
6 instrucciones adecuadas para comprender el alcance  
7 del testimonio de la señora Vargas.

349

382. Queda claro que la Demandada y la Sra. Vargas nunca han revelado a este Tribunal de naturaleza y alcance de su trabajo para la Demandada, y nunca han demostrado su independencia y experiencia profesional. Este Tribunal no debe

---

<sup>349</sup> Transcripción en español, 1817:6-1820:7. Vale mencionar que las Demandantes no aceptan que la Sra. Vargas tenga derecho a presentar sus instrucciones como prueba dentro de las diapositivas de demostración presentadas durante la Audiencia.

aceptar su testimonio debido a que no cumple los requisitos para considerarse como prueba, ni puede clasificarse como un informe experto independiente.<sup>350</sup>

383. Con eso en mente, las posturas que aduce la Sra. Vargas en su informe tampoco son creíbles, especialmente en lo relacionado con su testimonio de crítica de la Solicitud D1. Su informe se basa exclusivamente en la presunción de que existían humedales y bosques protegidos en Las Olas, y que las Demandantes omitieron revelar su presencia.
384. Por ejemplo, en el apartado 1(d) de su informe, la Sra. Vargas supone que “*los distintos ecosistemas o asociaciones de vegetales [...] eran **claramente más que pastizales***” sin ninguna referencia de apoyo;
385. De la misma manera, en el apartado 1(g) de su informe, la Sra. Vargas argumenta que “*el EMP no identificaba todos los cursos de agua en el sitio que drenaban hacia el Río Aserradero (humedales KECE 6, 7, 8)*”. Esta conclusión infundada adopta las conclusiones del segundo informe KECE, a pesar de que no explicita sus supuestos en ningún lugar del informe.
386. Además, la crítica que la Sra. Vargas hace contra las Demandantes carece de referencia alguna a la SETENA, por ejemplo, sus trabajos de revisión técnica y la aprobación de la VA para el Condominio de las Demandantes. Como la Sra. Vargas confirmó en su conainterrogatorio, ella nunca se comunicó con la SETENA respecto de las varias VA emitidas para el proyecto Las Olas, y desconoce la manera en que la SETENA llevó a cabo su proceso de revisión técnica para llegar a sus conclusiones. Además, tampoco tomó en cuenta las VA que obtuvieron las Demandantes antes de la VA para el Condominio en 2008, las cuales abarcaban partes de las secciones del Condominio y las Servidumbres.

---

<sup>350</sup> Es importante destacar que la Sra. Vargas ni siquiera firmó su informe, como lo exige la Orden de Procedimiento nro. 1. Véase Orden de Procedimiento nro. 1, apartado 22.3 (“*Cada declaración testimonial e informe experto deberá estar firmado y fechado por el testigo.*”)

6 documento que se refiera al Proyecto Las Olas. Usted  
7 no contactó a SETENA para conversar sobre los  
8 permisos de viabilidad ambiental que habían emitido  
9 con relación al proyecto. ¿Correcto?

10 R: Correcto.

11 P: Así que usted no sabe que en 2004  
12 SETENA emitió una viabilidad ambiental que abarcaba

13 la totalidad del proyecto, incluido el Condominio y  
14 las servidumbres. Usted no lo sabía, ¿no es cierto?

15 R: Esa no es la totalidad del proyecto. La  
16 totalidad del proyecto, aún si eso fuera cierto,  
17 incluye lotes comerciales que no están descritos en  
18 ese alcance que está...

19 P: Pido disculpas por interrumpir pero  
20 usted está perdiendo tiempo al no responder la  
21 pregunta. Usted no sabía, ¿no es cierto?, que en  
22 2004 SETENA emitió una viabilidad ambiental que

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 abarcaba el Condominio y las servidumbres. ¿Sí o no?

2 R: Sí.

3 P: Gracias. Y nadie de SETENA está aquí en  
4 este procedimiento. ¿Correcto?

351

387. Finalmente, el testimonio de la Sra. Vargas debe rechazarse por completo debido a que, tal como ya se analizó, no tuvo en cuenta el hecho de que el informe de TecnoControl, en el cual se basó para elaborar una sección completa de su informe, no pertenecía al proyecto Las Olas.

---

<sup>351</sup> Véase Transcripción en español, 1822:6-1823:4.

16                   Una pregunta muy sencilla. ¿Podría leer el  
17 destinatario de este informe, donde dice "señor"  
18 cerca de la parte superior?  
19                   SEÑORA VARGAS: Mauricio Mussio.  
20                   P: ¿Y debajo?  
21                   R: Proyecto en Playa Chamán, Punta  
22 Ballena.

- VERSIÓN CORREGIDA -

1                   P: Así que este documento no se refiere al  
2 Proyecto Las Olas. ¿No es cierto?  
3                   R: A mí me parece que sí se refiere,  
4 aunque la referencia geográfica está equivocada.  
5                   P: Pero yo creo que este no es un  
6 documento que se refiera al Proyecto Las Olas. Usted .<sup>352</sup>

388. La Sra. Vargas redobló su apuesta de negarse a admitir que no había analizado el documento correcto, aun cuando el Tribunal le planteó preguntas adicionales. De forma muy atrevida, la Sra. Vargas también sostuvo que ninguna de sus conclusiones en realidad dependía de analizar el documento correcto.

---

<sup>352</sup> Transcripción en español, 1821:16-6.

10 PRESIDENTE SIQUEIROS: Yo tengo una  
11 pregunta con respecto a los abogados de la parte  
12 demandante, la llevaron a analizar el informe que se  
13 presenta a partir de la página 000187 en el  
14 separador 2, que es un anexo de la prueba R-13. Y es  
15 donde estaba la referencia que estaba dirigido este  
16 reporte al arquitecto Mauricio Mussio pero referido  
17 a un proyecto distinto al Proyecto Las Olas. ¿Lo  
18 tiene ahí? ¿Cuál es la relevancia de esto? Ayúdeme a  
19 entender por qué -- por qué acompaña el arquitecto  
20 Mussio a su solicitud D1 a la SETENA para el  
21 proyecto del Condominio Las Olas el reporte de otro  
22 proyecto.

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 SEÑORA VARGAS: En realidad, mi impresión  
2 es que este informe sí corresponde al sitio Las Olas  
3 y el estudio geotécnico, que esto es un estudio  
4 geotécnico, habla de mecánica de suelos, de  
5 condiciones de sedimentación de obras, es uno de los  
6 siete u ocho estudios básicos requeridos por  
7 regulación que deben anexarse al D1, igual que tiene  
8 que anexarse otro de biología, geología,

9 hidrogeología, arqueología. Es una lista larga de  
10 estudios que tienen que anexarse y el de suelos,  
11 geotécnica, es uno de ellos.

12 PRESIDENTE SIQUEIROS: Pero cómo es que  
13 llega a esa conclusión de que el -- a su criterio  
14 está sí corresponde a ese proyecto cuando -- qué es  
15 lo que lo lleva a concluir que se trata de este  
16 proyecto. Yo estoy viendo unas páginas adelante,  
17 estoy viendo en la página 174, 000174, que incluso  
18 el plano del lugar parece ser diferente.

19 SEÑORA VARGAS: Más o menos. En realidad,  
20 la -- es un pésimo mapa, yo no voy a discutir la  
21 calidad del mapa, da vergüenza la verdad, es un  
22 pésimo mapa. Pero si lo vemos arriba tiene una calle

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 ancha que pareciera decir carretera costanera o cosa  
2 por el estilo, que es como se conoce la vía  
3 principal entre Jaco y Quepos, que es la calle que  
4 limita con el Proyecto Las Olas en el sector norte.  
5 Y en el sector suroeste, digamos, hay una calle  
6 vecinal con una forma de acceso limitada similar a  
7 lo que se tiene en el contexto de Las Olas. A mí me  
8 da la impresión de que sí lo es. En todo caso,  
9 ninguna de las conclusiones que les acabo de indicar  
10 varía en función de este reporte.

11 PRESIDENTE SIQUEIROS: Pero es eso  
12 simplemente, una impresión que tiene usted de que se  
13 refiere -- no hay nada en él que...

14 SEÑORA VARGAS: Yo no puedo demostrar que  
15 sea parte del -- que se haya hecho en el sitio, en 353

---

<sup>353</sup> Transcripción en español, 1830:10-1832:15.

389. Como mínimo, es inquietante que la Sra. Vargas admita que sus conclusiones no dependen de evaluar la Solicitud D1 correcto, y que sus conclusiones seguirían siendo las mismas.
390. En suma, el Tribunal no debería dar ningún peso al informe de la Sra. Vargas debido a que: (1) ella no es (ni tampoco afirma ser) un perito independiente; (2) no reveló el alcance de sus instrucciones y del informe que preparó; (3) dedicó una sección entera de su informe a un informe de TecnoControl incorrecto (y aun así no reconoció que no tenía nada que ver con Las Olas); y (4) afirma que sus conclusiones serían las mismas independientemente de los contenidos de la información geotécnica presentada.
- e. **La Demandada interpreta de forma incorrecta el artículo 109 de la Ley de Biodiversidad y la noción de "*carga de la prueba*" que corresponde al desarrollador.**
391. Durante el contrainterrogatorio del Sr. Mussio a cargo de la Demandada, su abogado hizo referencia al artículo 109 de la Ley de Biodiversidad como autoridad para la proposición de que corresponde al desarrollador, cuando solicita una VA, demostrar de manera afirmativa que no existen riesgos de degradación ambiental:

16 P: ¿Usted conoce la carga de la prueba  
17 que tiene que asumir un promotor cuando presenta la  
18 solicitud D1?

19 R: Me disculpa, pero no entiendo el  
20 concepto de carga de prueba.

21 P: Vamos a mirar C-207, que es la ley  
22 ambiental que está en la pestaña 4 de su carpeta.

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 Usted me acaba de decir que no entiende el concepto  
2 de carga de prueba.

3 ¿Puede mirar el artículo 109, por favor?  
4 ¿Es la primera vez que usted ve este artículo?

5 R: Sí, es la primera vez que lo veo.

6

7 P: Déjeme leérselo. Artículo 109. C-207.

8 Espero que el Tribunal tenga a mano. (En español)

9 "La carga de la prueba de la ausencia de  
contaminación, degradación o

10 afectación no permitidas, corresponde a quien

11 solicita la aprobación, el permiso o acceso a la

12 biodiversidad o a quien se le acuse de haber

13 ocasionado daño ambiental".

354

392. El intento del abogado de la Demandada de interpretar el artículo 109 de manera aislada es engañoso, tal como queda claro por su referencia al texto del artículo 109 en sí, el cual habla de “*a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental*”. El abogado de la Demandada no explicó que el artículo 109 es una norma que pertenece a la sección “*Procedimientos, procesos y sanciones en general*”, la cual se relaciona con procedimientos contenciosos iniciados contra el desarrollador en tribunales administrativos o generales.<sup>355</sup> Es en el caso de procedimientos contenciosos que la carga de la prueba corresponde al

<sup>354</sup> Transcripción en español, 374:16-375:13.

<sup>355</sup> Véase Prueba documental C-207, p. 44.

desarrollador, no durante la fase inicial de la Solicitud D1, cuando no hay acusaciones de deterioro ambiental.

393. Como es su costumbre, la Demandada reiteró una y otra vez esta interpretación incorrecta de la ley de Costa Rica para argumentar con el testigo y oscurecer los aspectos jurídicos realmente importantes. Las declaraciones erróneas llegaron a un punto en que el abogado de las Demandantes se vio obligado a protestar.

10 P: Señor, la carga de la prueba, que ya  
11 acabamos de ver en la ley costarricense, pues es el  
12 promotor que la asume.  
13 SEÑOR BURN (Interpretado del inglés):  
14 Tengo que objetar, porque estas preguntas se están  
15 planteando en base a un mal entendido fundamental de la  
ley. Y  
16 eso es lo que subyace a sus preguntas. Podemos  
17 proceder pero es una pérdida de tiempo porque se basa en  
un error de entendimiento de la  
18 ley. Podemos volver a subsanarlo. Pero quiero que  
19 quede claro al Tribunal que se basa en un error  
20 fundamental. 356

394. Durante el segundo interrogatorio de las Demandantes, este error en las preguntas argumentativas de la Demandada quedó corregido:

---

<sup>356</sup> Véase Transcripción en español, 381:10-20.

8 P: ¿Y se acuerda que el señor Leathley le  
9 dirigió al artículo 109 sobre la carga de la prueba?  
10 R: Sí, señor.  
11 P: Y luego presentó varias propuestas  
12 sobre la importancia de esta disposición para la  
13 conducta de los promotores en cuanto a temas  
14 ambientales. ¿Se acuerda de eso?  
15 R: Sí, señor.  
16 P: ¿Puede mirar la página anterior? Y  
17 leer, por favor, el título, empezando con el  
18 capítulo 9. Es decir, la página anterior, antes del  
19 artículo 105.  
20 R: No tengo la página.  
21 P: Creo que va en dirección opuesta.  
22 R: ¿Artículo me dijo?

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 P: Artículo 105, artículo 105.  
2 R: Okay.  
3 P: Y ve el título arriba.  
4 R: Procedimientos, procesos y sanciones en  
5 general.  
6 P: Y ve el artículo 105 inmediatamente  
7 debajo.  
8 R: Sí.  
9 P: ¿Puede leer el texto?  
10 R: "Toda persona estará legitimada para  
11 accionar en sede administrativa o jurisdiccional en  
12 defensa y protección de la biodiversidad."

357

395. El testimonio del Dr. Jurado confirma que la carga de la prueba que establece el artículo 109 se aplica únicamente en el contexto de un litigio en el que se intente determinar si se han producido o no daños ambientales:

---

<sup>357</sup> Transcripción en español, 431:8-432:12.

5                   SEÑOR JURADO FERNÁNDEZ: La carga de la  
6 prueba implicaría eso si estamos en un litigio para  
7 tratar de determinar si hay afectación o no del  
8 ambiente. En el caso de una evaluación ambiental se  
9 parte del supuesto de que puede haber una afectación  
10 del ambiente. La carga de la prueba aquí lo que  
11 quiere decir es que el desarrollado tiene que  
12 decirle a la administración cuáles podrían ser los  
13 efectos dañinos de su proyecto y qué medidas propone  
14 adoptar para mitigar esos efectos. Esa es la carga  
15 de la prueba. 358

396. Cuando se interpreta correctamente, esta “*carga de la prueba*” aplicable en procedimientos contenciosos contra un desarrollador no puede aplicarse a la presentación por su parte de la Solicitud D1 inicial. En este caso, la Demandada no ha interpuesto un procedimiento administrativo independiente para lograr la nulidad de la VA del Condominio o de los permisos de construcción como lo exige la ley de Costa Rica, en cuyo caso la carga de la prueba mencionada podría ser de aplicación.

5. **Las impugnaciones de la Demandada contra las Servidumbres no prosperan.**

397. Tal como ya se ha analizado, la defensa *post-hoc* de la Demandada con respecto a una serie de ilegalidades no es procedente en este arbitraje, entre otras cosas debido a que nunca se dictó en Costa Rica ninguna sentencia a los efectos de que las Demandantes hubieran actuado de manera ilícita. Esto es aún más cierto en lo referido a las acusaciones retrospectivas e ilusorias de las Demandada respecto de las Servidumbres. Al igual que con sus afirmaciones infundadas de que la VA para el Condominio se obtuvo de manera ilícita, *supra*, de manera similar la Demandada procura poner en tela de juicio la validez de permisos de construcción que la Municipalidad de Parrita otorgó debidamente. Y al igual que con las acusaciones *post-hoc* de “*fraude*”, los chapuceros intentos de la

---

<sup>358</sup> Transcripción en español, 1069:5-15. La transcripción en inglés no tenía una traducción completa y precisa.

Demandada de impugnar los permisos de construcción que emitió la Municipalidad luego del hecho no pueden invalidar los reclamos de las Demandantes.

398. Tal como ya se explicó, el Dr. Jurado y el Sr. Ortiz concuerdan en que los permisos de construcción otorgados a las Demandantes son actos definitivos que otorgan derechos a las Demandantes, y en tal sentido son vinculantes para todos los entes de la Administración Pública.<sup>359</sup> Al igual que la VA que se analizó anteriormente, la Demandada no puede pasar por alto el hecho de que la Municipalidad de hecho emitió los permisos de construcción para las Servidumbres. Pero a pesar de eso, la Demandada intenta construir un relato inventado y retrospectivo en el cual las Demandantes, a través de una estrategia ilícita, buscaron evadir las leyes ambientales de Costa Rica para seguir adelante con la construcción de las Servidumbres.
399. Al igual que con sus otras defensas *post-hoc* en materia de admisibilidad, la Demandada no puede hacer referencia a ningún documento durante el periodo de tiempo en cuestión que indique que sus organismos gubernamentales expresaran preocupación de que se estaba produciendo un fraccionamiento ilícito. La Demandada tampoco señala a ninguna prueba de que las autoridades gubernamentales de ese momento tuvieran dudas con respecto a la legalidad de la forma en la que se planearon las Servidumbres. Por lo tanto, el argumento de la Demandada respecto del fraccionamiento es un elemento desarrollado por sus abogados exclusivamente a los efectos de este arbitraje
400. Aun así, en su esfuerzo por distraer la atención de sus contravenciones al DR-CAFTA, la Demandada presenta una versión incompleta y muy conveniente a su postura en cuanto a la ley costarricense en materia de fraccionamiento, loteamiento y planificación de tierras. Tal como se explica a continuación, las Demandantes (a través de peritos que contrataron en el ámbito local, entre ellos

---

<sup>359</sup> Véase sección V, B, 1.a del Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes.

el Sr. Mussio) se ajustaron a las leyes aplicables con respecto a la planificación, fraccionamiento y obtención de permisos para las Servidumbres.

401. Además, la acusación de la Demandada de que las Demandantes fraccionaron de forma ilícita el proyecto (1) pasa por alto las diversas consultas que las Demandantes presentaron ante la Municipalidad antes de la emisión de los permisos de construcción pertinentes; (2) de forma ilícita pone en duda la correcta interpretación de las Demandantes respecto de la ley local; (3) ignora el hecho de que tanto la SETENA como la Municipalidad estuvieron al tanto, en todos los momentos pertinentes, de los planes de las Demandantes respecto de las Servidumbres; y (4) incluye un recurso hipotético contra los permisos de construcción por motivos de "*fraccionamiento*" que nunca ocurrió en Costa Rica.

**a. La interpretación de las Demandantes de la ley INVU, el plan regulador y otras normas aplicables en materia de uso y planificación de tierras al obtener los permisos de construcción para las Servidumbres fue lícita y de buena fe.**

402. Durante la Audiencia, el Sr. Mussio demostró ser una persona con sólidos conocimientos sobre las normas costarricenses de uso y planificación de tierras. Tanto el Dr. Jurado como el Sr. Ortiz complementaron los conocimientos prácticos del Sr. Mussio en su análisis de las normas pertinentes de la ley de Costa Rica respecto del uso y planificación de tierras. Antes que abocarse a la objeción de admisibilidad de la Demandante respecto de la "*ilegalidad*" relacionada con la Servidumbre, es útil resumir las disposiciones pertinentes en materia de uso y planificación de tierras para la Municipalidad de Parrita en el contexto del proyecto Las Olas.

**b. La Demandantes consultaron los planes reglamentarios aplicables en la Municipalidad de Parrita antes de obtener los permisos para las**

**Servidumbres, según los cuales la tierra estaba apta para obras de construcción.**

403. En el nivel más fundamental, las Partes están de acuerdo en el hecho de que cada municipalidad (y no organismos gubernamentales en materia ambiental) emite los permisos de construcción necesarios para los proyectos que están dentro de su jurisdicción. El Sr. Mussio lo confirmó durante la Audiencia:

19 COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés):  
20 ¿Entiendo bien su testimonio de esta mañana durante  
21 el contrainterrogatorio que los permisos para  
22 construcción son emitidos por la Municipalidad, no

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 por las otras agencias ambientales?

2 SEÑOR MUSSIO: El permiso de construcción

3 lo da el gobierno local. Sí, señor.

360

404. Si bien el proceso de planificación de un proyecto en el ámbito de la Municipalidad culmina con la emisión de un permiso de construcción, esa no es la manera en la que los desarrolladores inician proyectos. Por el contrario, tal como explicó el Sr. Mussio durante su testimonio, el desarrollador inicia el proceso al consultar con la Municipalidad y estudiar su plan regulador, además de realizar diversos estudios. Este plan regulador es de importancia fundamental: rige la manera en que un desarrollador puede usar la tierra, ya que los desarrolladores no pueden usarla de una manera que vaya en contra del plan regulador.

---

<sup>360</sup> Transcripción en español, 476:19-477:3.

7 yo refería que antes del permiso de construcción al  
8 Municipio hay que consultarle, como lo tengo en el  
9 testimonio mío, hay que pedir permisos de vertido,  
10 por ejemplo, de las plantas de tratamiento, permisos  
11 de la evacuación pluvial; agua, muy importante el  
12 agua potable. Un proyecto no es proyecto si no tiene  
13 agua.

14 El uso de suelo es un documento de fondo  
15 administrativo en el caso de Las Olas. Es importante  
16 subrayar que hay un plan regulador. El plan  
17 regulador es un plan más específico que la norma  
18 general o que la ley general, a mi entender es ley.  
19 El plan regulador se convierte porque al entrar en  
20 vigencia el plan regulador, uno refiere al  
21 reglamento del plan regulador, a los mapas de uso  
22 del plan regulador, se obvia por ejemplo, el  
  
1 reglamento de construcción porque el plan regulador  
2 tiene esas características y eso es lo que le  
3 regula. Pero sí son muchos los estudios, ¿verdad?

361

405. El Dr. Jurado confirmó y amplió la explicación del Sr. Mussio respecto de los planes reguladores emitidos por cada municipalidad, así como su naturaleza vinculante desde el punto de vista jurídico. En su testimonio del Dr. Jurado aclaró que los planes reguladores rigen el uso de la tierra, y se llevan a cabo en coordinación con el INTA de acuerdo con la taxonomía de los suelos y la Metodología de Uso de Tierras que establece el Decreto Ejecutivo 20501-MAG-MIRENEM.<sup>362</sup> (Cabe mencionar que se trata de la misma Metodología de Uso de Tierras que se emplea para determinar la existencia de suelos hídricos).
406. En consecuencia, el plan regulador debe tomar en cuenta la Metodología de Uso de Tierras que establece el Decreto Ejecutivo nro. 20501-MAG-MIRENEM, y

---

<sup>361</sup> Transcripción en español, 429:7-430:3.

<sup>362</sup> Véase Prueba documental R-401.

la Municipalidad emite certificaciones de uso de tierras sobre la base de estos planes reguladores:

17 P: Usted conoce como conocedor del derecho  
18 costarricense que los planes reguladores son  
19 dictados por las municipalidades locales dentro de  
20 su territorio, por la municipalidad dentro de cada  
21 territorio en ayuda y asesoría del mismo. ¿Correcto?

22 R: Correcto.

1 P: Esos planes urbanísticos que dictan la  
2 Municipalidad son leyes. ¿Correcto?

3 R: Son leyes. Tienen efectos normativos.

4 P: Correcto. Esos efectos normativos que  
5 tienen rango de ley...

6 R: Le queda rango de ley si tiene efecto  
7 normativo.

8 P: Esos efectos normativos establecen una  
9 división, una zonificación que la Municipalidad hace  
10 en base a sus análisis y estudios y determina las  
11 zonas y las características y los usos de suelo  
12 correspondiente. ¿Correcto?

13 R: Los planes reguladores tienen  
14 reglamentos de uso de suelo que se basan en una  
15 zonificación, sí.

16 P: Una Municipalidad que tiene un plan  
17 regulador y emite los usos de suelo tiene que  
18 emitirlos con base en ese plan regulador. ¿Correcto?

19 R: ¿A qué se refiere cuando emite los usos  
20 del suelo?

21 P: Uno de los primeros requisitos, y usted  
22 como especialista ambiental, cuando alguien quiere

1 realizar un proyecto de cualquier índole, es ir a  
2 pedir una certificación de uso de suelo.

3 R: ¿Se refiere a las certificaciones?

4 P: Correcto.

5 P: Eso la Municipalidad lo emite con base  
6 en el plan regulador, de existir.

7 R: Exacto, la certificación lo que indica  
8 con respecto a un lote determinado es cuál es el uso  
9 permitido según la zonificación.

363

407. En vista de que las Municipalidades emiten planes reguladores en consulta con el INTA, están obligadas a consultar la misma Metodología de Uso de Tierras (Decreto Ejecutivo nro. 20501-MAG-MIRENEM) que se utiliza para determinar la presencia de suelos hídricos según el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE.<sup>364</sup> En consecuencia, el proceso de consulta del desarrollador con la Municipalidad al verificar y obtener una certificación para uso de tierras basada en el plan regulador de la Municipalidad es el primer paso para asegurarse de que el plan de desarrollo cumple con las leyes vigentes, y sería el primer indicador que confirmaría que la tierra está apta para obras de construcción. Por otro lado, el plan regulador sería la primera indicación de que no es posible llevar adelante tareas de construcción debido a la presencia de suelos hídricos.
408. Debido a que este proceso de consulta con la Municipalidad culminó en la emisión de permisos de construcción, queda claro que a la Municipalidad no le preocupaba que los planes del Sr. Mussio pudieran no ajustarse al plan regulador. Lo que es más importante, al emitir los permisos de construcción para las Servidumbres, la Municipalidad no planteó ninguna inquietud en cuanto a que, según la información del plan regulador, la construcción fuera a desarrollarse en suelos hídricos. Este Tribunal recordará que, según el Decreto Ejecutivo 35803-

---

<sup>363</sup> Transcripción en español, 1149:17-1151:9.

<sup>364</sup> Tal como ya se analizó, los criterios para determinar la presencia de humedales se establecen en el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE, e incluyen la presencia de condiciones hidrológicas, suelos hídricos y vegetación hidrófila.

MINAE, la ley costarricense exige la presencia de suelos hídricos como requisito para establecer la presencia de humedales.<sup>365</sup>

409. Este proceso de consultas con la Municipalidad también incluyó un análisis de los planes sugeridos de construcción y desarrollo de las Demandantes, incluidas las tareas de fraccionamiento (loteo). El Sr. Mussio explicó que había llevado adelante este proceso de consultas con la Municipalidad y hablado sobre las tareas de fraccionamiento:

13 COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés):

14 Esa justamente era mi siguiente pregunta y es: si un  
15 cliente viene donde usted hoy, con un terreno a ser  
16 desarrollado más o menos de un cierto tamaño,  
17 entonces, ¿en su opinión el concepto de  
18 fragmentación es correcto, aún después de haber  
19 vivido por este caso?

20 SEÑOR MUSSIO: Es importante aclarar algo,  
21 primero está lo que el cliente quiere. O sea, la --  
22 el objetivo del cliente. Y lo que el cliente quiere

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 de su proyecto para mí eso es lo más importante.  
2 Asumiendo que lo quiera hacer, a pesar de esto es  
3 algo que la norma lo permite, es algo que está en la

---

<sup>365</sup> Véase sección IX del Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes.

4 ley, es algo que se permite. No podría -- vamos a  
5 ver, sería yo un mal asesor, desde mi perspectiva y  
6 con mi conocimiento, que la próxima semana llegue  
7 alguien con una propiedad frente a calle pública que  
8 cumpla, es muy importante, que cumpla con lo que  
9 está. Cuando yo digo con lo que está es la  
10 normativa, sea plan regulador muy detallado o la ley  
11 de construcción que es muy -- es muy, muy amplia, es  
12 muy general. Entonces, permite segregaciones muy  
13 pequeñas. En este caso, hay que -- hay que -- si me  
14 lo permite, vale la pena el plan regulador del  
15 Cantón de Parrita es un plan regulador muy  
16 visionario. Es un plan regulador que, si no me  
17 equivoco, en el 97 se implementa y tiene una  
18 relación entre la pendiente y el tamaño del lote.

19           ¿Qué quiero decir con esto? Que hoy en día  
20 salen planes reguladores que lo que hacen es  
21 confundir en cuanto a cobertura y densidad y -- ese  
22 plan es muy visionario, este, a mi parecer, a pesar

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 de que ya es un plan regulador un poco -- un poco  
2 viejito, este, es bastante, bastante inteligente.

3           COÁRBITRO BAKER (Interpretado del inglés):  
4 Voy a llevarlo de nuevo a algo que usted observó  
5 hace un momento y a ver si le entendí correctamente.

6           Yo le había entendido a usted que usted  
7 dijo que antes de presentar la solicitud D1 que  
8 usted o miembros de su empresa habían viajado al  
9 pueblo de Parrita para poder hablar con ellos y ver  
10 que -- para que les diera su consentimiento al plan  
11 de fragmentación. ¿Le entendí bien?

12           R: Sí, señor.

366

---

<sup>366</sup> Transcripción en español, 474:13-476:12.

410. En consecuencia, antes de que emitieran los permisos de construcción para las Servidumbres, el Sr. Mussio había consultado con la Municipalidad de Parrita en nombre de las Demandantes con respecto a los planes de desarrollo para Las Olas, incluidos temas vinculados con las tareas de fraccionamiento del sitio. Por lo tanto, la Municipalidad sabía sobre los planes y actividades que las Demandantes estaban llevando adelante en las Servidumbres antes de emitir los permisos de construcción. El hecho de que la Municipalidad haya emitido los permisos de construcción para las Servidumbres (documentos que reflejan decisiones definitivas que otorgan derechos a sus titulares y que tienen efectos sobre terceros) es la prueba contemporánea más concluyente de que los planes de las Demandantes con respecto a las Servidumbres no fueron "ilegales".
411. Finalmente, es un hecho indisputable que la SETENA (el organismo oficial encargada de emitir las VA) visitó el sitio de Las Olas *tres veces*<sup>367</sup> y nunca presentó ninguna objeción con respecto a los planes de las Demandantes de llevar adelante obras de desarrollo en la propiedad, entre ellas las Servidumbres. Esto no hace más que confirmar el hecho de que la Demandada únicamente presentó esta cuestión a los efectos de sustentar una defensa de admisibilidad cínica, artificial y errónea en *este arbitraje*, en lugar de hacerlo en un procedimiento instituido en Costa Rica.

**c. Las Demandantes también consultaron las normas del INVU que permite la creación de servidumbres.**

412. Además de consultar con la Municipalidad de antemano, las Demandantes también consultaron las normas aplicables del INVU. Durante la Audiencia, el Sr. Mussio explicó que el INVU, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, una entidad autónoma del gobierno de Costa Rica y de cuyo directorio él es parte, brinda los conocimientos técnicos necesarios.<sup>368</sup> Por lo tanto, el Sr. Mussio está

---

<sup>367</sup> Transcripción en español, 972:5-12 y Sección IX, D, 5.d del Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes.

<sup>368</sup> Transcripción en español, 353:7-19.

íntimamente familiarizado con la práctica de los desarrolladores de aplicar las normas promulgadas por el INVU.

413. Tal como destacó el Sr. Ortiz en su informe experto<sup>369</sup> y en su testimonio durante la Audiencia,<sup>370</sup> el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones emitido por el INVU autoriza el fraccionamiento de tierras mediante servidumbres:

10    Simplemente para aclarar, Las Servidumbres están  
11    reguladas en el Código Civil; simple y sencillamente  
12    es la división de una finca o de un lote, donde uno

[...]

19    agraria con lotes muchísimo más amplios. La  
20    servidumbre no es libre. Es decir, no es que no  
21    necesita ningún trámite. Las Servidumbres tuvieron  
22    que haber pasado por el Instituto Nacional de

1    Vivienda y Urbanismo para su visado y un visado por  
2    parte de la Municipalidad. Si la Municipalidad  
3    hubiera considerado que esas servidumbres requerían  
4    un estudio de impacto ambiental, no hubiera visado ni  
5    hubiera otorgado los permisos que otorgó para  
6    Las Servidumbres. Además, pasan y se registran en el  
7    Catastro Nacional y en el registro nacional.

371

414. Posteriormente, el Sr. Ortiz estuvo de acuerdo en que el artículo II(2)(1) del Reglamento aporta el fundamento para las obras de división y fraccionamiento:

---

<sup>369</sup> Véase Informe Experto de Luis Ortiz, apartados 108-112

<sup>370</sup> Transcripción en español, 971:19-972:14.

<sup>371</sup> Transcripción en español, 1238:10-1239:7.

*Todas las parcelas resultantes de un fraccionamiento tendrán acceso directo a vía pública. Con carácter de excepción, el INVU [Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo] y las Municipalidades podrán admitir la subdivisión de lotes mediante servidumbres de paso, siempre que se cumpla con las siguientes normas:*

*La servidumbre se aceptará en terrenos especiales en que por su ubicación o dimensiónse demuestre que es imposible fraccionar con acceso adecuado a vías públicas existentes, utilizándose preferentemente para casos en que ya existan viviendas en el lote.*

<sup>372</sup>

415. El Sr. Ortiz testificó que, en la práctica, el concepto de usar servidumbres como parte de este tipo de fraccionamiento es muy común en Costa Rica.<sup>373</sup>
416. La Demandada, como cuestión general, no se opone a la noción de que con arreglo al Reglamento existen excepciones al requisito de obtener una VA para determinados casos vinculados con servidumbres.<sup>374</sup> Según el artículo II.2.1 del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones " *En casos calificados, el INVU y las Municipalidades podrán admitir la subdivisión de lotes mediante servidumbres de paso, siempre que se cumpla con las siguientes normas: : (...) 3. Frente a servidumbres solamente se podrá segregar un máximo de seis (6) lotes*". Sin embargo, al igual que con sus demás reclamos *post-hoc* de ilegalidad, la Demandada afirma que las Demandantes deberían haber presentado los permisos de construcción como un proyecto de "urbanización" y no como uno de servidumbres.
417. Por ejemplo, durante la Audiencia el abogado de la Demandada planteó la pregunta hipotética de si las Demandantes habrían necesitado obtener una VA si hubieran solicitado permiso para obras de urbanización en vez de para crear servidumbres:

---

<sup>372</sup> Véase Artículo II.2.1 del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones (anexo al Informe Experto de Luis Ortiz).

<sup>373</sup> Transcripción en español, 972:11-12.

<sup>374</sup> Véase artículo II.2.1.3 del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones (anexo al Informe Experto de Luis Ortiz).

17 Si los demandantes hubieran querido  
18 cumplir con el reglamento, si hubieran querido  
19 considerar que esta acumulación de servidumbres en  
20 estos 72 lotes, y que esto fuera más bien una  
21 organización eh que servidumbres -- yo no digo que  
22 usted tiene que confirmarlo sino que acepta la  
  
1 hipótesis. Si hubieran hecho eso, si hubieran ido  
2 ante INVU y la Municipalidad con un plan de  
3 organización en vez de un plan de servidumbres,  
4 ¿cuáles hubieran sido los pasos que hubieran tenido  
5 que tomar ante las distintas entidades para arrancar  
6 su proyecto en estos 72 lotes? 375

418. El escenario hipotético que plantea la Demandada pasa por alto el aspecto principal. Luego de analizar las pruebas que obran en el expediente, el Sr. Ortiz llegó a la conclusión de que los desarrolladores, de buena fe, interpretaron de manera razonable el Reglamento. Además, al emitir los permisos de construcción para las Servidumbres, la municipalidad aceptó la interpretación de que no era necesario solicitar una VA para ellas:

22 según lo interpreto yo. Si no hay viabilidad  
  
1 ambiental no es solo porque el promotor haya  
2 decidido o haya interpretado razonablemente de que  
3 no había necesidad de una viabilidad ambiental sino  
4 que la Municipalidad además aceptó esa interpretación,  
5 INVU aceptó esa interpretación, el catastro nacional y  
6 el registro público, y en cierta manera SETENA también 376

---

<sup>375</sup> Transcripción en español, 974:17-975:6.

<sup>376</sup> Transcripción en español, 1004:22-1005:6.

**d. A pesar de que este arbitraje no es el marco apropiado para expedirse sobre una impugnación hipotética sobre aspectos de fraccionamiento, dicha impugnación de la Demandada fracasaría.**

419. A pesar de la solicitud de la Demandada de que el Tribunal analice el proceso a través del cual la Municipalidad otorgó los permisos de construcción para las Servidumbres, respetuosamente afirmamos que no corresponde a este Tribunal (el cual fue constituido para expedirse sobre los reclamos de las Demandantes al amparo del DR-CAFTA) pronunciarse sobre dicha cuestión.
420. Respecto de eso, la Demandada argumenta que los actos de las Demandantes son ilegales según lo dispuesto por el artículo 94 de la Ley de Biodiversidad,<sup>377</sup> el cual establece que la evaluación de impacto Ambiental debe efectuarse en su “totalidad”, aun cuando el proyecto esté programado para realizarse en etapas<sup>378</sup> Tal como ya se mencionó, los organismos oficiales de la Demandada nunca plantearon esta cuestión en procedimiento alguno en Costa Rica, ni para impugnar la emisión de los permisos de construcción para las Servidumbres, ni para impugnar la VA para el Condominio por motivo de haber sido “*fraccionado ilegalmente*”. Tan sólo ese hecho alcanza para derribar por completo las alegaciones de ilegalidad de la Demandada.
421. En vez de buscar una manera lícita de revocar los permisos de construcción o las VA mediante un procedimiento principal, tal como lo exige la ley costarricense, la Demandada procedió a clausurar ilegalmente el proyecto prolongando, de manera indefinida, medidas cautelares. Tal como se explica en la sección X, 1, A, el hecho de que la Demandada no aplicara sus normas jurídicas de buena fe

---

<sup>377</sup> El Tribunal no debería hacer lugar a las alegaciones de la Sra. Priscila Vargas respecto del fraccionamiento y del Artículo 94 de la Ley de Biodiversidad por los motivos que se aducen en los apartados 335 a 343. El informe de la Sra. Vargas no es más que una extensión de las alegaciones de la Demandada, y no es ni independiente ni imparcial. Este Tribunal no debe aceptar su testimonio debido a que no cumple los requisitos para considerarse como prueba, ni puede clasificarse como un informe experto independiente.

<sup>378</sup> Transcripción en español, 982:2-988:10 (discusión entre el abogado de la Demandada y la Sra. Ortiz respecto de la aplicación a las Servidumbres del Artículo 94 de la Ley de Biodiversidad).

fue una contravención a la prohibición del artículo 10.5 del DR-CAFTA de frustrar las expectativas legítimas de las Demandantes.

422. A fin de revocar los permisos de construcción debido a un presunto incumplimiento en obtener una VA para las Servidumbres, o, subsidiariamente, revocar la VA para el Condominio por no haber incluido las Servidumbres, la SETENA o cualquier organismo oficial debidamente habilitado debería en primer lugar, en teoría, haber iniciado un procedimiento administrativo ordinario con arreglo a la LGAP para determinar si se había producido o no un “*fraccionamiento ilícito según la VA*”. Esto es algo que nunca se hizo.
423. Las Demandantes tendrían que ser debidamente informadas del procedimiento, y la ley costarricense les otorgaría derechos constitucionales, incluidos los relacionados con el debido proceso, el derecho a presentar su caso y el de presentar pruebas, etc.
424. Al final del procedimiento, aun si la SETENA (o el organismo oficial que hubiera presentado una impugnación) pudieran demostrar con éxito que se produjo un fraccionamiento ilegal (extremo que se rechaza), se podrían tomar las siguientes decisiones: (1) solicitar al desarrollador que amplíe la VA para el Condominio de forma tal de abarque las Servidumbres; o (2) solicitar a la Procuradoría General una autorización para anular la VA para el Condominio, o iniciar un procedimiento de “*lesividad*”. Un proceso de iguales características sería necesario para revocar los permisos de construcción otorgados a las Demandantes para las Servidumbres. Hasta finalizar ese proceso, los permisos de construcción y las VA se consideran válidos.
425. Hasta que la entidad administrativa con competencia (mediante el procedimiento administrativo ordinario) o un juez declaren la nulidad del acto administrativo, dicho acto continúa en vigencia y debe cumplirse. Esto es algo que el Sr. Ortiz confirmó en su informe experto:

*La autoridad pertinente puede declarar la nulidad ex officio de una VA siempre y cuando se haya llevado a cabo un procedimiento*

*administrativo y la nulidad del acto sea absoluta, evidente y manifiesta* [apartado 66]

*la única manera de declarar la nulidad [de una VA] es declarando su nulidad absoluta, evidente y manifiesta a través de un procedimiento administrativo ordinario, previo dictamen de la Procuraduría General de la República, o subsidiariamente mediante la presentación de una revisión judicial ante el Tribunal Administrativo* [apartado 72]

*Hasta que la entidad administrativa con competencia (mediante el procedimiento administrativo ordinario) y con la autorización de la Procuraduría General de la República o, subsidiariamente, un juez, declaren la nulidad del acto administrativo [por ejemplo, un permiso de construcción], dicho acto continúa en vigencia y debe cumplirse.* [apartado 114]

426. En consecuencia, el lugar apropiado para interponer ese proceso es *Costa Rica, en el momento de la presunta infracción, a través de un procedimiento principal para revocar las VA o los permisos de construcción.*<sup>379</sup> Es completamente improcedente que, por primera vez, la Demandada presente esta situación como una defensa de admisibilidad por "*ilegalidad*" para evadir sus obligaciones en conformidad con el de DR-CAFTA.
427. En todo caso, cualquier recurso hipotético presentado hoy en Costa Rica al amparo de una teoría de que las Demandantes "*fraccionaron ilegalmente*" el proceso de obtención de las VA, o que por otros motivos obtuvieron ilegalmente los permisos para las Servidumbres, fracasaría.
428. Aun si esta impugnación hipotética alcanzara la etapa de análisis sobre el fondo, los Demandantes han demostrado que basaron su interpretación en una lectura lícita de la ley y el Reglamento del INVU y el artículo 94 de la Ley de Biodiversidad,<sup>380</sup> y que lo hicieron en consulta regular con la Municipalidad de Parrita (la cual emitió debidamente los permisos de construcción para las Servidumbres y la sección del Condominio) y la SETENA (la cual emitió, entre

---

<sup>379</sup> Véase sección V, B, 1.c del Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes.

<sup>380</sup> Transcripción en español, 532:19-534:21 (donde el Sr. Bermúdez explica que su comprensión del término "proyecto" es que el Condominio es un "proyecto," la Concesión es otro proyecto, y las Servidumbres son un tercer proyecto.)

otros, la VA para el Condominio y visitó la propiedad de Las Olas al menos tres veces).<sup>381</sup> Las Demandantes también consultaron con expertos y abogados locales en lo relacionado con todos los aspectos del desarrollo de Las Olas.<sup>382</sup> Por otro lado, la Demandada se basa, entre otros, en una resolución de la SETENA de 2015 que dice que el artículo se aplica a propiedades adyacentes a nombre del mismo propietario.<sup>383</sup> Tal como sugiere el Sr. Ortiz, la resolución de la SETENA que interpreta el artículo 94 no puede aplicarse de forma retroactiva a acciones de las Demandantes ocurridas entre 2007 y 2010.

429. En consecuencia, este Tribunal no debería hacer lugar a los intentos de la Demandada *posteriores a los hechos* de poner en tela de juicio los permisos de construcción otorgados para las Servidumbres, los cuales responden únicamente a su deseo de evadir las responsabilidades que le competen por sus incumplimientos con el DR-CAFTA.

**C. La defensa errónea de la Demandada basada en el reclamo por la supuesta denegación de justicia de las Demandantes.**

430. La Demandada insiste en que las Demandantes han presentado un reclamo por denegación de justicia, el cual este Tribunal debe tratar como tal, pero no ofrece el apoyo de ninguna autoridad para la proposición de que se le debe otorgar el derecho de reformular reclamos presentados al amparo del artículo 10.16 por decreto. El DR-CAFTA no establece ningún mecanismo para que la parte demandada efectúe una revisión de reclamos. Únicamente prevé el mecanismo del artículo 10.16 para que los inversores de otras partes presenten reclamos que surjan de conductas que contravengan cualquiera de las obligaciones que se establecen en la Sección A del Capítulo 10. A pesar de que es una obviedad, parece que es necesario explicar a la Demandada que corresponde únicamente a las Demandantes enunciar sus reclamos y presentar suficientes pruebas y

---

<sup>381</sup> Véase sección IX, D, 5., del Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes.

<sup>382</sup> Transcripción en español, 843:17-844:14 (el Sr. Aven explica que confió en sus expertos y abogados, entre ellos el Sr. Gavridge Pérez, en el desarrollo del proyecto).

<sup>383</sup> Transcripción en español, 982:14-983:9 y Prueba documental R-344.

argumentos que los respalden. Los reclamos pueden prosperar o fracasar únicamente de esa forma, no cuando un demandado "revela" que, después de todo, se trataba de un tipo distinto de reclamo.

431. La Demandada afirma que los reclamos de las Demandantes que surgen de la conducta del Sr. Martínez deben considerarse como reclamos por denegación de justicia, ya que el ámbito apropiado para interponer una acción judicial sería un tribunal. Estos mismos argumentos fueron presentados (sin éxito) por la demandada en el caso *Rompetrol c. Rumania*, en el cual también se hicieron alegaciones de que la conducta de un fiscal constituyó una contravención al estándar de trato justo y equitativo contenido en un tratado bilateral de inversiones. Fue sobre la base del siguiente fundamento que el tribunal en el caso *Rompetrol* desestimó sin rodeos la objeción admisibilidad de Rumanía:

*Al Tribunal no le convence la afirmación de la Demandada de que, una vez que los reclamos de la Demandante se someten a un análisis jurídico apropiado, puedan considerarse equivalentes a reclamos clásicos de denegación de justicia, a los cuales deben aplicarse todas las normas técnicas que han evolucionado a lo largo de los años con respecto a reclamos de ese tipo, principalmente su carácter inadmisibles hasta que se hayan agotado los recursos en el ámbito local. La objeción contra la postura de la Demandada es principalmente una relacionada con la sustancia. Una vez que un inversor demandante ha probado que tiene derecho a las protecciones que le otorga un tratado de inversiones (tal como el Tribunal ya ha establecido a favor de TGR en su Decisión sobre competencia y admisibilidad), todo se reduce a determinar si los hechos que el inversor alega, en caso de poder probarse, contravienen o no dichos estándares de protección y, en caso afirmativo, cuáles son las consecuencias respecto de los recursos. Desde el punto de vista del Tribunal, iría en contra de las normas establecidas el que en la interpretación de los tratados se pretendiera incluir condiciones y limitaciones adicionales a las normas de protección de inversiones, cuando dichas condiciones y limitaciones pudieran haberse incorporado sin problemas en el texto del tratado si las partes así lo hubieran querido, pero no están allí.*

[...]

*En este contexto, poco importa si la cuestión de la disponibilidad y eficacia de los recursos locales, se expresa como una cuestión de procedimiento (vinculado con si un reclamo por daños puede presentarse ante un tribunal arbitral) o como una cuestión sustantiva (en cuanto a si el perjuicio que se alega de hecho ha ocurrido). Desde el punto de vista del Tribunal, y en el contexto de un arbitraje por un tratado de inversiones, ambas cuestiones en última instancia se reducen a la misma evaluación cualitativa de los efectos de la conducta particular del Estado con respecto a la cual un demandante ha presentado reclamos ante un tribunal.*<sup>384</sup>

432. El Tribunal en el caso *Rompetrol* no se limitó a aceptar la proposición de que podía presentarse un reclamo por ausencia de trato justo y equitativo contra un Estado anfitrión por la conducta de sus fiscales, sino que determinó que existía responsabilidad. Los paralelos con este caso incluyeron: demoras atribuibles a intrigas en el ámbito de la fiscalía; irregularidades procesales; insistencia frente a hechos que deberían haber llevado a un fiscal razonable a adoptar un curso de conducta distinto; y una actitud de ceguera obstinada frente a los impactos negativos que la conducta del fiscal obviamente tendría en una inversión extranjera protegida.<sup>385</sup>
433. El tribunal en el caso *Rompetrol* también se mostró dispuesto a establecer la existencia de una relación directa de causa y efecto entre la conducta atribuida al Estado anfitrión y los daños que evidentemente había sufrido una inversión protegida. Su preocupación surgía del hecho de que la (mala) conducta de la fiscalía con respecto a la cual se estaba reclamando había afectado a dos ciudadanos rumanos, quienes se desempeñaban como ejecutivos de la empresa de inversiones de Rompetrol. El Tribunal razonó que (habiendo coincidencia entre todos los demás factores) la (mala) conducta de la fiscalía podía servir simultáneamente como fundamento para que las personas afectadas presentaran algún tipo de reclamo por denegación de justicia o abuso a los derechos humanos y como fundamento para un reclamo por ausencia de trato justo y equitativo por

---

<sup>384</sup> *Rompetrol Group NV c. Rumania*, Laudo, caso CIADI nro. ARB/06/3, IIC 591 (2013), 6 de mayo de 2013, Sir Franklin Berman, KCMG, QC (Presidente); Sr. Donald Francis Donovan (designado por la Demandante); el Honorable Marc Lalonde PC, OC, QC (designado por la Demandada) ¶¶160 y 167.

<sup>385</sup> *Ibid* ¶¶ 198-200, 245, 247-248, 251, 279

parte de la empresa de inversiones protegidas para la cual las personas se desempeñaban como ejecutivos. El Tribunal se concentró en las consecuencias del trato indebido dispensado por la fiscalía sobre la empresa inversiones protegidas, especialmente debido a que era esa la naturaleza del reclamo presentado por Rompetrol.

434. Este caso es menos complejo debido a que una de las dos personas que sufrieron maltrato a manos del Sr. Martínez también era un inversor, David Aven. Al igual que en el caso *Rompetrol*, las Demandantes en este caso han presentado reclamos adicionales, tanto en representación de sí mismos como en representación de sus empresas de inversión. Por lo tanto, las cuestiones fundamentales que el Tribunal debe determinar en lo relacionado con la conducta del Sr. Martínez consisten en si causó daños a los intereses de la Demandantes en la empresa general que era el proyecto Las Olas, *in toto*.<sup>386</sup>

#### **D. La denominada reconvención de la Demandada**

435. La supuesta reconvención de la Demandada no recibió demasiada importancia durante la Audiencia, un hecho que, en opinión de Las Demandantes, deja clara su falta de convicción para sostenerla. Si la Demandada realmente tuviera el objetivo de que las Demandantes le pagaran daños y perjuicios por presuntas infracciones ambientales, se habría defendido con eficacia de los argumentos legales presentados por las Demandantes y habría hecho esfuerzos reales para demostrar sus imprecisos reclamos sobre "*daños*". Que haya optado por no hacerlo es revelador; la Demandada presenta lo que llama su "reconvención" sin convicción y meramente como un señuelo para distraer al Tribunal de sus violaciones extremadamente graves del DR-CAFTA, que es donde realmente se

---

<sup>386</sup> *Aven y otros c. Costa Rica*, Notificación de Arbitraje, 4 de febrero de 2014.

3. Las Demandantes interpusieron esta acción contra el gobierno de Costa Rica al amparo del artículo 10.16(1)(a), en representación de sí mismos, y del artículo 10.16(1)(b), en representación de empresas constituidas en Costa Rica de las cuales las Demandantes eran directa o indirectamente propietarios o controlaban (las "Empresas"), al amparo del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana ("CAFTA-DR").

concentran los daños que se reclaman en este caso, tal como se analizará con mayor detalle en la Sección VII, F más adelante.

436. Como las Demandantes han demostrado en su Memorial de Réplica, el DR-CAFTA no contempla la presentación de reconvencciones. Por el contrario, la autoridad del Tribunal está expresamente limitada a dictar un laudo definitivo "*contra un demandado*", según lo que establece el artículo 10.26(1). El hecho de que un inversor demandante no puede asimilarse a un "*demandado*" queda claro por la redacción del artículo 10.26(8), el cual establece lo siguiente:

*Cuando el demandado incumpla o no acate un laudo definitivo, a la entrega de una solicitud de la Parte del demandante, se establecerá un panel de conformidad con el Artículo 20.6 (Solicitud de un Grupo Arbitral).*

437. La resolución de controversias según el Capítulo 20 del DR-CAFTA es la reserva de los Estados parte con respecto al tratado. En tal sentido, es imposible que un "*demandado*", tal como se describe en el artículo 10.26, sea otra cosa que un Estado anfitrión parte del DR-CAFTA. Aun si se fuera aceptar que existe algún tipo de derecho calificado de un estado parte del DR-CAFTA a presentar una reconvencción, el Tribunal no tendría la autoridad necesaria para adjudicar la restitución que la Demandada exige. Si las partes del DR-CAFTA hubieran tenido la intención de que los Estados demandados pudieran presentar reconvencciones, habrían especificado la autoridad del Tribunal al respecto de la misma manera que lo hicieron en el caso de los reclamos presentados por inversores.
438. Asimismo, tal como las Demandantes destacaron en su Memorial de Réplica, la Demandada no ha hecho ningún esfuerzo (a excepción de las afirmaciones vacías del Sr. Erwin en sus dos informes) para cuantificar los presuntos daños ambientales que las Demandantes habrían causado. Por el contrario, la Demandada presenta alegaciones totalmente infundadas sobre el "*llenado y drenado de humedales*" que presuntamente "*causaron la destrucción directa del hábitat para especies de peces y vida silvestre, de esa forma reduciendo la*

*diversidad biológica del ecosistema de Las Olas*", sin presentar una prueba al respecto.

439. En su Dúplica, la Demandada se limita a afirmar que "*el Primer y el Segundo Informes KECE hablan por sí solos en cuanto al daño que las Demandantes le causaron al Sitio del Proyecto*"<sup>387</sup> y que "*Sin embargo, la Demandada ratifica que no hay prueba más decisiva que las conclusiones acerca de las condiciones reales del Sitio del Proyecto*"<sup>388</sup> La Demandantes sostienen que dichas afirmaciones son simplemente las mismas declaraciones vacías e infundadas, e instan al Tribunal a no hacer caso de ellas a la luz de las pruebas (o, en este caso, la falta de pruebas) que tiene a su disposición.

## **IX. NO HAY HUMEDALES EN LAS OLAS**

### **A. Al basar sus argumentos en las condiciones del sitio de Las Olas en 2016, la Demandada relega a un segundo plano las evaluaciones ambientales pertinentes.**

440. La importancia que la Demandada da a las condiciones del sitio Las Olas en el 2016 es el ejemplo más representativo de su intento *post-hoc* de redefinir los aspectos pertinentes de este caso.
441. Desafortunadamente, el resultado de los reclamos de las Demandantes en este arbitraje en última instancia no depende de las condiciones del sitio en el 2016. Por el contrario, este caso trata sobre la omisión de la Demandada en dispensar un trato justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes y la confiscación ilícita de dichas inversiones.<sup>389</sup> Ningún principio jurídico de Costa Rica ni del derecho internacional justifica que la Demandada haya suspendido indefinidamente todas las obras de construcción y permisos ambientales en Las Olas sin haber iniciado un proceso administrativo independiente.

---

<sup>387</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 1150.

<sup>388</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 1154.

<sup>389</sup> Si desea más información sobre el reclamo por expropiación de las Demandantes, véase Memorial de las Demandantes, apartados 393-414.

442. Sin embargo, y siguiendo su patrón característico, la Demandada ha procurado distraer al Tribunal del meollo del asunto con una descripción exagerada del denominado "*ecosistema de Las Olas*" y la afirmación incorrecta de que hay, y siempre ha habido, humedales en Las Olas. Si bien las Demandantes rechazan la noción de que el estado actual del sitio de Las Olas tenga alguna relación con las cuestiones planteadas ante el Tribunal, lamentablemente se han visto obligadas a invertir tiempo y dinero para responder a los argumentos mal planteados y en gran medida irrelevantes de la Demandada.
443. Sin embargo, para entender por completo los intentos de la Demandada de ocultar los hechos con respecto al marco jurídico para la determinación de la presencia de humedales en Costa Rica, es necesario explicar los cambios que se han producido en las normas sobre humedales en Costa Rica desde el momento en que las Demandantes adquirieron la inversión hasta el presente.
1. **El marco jurídico aplicable para la determinación de la presencia de humedales en Costa Rica en el contexto de Las Olas.**
444. En sus preguntas de cierre, el Tribunal solicitó a las Partes que explicaran la jerarquía entre los organismos oficiales de Costa Rica encargados de expedirse sobre cuestiones ambientales relativas a humedales y que explicaran qué organismo tiene la máxima autoridad en los casos de responsabilidad compartida.
445. A los efectos de contestar a dichas preguntas de la manera lo más completa posible, las Demandantes pasarán a describir brevemente el régimen jurídico aplicable a la determinación de la presencia de humedales en Costa Rica desde una perspectiva histórica, habida cuenta de que los organismos oficiales encargados de dicha cuestión (y la forma en la cual esos organismos efectúan sus determinaciones) han cambiado considerablemente desde que las Demandantes adquirieron la inversión, en 2002.

a. **Antes de 2009, se exigía un decreto ejecutivo que declarara la existencia de humedales en Costa Rica.**

446. Antes de 2009, la ley costarricense establecía que la existencia de humedales se establecía mediante la emisión de un decreto ejecutivo del Ministerio de Ambiente, con arreglo a la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley de Conservación de la Vida Silvestre. Desde su promulgación, la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley de Conservación de la Vida Silvestre han regido la creación y delimitación de humedales en Costa Rica:

- a. El artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente establece que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Ambiente, está facultado a establecer Áreas Silvestres Protegidas, las cuales incluyen humedales. El artículo 37 de la Ley Orgánica también establece que cuando se declara la existencia de un Área Silvestre Protegida dentro de una propiedad privada (mediante determinación del Ministerio de Ambiente) es *imprescindible* que el Estado costarricense expropié de manera legal la propiedad en cuestión mediante un decreto ejecutivo o una ley.<sup>390</sup>
- b. El artículo 7 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre establece que "*la creación y delimitación de humedales se hará por decreto ejecutivo, según criterios técnicos*".<sup>391</sup>

447. Antes de una reforma de la legislación en septiembre de 2009, la creación y delimitación de humedales dependía de estas dos leyes. Solo podían crearse y delimitarse humedales mediante la emisión de un decreto ejecutivo con arreglo al artículo 7 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre. Asimismo, sobre la base del artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, los humedales eran Áreas Silvestres Protegidas, y cuando era necesario delimitar la existencia de humedales en una propiedad privada (como Las Olas), la ley exigía que el Ministerio de Ambiente (o el Presidente de la República) expropiara el humedal

---

<sup>390</sup> Véase Prueba documental C-184.

<sup>391</sup> Véase Prueba documental C-307.

en cuestión según los artículos 37 y 38 de la Ley Orgánica del Ambiente y declarara al humedal como parte del patrimonio natural del Estado.

448. Por lo tanto, la posición es clara: antes de septiembre de 2009 (es decir, antes de que la SETENA emitiera las VA para el proyecto Las Olas) era necesario emitir decretos ejecutivos para constituir humedales en Costa Rica. Dicha postura queda reflejada en las sentencias de tribunales penales que trataron con la creación de humedales, tres de las cuales (de un total de cuatro) establecen lo siguiente:

*la Ley de Conservación de la Vida Silvestre establece que las siguientes serán las funciones de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Ambiente y Energía: Administrar, monitorear y proteger los humedales. La creación y delimitación de humedales se hará por decreto ejecutivo, según criterios técnicos.*<sup>392</sup>

449. El requisito previo al 2009 de que todos los humedales debían crearse y delimitarse mediante decretos ejecutivos también quedó reflejado en dos decretos ejecutivos, a saber:
- a. Decreto Ejecutivo 31849 de 2005 (Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental), en el cual se define el concepto de Áreas Ambientalmente Frágiles (entre ellas humedales) como aquellas que el Estado declara mediante decreto ejecutivo o una ley,<sup>393</sup> y aquellas ubicadas en propiedades públicas que pertenecen al Estado.<sup>394</sup>
  - b. Una versión previa del Decreto Ejecutivo 35803-MINAE, el cual establece en sus artículos 2 y 3 que los humedales continentales y marítimos deben ser parte de un Área Silvestre Protegida, con lo que se confirma la necesidad

---

<sup>392</sup> Véase Prueba documental R-236.

<sup>393</sup> Véase Prueba documental C-208.

<sup>394</sup> Véase Prueba documental C-170 Ley 7575, Artículo 13.

de que se emita un decreto ejecutivo para establecer la existencia de un humedal.<sup>395</sup>

450. Según el régimen mencionado para la delimitación de humedales, la Demandantes siguieron todos los pasos necesarios para asegurar su cumplimiento con la ley. En junio de 2008, cuando la SETENA emitió la VA para la sección del Condominio del proyecto Las Olas, el único método vigente para determinar la presencia de humedales era un decreto ejecutivo que especificara que el área en cuestión era un Área Silvestre Protegida. En dichas circunstancias, era suficiente consultar con el SINAC (el cual a su vez consultaba el registro de Áreas Silvestres Protegidas) y solicitar un certificado que confirmara si la propiedad de Las Olas contenía Áreas Silvestres Protegidas. Eso fue lo que hicieron las Demandantes.
451. Una vez que el 8 de abril de 2008 la SETENA recibió confirmación del SINAC a los efectos de que Las Olas no incluía ningún Área Silvestre Protegida,<sup>396</sup> quedó establecido que no había humedales en el sitio y el organismo procedió a otorgar la VA solicitada. Esto queda confirmado por:
- c. El texto de la VA del 2 de junio de 2008 para la sección del Condominio de Las Olas, el cual hace referencia específica a la certificación del SINAC del 8 de abril de 2008 a los efectos de que el sitio no formaba parte de ningún Área Silvestre Protegida;<sup>397</sup>
  - d. La resolución de la SETENA del 1 de septiembre de 2010 en la que se rechaza la denuncia del Sr. Bucelato con respecto a la destrucción de los presuntos humedales en Las Olas, la cual, en la sección de "Considerando", dice que *"mediante el oficionro. ACOPAC-OSRAP-00282-08 del día 2 de abril de 2008, el Señor Gerardo Chavarría Amador, Jefe de la Oficina Subregional de Aguirre-Parrita, manifiesta que el área del proyecto no se*

---

<sup>395</sup> La Sala Constitucional de Costa Rica declaró estos dos artículos (2 y 3) inconstitucionales en 2011, luego de que se emitieran los permisos ambientales y de construcción necesarios para Las Olas.

<sup>396</sup> Véase Prueba documental C-48.

<sup>397</sup> Véase Prueba documental C-40.

*encuentra dentro de ningún área silvestre protegida como son el caso de los humedales, los cuales son considerados como áreas silvestres protegidas*" (el subrayado es nuestro)<sup>398</sup>; y

- e. La resolución de la SETENA del 15 de noviembre de 2011 que ratifica la VA para la sección del Condominio del proyecto Las Olas, la cual establece que la VA se emitió sobre la base de la certificación del SINAC del 8 de abril de 2008 de que el sitio del proyecto no se encontraba dentro de un Área Silvestre Protegida.<sup>399</sup>

452. También cabe destacar que al momento de las resoluciones de 2010 y 2011 de la SETENA en las que se ratificó la VA de 2008 para la sección del Condominio, la SETENA hizo referencia a la ley aplicable en 2008, cuando se otorgó la VA. Este es el procedimiento correcto en circunstancias en las cuales la VA, un acto administrativo que da derechos al desarrollador (en este caso, las Demandantes) ya había sido emitido, tal como lo confirmó el Dr. Jurado durante el contrainterrogatorio.<sup>400</sup>

**b. Luego de 2009, dejó de exigirse un decreto ejecutivo para declarar la existencia de humedales en Costa Rica.**

453. El 9 de septiembre de 2009 la ley costarricense relacionada con la delimitación de humedales cambió. Ese día un pronunciamiento de la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una parte del artículo 7 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre. Mediante la resolución 14288-2009, la Sala Constitucional de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad de parte del último párrafo del artículo 7 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre.<sup>401</sup> Luego de la sentencia de la Sala Constitucional, el artículo 7 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre lee de la siguiente manera:

---

<sup>398</sup> Véase Prueba documental C-83.

<sup>399</sup> Véase Prueba documental C-144.

<sup>400</sup> Véase sección V,B,1., del Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes.

<sup>401</sup> Véase Prueba documental C-308.

*La delimitación de humedales se hará por decreto ejecutivo, según criterios técnicos.*

454. La eliminación de las palabras "creación y" antes de "delimitación" quedó confirmada por la resolución 016938-2011 de la Sala Constitucional del 7 de diciembre de 2011,<sup>402</sup> la cual modificó los artículos 2 y 3 del Decreto Ejecutivo 35803-MINAE.<sup>403</sup>
455. Tal como explicó el Dr. Jurado en su conainterrogatorio, los pronunciamientos de la Sala Constitucional son vinculantes para todas las instituciones y ciudadanos,<sup>404</sup> pero no afectan derechos que ya fueron otorgados a terceros, tales como habilitaciones VA ya emitidas:

1 dejaría de aplicarse. ¿Correcto?

2 R: Sí, pero usted sabe que no  
3 necesariamente, porque los efectos de la sentencia  
4 de la Sala Constitucional, como son sentencias  
5 anulatorias, tienen efectos retroactivos.

6 P: No en todos los casos porque la Sala  
7 podría diferirlos.

8 R: Podría dimensionarlos, pero tendría que  
9 hacerlo expresamente.

10 P: Correcto. Y tampoco podría violentar  
11 derechos adquiridos dados bajo el mandato de una  
12 norma vigente en ese momento.

13 R: Tendría que respetar los derechos.

14 P: ¿Tendría que respetar los derechos  
15 adquiridos, correcto?

16 R: Sí.

405

---

<sup>402</sup> Véase Prueba documental R-489.

<sup>403</sup> Véase Prueba documental C-64.

<sup>404</sup> Transcripción en español, 1121:17-1122:6 (Jurado confirma que “la jurisprudencia de la Sala Constitucional vincula a los jueces” y que “la tesis de la Sala Constitucional a la que hay que acatar porque es la última palabra en [materia ambiental].”)

<sup>405</sup> Transcripción en español, 1148:21-1149:16.

456. Por lo tanto, en estas circunstancias el procedimiento para determinar la presencia de humedales posterior a septiembre de 2009 no fue de aplicación al sitio del proyecto Las Olas en 2008, cuando se otorgaron las VA para la sección del Condominio. Además, el cambio en la ley no podía afectar los derechos inherentes que las Demandantes adquirieron al obtener las VA, especialmente la VA para el Condominio. Nuevamente, este es un hecho que la SETENA reconoció al hacer referencia al marco legal previo a septiembre de 2009 en sus resoluciones del 1 de septiembre de 2010 y el 15 de noviembre de 2011, tal como ya se explicó.

**c. Los organismos oficiales costarricenses a cargo de determinar la existencia de humedales**

457. Ahora que ha quedado claro el marco legal para establecer la presencia de humedales, conviene describir con detalle cuáles son los organismos oficiales costarricenses a cargo de efectuar tal determinación.

458. Antes de septiembre de 2009, únicamente el Poder Ejecutivo (es decir, el Ministro de Ambiente y el Presidente de la República) tenían la autoridad para crear y delimitar humedales, ya que únicamente ellos podían preparar y emitir el decreto ejecutivo necesario.

459. Sin embargo, luego de septiembre de 2009 la situación cambió. El SINAC es ahora el organismo facultado para aplicar los criterios técnicos que establece el decreto ejecutivo 35803-MINAE a los efectos de determinar la presencia de un humedal. Sin embargo, tal como lo determinó la Sala Constitucional en su sentencia del 9 de septiembre de 2009, la *delimitación* de cualquier humedal, una vez que ha sido definido mediante referencia a los tres criterios técnicos aplicables que establece el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE, debe hacerse a través de un Decreto Ejecutivo.

460. Además, tal como la Demandada reconoce, el SINAC carece de la pericia técnica requerida para llevar adelante todos los estudios necesarios para determinar la

existencia de humedales. Por ese motivo, el SINAC recurre a la asistencia del INTA, en su calidad de autoridad nacional que aplica y exige el cumplimiento del Decreto Ejecutivo 23214-MAG-MIRENEM,<sup>406</sup> el cual determina la metodología que debe seguirse para identificar y establecer la existencia de humedales, conforme al artículo 5(b) del Decreto Ejecutivo 35803-MINAE.<sup>407</sup>

461. Llama la atención que en este caso el SINAC nunca determinó de manera definitiva que hubiera humedales, ni tampoco podría haberlo hecho, debido a que los estudios de suelo del INTA de abril de 2011 no determinaron la presencia de suelos hídricos en Las Olas, ni tampoco se ha promulgado ningún decreto ejecutivo que defina zonas de humedal en Las Olas.

**d. La autoridad máxima en materia de determinación de la existencia de humedales**

462. En sus Preguntas de cierre, el Tribunal pidió a las partes que explicaran sobre qué organismo recae la principal responsabilidad de determinar la existencia de humedales en Costa Rica, en caso de que existan responsabilidades compartidas.
463. Tal como se analizó anteriormente, antes de septiembre de 2009 la autoridad definitiva en materia de determinación de humedales era el Poder Ejecutivo, el único con potestad de emitir un Decreto Ejecutivo.
464. Luego de septiembre de 2009, la autoridad final para determinar la existencia de humedales y asuntos relacionados es el SINAC, según el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE, el cual a su vez establece que será de aplicación el Decreto Ejecutivo 23214-MAG-MIRENEM<sup>408</sup> para determinar la presencia de suelos hídricos. Sin embargo, de acuerdo con el pronunciamiento de la Sala

---

<sup>406</sup> Véase Prueba documental R-401. Cabe destacar que en la nota al pie 300 de la Dúplica, de manera errónea la Demandada identifica la prueba documental como el Decreto Ejecutivo 20501-MAG-MIRENEM. (El Decreto Ejecutivo 20501-MAG-MIRENEM es una versión anterior de la metodología oficial, publicado en 1991).

<sup>407</sup> Véase Prueba documental C-64.

<sup>408</sup> Véase Prueba documental R-401. La relación entre el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE y el Decreto Ejecutivo 23214-MAG-MIRENEM se analiza más adelante, en la sección C, al refutar las alegaciones *post-hoc* de los peritos de la Demandada con respecto a las condiciones del sitio.

Constitucional del 9 de septiembre de 2009, corresponde al Poder Ejecutivo establecer definitivamente los límites de cualquier humedal.

465. Por lo tanto, en términos prácticos, primero debe demostrarse al SINAC (mediante referencia a los tres criterios obligatorios para determinar la presencia de humedales (los cuales incluyen la presencia de suelos hídricos, algo que el INTA no encontró en Las Olas) que existe un humedal. Luego, debe emitirse un Decreto Ejecutivo para *delimitar* ese humedal. Es un hecho indisputable que eso no ocurrió en el caso de Las Olas.
466. En Las Olas, el SINAC confirmó antes de la emisión de todas las VA para el proyecto (no solo la VA del 2 de junio de 2008 para la sección del Condominio) que no existían humedales en Las Olas, y fue sobre la base de esa confirmación que la SETENA emitió las VA y la Municipalidad de Parrita los permisos de construcción necesarios. Tal como manifestó el Dr. Jurado tanto en su primera Declaración testimonial como durante el conainterrogatorio,<sup>409</sup> dichos actos administrativos son vinculantes para todos, incluidos jueces y otros organismos públicos (entre ellas el SINAC), y en tal sentido deben respetarse.

**B. La falta de pruebas de la presencia de humedales en el sitio en el momento relevante**

467. En este contexto, es claro que si no había una certificación emitida por el SINAC a los efectos de que el sitio del proyecto Las Olas estaba ubicado dentro de un Área Silvestre Protegida, o la contenía, o un Decreto Ejecutivo que creara y delimitara un humedal en Las Olas, es imposible que haya habido uno en Las Olas antes de septiembre de 2009, cuando se emitieron las VA para el proyecto.
468. Luego de septiembre de 2009, y en consecuencia para el momento en que la Demandada revocó indebidamente los permisos ambientales y de construcción para Las Olas, la situación también es clara. El Decreto Ejecutivo 35803-

---

<sup>409</sup> Véase primera Declaración Testimonial de Julio Jurado, apartado 105; y transcripción en español, 1106:11-1107:21.

MINAE establece las características ecológicas que definen la presencia de un humedal. Ellos son:

- a. Vegetación hidrófila, por tipos vegetacionales asociados a medios acuáticos y semiacuáticos;
  - b. Suelos hídricos, definidos como "*suelos que se desarrollan en condiciones con alto grado de humedad hasta llegar al grado de saturación*"; y
  - c. Condición hídrica, caracterizada por la influencia climática sobre un determinado territorio, en donde se involucran otras variables tales como procesos geomorfológicos, topografía, material constituyente del suelo y ocasionalmente otros procesos o eventos extremos.<sup>410</sup>
469. El Decreto Ejecutivo nro. 35803-MINAE establece que deben seguirse criterios técnicos para "*determinar y delimitar una zona específica de tierra como un humedal*".<sup>411</sup>
470. Específicamente en lo relacionado con la presencia de suelos hídricos el Decreto Ejecutivo nro. 35803-MINAE establece que debe utilizarse la Metodología de Uso de Tierras en Costa Rica, contenida en el Decreto Ejecutivo 23214-MAG-MIRENEM, y que los suelos hídricos en general corresponden a suelos clase VII y VIII según esa metodología.
471. Por lo tanto, según el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE, el organismo de la Demandada, el SINAC, y únicamente el SINAC, tiene facultades para determinar (mediante referencia a criterios técnicos específicos) si existe o no un humedal en Las Olas. Como ya se mencionó, parte de esa determinación implica que el SINAC debe consultar con el INTA, ya que dicho organismo aplica y exige el cumplimiento del Decreto Ejecutivo 23214-MAG-MIRENEM

---

<sup>410</sup> Véase Prueba documental C-218.

<sup>411</sup> Véase Informe Experto de Luis Ortiz, apartado 59.

respecto de la identificación de humedales, para determinar si está presente o no el requisito de suelos hídricos.<sup>412</sup>

472. Sin la presencia confirmada de suelos hídricos, el SINAC no puede establecer de forma definitiva la presencia de humedales, ni tampoco tiene las capacidades técnicas necesarias para llevar adelante ningún estudio de suelos.
473. Tal como el Sr. Barboza dejó claro en sus dos informes expertos, el SINAC no cumplió con los tres criterios obligatorios en lo relacionado con Las Olas. Tal como el Sr. Barboza explicó durante la Audiencia:

13                    En la primera parte del procedimiento el  
14                    decreto 35803 que está en el informe, establece el  
15                    protocolo para delimitar, para determinar,  
16                    clasificar un humedal en Costa Rica y ese decreto  
17                    establece que se deben cumplir tres características  
18                    esenciales para determinar un humedal.

19                    Estas características son: vegetación  
20                    hidrófila, suelo hídrico y condición hídrica.  
21                    Sucesivamente el procedimiento para esa  
22                    determinación debe pasar por un muestreo de suelo

- VERSIÓN CORREGIDA -

1                    realizado por un especialista, un inventario de la  
2                    vegetación hidrófila presente siguiendo un método  
3                    científico y una descripción de la condición hídrica . 413

---

<sup>412</sup> Tal como el mismo Sr. Erwin admite, el estudio sobre la presencia de suelos hídricos es importante debido a la naturaleza temporal de las "áreas húmedas", ya que "los suelos hídricos no desaparecen debido a drenaje". 1924:19-20. Tal como Green Roots manifestó en la Audiencia, el INTA es "es el organismo oficial responsable por la clasificación de suelos en Costa Rica". 1986:13-16.

<sup>413</sup> Transcripción en español, 1576:13-1577:3.

474. El Sr. Barboza pasó a explicar durante la Audiencia que el pronunciamiento del SINAC de que existía un humedal en Las Olas "*fue incorrecta y carente de sustento técnico y jurídico*".<sup>414</sup> Al hacerlo, el Sr. Barboza hizo referencia, entre otros, a los siguientes documentos a los efectos de demostrar que la determinación del SINAC carecía de la información técnica necesaria para determinar la existencia de un humedal según la ley de Costa Rica:
- d. Prueba documental C-8, la cual determinó que no existían zonas protegidas en Las Olas;<sup>415</sup>
  - e. Prueba documental C-72, el informe del SINAC de julio de 2010 preparado por los Sres. Manfredi y Bogantes, el cual confirmó (entre otras cosas) que no existen características que puedan justificar la presencia de humedales en Las Olas, así como tampoco daños ambientales;<sup>416</sup>
  - f. Prueba documental R-262, el informe del SINAC de enero de 2011 que recomendó que (1) el Programa Nacional de Humedales enviara a un representante para verificar si había o no un humedal en Las Olas, y (2) el INTA enviara a un representante para tomar muestras del suelo para determinar si había o no suelos hídricos en Las Olas.<sup>417</sup> El Sr. Barboza hizo alusión a "*fuertes discrepancias*" entre el informe del SINAC de enero de 2011 y el de julio de 2010;<sup>418</sup>
  - g. Prueba documental C-116, el informe del SINAC del 16 de marzo de 2011, con la cooperación del Sr. Picado, el cual sostenía que se había encontrado en el sitio un humedal palustre independiente del régimen de mareas (pero

---

<sup>414</sup> Transcripción en español, 1582:3-4.

<sup>415</sup> Transcripción en español, 1577:9-11.

<sup>416</sup> Transcripción en español, 1577:18-1678:20; 1579:16-18. Cabe destacar que el Sr. Barboza cometió un error en el número de la prueba documental a la que se hace referencia en la transcripción con respecto al informe de Manfredi. La referencia correcta es Prueba documental C-72, no R-20.

<sup>417</sup> Transcripción en español, 1578:21-1579:9.

<sup>418</sup> Transcripción en español, 1579:16-22.

no verificó que se cumplieran los criterios técnicos exigidos para establecer la presencia de un humedal según el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE).<sup>419</sup>

- h. Prueba documental C-124, informe del INTA, en el cual el Sr. Cubero llegó a la conclusión de que los suelos en Las Olas no demostraban las características típicas de un sistema de humedales, y que no había suelos hídricos.<sup>420</sup>

475. Como las pruebas demuestran de forma concluyente en este caso, el INTA no determinó la presencia de suelos al momento en que se tomaron las medidas expropiatorias en 2011.<sup>421</sup> Por el contrario, el INTA llevó adelante un estudio de suelos de los presuntos humedales en Las Olas y en abril de 2011 llegó a la conclusión de que no había suelos hídricos.<sup>422</sup> En consecuencia, ese debería ser el final del asunto: lisa y llanamente no había humedales en Las Olas en 2008, cuando se emitieron las VA, ni en 2011, cuando la Demandada paralizó las obras en el proyecto de las Demandantes.

476. En este contexto, el intento *post-hoc* de la Demandada de argumentar que las Demandantes "engañaron" a la SETENA para que emitiera una VA para la sección de Condominio de Las Olas ocultando el Informe de Protti, el cual, según la Demandada, "*prueba de manera concluyente*" a través del uso de la palabra "*pantanosos*" que había humedales en Las Olas en 2008, es ridículo.

477. En lo relacionado con la presencia de bosques, las Demandantes han explicado con detalle en su Memorial de Réplica las obvias deficiencias de la conclusión de la Demandada de que había bosques.<sup>423</sup> El Sr. Arce ha comentado extensamente sobre la metodología deficiente utilizada por el SINAC/MINAE<sup>424</sup>

---

<sup>419</sup> Transcripción en español, 1580:1- 1581:4 y Memorial de las Demandantes, apartado 218.

<sup>420</sup> Transcripción en español, 1581:6-18 y Prueba documental C-124.

<sup>421</sup> Véase también Memorial de Réplica de las Demandantes, apartado 95(d).

<sup>422</sup> Véase Prueba documental C-124.

<sup>423</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 307-310 (que hace referencia a la acusación de destrucción de un bosque de la Sra. Mónica Vargas); y apartado 416 (que hace referencia a una demanda penal que alega daños a bosques y un informe del SINAC que alega que se taló una zona forestada).

<sup>424</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Minor Arce, apartados 18-28; Segunda Declaración Testimonial de Minor Arce, apartados 26-35.

y la naturaleza insostenible de las alegaciones de la Demandada de que se produjo la destrucción de un bosque. El Sr. Arce explicó en sus Declaraciones testimoniales lo siguiente:

478. MINAE no empleó una metodología correcta para determinar si existía un bosque en el sitio durante sus estudios del 2011.<sup>425</sup>
- i. El MINAE no definió el área de estudio;<sup>426</sup>
  - j. El MINAE no evaluó los parámetros requeridos para definir la presencia de un bosque según lo que establece el artículo 3 de la Ley Forestal (Ley 7575).<sup>427</sup>
  - k. El MINAE incluyó a "*todos los árboles*" en su estudio, incluidos árboles que no están abarcados en la definición de bosque que da la Ley Costarricense.<sup>428</sup>
479. Además, el Sr. Arce explicó el uso impreciso que se hace de la palabra "*bosque*", término que se utiliza en varios de los documentos e informes en los cuales se basa la Demandada. Por ejemplo, el Sr. Arce ya ha tomado nota de la referencia imprecisa de la Sra. Mónica Vargas a "*bosque*", "*tala de árboles*" y "*quema de árboles*" en las acusaciones que aparecen en sus informes.<sup>429</sup> Durante la Audiencia el Sr. Arce reiteró que la Demandada no ha aplicado de manera correcta la ley a la hora de determinar si existía un bosque en el sitio en el momento pertinente, y que no puede simplemente suponerse que existe bosque mirando una fotografía:

---

<sup>425</sup> Véase Primera Declaración Testimonial de Minor Arce, apartados 18-20.

<sup>426</sup> *Ibid* en apartado 21.

<sup>427</sup> *Ibid* párr 22-25.

<sup>428</sup> *Ibid* en apartado 26.

<sup>429</sup> Véase segunda Declaración testimonial de Minor Arce, apartados 12-19.

22 a sobredimensionar el concepto de bosque. Pero el

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 concepto de bosque está muy bien definido en la  
2 legislación. Entonces lo que quiero decir es que no

[...]

15           Entonces, la ley dice que para que exista  
16 un bosque debe de haber tres condiciones básicas.  
17 Debe tener un tipo de vegetación, tres parámetros  
18 que tienen que considerarse: uno, que sea un  
19 ecosistema nativo, autóctono y que debe tener más de  
20 dos hectáreas de superficie. Luego, que debe  
21 contener árboles maduros de diversas especies, de  
22 diversos tamaños y que cubran un 70 por ciento -- de

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 uno o más doseles y que cubran al menos un 70 por  
2 ciento de la superficie.

3           Y tres, que debe contener más de 60  
4 árboles por hectárea con diámetro superiores a 15  
5 centímetros a nivel del pecho, lo que nosotros

6 conocemos como DAP. Algunas veces queremos forzar a  
7 que un tipo de vegetación no sea bosque. Entonces,  
8 con una simple observación no lo podemos hacer. Con  
9 una simple fotografía no lo podemos hacer. ¿Por qué?  
10 Porque yo no puedo decir con esta foto que tomé hoy  
11 que esta vegetación, aunque yo quisiera que sea  
12 bosque, es un bosque. ¿Por qué? Porque tengo que  
13 apegarme a la definición indicada en el artículo 2  
14 de la Ley Forestal y en el artículo 3 del reglamento  
15 de la ley.  
16 Entonces, eso es lo que yo hago referencia  
17 acá. O sea, no puedo con certeza decir que con esta  
18 fotografía ni yo que he andado 32 años viendo  
19 bosques puedo decir que esta fotografía es un bosque  
20 que alguien quemó. No lo puedo decir. Viendo la 430

480. Las Demandantes sostienen que las conclusiones contemporáneas de la Demandada con respecto a la presencia de bosques en Las Olas son, en gran medida, insuficientes para afirmar que sí existía un bosque en Las Olas. Además, un análisis de las imágenes satelitales<sup>431</sup> confirma la conclusión de que, en el momento pertinente, el sitio de Las Olas se ajustaba más a una “zona de pastizales” con “árboles dispersos”.<sup>432</sup> Las Demandantes también sostienen que el hecho de que la Demandada no haya presentado sus argumentos en materia de bosques durante la Audiencia es algo que el Tribunal debe tener en cuenta como una indicación de la falta de convicción de la Demandada en lo relacionado con sus propios argumentos.

---

<sup>430</sup> Transcripción en español, 617:22-619:20.

<sup>431</sup> Véase Prueba documental C-60.

<sup>432</sup> Véase Prueba documental C-40.

**C. La pobre estrategia de confundir las condiciones del sitio en 2016 con las condiciones en 2008 o 2011 no es de ayuda para la Demandada, y debe ser rechazada de plano.**

481. Tal como ya se analizó, el intento *post-hoc* de la Demandada de probar que existían humedales en el sitio en 2016 no debería tener ningún tipo de relación con los reclamos de las Demandantes, ya que ni el Sr. Erwin ni los expertos de Green Roots pueden brindar un testimonio confiable sobre el sitio de Las Olas durante el período en cuestión (2007-2011). Ni el Sr. Erwin ni los expertos de Green Roots estuvieron presentes cuando la SETENA emitió la VA para el Condominio en 2008, ni estuvieron presentes cuando el INTA no encontró suelos hídricos en 2011. Queda claro que la Demandada prefiere fingir que el Sr. Erwin y Green Roots, en el momento en cuestión, determinaron la presencia de humedales y bosques, en vez de presentar *aunque sea un testigo* de la SETENA, el SINAC o el INTA que testifique a dichos efectos.
482. Este Tribunal tampoco debe perder de vista que la Demandada, en sus presentaciones anteriores, se ha referido a las conclusiones del SINAC, la SETENA y la Sra. Mónica Vargas con las afirmaciones de sus peritos actuales, el Sr. Erwin y Green Roots, como si estos hubieran llegado a sus conclusiones de forma contemporánea con los hechos en cuestión.<sup>433</sup> Esta estrategia de la Demandada, de indudable bajeza, debe ser rechazada de plano por el Tribunal debido a que dichas opiniones expertas no arrojan ninguna luz sobre los acontecimientos en el momento en que supuestamente ocurrieron.
483. En el fondo, existe una enorme brecha entre conclusiones contemporáneas de funcionarios gubernamentales y las afirmaciones *post-hoc* de peritos contratados en un arbitraje internacional, entre seis y nueve años después de los hechos en cuestión. Sin embargo, aun estos peritos, teniendo el beneficio de años de retrospectiva (y el beneficio de saber qué tipo de argumentos legales deben

---

<sup>433</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 642 ("*Los Informes Primero y Segundo de KECE demostraron cómo las obras de las Demandantes afectaron el Humedal nro. 1*"); apartado 1150 ("*... el Primer y el Segundo Informes KECE hablan por sí solos en cuanto al daño que las Demandantes le causaron al Sitio del Proyecto.*"); apartado 1151 ("*KECE detalló las obras que las Demandantes realizaron en el Sitio del Proyecto...*").

probar) siguen incurriendo en errores graves en los estándares aplicables según la ley costarricense en sus observaciones de 2016. Dichos errores incluyen:

- a. No aplicar los criterios técnicos correspondientes para delimitar nuevos humedales aún no inscritos en el registro de humedales de Costa Rica, según lo que estipula el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE.
- b. No aplicar la metodología correcta para determinar la presencia de suelos hídricos, según lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo 23214-MAG-MIRENEM.
- c. No aplicar los criterios técnicos correspondientes para determinar la presencia de bosques, según lo dispuesto por la Ley Forestal (Ley 7575).

484. Además, tal como se analiza a continuación, la situación actual de sitio Las Olas no puede considerarse como un indicador confiable de las condiciones del sitio en 2007/8 o 2011. En el ínterin, como resultado de la clausura ilegal del proyecto Las Olas por parte de la Demandada, ocupantes ilegales han causado daños a la propiedad. Además, cuando las Demandantes ya no pudieron cumplir con las tareas de mantenimiento de rutina, comenzó a acumularse rápidamente vegetación, como es de esperar en una región subtropical con un alto índice de precipitaciones. Finalmente, el abogado de las Demandantes está al tanto de que la Municipalidad de Parrita ha llevado adelante importantes trabajos en las vías públicas que rodean Las Olas, lo que ha tenido importantes consecuencias en los patrones de drenaje (debido a la instalación de alcantarillas), y dichos trabajos parecen seguir adelante aun ahora.

**1. El Sr. Erwin no ha aplicado los criterios correctos para delimitar humedales que establece la ley costarricense.**

485. Tal como ya se analizó, el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE establece el marco esencial que brinda el derecho costarricense para delimitar un nuevo humedal.<sup>434</sup>

---

<sup>434</sup> Véase Sección IX,A,1. Escrito de las Demandantes posterior a la Audiencia; véase también Transcripción en español, 1576:13-1577:3.

Tal es el caso a pesar de los ingentes (pero fallidos) esfuerzos de la Demandada de negar el hecho de que sus criterios sí son de aplicación,<sup>435</sup> o sus intentos de basarse en definiciones más ambiguas de humedal a la hora de delimitar los que presuntamente existían en Las Olas.<sup>436</sup> Cabe destacar que ninguno de los peritos de la Demandada, entre ellos el Sr. Erwin, tiene autoridad (como cuestión de derecho costarricense) para delimitar un humedal; únicamente el SINAC tiene esas facultades, y nunca las ha ejercido.

486. El artículo 6 del Decreto Ejecutivo 35803-MINAE establece las tres condiciones que deben estar presentes para determinar que existe un nuevo humedal:

*Artículo 6: Características Ecológicas de los Humedales Las características ecológicas **esenciales** que debe poseer un área para ser considerada como humedal son:*

*a) **Vegetación hidrófila**, compuesta por tipos vegetacionales asociados a medios acuáticos y semiacuáticos, incluyendo vegetación freatofila que se desarrolla en láminas de agua permanentes o niveles freáticos superficiales.*

*b) **Suelos hídricos**, definidos como aquellos suelos que se desarrollan en condiciones con alto grado de humedad hasta llegar al grado de saturación, **y***

*c) **Condición hídrica**, caracterizada por la influencia climática sobre un determinado territorio, en donde se involucran otras variables tales como procesos geomorfológicos, topografía, material constituyente del suelo y ocasionalmente otros procesos o eventos extremos.<sup>437</sup>*

487. Tal como se analiza a continuación, los peritos de la Demandada no tomaron en cuenta de manera adecuada los requisitos de suelo hídrico y vegetación hidrófila, tal como lo exige el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE.

**a. El Sr. Erwin no ha dado la debida importancia a los datos de suelo en los presuntos humedales 2 a 7, y su afirmación con respecto a los suelos en el presunto humedal 8 no es creíble**

---

<sup>435</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 321-329 (que argumenta que cualquier ley ambiental en Costa Rica debe tomar en cuenta el principio de precaución y rechazar la noción de que los criterios técnicos del Decreto Ejecutivo deben aplicarse "estrictamente".)

<sup>436</sup> Véase Primer Informe de KECE, apartado 43 (que brinda cinco criterios distintos para determinar la existencia de humedales y aplica las cinco definiciones de manera amplia).

<sup>437</sup> Véase Prueba documental C-218.

488. Como este Tribunal recordará, el primer informe KECE carecía de datos significativos sobre suelos hídricos,<sup>438</sup> de la misma manera que en 2011 el SINAC no efectuó un análisis correcto de los suelos hídricos (y posteriormente ignoró las conclusiones del INTA) al determinar que existían humedales en Las Olas.<sup>439</sup>
489. El segundo informe KECE, aun con el beneficio de las críticas que las Demandantes presentaron contra el primer informe KECE debido a la falta de datos sobre el suelo, tampoco obtuvo datos para ninguna sección del sitio, a excepción de los presuntos humedales 1 y 8 del Sr. Erwin. Por lo tanto, es imperioso que el Tribunal deje de lado los humedales 2 a 7 de la Demandada, ya que no se ha demostrado que cumplan con el criterio triple obligatorio que establece la ley costarricense para determinar la existencia de un humedal. Tal como el Sr. Erwin manifestó explícitamente en su segundo informe, él no es un "científico de suelos" y, en cualquier caso, "KECE discontinuó sus tareas de toma de muestras del suelo". Cuando durante la Audiencia se le preguntó sobre esta manifiesta omisión, el Sr. Erwin puso más excusas sobre los motivos por los cuales no obtuvo datos del suelo:

---

<sup>438</sup> Véase Dúplica de la Demandada, apartado 95(b); apartados 121-130.

<sup>439</sup> Ver, p. ej., Dúplica de la Demandada, apartados 95(d), 185, 202, 286, 287(c), etc.

3 reflejaban condiciones de suelos hidricos. Yo no soy  
4 experto en suelos pero tengo mucha experiencia con  
5 la ecología de pantanales, así que hago calicatas y  
6 agujeros con mucha frecuencia.

7           Ahora, no hacemos muchos análisis de  
8 suelos, especialmente en casos en los que tenemos  
9 bien establecida la hidrología de los humedales. Si  
10 ha estado inundado durante un periodo prolongado  
11 tenemos suelos hidricos, excepto en algunas  
12 circunstancias en que alguien ha hecho algo con el  
13 suelo. En este caso teníamos humedales -- teníamos  
14 eso en los humedales 2 a 8. Y en este caso en  
15 particular, no logramos obtener esos -- o llevar los  
16 testigos al laboratorio con la suficiente rapidez.  
17 No me sentía cómodo, eso hubiera infringido mi  
18 metodología en cuanto a preparar las muestras de  
19 manera apropiada y llevarlos a un laboratorio en una  
20 universidad o en algún otro lugar donde expertos en  
21 suelos pudieran identificarlas. Así que lo que . 440

490. Por lo tanto, luego de dos visitas al sitio, el principal perito ambiental de la Demandada, el Sr. Erwin, no hizo los esfuerzos necesarios para obtener datos adecuados del suelo para la amplia mayoría de los presuntos humedales que alega que existen. De la misma manera, el equipo de Green Roots analizó únicamente el área que comprende el presunto humedal 1,<sup>441</sup> lo que confirma que la Demandada no obtuvo ningún tipo de dato del suelo para los presuntos humedales 2 a 7.

---

<sup>440</sup> Transcripción en español, 1858:3-21.

<sup>441</sup> Transcripción en español, 1951:4-11.

491. Con respecto al numeral 8,<sup>442</sup> el "*análisis del suelo*" del Sr. Erwin no equivale a un hallazgo confiable de la presencia de suelos hídricos. En el apartado 25 del segundo informe KECE, el Sr. Erwin, se limita a afirmar que "*una foto de la muestra extraída permite ver claramente la presencia de indicadores de suelo hídrico, incluida la presencia de marcas y gleysol a 50 cm de la superficie del suelo*". Sin embargo, si se analiza con cuidado la fotografía que el Sr. Erwin utiliza como fundamento de su postura, no se ve gleysol.<sup>443</sup> Además, como explica el Sr. Erwin, él no es un "*científico de suelos*", por lo que su conclusión infundada con respecto al presunto humedal 8 debería desestimarse.

**b. De manera imprecisa y engañosa, el Sr. Erwin clasificó "vegetación hidrófila" como especies de humedal, cuando estas mismas especies pueden encontrarse en hábitats de tierras más altas.**

492. Durante el contrainterrogatorio en la Audiencia, el Sr. Erwin se vio obligado a admitir que no más de 13 % de las especies que observó en Las Olas corresponden exclusivamente a variedades de humedal:

3 P: Mientras lo buscan, en esta sección de  
4 su segundo informe usted resume sus observaciones y  
5 conclusiones con respecto a la vegetación in situ.  
6 ¿Lo ve?  
7 R: Sí.  
8 P: En la página 9, tabla 2, tiene un  
9 cuadro resumido y vemos ahora ya la conocida  
10 distinción en las columnas, la columna U para las

---

<sup>442</sup> Además del análisis de suelos defectuoso del presunto numeral 8, el Sr. Erwin no señaló ninguna presencia importante de vegetación hidrófila en el presunto humedal 8 (aproximadamente, y tan solo, el 5 % de la vegetación en esa zona). Véase Transcripción en español, 1867:5-1867:22.

<sup>443</sup> Véase Figura 105 en página 124 del Segundo Informe KECE. No se ve gleysol en la fotografía de la muestra extraída.

11 tierras altas, W para humedales, y W/U para  
12 humedales o tierras altas. Y eso a su vez está  
13 desglosado en líneas o en renglones, en lo que yo  
14 voy a llamar los supuestos humedales, que sé que a  
15 usted le va a irritar. Lo ve todo resumido en el  
16 cuadro 2. Aritméticamente, no tenemos ninguna  
17 dificultad en confirmar que de las 108 especies  
18 observadas en los ocho supuestos humedales, solo 14  
19 son puramente especies de humedales.  
20 ¿Aritméticamente usted acepta eso como correcto?  
21 Bueno, usted tiene acá los totales, si se  
22 fija en los totales de las columnas.

- VERSIÓN CORREGIDA -

1

R: No estoy en desacuerdo.

444

493. En consecuencia, el 87 % de las especies que observó en los presuntos humedales 1 a 8 no necesariamente indican la presencia de humedales.
494. Además, el intento del Sr. Erwin de (luego de los hechos) argumentar que la clasificación de humedales/tierras altas puede contener más especies "*predominantes en los humedales*" o "*facultativas de los humedales*" no es convincente. Lo que es más importante, en sus informes el Sr. Erwin podría haber subdividido su clasificación de forma más precisa como "*facultativas de los humedales*" y "*facultativa de las zonas secas*", pero en su lugar optó por utilizar la clasificación ambigua y poco útil de "*humedales/tierras altas*:"

13 P: Esta es su definición.

14 R: No, yo estoy viendo humedal y tierras  
15 altas, y usted dice algo que es facultativo de

---

<sup>444</sup> Transcripción en español, 1865:3-1866:1.

16 humedales. Podemos usar un ejemplo mejor, en vez del  
17 humedal número 1, que ha sido perturbado, los  
18 árboles han sido talados y el sitio ha sido  
19 desmontado.

20 P: No, pero podría ser vegetación de zonas  
21 secas facultativas, que no tengan nada que ver con  
22 humedales.

. 445

495. Durante la Audiencia, también quedó demostrado que la metodología que aplicó el Sr. Erwin para recopilar datos sobre la vegetación fue deficiente. El Dr. Langstroth describió el enfoque del Sr. Erwin a la clasificación de especies vegetales como una “*un ejercicio arriesgado*”.<sup>446</sup> Observó que en sus conclusiones sobre la presencia de humedales el Sr. Erwin no tomó en cuenta el hecho de que 38 de las 108 especies de plantas que observó en el sitio son características de tierras altas, por lo que se asocian con hábitats distintos a humedales.<sup>447</sup> Este hecho cobra mayor importancia cuando se compara con la cantidad extremadamente pequeña (13) de especies exclusivas de los humedales que pudo observar. El Dr. Langstroth también mencionó la “*confusión en el uso de estas clasificaciones*”<sup>448</sup> en el informe KECE, en el cual las especies de vegetación típicas de humedales y las de tierras altas aparecen juntas e identificadas en su totalidad como pertenecientes a humedales, algo con lo que los Drs. Calvo y Langstroth están totalmente en desacuerdo.
496. En su presentación, el Dr. Calvo explicó la manera correcta en que *debería* determinarse si existe o no un humedal en un sitio:

---

<sup>445</sup> Transcripción en español, 1868:13-22.

<sup>446</sup> Transcripción en español, 1716:13-15.

<sup>447</sup> Transcripción en español, 1709:14-1710:1.

<sup>448</sup> Transcripción en español, 1716:16-17.

19 que haríamos para determinar -- ¿qué haríamos para  
20 determinar si hay un humedal? Para usar un enfoque  
21 sistemático, tenemos que ir al centro del sitio, que  
22 está lleno de agua, y hacer un análisis cuantitativo

1 y determinar si hay una preponderancia de plantas  
2 propias de humedales, la hidrología y si los suelos  
3 son hídricos o no. Eso se hace en el centro y uno  
4 comienza a alejarse hasta que llega a un punto en el  
5 cual no se encuentran esas tres características. Y  
6 en algún lugar uno dice: "Bueno, este es el límite  
7 superior de las tierras altas."

8 Debe haber un enfoque sistemático, así que 449

497. El Dr. Calvo pasó a explicar las deficiencias constatadas en la metodología del Sr. Erwin:

9 estoy concentrándome en el segundo informe del señor  
10 Erwin y su equipo. Y leo la metodología y mi  
11 conclusión es que la metodología es deficiente, que  
12 conduce a resultados que no son confiables. Usted  
13 lee la metodología y lo único que encuentra es que  
14 "caminamos o recorrimos el perímetro del humedal  
15 objetivo, tomamos puntos de GPS, hicimos una lista  
16 de especies vegetales y estimamos visualmente la  
17 cobertura porcentual de cada una de las 108 especies  
18 que encontramos." Así que imagínese, yo estoy  
[...]

---

<sup>449</sup> Transcripción en español, 1706:19-1707:8.

20 del tamaño de una cancha de fútbol. ¿Cómo lo hago  
21 sin un enfoque sistemático? Camino, bueno, parece  
22 que ya tengo predeterminado el límite, tomo puntos

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 de GPS, hago una lista, digo: "Ah, una especie. 1  
2 por ciento, digamos. De esta otra especie, 3 por  
3 ciento." En el texto no hay nada que me diga  
4 exactamente cómo se hizo eso y aun así tienen  
5 resultados que dicen que hay humedales y hay estas  
6 especies, y clasifican las especies, especies de  
7 humedales, especies de tierras altas. Y los  
8 resultados no siguen la metodología.

450

498. En tales circunstancias, queda claro que, en ausencia de una metodología apropiada y sobre la base de una evaluación preliminar de los resultados de su análisis, las conclusiones del Sr. Erwin con respecto a las especies vegetales presentes en el sitio no merecen ningún tipo de confianza y deben desestimarse.

**2. Con respecto al análisis de suelos, tanto Green Roots como el Sr. Erwin aplican un sistema de clasificación y una metodología incorrectos para determinar la presencia de suelos hídricos en Las Olas**

**a. Corresponde aplicar la Metodología de Uso de Tierras de Costa Rica, la cual establece el Decreto Ejecutivo 23214-MAG-MIRENEM, no los indicadores de campo de los EE. UU.**

499. Tal como ya se explicó, la ley de Costa Rica establece que para establecer la presencia de un humedal es necesario que se constate la existencia de suelos hídricos.

500. El artículo 5(b) del Decreto Ejecutivo 35803-MINAE establece que a los efectos de establecer la existencia de suelos hídricos debe utilizarse la Metodología de Uso de Tierras de Costa Rica, contenida en el Decreto Ejecutivo 23214-MAG-

---

<sup>450</sup> Transcripción en español, 1707:9-1708:8.

MIRENEM, y que los suelos hídricos en general corresponden a suelos clase VII y VIII según esa metodología.<sup>451</sup>

501. Esta es la metodología que empleó el experto en suelos de las Demandantes, el Dr. Baillie. Tal como el Dr. Baillie explicó en su presentación durante la Audiencia, la Metodología de Uso de Tierras de Costa Rica *"de hecho es un sistema muy bien comprobado y ha sido adaptado del Manual USDA 210 de 1961. Y esto ha sido verificado, ha demostrado ser muy robusto, flexible y satisfactorio en un gran número de países, incluido el trópico"*.<sup>452</sup>

502. El Dr. Baillie pasó a explicar que:

13 agroforestal, o sea que principalmente tiene como  
14 objetivo determinar si una tierra es adaptada para  
15 fines arables, pastoreo o forestal de producción o  
16 si más bien debe dejarse ahí para fines de  
17 conservación.

[...]

---

<sup>451</sup> Véase Prueba documental C-218, el cual establece que *"sobre la base de la clasificación de uso de tierras (Decreto Ejecutivo nro. 23214-MAG-MIRENEM), en general los suelos húmedos corresponden a las clases VII y VIII. Por lo tanto, este tipo de tierras pueden utilizarse únicamente como zonas para la preservación de la flora y la fauna, recarga de acuíferos, acervo genético y belleza escénica"*.

<sup>452</sup> Transcripción en español, 1638:2-7.

21 Funciona sobre el principio de unos  
22 factores limitantes, así que la clase I quiere decir

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 que no tiene límites, es la mejor tierra posible en  
2 ese sentido. Pero las demás clases, ahí hay que  
3 indicar cuál es el factor de limitación.

4 En el ejemplo que les di un terreno ha  
5 sido clasificado, digamos como clase IV en donde se  
6 indica que hay -- o sea IV es que hay un posible  
7 riesgo de erosión y que la erosión es la limitación  
8 principal.

9 El motivo por el cual es un sistema útil  
10 para la identificación de suelos hídricos, es porque  
11 el drenaje es una de las limitaciones potenciales  
12 principales y se utiliza en el sistema de evaluación  
13 de tierras y son criterios cuantitativos bien  
14 definidos.

[...]

21 Ahora el valor que tiene o que tienen  
22 estos criterios cuantitativos específicos se

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 reconocieron en el decreto de MINAE 85803 y ahí se  
2 declara que los suelos hídricos para fines de la  
3 definición de humedales corresponden a las clases  
4 VII y VIII de la evaluación de las tierras o de los 453

503. La Metodología de Uso de Tierras que establece el Decreto Ejecutivo 23214-MAG-MIRENEM es la única metodología a la que hace referencia el Decreto Ejecutivo 35803-MINAE, lo que deja claro que para el MINAE esa era la metodología adecuada para determinar la presencia de suelos hídricos en Costa

---

<sup>453</sup> Transcripción en español, 1638:13-1640:4.

Rica. El texto del artículo 2 del Decreto Ejecutivo 23214-MAG-MIRENEM también confirma que la metodología debe utilizarse con fines ambientales, por ejemplo, para determinar la existencia de suelos hídricos:

*Artículo 2: Para efectos de estudios en el campo agrícola, pecuario, forestal, **protección de recursos naturales** y crédito, se establece esta metodología que es de **aplicación obligatoria** en la elaboración de todas las estrategias, políticas, proyectos, programas, planes y ejecución de actividades específicas que se lleven a cabo en el territorio nacional, por instituciones nacionales e internacionales de carácter público o privado.*<sup>454</sup>

504. Además, el propio perito de la Demandada, el Dr. Jurado, explicó que, con arreglo al artículo 11 de la Constitución Política, los organismos de Administración Pública de Costa Rica tienen la obligación de hacer únicamente aquello que la ley establece conforme al *principio de legalidad*:

11 Evidentemente al tratarse de la  
12 administración pública, esta ejerce sus competencias  
13 que están otorgadas por estas leyes en el marco de  
14 la ley general de administración pública, como  
15 cualquier otra con otro sector de la administración  
16 pública y sometidos al principio de legalidad que  
17 está establecido en el artículo 11 constitucional  
18 que señala que el Estado y la administración pública  
19 en concreto no puede hacer más allá de lo que le  
20 está permitido expresamente por ley. 455

505. En circunstancias en las cuales la Metodología de Uso de Tierras es el único criterio que menciona la ley y que el MINAE (y el Presidente de la República) respaldan expresamente a través de una orden ejecutiva, la decisión del Sr. Erwin y de Green Roots de apartarse<sup>456</sup> del método prescrito para la clasificación de

---

<sup>454</sup> Véase Prueba documental R-401, Artículo 2.

<sup>455</sup> Transcripción en español, 1059:111-20. Durante la audiencia el Sr. Ortiz también mencionó el principio de legalidad. Transcripción en español, 1040:18-20.

<sup>456</sup> En la página 51 de su informe (Apéndice 2), Green Roots afirma que "*ni la Ley Orgánica ni el Decreto 35803 definen ningún método indicador específico de la presencia de suelos hídricos*". En el apartado 17 de su Segundo Informe KECE el Sr. Erwin llega a la conclusión similar de que la Metodología de Uso de Tierras "*no es una*

suelos y en su lugar de adoptar los "indicadores de campo de EE. UU."<sup>457</sup> no está justificada. Tal es especialmente el caso habida cuenta de que el INTA (el organismo gubernamental costarricense encargado de efectuar estudios de suelos, y que cuenta con la pericia técnica para hacerlo) *emplea la Metodología de Uso de Tierras* en sus estudios, incluido el que realizó en 2011 en Las Olas y que determinó que no existían suelos hídricos en la propiedad.<sup>458</sup>

**b. No debería tomarse en cuenta la aplicación selectiva por parte de Green Roots de los indicadores de campo de EE. UU. y de la Metodología de Uso de Tierras para el presunto humedal 1.**

506. Green Roots hace una aplicación selectiva de la metodología de indicadores de campo de EE. UU. y de la Metodología de Uso de Tierras de Costa Rica en un esfuerzo de llegar a los resultados que busca la Demandada.

507. En su presentación, Green Roots adujo que había encontrado suelos “*fluvaquentic endoaquept*” en el presunto humedal 1:

5                    Y esto nos hace creer con certeza que el  
6                    suelo mismo, en un estado alterado, es un  
7                    inceptisol, con endoaquept, y eso basta, sin ir al  
8                    cuántico o árico; hay tantas definiciones. El doctor  
9                    Baillie tiene siete u ocho; el doctor Cubero tenía  
10                    una sola, y eso es básicamente lo que nosotros, un  
11                    endoaquept fluvacuéntico. Esto significa que no hay  
12                    barrera natural para el movimiento del agua. No hay  
13                    barrera natural. Esto significa que el agua de 459

508. Sin embargo, durante el contrainterrogatorio, quedó claro que la conclusión de Green Roots para el presunto humedal 1 se basaba en una aplicación fundamentalmente errónea de la clave de la USDA para la taxonomía de

---

*metodología pertinente a este arbitraje*". Tal como ya se ha explicado, tanto el Sr. Erwin como Green Roots están equivocados.

<sup>457</sup> Véase Prueba documental C-300.

<sup>458</sup> Véase Prueba documental C-124, pp. 11-15 (que llega a la conclusión de que había suelos clase V en el sitio).

<sup>459</sup> Transcripción en español, 1933:5-13.

suelos<sup>460</sup> que se utilizó para esta clasificación. La presentación de Green Roots durante la Audiencia efectuó una distinción entre "*suelos superficiales nativos*" y "*suelos modificados artificialmente*", y explicó que a través de su investigación buscaban determinar si "*el suelo no alterado era de naturaleza hídrica*". Green Roots no explicó de qué manera procuraron efectuar esta determinación en su informe:

13   suelos hidricos". ¿Lo ve usted? Cuando usted  
14   presentó el concepto de suelo de superficie --  
15   superficie de suelo nativo, ¿estamos en el mismo  
16   territorio cuando usted se refiere a esta definición  
17   de la USDA de suelos donde la hidrología ha sido  
18   artificialmente modificada, son hidricos los suelos  
19   si un estado no alterado es hidrico? ¿Es lo mismo?

20                   SEÑOR SINGH (Interpretado del inglés):

21   Sí.

22                   P: Entonces, por más que no me puede decir

1   dónde está la definición que usted mencionó, esto es

2   lo que habría que tomar en cuenta.

. 461

---

<sup>460</sup> Véase Prueba documental C-309.

<sup>461</sup> Transcripción en español, 1937:13-1938:2.

509. La verdad es que Green Roots aplicó de manera selectiva las claves de la USDA para la definición taxonómica de suelos "*fluvaquentic endoaquept*", y elaboró

KAJF. Otros Endoaquepts deben tener *todas* las características siguientes:

1. Una pendiente de menos de 25 por ciento
2. Un espesor total de menos de 50 cm de material transportado por el humano en los horizontes de superficie; y
3. *Una o ambas* de las siguientes:
  - a. A una profundidad de 125 cm por debajo de la superficie mineral del suelo, un contenido de carbono orgánico (era del Holoceno) de 0,2 por ciento o más y sin contacto dénsico, lítico o paralítico dentro de esa profundidad; *o*
  - b. Una disminución irregular en el contenido de carbono orgánico (era del Holoceno) entre una profundidad de 25 cm y, o bien 125 cm por debajo de la superficie mineral del suelo, o bien un contacto dénsico, lítico o paralítico, lo que sea menos profundo.

Fluvaquentic Endoaquepts

supuestos erróneos respecto de la aplicación de dichas claves.<sup>462</sup> Las claves de la USDA para la taxonomía de suelos que Green Roots, el Dr. Baillie y el INTA (en 2011) utilizaron para determinar la clasificación de suelos en el presunto humedal 1 brindan la siguiente definición de "*fluvaquentic endoaquept*":<sup>463</sup>

510. Durante su contrainterrogatorio Green Roots confirmó que, según la definición de "*fluvaquentic endoaquept*", el sitio solo puede tener "***un espesor total de menos de 50 centímetros de material transportado por un ser humano***".<sup>464</sup> Sin embargo, para encontrar suelos hídricos, Green Roots pasa por alto la cubierta

<sup>462</sup> Véase Prueba documental C-309.

<sup>463</sup> Véase Prueba documental C-309, pp. 175-176.

<sup>464</sup> Transcripción en español, 1938:20-21.

de suelos de un metro de espesor en el presunto humedal 1 para luego comenzar a contar los 50 cm que establece la definición anterior.<sup>465</sup>

511. Green Roots pasa por alto esta cubierta superior de un metro porque afirma que "*absolutamente es material transportado*",<sup>466</sup> a pesar de que (por definición) Green Roots concuerda en que los suelos *fluvaquentic endoaquepts* son aquellos que han sido depositados por ríos, con depósito de sedimentos a diferentes niveles y diferentes materiales, por lo que no pueden ser materiales transportados por el ser humano.<sup>467</sup> Green Roots también concordó en que en suelos *fluvaquentic endoaquepts* que ocurren naturalmente, el perfil del suelo no sería uniforme, sino que exhibiría discontinuidades naturales.<sup>468</sup> Esto arroja dudas sobre la importancia que Green Roots da a las discontinuidades en el perfil del suelo del presunto humedal 1 como prueba de que hubo tareas de relleno.
512. Sin embargo, Green Roots supone que en el lugar hay relleno de un metro de espesor y que ese metro de relleno fue consecuencia de trastornos creados por las Demandantes. Green Roots hace esta suposición errónea a pesar del hecho de que la observación 14 del Dr. Baillie, la cual tomó **desde la calle de enfrente, fuera de la propiedad de las Demandantes** y, en consecuencia, fuera del alcance de cualquier supuesta tarea de relleno de las Demandantes, exhibía precisamente las mismas características que el suelo examinado por Green Roots, el Dr. Baillie y el INTA en el presunto humedal 1. Esto sugiere más allá de toda duda que Green Fields estuvo equivocada al suponer que el primer metro de material que estudiaron en el presunto humedal 1 era relleno, lo que tiene la consecuencia de que la determinación de que había suelo de tipo hídrico en los primeros 50 cm a partir de la superficie (es decir, el parámetro requerido) no puede ser más que incorrecta.

---

<sup>465</sup> *Ibid*

<sup>466</sup> Transcripción en español, 1942: 11-13.

<sup>467</sup> Transcripción en español, 1942:2-14.

<sup>468</sup> Transcripción en español, 1942:5-8.

513. El Dr. Baillie explicó algunos de los motivos por los cuales no es correcto que Green Roots pase por alto los primeros 105 cm del presunto humedal 1 en su análisis, uno de los cuales es que el perfil del suelo obtenido en su observación 14 <sup>469</sup> (efectuado desde fuera del sitio) presentaba las mismas condiciones:

16 mi pregunta que es la siguiente: ¿Puede usted  
17 explicar por qué usted no descontó el material de  
18 relleno que el informe GreenRoots observó desde el  
19 nivel de la superficie hasta 105 centímetros?

20 R: Bueno, hay una serie de motivos. Uno es  
21 la naturaleza de las partes más bajas del subsuelo.  
22 A medida que se sedimenta el suelo gradualmente se

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 vuelve más compacto y desarrolla unas estructuras  
2 naturales. Claro, esto lleva cierto tiempo.

3 Si uno está en un relleno muy reciente, el  
4 suelo está más flojo si se quiere, su consistencia  
5 es más friable. Y los subsuelos que yo estaba  
6 observando en Bajo 1 tenían un -- estaban  
7 demostrando que habían estado in situ por cierto  
8 tiempo.

9 P: Y en cuanto a su respuesta, la  
10 observación 14 a la que también hizo referencia la  
11 señora Páez, ¿tuvo algún efecto sobre esto que está  
12 diciendo usted acerca de cómo entender el material  
13 de relleno que está por encima del material  
14 gleyzado?

15 R: Lo que sí estaba claro era que las  
16 partes superiores, las partes minerales de los  
17 suelos básicamente eran de matriz roja con manchas  
18 rojas. Y esto era evidente en el suelo totalmente no  
19 perturbado que está en la observación 14.

20 Por lo tanto, yo lo que prevería e

---

<sup>469</sup> Véase Informe Experto de IC Baillie, apartado 50 y fotografía (Placa 12).

21 interpretaría es que las condiciones naturales del  
22 suelo incluyen ciertos horizontes de material de

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 matriz rojo o rojizo. O sea que el tomar todo este  
2 material rojizo e interpretarlo como relleno es  
3 erróneo.

470

514. Green Roots siempre efectuó sus observaciones dentro del sitio, lo cual es la práctica recomendada si lo que se desea es controlar otras variables (por ejemplo, las tareas de otras personas además de las Demandantes, incluidos los trabajos de la Municipalidad en el mantenimiento de calles y alcantarillas) o verificar las condiciones naturales del suelo.

4 observación 14 del doctor Baillie y mirar zonas  
5 adyacentes al predio para satisfacerse que el  
6 material era diferente? Porque básicamente tendría  
7 que ser diferente, si hablamos de un movimiento  
8 artificial. Entonces, habría que decir que adyacente  
9 al sitio observé u observamos que había sucedido  
10 algo diferente. ¿Lo hicieron ustedes?

11 SEÑOR PERRET (Interpretado del inglés): No  
12 miramos fuera del humedal 1. Y si ve el informe del 471

515. Cuando se la siguió interrogando, Green Roots confirmó que no hizo nada para corroborar su suposición de que se había producido un enorme movimiento artificial de tierra en el presunto humedal 1:

4 P: Entonces la respuesta es sencilla: que  
5 ustedes no fueron a ningún sitio adyacente. Déjenme

---

<sup>470</sup> Transcripción en español, 1681:16-1683:3.

<sup>471</sup> Transcripción en español, 1950:3-12.

6 terminar. No fueron a un sitio adyacente para  
7 encontrar indicadores comparativos para indicar que  
8 hubo movimiento de suelos artificiales en la escala  
9 para poder explicar y descontar este volumen.

10 SEÑOR PERRET (Interpretado del inglés):

11 No, no lo hicimos.

472

516. En consecuencia, este Tribunal no puede dar ningún peso a las conclusiones de Green Roots, las cuales se basan en supuestos erróneos, además de no aplicar la metodología correspondiente.
517. En el fondo, el informe de Green Roots no es más que el último intento de la Demandada, en 2016, de arrojar dudas sobre los informes de suelo contemporáneos que el INTA preparó sobre Las Olas, correspondientes a 2011, y reemplazarlos (después de ocurridos los hechos) con un nuevo informe preparado por un experto que contrató en 2017. Tal como el Dr. Singh, de Green Roots, explicó hábilmente en el cierre:

11 el doctor Cubero en este caso, yo voy a ir y le voy  
12 a decir, si se me permite: "Caramba, ahora tienes  
13 muchas pruebas nuevas que te estamos dando como  
14 científicos, ¿cuál será tu opinión?"

15 P: Pero la demandada, a pesar de que lo  
16 emplea hoy al señor Cubero, no ha podido traerlo al  
17 doctor Cubero a este arbitraje. ¿No le parece  
18 extraño?

19 SEÑOR SINGH (Interpretado del inglés):

20 Eso yo no sé qué pasó ahí. No es para mí.

473

---

<sup>472</sup> Transcripción en español, 1951:4-11.

<sup>473</sup> Transcripción en español, 1953:11-20.

518. Es por estos motivos que esta amplia serie de estudios sobre las condiciones del sitio en 2016 es completamente inapropiada e irrelevante en lo relacionado con los aspectos objeto de esta controversia.

### **3. La conclusión infundada del Sr. Erwin sobre la presencia de un bosque no tiene asidero**

519. De manera similar, las conclusiones del perito de la Demandada, el Sr. Erwin, en materia de la presencia de bosques no tienen asidero en la realidad.
520. La ley costarricense establece determinados criterios de cumplimiento obligatorio para determinar la existencia de un bosque. La Ley Forestal<sup>474</sup> (Ley 7575) en su artículo 3 da la siguiente definición de un ecosistema boscoso:

*Composición de plantas y animales diversos, mayores y menores, que interaccionan: nacen, crecen, se reproducen y mueren, dependen unos de otros a lo largo de su vida. Después de miles de años, esta composición ha alcanzado un equilibrio que, de no ser interrumpido, se mantendrá indefinidamente y sufrirá transformaciones muy lentamente.*

Bosque se define como un "ecosistema nativo o autóctono, intervenido o no, regenerado por sucesión natural u otras técnicas forestales, que ocupa una superficie de dos o más hectáreas, caracterizada por la presencia de árboles maduros de diferentes edades, especies y porte variado, con uno o más doseles que cubran más del setenta por ciento (70%) de esa superficie y donde existan más de sesenta árboles por hectárea de quince o más centímetros de diámetro medido a la altura del pecho (DAP).

521. En tales circunstancias, y con arreglo a la ley de Costa Rica, es necesario cumplir con ciertos criterios antes de establecer la existencia de un bosque. Tal como el Sr. Arce manifestó en su testimonio durante la Audiencia, "Y luego, para decir que hay un bosque debemos de hacer un análisis exhaustivo de varias características. Y entonces no—teníamos como duda, teníamos duda de que eso sea un bosque."<sup>475</sup> Posteriormente explicó lo siguiente:

---

<sup>474</sup> Véase Prueba documental C-170.

<sup>475</sup> Transcripción en español, 609:15-18.

22 a sobredimensionar el concepto de bosque. Pero el

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 concepto de bosque está muy bien definido en la  
2 legislación. Entonces lo que quiero decir es que no  
3 es un concepto romántico. Es un concepto legal. No  
4 es un concepto técnico. Es un concepto legal.  
5 Nosotros algunas veces quisiéramos incluirlo.

6 Yo nací en un bosque. Yo estudié esta  
7 carrera y la he ejercido durante 32 años, yo amo los  
8 bosques, pero tengo que apegarme a lo que dice la  
9 ley. Y algunas veces, pensando en eso tengo que  
10 decir: "Aquí no hay un bosque". Porque la ley no me  
11 permite decir que hay un bosque aunque yo quisiera  
12 hacerlo. Y entonces, después de toda la vida de  
13 vivir con los bosques y vivir dentro de los bosques  
14 tengo que hacerlo eso porque la ley me lo dice.

15 Entonces, la ley dice que para que exista  
16 un bosque debe de haber tres condiciones básicas.  
17 Debe tener un tipo de vegetación, tres parámetros  
18 que tienen que considerarse: uno, que sea un  
19 ecosistema nativo, autóctono y que debe tener más de  
20 dos hectáreas de superficie. Luego, que debe  
21 contener árboles maduros de diversas especies, de  
22 diversos tamaños y que cubran un 70 por ciento -- de

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 uno o más doseles y que cubran al menos un 70 por  
2 ciento de la superficie.

3 Y tres, que debe contener más de 60  
4 árboles por hectárea con diámetro superiores a 15  
5 centímetros a nivel del pecho, lo que nosotros

522. Sin embargo, tal como los Drs. Calvo y Langstroth mencionaron en su Informe experto, el primer informe del Sr. Erwin “*no contiene ninguna referencia específica a ningún método para evaluar si existen bosques en el sitio,*” y dedica “*únicamente dos apartados a la posible presencia de bosques en el lugar. El apartado 53 afirma que "la mayoría del sitio podría considerarse forestado". El párrafo 54 enumera algunas de las especies de plantas presentes en el lugar. No se incluye ningún análisis de la manera en la que llegan a la conclusión de que la mayoría del sitio podría considerarse forestado.*<sup>477</sup>
523. Durante su contrainterrogatorio a cargo del abogado de las Demandantes, el Sr. Erwin se vio obligado a admitir que sus conclusiones respecto de la presencia de bosques carecen de fundamento y no guardan relación con la definición de bosque que da la ley costarricense:

18 P: Y lo que tenemos que encontrar son  
19 árboles maduros cubriendo más del 70 por ciento de  
20 la superficie y con 15 o más centímetros de  
21 diámetro, medido a la altura del pecho de una  
22 persona adulta. Esto el señor Leathley lo explicó en

---

<sup>476</sup> Transcripción en español, 617:22-619:6.

<sup>477</sup> Véase Informe Experto de Environmental Resources Management (ERM), apartados 59-60.

1 jerga estadounidense como una cosa difícil de  
2 explicar.

3           Mirando en su informe, pasando ahora a los  
4 párrafos 53 y 54, página 13 del inglés, 14 del  
5 español, párrafos 53 y 54, usted hace varios  
6 comentarios y dice que el sistema Las Olas tiene  
7 varios porcentajes de cobertura del dosel.

8           R: Sí, señor.

9           P: ¿Tomó usted una medida de más de 2  
10 hectáreas para los profines de su primer informe?

11           R: Utilizando la fotografía aérea, sí lo  
12 hicimos, y también hicimos una visita al sitio para  
13 corroborarlo.

14           P: ¿Y midió usted por lo menos el 70 por  
15 ciento de la cobertura de dosel?

16           R: Si, como expliqué, fuimos bastantes  
17 conservadores utilizando esta cuestión de cobertura  
18 de dosel. No es solamente la parte superior que se  
19 ve de los árboles, pero también es el sustrato.

20           P: Perfecto, ¿y dónde encontraría yo eso  
21 en su informe?

22           R: Eso está en la definición...

- VERSIÓN CORREGIDA -

1           P: No, no una cuestión de definición,  
2 ¿dónde está su observación de que por lo menos había  
3 una cobertura de dosel de por lo menos 70 por

4    ciento?

5                   R: Eso es lo que aplicamos. Esto no lo

6    hubiéramos llamado "bosque" a menos de que satisfaga

7    ese dosel del 70 por ciento. Hay áreas en el predio

8    que, como dijimos, no tienen ese nivel de cobertura.

9                   P: La respuesta entonces es que no está

10   explícitamente dicho sino que hay que entenderlo

11   implícitamente.

12                  R: No, es más que implícito. No utilizamos

13   la definición de otro cuando dijimos que este era el

14   dosel sino que utilizamos la definición.

15                  P: ¿Y dónde puedo encontrar referencia de

16   que ustedes midieron a más de 60 árboles por

17   hectárea, de más de 15 centímetros de diámetro

18   medido a la altura del pecho?

19                  R: No lo va a encontrar porque no medimos

20   los árboles.

.478

524. Las pruebas que obran en el expediente demuestran que, a pesar de que por su ubicación tropical "*la tendencia natural del sitio es a adquirir características boscosas si no se lo toca*" (algo que las Demandantes se han visto obligadas a hacer durante casi 6 años debido a la suspensión ilegal de todos los permisos por parte de la Demandada), "*actualmente el sitio es un área de sucesión temprana con tres porciones de diferentes tamaños y densidades*". *Los árboles del sitio no están conectados a un sistema más grande, no tienen miles de años de existencia (véase definición de ecosistema boscoso anterior) y están dominados por especies de árboles pioneros de rápido crecimiento.* Esta conclusión cuenta con el respaldo de las fotografías aéreas disponibles del sitio Las Olas a lo largo del

---

<sup>478</sup> Transcripción en español, 1882:18-1884:20.

tiempo<sup>479</sup> y del hecho de que Las Olas es una propiedad rodeada completamente por calles públicas e importantes urbanizaciones residenciales y comerciales.<sup>480</sup>

#### **4. La decisión deliberada de la Demandada de pasar por alto factores externos que han contribuido a la situación actual del sitio.**

525. Al llegar a sus conclusiones retrospectivas y convenientes a su postura con respecto a la presencia de bosques y humedales protegidos, la Demandada pasa por alto a sabiendas una plétora de factores externos que podrían haber contribuido (y de hecho contribuyeron) a la situación actual del sitio Las Olas. De la misma manera que el Sr. Martínez ignoró intencionalmente las pruebas de los trabajos de drenado de la Municipalidad en el sitio Las Olas al llevar adelante su investigación penal tendenciosa en 2011, lo mismo hace ahora la Demandada.
526. Las Demandantes siempre han argumentado que la acumulación de agua estancada probablemente fue el resultado de deficiencias en las condiciones de drenaje en algunas zonas del sitio, un fenómeno del que durante la Audiencia el Sr. Mussio confirmó estar al tanto en 2008, mientras trabajaba en el proyecto Las Olas.<sup>481</sup> Los problemas ocasionados por la capacidad de drenaje insuficiente en Esterillos Oeste, en las cercanías inmediatas del sitio Las Olas, están bien documentados,<sup>482</sup> y las Demandantes en determinado momento prestaron su asistencia a la Municipalidad para instalar un nuevo sistema de drenajes, en un esfuerzo por mejorar la situación.<sup>483</sup>
527. Sin embargo, durante este procedimiento la Demandada ha ignorado los hechos y en su lugar ha responsabilizado a las Demandantes, a la vez que ignora pruebas claras de los trabajos en los sistemas de drenaje que ha llevado a cabo la Municipalidad y las consecuencias que el bloqueo de alcantarillas podría tener en el sitio Las Olas. Durante la Audiencia, las Demandantes se vieron obligadas

---

<sup>479</sup> Véase Presentación de Apertura de las Demandantes, diapositiva 44 (diapositiva animada que muestra el crecimiento de la vegetación en Las Olas).

<sup>480</sup> Véase Prueba documental C-269.

<sup>481</sup> Transcripción en español, 559:1-9.

<sup>482</sup> Véase Prueba documental C-66, Declaración Testimonial de David Aven, apartado 115; y Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, apartado 109.

<sup>483</sup> Véase Declaración Testimonial de David Aven, apartados 73, 114 y 115.

a traer a la atención del Tribunal el hecho de que durante la segunda visita del Sr. Erwin al sitio la Municipalidad estaba trabajando para desbloquear una alcantarilla de drenaje debajo de la vía pública que rodea la sección sureste del sitio Las Olas, algo que el Sr. Erwin omitió mencionar en su segundo informe:

21 P: En la segunda visita, ¿recuerda usted  
22 que la Municipalidad estaba trabajando en las

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 alcantarillas sobre el lado este?

2 R: Ellos estaban limpiando la alcantarilla  
3 en el humedal 8.

4 P: ¿Y usted recuerda que había un  
5 bulldozer y que la Municipalidad había hecho mucho  
6 trabajo ahí?

7 R: Sí.

8 P: Y estos trabajadores municipales  
9 estaban moviendo tierra, estaban instalando  
10 alcantarillas, estaban creando un muro de cemento  
11 para las alcantarillas, ¿lo recuerda usted?

12 R: Sí.

13 P: Y usted se da cuenta de que no eran las

14 demandantes las que estaban haciendo ese trabajo.

15 R: No, entiendo que lo estaba haciendo la  
16 Municipalidad, ya que el agua que fluía por el lote  
17 8 y el río que había ahí estaba causando erosión de  
18 un lado de la vía, entonces lo estaban haciendo para  
19 proteger la carretera.

20 P: ¿Por qué en su informe no menciona o  
21 incluye algo de esto, una foto, una referencia, de  
22 que observaba que la Municipalidad estaba trabajando

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 en las alcantarillas?

2 R: Lo podría haber hecho, pero realmente  
3 no tenía nada que ver si el humedal 8 era realmente  
4 un humedal. Este tipo de mantenimiento se realiza en  
5 todo momento, las Municipalidades lo hacen siempre.

6 P: Sí, esto es bien cierto. Ahora, en el  
7 párrafo 69 de su primer informe, usted dice que la  
8 construcción de la calle, excavación,  
9 alcantarillado, remoción de estratos vegetativos,  
10 han disminuido dramáticamente la capacidad del  
11 bosque de almacenar adecuadamente y transportar el  
12 agua. ¿Lo vio usted?

13 R: Sí.

14 P: ¿Sabe usted quién creó estas  
15 alcantarillas?

16 R: El propietario.

17 P: ¿Qué prueba tiene usted de eso?

18 R: Bueno, las alcantarillas estaban debajo  
19 de las vías, del desarrollo de las vías del sistema.  
20 Entonces, supongo que otro lo podría haber colocado  
21 ahí, pero las obras que yo vi estaban asociadas con .484

---

<sup>484</sup> Transcripción en español, 1876:21-1878:21.

528. Los trabajos de la Demandada en el sistema de drenaje que rodea al sitio de Las Olas continúan en curso. Recién esta semana las Demandantes han tomado conocimiento de que la Municipalidad continúa trabajando para desbloquear más alcantarillas que permiten el flujo de agua por debajo de la calle que pasa sobre el perímetro norte del sitio de Las Olas. Cuando se le consultó por carta respecto de estos trabajos, la Demandada admitió que los estaba llevando a cabo.<sup>485</sup>
529. Cuando los abogados de las Demandantes visitaron el sitio Las Olas en verano y otoño de 2016, lejos de encontrar un "*ecosistema*" prístino, hallaron que las alcantarillas que pasaban por debajo de la carretera principal estaban bloqueadas con desperdicios domésticos, entre ellos ropa vieja y zapatos. Esto no es sorprendente, habida cuenta de la proximidad del sitio a la carretera principal que une San José y Jacó, y a las consecuencias que el reciente ingreso de ocupantes ilegales ha tenido en el sitio.
530. La obstinación de la Demandada en pasar por alto estos factores, así como su negativa a basarse en las definiciones claras de zonas boscosas y humedales que da la ley costarricense, significa que sus conclusiones (irrelevantes, en cualquier caso) *post-hoc* y que convienen solo a su postura con respecto al sitio Las Olas en 2016 deben rechazarse.

## **X. TITULARIDAD**

531. Entre las preguntas de cierre del Tribunal habían diversas preguntas respecto de la titularidad de las varias parcelas que conforman el sitio del proyecto Las Olas, preguntas que las Demandantes pasarán a responder.
532. En primer lugar, el Tribunal preguntó si las Demandantes estaban de acuerdo con la descripción de la titularidad que aparecía en la diapositiva 19 de la exposición inicial de la Demandada durante la audiencia del 5 de diciembre de

---

<sup>485</sup> Correo electrónico de V&E a HSF, 6 de marzo de 2017.

2016, e invitó a las Demandantes a que explicaran con detalle, mediante un cuadro, la estructura de titularidad a la fecha de la Notificación de arbitraje.

533. En el Anexo B de este Escrito posterior a la audiencia se ha incluido un cuadro detallado que explica la estructura de titularidad de las propiedades al momento de la presentación de la Notificación de arbitraje. Este cuadro y las diapositivas que presentó el Dr. Abdala en su testimonio directo (diapositivas 6, 7, 27, 28 y 29) son los elementos que el Tribunal debería utilizar como el registro correcto de qué propiedades se vendieron, y cuándo. Para facilitar el trabajo del Tribunal, en el Anexo B de este Escrito posterior a la Audiencia las Demandantes han incluido versiones con un código de colores del Plan Maestro del Sitio, en las cuales puede verse la titularidad de los distintos componentes del proyecto Las Olas en dos fechas distintas: (i) mayo de 2011 (es decir, la fecha de valuación); y (ii) la Notificación de arbitraje (según las preguntas de cierre del Tribunal).
534. Con respecto a las diapositivas presentadas por la Demandada, las Demandantes desean puntualizar lo que sigue a continuación. A dichos efectos, las Demandantes hacen referencia al número de diapositiva de la versión electrónica que difundió la Demandada en su exposición de apertura.
535. Respecto de la diapositiva 25, las Demandantes hacen referencia a la sección VIII, B del presente Escrito posterior a la Audiencia y destacan que el artículo 80 del Reglamento ZMT, el artículo 198 de la ley LGAP y el artículo 655 del Código Civil de Costa Rica también revisten importancia además de los puntos señalados por la Demandada en la diapositiva.
536. La diapositiva 26 afirma que el Acuerdo de Venta para la compra de acciones fue celebrado el 1 de abril de 2002. En realidad, fue celebrado el 30 de abril de 2002.<sup>486</sup> Además, la descripción del Acuerdo de Venta es engañosa. Mediante el Acuerdo de Venta, el Sr. Aven compró tanto (i) las acciones en La Canícula; y (ii) 100 % de las acciones en Inversiones Cotsco (el 16 % de las cuales estaban

---

<sup>486</sup> Transcripción en español, 802:19-22.

en poder de Pacific Condo Park and y 84 % en poder de La Canícula).<sup>487</sup> Por lo tanto, luego de la formalización del Acuerdo de Venta, el Sr. Aven quedó siendo propietario del 100 % de las acciones en Inversiones Cotsco de forma directa, no a través de La Canícula, la cual dejó de ser la empresa matriz de Inversiones Cotsco.

537. Respecto de la diapositiva 28, tanto el Acuerdo de Venta (C-8) como el Acuerdo de Fideicomiso (C-237) fueron celebrados el 30 de abril de 2002.<sup>488</sup> Como cuestión de derecho costarricense, cuando el plazo inicial de este Acuerdo de Fideicomiso se extinguió, las acciones no volvieron automáticamente al fideicomitente, sino que fueron transferidas a Banco Cuscatlán en Costa Rica, institución que en calidad de fiduciario retuvo las acciones en La Canícula hasta que fueron transferidas a la asistente personal del Sr. Aven, Paula Murillo, el 8 de marzo de 2005 (C-242). Hay más información disponible al respecto en la Sección X de este Escrito posterior a la Audiencia.
538. La diapositiva 29 enumera los porcentajes de participación accionaria de las Demandantes, pero hay dos errores: los porcentajes correctos para Jeffrey Shiolen y para Roger Raguso son 2 % y 5 %, respectivamente. Tal como ya se mencionó, también es incorrecto que en la diapositiva se diga que La Canícula retuvo un 84 % del paquete accionario de Inversiones Cotsco. Según el Acuerdo de Venta, Inversiones Cotsco pasó a estar bajo la propiedad total del Sr. Aven luego de la formalización del Acuerdo de Venta, por lo que él pudo repartir la totalidad de las acciones entre los inversores en las proporciones que se consignan en su carta.
539. Nuevamente, las diapositivas 31 a 33 indican erróneamente que La Canícula era propietaria del 84 % de las acciones de Inversiones Cotsco.
540. La diapositiva 34 afirma erróneamente que las Demandantes segregaron la propiedad nro. P-142646 (la sección del condominio de la propiedad de Las

---

<sup>487</sup> Véase Prueba documental C8, cláusulas 2 y 3.

<sup>488</sup> Transcripción en español, 803:14.

Olas). De hecho, la propiedad nro. 142646 fue transformada en un Condominio Horizontal registrado con el nro. 2881-M-000 y, luego de dicha transformación, la propiedad 142646 fue cerrada. Posteriormente la propiedad nro. 2881-M-000 fue subdividida en 288 parcelas, números 79209-F a 79496-F.

541. En la diapositiva 37, nuevamente se afirma erróneamente que La Canícula es propietaria del 84 % de las acciones en Inversiones Cotsco. De hecho, Inversiones Cotsco era propiedad total de las Demandantes (Prueba documental C5), quienes también, colectivamente, eran propietarias de 49 % de las acciones en La Canícula. Además, la propiedad nro. 156491 debería estar incluida dentro de la empresa Bosques Lindos De Esterillos Oeste S.A. El diagrama también es incorrecto debido a que se relaciona con La Canícula S.A. La Canícula S.A. es propietaria sin intermediarios de la Concesión La Canícula, no a través de Inversiones Cotsco C&T, S.A. Además, la parcela 2881-M-000 está en poder de Trio International como fiduciario para Inversiones Cotsco C&T, S.A.; esta información no aparece en la diapositiva de la Demandada. En la diapositiva también faltan numerosas servidumbres propiedad de Mis Mejores y Cerros de Esterillos, las cuales fueron creadas al subdividir las propiedades cuyos números se indican como pertenecientes a ambas empresas. En la medida en que se le asigna la fecha en que las Demandantes enviaron su Notificación de Intención de presentar un reclamo, es correcto que en el cuadro no se incluya la propiedad nro. 156490 (el sitio para el hotel, mencionado en el Plan Maestro del Sitio como "*Comercial/Turista 14.313,18*"), ya que las Demandantes la vendieron anteriormente en 2013. Sin embargo, a los efectos del arbitraje dicha parcela es importante, debido a que la venta de 2013 fue una venta compulsiva que debió hacerse a un precio muy inferior debido a las medidas tomadas por las autoridades de Costa Rica.
542. En lo relacionado con las propiedades que se vendieron cada año, tal como se ilustra en la diapositiva 38, las Demandantes hacen referencia a las diapositivas 27 a 29 de la presentación del Dr. Abdala durante la Audiencia de febrero.

543. La Demandantes rechazan la totalidad de la diapositiva 39: como ya se ha mencionado, la inversión de las Demandantes continúa incluyendo todas las parcelas vendidas en el marco del Proyecto.
544. El Tribunal también solicitó a las Demandantes que confirmaran qué parcelas dentro del Proyecto se han vendido, tanto antes como después de la Notificación de Arbitraje. Dicha información está disponible en las diapositivas 27 a 29 de la presentación del Dr. Abdala durante la Audiencia de febrero.
545. Hay otro aspecto que mencionar en relación con la estructura de titularidad. El 3 de marzo de 2017 las Demandantes formalizaron un acuerdo para vender al Sr. Alberto Beto Mora, un residente de Esterillos, la mayoría de las áreas en el sitio del proyecto Las Olas que todavía estaban en su poder, específicamente los sitios comerciales sobre el lindero norte del proyecto Las Olas, las parcelas restantes en la sección del condominio y la tierra de la concesión. El precio total de la venta asciende a 650 000 USD, pagadero en cuotas. La primera cuota se pagó del 3 de marzo de 2017, y la última cuota se pagará aproximadamente seis meses y medio después de esa fecha.
546. El precio de venta y el acuerdo reflejan el hecho de que la tierra sigue estando sujeta a: (i) medidas de restricción que impiden efectuar obras de construcción; (ii) alegaciones de existencia de humedales por parte de las autoridades costarricenses; y (iii) la incapacidad de las Demandantes de desarrollar la propiedad debido a las acciones de las autoridades costarricenses. En particular, la parte vendedora en el acuerdo no efectúa declaraciones respecto de las medidas restrictivas que aún afectan a la propiedad y los permisos que siguen cancelados.
547. Hace bastantes años que las Demandantes están intentando vender las secciones restantes del proyecto Las Olas para mitigar las pérdidas que han sufrido debido a la cancelación del proyecto por parte de Costa Rica. Sin embargo, dichas iniciativas nunca han prosperado debido a la situación en que han quedado el proyecto y la tierra luego de las acciones de Costa Rica. Por lo tanto, las

Demandantes han decidido aceptar esta oferta extremadamente baja por la propiedad.

548. En vista de la reciente venta del área restante de la propiedad, las Demandantes han solicitado al Dr. Abdala que ajuste su valuación para reflejar esta nueva información. El Dr. Abdala reconoce que esta nueva información tendrá consecuencias en la valuación real. Al igual que todas las transacciones posteriores a mayo de 2011, no tendrá efectos en el valor hipotético calculado para el Proyecto. Por lo tanto, el Dr. Abdala ha recalculado el valor del escenario real al incluir esta reciente venta de las Demandantes para calcular el producido de las ventas de tierras ocurridas luego de mayo de 2011 en vez de usar un precio residual estimado de la tierra no vendida, como ha estado haciendo hasta ahora.<sup>489</sup>
549. Para hacerlo, el Dr. Abdala se valió de las transacciones que identificó como "*ventas de parcelas posteriores a mayo de 2011*"<sup>490</sup> en su presentación directa, y ha añadido la transacción actual para las tierras restantes. Sobre la base de la información que recibió, el Dr. Abdala estima que esta última transacción involucró la venta de los 302 233 m<sup>2</sup> restantes del sitio del Proyecto a un precio de 650 000 USD, lo que arroja un precio por metro cuadrado de 1,96 USD.
550. Para estimar el valor generado para las Demandantes por las ventas de tierra, el Dr. Abdala debe tomar en cuenta el momento en que se produjeron dichas ventas. Por lo tanto, re-expresa el valor para cada transacción posterior a mayo de 2011<sup>491</sup> según el valor del USD al 7 de febrero de 2017 (es decir, la fecha de la evaluación de daños que presentó en la Audiencia de febrero) en comparación con dicho valor en la fecha de inscripción de la venta correspondiente. Para hacerlo, recurre a las tres tasas alternativas de interés previo a la sentencia, que presentó en sus informes (la tasa combinada WACC y catastral, la tasa WACC

---

<sup>489</sup> Véase Primer Informe de Abdala, Sección IV.4.3.

<sup>490</sup> Véase Presentación Directa de Abdala, diapositivas 28 y 29.

<sup>491</sup> El Dr. Abdala se basó en el supuesto de que las transacciones para las cuales no había precios disponibles se efectuaron al precio de la transacción más reciente.

y la tasa promedio de préstamos).<sup>492</sup> Los resultados de dichos cálculos se presentan en el cuadro a continuación. Como resultado, las pérdidas de las Demandantes se reducen levemente con respecto a las que calculó el Dr. Abdala en su presentación directa, y ahora ascienden a 95 400 000 USD al 7 de febrero de 2017, sobre la base de la tasa preferida por el Dr. Abdala (la tasa combinada WACC y catastral).<sup>493</sup>

Millones USD			
Índice PJI	Tierra y WACC combinados	WACC	Tasa promedio para préstamos
<b>(+) Valor hipotético estimado al 7 de febrero de 2017</b>	96,2	101,3	115,5
Valor hipotético estimado al 12 de mayo de 2011	66,5	66,5	66,5
<i>Tasa promedio previa a la sentencia</i>	6,6%	7,6%	10,1%
Interés previo a la sentencia	29,7	34,9	49,2
<b>(-) Valor real al 7 de febrero de 2017</b>	0,77	0,81	0,82
<b>Daños a las Demandantes al 7 de febrero de 2017</b>	<b>95,4</b>	<b>100,5</b>	<b>114,9</b>
<i>% de cambio con respecto a la presentación directa de Abdala</i>	-0,14%	-0,14%	-0,05%

## XI. LA RESPONSABILIDAD DE LA DEMANDADA POR LOS DAÑOS.

551. Las Demandantes reiteran e invocan en los argumentos consignados en los párrafos III, C a III, D del Memorial y IV, B, 1 a IV, B, 4 del Memorial de Réplica. A continuación, nos limitaremos a resumir brevemente los aspectos clave que surgieron durante la audiencia oral o que el Tribunal señaló en sus preguntas de cierre.

552. Tal como explicaron las Demandantes en sus argumentos orales, sus reclamos según el artículo 10.5 pueden asignarse a una de cuatro categorías: frustración

<sup>492</sup> Véase Segundo Informe de Abdala, Sección III.4.1.

<sup>493</sup> Véase Presentación Directa de Abdala, diapositiva 25. En el caso de la transacción más reciente, el Dr. Abdala supuso que ocurrió el 7 de febrero de 2017.

de expectativas legítimas; violaciones de la prohibición contra la arbitrariedad; abusos de autoridad pública delegada; e incumplimientos en materia de debido proceso.<sup>494</sup>

#### A. Expectativas legítimas

553. En perjuicio suyo, las Demandantes confiaron en los derechos expresos que se les otorgaron en las VA y los permisos de construcción, los cuales habían sido emitidos por funcionarios estatales debidamente autorizados. Fue razonable que las Demandantes y sus empresas de inversión confiaran en las declaraciones reflejadas en tales documentos, y la Demandada es responsable por haberlas frustrado.
554. Las expectativas de las Demandantes en lo relacionado con su inversión (el proyecto Las Olas) quedaron frustradas cuando funcionarios oficiales distintos a aquellos a quienes corresponde regular los proyectos de desarrollo inmobiliario de tipo comercial, como Las Olas, intervinieron para interferir con el funcionamiento de las inversiones de las Demandantes. En este sentido, el aspecto más sobresaliente de la audiencia oral fue *lo que el Tribunal ni vio ni escuchó*: testimonios de los empleados de la SETENA que emitieron las VA para el Proyecto, de los empleados de la Municipalidad que emitieron todos los permisos de construcción, y de los empleados de la SETENA que, luego de evaluar cuidadosamente el torrente de alegaciones calumniosas de un vecino celoso, ratificaron la validez de los VA para la sección del Condominio en noviembre de 2011.
555. Si el proceso regulatorio hubiera funcionado de la forma en que seguramente se diseñó en Costa Rica, o por lo menos de la forma en que cualquier inversionista extranjero diligente hubiera razonablemente esperado, habría sido posible desarrollar Las Olas en tiempo y forma e indudablemente hoy sería una vibrante

---

<sup>494</sup> Véase Transcripción en español, 1964:11-1969:6 (que señala las cuatro categorías de reclamos del artículo 10.5).

comunidad. Por el contrario, por culpa de personas como la Sra. Vargas, la Sra. Diaz, el Sr. Bogantes y el Sr. Martínez, la tierra hoy está vacía.

556. Tal como quedó demostrado en los casos *Arif c. Moldavia* y *MTD c. Chile*, no se cumple con el estándar de trato justo y equitativo cuando “[*existe*] una incongruencia directa entre las actitudes de diferentes órganos del Estado receptor de la inversión”.<sup>495</sup> Lisa y llanamente, no es suficiente que la Demandada presente un testigo, como el juez Chinchilla, para que explique que dichas contradicciones son esperables, o que en Costa Rica un fiscal tiene derecho a ignorar por completo una determinación definitiva como la realizada por la SETENA, si bien con esa afirmación eliminó todo tipo de respaldo para sus argumentos contra el Sr. Aven. Otra vez, tal como el tribunal en *Arif c. Moldavia* explicó:

*[E]n el ámbito internacional, el Estado tiene una naturaleza unitaria, y una contradicción en las acciones del Estado no puede resolverse en el plano internacional haciendo referencia a su orden jurídico interno. Es un principio bien establecido que un Estado no puede basarse en su derecho interno para justificar un acto ilícito desde la perspectiva del derecho internacional.*<sup>496</sup>

## **B. Arbitrariedad**

557. Tal como se explicó en el Memorial de las Demandantes y en el Memorial de Réplica, la evidencia de arbitrariedad manifiesta no es congruente con el cumplimiento del Estado anfitrión en virtud de la obligación de trato justo y equitativo. Enraizada en el principio de buena fe del derecho internacional, la doctrina de *abus de droit* abarca todo uso de autoridad gubernamental delegada, carente de buena fe, incluida la discrecionalidad ejercida con negligencia dolosa o indiferencia. No interesa si el ejercicio de tal discrecionalidad puede revisarse

---

<sup>495</sup> *Arif c. Moldavia*, Laudo, caso CIADI nro. ARB/11/23, IIC 585 (2013), 8 de abril de 2013, en ¶547.

<sup>496</sup> *Ibid.*

como asunto de derecho municipal, porque está abierto a escrutinio en virtud del derecho internacional.

558. El Sr. Martínez ejerció arbitrariamente su discrecionalidad como fiscal, en relación con el Sr. Aven y, por lo tanto, también con la inversión de las Empresas que el Sr. Aven operaba y supervisaba. El Sr. Martínez incoó una acusación del Sr. Aven, completamente innecesaria e injustificable, en octubre de 2011, no obstante el hecho de que las VA emitidas y subsiguientemente reconfirmadas por la SETENA contradecían el registro de evidencias requerido para un enjuiciamiento exitoso. Incluso si los funcionarios de la SETENA se hubieran equivocado acerca de la presunta presencia de humedales (y no hay evidencia ante el Tribunal de que estuviesen equivocados), aun así habría sido imposible condenar al Sr. Aven porque no había posibilidades de que él hubiese tenido la intención requerida, dado que habría estado operando en virtud de la supuesta autoridad de las certificaciones de VA de la SETENA y de los permisos municipales de construcción.
559. No solo fue arbitraria la decisión de procesamiento por parte del Sr. Martínez, sino que también lo fue la manera en que procedió. Por ejemplo, en el conainterrogatorio, se reveló que acusó al Sr. Aven y al Sr. Damjanac en virtud de una ley que ni siquiera estaba en vigencia, cuando ocurrieron los presuntos delitos, porque la misma ofrecía sanciones más onerosas.<sup>497</sup> También decidió ignorar el informe INTA, que él había solicitado, porque no lo ayudaría a ubicar al Sr. Aven en una situación jurídicamente peligrosa.<sup>498</sup> Contrariamente al procedimiento apropiado de investigación, sin mencionar el sentido común, el Sr. Martínez no sometió el Documento Supuestamente Falsificado, a análisis forense.<sup>499</sup> También ignoró la clara evidencia de trabajos llevados a cabo por la Municipalidad.<sup>500</sup>

---

<sup>497</sup> Transcripción en español, 1010:13-1012:3.

<sup>498</sup> Transcripción en español, 1056:3-1057:22.

<sup>499</sup> Transcripción en español, 20143:15-1044:15.

<sup>500</sup> Transcripción en español, 1050:18-1051:22.

560. El Sr. Martínez se negó a tomar en consideración una petición manifiestamente razonable de los abogados del Sr. Aven y el Sr. Damjanac, a fin de prolongar el primer juicio penal.<sup>501</sup> Y, mucho antes en el proceso, aunque sabía que organismos competentes habían completado informes que diferían entre sí y que eran contradictorios respecto de la existencia de humedales, presentó cargos, a pesar de todo.<sup>502</sup> Se mostró aparentemente indiferente a si su conducta coincidía con los lineamientos procesales vigentes,<sup>503</sup> como así tampoco se preocupó acerca de las posibles consecuencias de tratar de obtener, en forma irrazonable la extradición del Sr. Aven.
561. La conducta del Sr. Martínez fue tan manifiestamente arbitraria que contravendría incluso la más severa caracterización del estándar justo y equitativo, presentado en este arbitraje por los Estados Unidos: la así llamada prueba “*Neer*”. Ciertamente es que bajo ningún concepto, sostienen las Demandantes que en 2017 se debería aplicar, en virtud del Artículo 10.5 del DR-CAFTA, una decisión 2 a 1 de un tribunal de demandas mixtas, de hace 90 años, en el que se resolvía un caso de protección y seguridad. El punto es que la conducta de la Demandada está tan errada, que incluso siguiendo la prueba restrictiva apoyada por los Estados Unidos y extemporáneamente tomada por la Demandada en sus alegatos de cierre en la Audiencia, sería suficiente como para establecer la responsabilidad del Estado:

*Sin intentar anunciar una fórmula precisa, es posible, en opinión de la Comisión, ir un poco más allá de lo citado por los autores y sostener (primero) que la propiedad de los actos gubernamentales deben ponerse a prueba respecto de normas internacionales y (segundo) que el **trato** hacia un extranjero, a fin de constituir delincuencia internacional **debe llegar a ser**: [1] **un atropello**, [2] **mala fe**, [3] **incumplimiento de los deberes de funcionario público**, o [4] **una insuficiencia de acción gubernamental que esté tan lejos de los estándares internacionales, que cualquier persona razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia**. Si la insuficiencia proviene de la aplicación*

---

<sup>501</sup> Transcripción español, 1058:5-1059:10.

<sup>502</sup> Transcripción español, 20125:12-1026:9.

<sup>503</sup> Transcripción español, 971:1-22.

deficiente de una ley inteligente o del hecho de que las leyes del país no otorgan poder a las autoridades para alcanzar los estándares internacionales resulta irrelevante. (El subrayado es nuestro)

562. Hace casi un siglo, la mayoría de los árbitros de la causa *Neer* articularon cuatro umbrales diferentes para considerar que una conducta incumplía los estándares internacionales. La conducta del Sr. Martínez hacia el Sr. Aven y el Sr. Damjanac fue tan mala que alcanzó a no menos de tres de los cuatro umbrales, mucho menos a acusar a ambos hombres, en virtud de la ley correcta.
563. No fue menos que un atropello que el Sr. Martínez haya aprovechado una salvaguarda del debido proceso constitucional destinada al beneficio de los demandados, para obtener una segunda oportunidad, al imputar a ambos hombres, negándose arbitrariamente a trabajar con sus abogados para reprogramar. Fue incumplimiento de los deberes de funcionario público el no preocuparse de hacer que se realizara un análisis forense de la pieza central de su causa de posible fraude contra el Sr. Aven e ignorar los lineamientos procesales vigentes.
564. Y seguramente cualquier persona razonable e imparcial coincidiría en que procesar a alguien por "delitos" ambientales que la evidencia documental muestra –más allá de toda duda– que simplemente no los podría haber cometido, constituye insuficiencia en la acción gubernamental, obviamente debida al procesamiento deficiente del Sr. Martínez. Alternativamente, si se aplica el testimonio del Juez Chinchilla, al efecto de que por lo menos era plausible que el Sr. Martínez procediera tal como lo hizo, en virtud de la legislación de Costa Rica, entonces es obvio que tal ley no le otorgó a él, el poder de alcanzar los estándares internacionales en este caso.

### **C. Abuso de autoridad**

565. En cuanto al componente de “*mala fe*” de la prueba *Neer*, lamentablemente, tenemos al Sr. Bogantes. La Demandada no disputa el hecho de que podría haber sido considerada responsable legalmente, en virtud del derecho internacional,

por los delitos que cometió el Sr. Bogantes: solicitar sobornos y tomar represalias contra los inversionistas estadounidenses que no se sometían a su voluntad.

566. La Demandada no está en posición de quejarse sobre la evidencia. A pesar de la amplia oportunidad y a pesar de continuar empleando al Sr. Bogantes, nunca hizo que el Sr. Bogantes proporcionara una declaración testimonial como así tampoco se ha proporcionado explicación alguna y aun menos una explicación adecuada respecto de la ausencia del Sr. Bogantes en estos procedimientos. Más aun, extrañamente, la Demandada no se ocupó de conainterrogar al Sr. Aven o al Sr. Damjanac respecto de su evidencia en cuanto a los temas de solicitud de sobornos. Así, la evidencia no objetada en el expediente es que el Sr. Bogantes se aprovechó vergonzosamente de las fallas del sistema en un vano intento para llenar sus propios bolsillos. Parece que no tuvo reparos de ningún tipo en cuanto a revertir sus conclusiones oficiales o a mentir bajo juramento ante un juez, si era necesario, tanto para obtener el pago como para castigar a un extranjero por negarse a pagar cuando se lo solicitaba.
567. Sin duda el Sr. Bogantes se benefició inmensamente con este aparentemente confuso sistema de problemas ambientales. Los funcionarios oportunistas y carentes de escrúpulos solo tenían que esperar a que surgiera un conflicto entre un nuevo inversor extranjero y un vecino atrincherado, confiando en que el sistema podría manipularse hasta el punto de la disfunción por parte de un intruso, tal como el Sr. Bucelato. Una vez materializada tal controversia, el Sr. Bogantes podría presentarse ante la puerta del inversor y venderle el equivalente reglamentario de la protección. Paguen y las muchas quejas del Sr. Bucelato podrán dejarse de lado. No paguen y las mismas podrían resultar fatales.

#### **D. Debido proceso**

568. En la Audiencia, la Demandada argumentó que el término “*debido proceso*”, tal como aparece en el Artículo 10.5(2), está restringido a la doctrina de denegación de justicia. Así, tanto las quejas sobre el debido proceso de las Demandantes,

que se han referido en gran parte a la conducta de la Srta. Vargas y la Srta. Díaz, deberían desestimarse o las Demandantes deberían admitir que eran realmente reclamos por denegación de justicia desde el principio, y que, por lo tanto, deberían ser desestimadas debido a que no se pretendía obtener la compensación jurídica disponible que existía en teoría.

569. La propuesta de la Demandada no coincide con las reglas vigentes de interpretación, según los artículos DR-CAFTA 1.2(2) y 10.22(1), porque ignora el contexto al interpretar el significado textual y la construcción restrictiva del Artículo 10.5 que resulta no está en consonancia con el objeto y el propósito del Tratado.
570. La referencia del Artículo 10.5(2)(a) al “*debido proceso*” evidentemente proporciona la base para una concepción particular de la denegación de justicia: es decir “*la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos*”. El tribunal Corona Materials halló (aunque solo *in dicta* porque halló que le faltaba competencia *ratione temporis*), que las Partes agregaron el adjetivo “*adjudicativo*”, para limitar la aplicación de la doctrina de denegación de justicia, en virtud de la disposición, para los cuerpos que ejercen facultades adjudicativas (ya sea en lo penal, civil o administrativo).<sup>504</sup> Lo que no se deriva del texto de esta disposición es que actualmente, el estándar del “*trato justo y equitativo*” incluye una única obligación: denegación de justicia. El subapartado establece: “*‘el trato justo y equitativo’ incluye...*” (el subrayado es nuestro); no establece que el estándar se limite a la denegación de justicia.
571. En forma similar, precisamente porque las Partes utilizaron el término “*debido proceso*” para explicar cómo se debería aplicar la doctrina de la denegación de justicia a las resoluciones adjudicativas de ciertos tipos de cuerpos municipales, eso no significa que el principio del derecho internacional general del debido

---

<sup>504</sup> *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Laudo Final, Caso CIADI nro. ARB(AF)/14/3, 31 de mayo 2016, en ¶ 251.

proceso no sea ya pertinente para la construcción del estándar del trato justo y equitativo en un contexto que no sea la denegación de justicia. Según lo codificado en la VCLT, Artículo 31(3)(c) y lo dispuesto en DR-CAFTA Artículos 1.2(2) y 10.22(1), el intérprete del tratado debe tomar en consideración, principios vigentes del derecho internacional, al interpretar el significado del texto del tratado. Así, el principio del debido proceso del derecho general internacional debe recordarse al interpretar el significado de "*trato justo y equitativo*" en contexto, ya sea en relación con las denegaciones de justicia o en la aplicación de cualquier otro tipo de medida.

572. Parece que las Partes insertaron el término "*debido proceso*" en el Artículo 10.5(2)(a) para identificar un método particular de elaborar lo que en la práctica significa: el método comparativo. Esta no es la única forma de elaborar el significado del debido proceso. El otro método tradicional es inductivo, por el cual uno examina las prácticas de los objetos del derecho internacional, en vez de comparar prácticas dentro de los países.<sup>505</sup> No puede seriamente dudarse que el "*debido proceso*" constituye un principio general del derecho internacional. Y que el debido proceso podría conllevar otras obligaciones encontradas bajo la "*sombrilla*" de un estándar del "trato justo y equitativo" es solamente lógico.
573. Este es indudablemente el motivo por el cual pueden encontrarse referencias al debido proceso en una amplia gama de laudos, en los cuales el estándar del trato justo y equitativo se interpretó y aplicó sin referencia alguna a la denegación de justicia. Tales ejemplos incluyen a *Gold Reserve c. Venezuela*, en el cual una grave falta de transparencia se consideró incongruente con el debido proceso requerido en virtud del estándar de trato justo y equitativo,<sup>506</sup> y *TECO c. Guatemala*, en el cual el hecho de no acordar el debido proceso dentro del contexto de un procedimiento de revisión de tarifas se consideró como vulneración del estándar de trato justo y equitativo del DR-CAFTA, Artículo

---

<sup>505</sup> Véase, por ej. Memorial, apartado. 355.; véase en general CLA-18, Georg Schwarzenberger, *The Inductive Approach to International Law* (Oceana Pubs: Nueva York, 1965) en 87-91.

<sup>506</sup> *Gold Reserve Incorporated c. Venezuela*, Laudo, Caso CIADI nro. ARB(AF)/09/1, IIC 660 (2014), 22 de septiembre de 2014 en ¶¶ 609-610.

10.5.<sup>507</sup> En forma similar, en *Quiborax c. Bolivia* el tribunal halló que el Estado anfitrión revocó las concesiones en una manera que no cumplía “con los mínimos estándares del debido proceso, tanto en virtud del derecho internacional como con arreglo a la legislación boliviana”, citando una descripción del debido proceso articulada por el tribunal en *ADC c. Hungría*, como “demandando ‘un real procedimiento legal y sustantivo’ para que un inversor eleve sus quejas contra medidas de despojo ya tomadas o que estuvieran a punto de tomarse contra ella”.<sup>508</sup> El tribunal de ADC hizo una elaboración sobre el concepto del debido proceso, en la causa relacionada con la expropiación, a saber:

*Se espera que estén disponibles y sean fácilmente accesibles para el inversor algunos mecanismos legales básicos, tales como la notificación con una anticipación razonable, una audiencia justa y un mediador imparcial y ecuánime para evaluar las acciones en disputa, a fin de que tal proceso legal sea significativo. En general, el proceso legal debe ser de una naturaleza tal como para otorgar al inversor afectado, una oportunidad razonable, dentro de un tiempo razonable para reclamar sus legítimos derechos y hacer que se escuchen sus demandas.*<sup>509</sup>

574. En forma muy similar al caso que nos ocupa, el Laudo *Quiborax* demostró cómo la rama ejecutiva de un Estado anfitrión puede incurrir en responsabilidad civil internacional al no proporcionar notificación y/o derecho de defensa en relación con una decisión reglamentaria o administrativa que afecta gravemente a una inversión extranjera. Lo mismo podría decirse de las razones para la decisión en laudos tales como *Siag y Vecchi c. Egipto* y *Middle East Cement c. Egipto*.<sup>510</sup>

---

<sup>507</sup> *TECO Guatemala Holdings Limited Liability Company c. Guatemala*, Laudo, Causa CIADI nro. ARB/10/17, IIC 623 (2013), 19 de diciembre de 2013, en ¶¶ 664 y 711.

<sup>508</sup> *Quiborax SA and Non Metallic Minerals SA c. Bolivia*, Award, ICSID Case No. ARB/06/2, IIC 739 (2015), 16 de septiembre de 2015, en ¶¶ 221-227, citando también a: *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Laudo, Causa CIADI nro. ARB/05/18, 3 de marzo de 2010, en ¶¶ 395, 396, 404; y *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company v. Kazajistán*, Laudo, Causa CIADI nro. ARB/01/6, 7 de octubre de 2003, en ¶ 10.5.1.

<sup>509</sup> *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. Hungría*, Laudo, Caso CIADI nro. ARB/03/16, 2 de octubre de 2006, en ¶ 435.

<sup>510</sup> *Siag y Vecchi c. Egipto*, Laudo, Caso CIADI nro. ARB/05/15, IIC 374 (2009), 11 de mayo de 2009, en ¶ 442; y *Middle East Cement Shipping and Handling Company SA c. Egipto*, Laudo, Caso CIADI nro. ARB/99/6, (2003) 18 CIADI Rev-FILJ 602, (2005) 7 CIADI Rep 173, IIC 169 (2002), 12 de abril de 2002, en ¶ 147.

575. Más aun, “*debido proceso*” también aparece en el texto del DR-CAFTA en el Artículo 10.7(1)(d), yuxtapuesto con el Artículo 10.5, indicando que las Partes deben haber aceptado el presupuesto de que “*debido proceso*” significa más que la denegación de justicia por parte de un entidad adjudicataria. El concepto puede obviamente aplicarse al ejercicio de la autoridad ejecutiva y/o administrativa, independientemente de la adjudicación o de la doctrina de denegación de justicia.
576. Lo que todos los casos mencionados en esta sección tienen en común es que todos involucraron vulneraciones a la norma del trato justo y equitativo basadas en la falta administrativa y/o reglamentaria para garantizar el debido proceso. Ninguno de ellos involucró demandas basadas sobre la doctrina de denegación de justicia y el grupo incluye tanto los así llamados sabores del estándar “*consuetudinarios*” como los “*autónomos*”.<sup>511</sup>
577. Al igual que en todos estos otros casos y, a diferencia del caso Corona Materials, las Demandantes no han perseguido un reclamo por denegación de justicia, cuyas otras ramificaciones se tratan más adelante. Como este creciente grupo de casos demuestra, el debido proceso es una rúbrica importante con la cual medir el cumplimiento del Estado anfitrión de una norma de trato justo y equitativo, respecto de ejercicios de discrecionalidad no adjudicativa. La misma norma se aplica independientemente de si el marco municipal articulaba estándares mínimos del debido proceso que fueron ignorados por los funcionarios cuyas decisiones afectaron una inversión extranjera o si el marco mismo era deficiente, en el hecho de permitir que se tomaran decisiones sin asegurar el debido proceso a la inversión extranjera.
578. Más aun, las Demandantes también recuerdan cómo el “*debido proceso*” aparece además en el texto del DR-CAFTA, en el Artículo 17.3(1)(a). La

---

<sup>511</sup> Véase, también: *Khan Resources y otros c. Mongolia y MonAtom LLC (Mongolia)*, Laudo, PCA Caso nro. 2011-09, IIC 719 (2015), 2 de marzo de 2015, en ¶¶ 350-365; *Vestey Group Ltd c. República Bolivariana de Venezuela*, Laudo, Caso CIADI nro. ARB/06/4, en ¶¶ 219-223; y *Clayton y otros c. Canadá*, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad, PCA Caso nro. 2009-04, IIC 688 (2015), 17 de marzo 2015, en ¶¶ 589-596.

disposición se aplica expresamente a "asuntos procesales" en reglamentación ambiental, tales como aquellos mal implementados en este caso por el Sr. Picado, la Srta. Díaz y la Srta. Vargas; así como también aquellos llevados a cabo adecuadamente por los funcionarios de la SETENA: es decir, "procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos... disponibles para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental".

579. El párrafo 3 de la misma disposición requiere, en particular, que "Cada Parte garantizará que las personas con un interés jurídicamente reconocido conforme a su derecho interno sobre un determinado asunto, tengan adecuado acceso a los procedimientos referidos en el párrafo 1". Además, los subapartados pertinentes del apartado 1 estipulan:

(a) Tales procedimientos **deben ser justos, equitativos y transparentes y, a tal fin, deben cumplir con el debido proceso de la ley** y estar abiertos al público, excepto en los casos donde la administración de justicia requiera lo contrario.

(b) Las partes de dichos procedimientos **deben tener derecho a respaldar o defender sus respectivas posiciones, incluso por medio de la presentación de información o de evidencia.**

...

(el subrayado es nuestro)

580. Tal como se explicó en alguna otra parte de este Escrito posterior a la Audiencia y en los memoriales de las Demandantes,<sup>512</sup> el Tribunal no posee la competencia necesaria para hacer a Costa Rica responsable por la infracción al Artículo 17.3. No obstante, el contenido de esta disposición es directamente pertinente a la consideración del Tribunal, respecto de la responsabilidad legal de la Demandada por incumplimiento del Artículo 10.5. Primero, informa sobre las expectativas razonables y legítimas de las Demandantes respecto del trato al que tuvieron derecho, por parte de funcionarios tales como el Sr. Picado, la Srta.

---

<sup>512</sup> Véanse, por ejemplo, Memorial de las Demandantes, apartado 256; y Memorial de Réplica de las Demandantes, apartado 71.

Díaz y la Srta. Vargas. Segundo, proporciona una indicación del tipo de conducta que las Partes creyeron apropiadas en las circunstancias (es decir, para asuntos administrativos/reglamentarios relacionados con el ambiente. En particular, el Artículo 17.3 demuestra que las partes compartieron el entendimiento de que respetar el debido proceso en el contexto ambiental, significa que las “*personas con un interés jurídicamente tutelado en virtud de la legislación [costarricense]...tienen acceso apropiado a los procedimientos*” y que los inversores/inversión deben “*tener derecho a respaldar o defender sus respectivas posiciones, incluso por medio de la presentación de información o evidencia*”.

581. En verdad, en el Artículo 18.4 es posible encontrar más explicaciones sobre la forma en la que las Partes del DR-CAFTA esperaban obviamente que se comportaran sus funcionarios para llevar a cabo por sí mismos, un proceso no adjudicativo:

*Con vista hacia la administración en una manera congruente, imparcial y razonable, todas las medidas de aplicación general que afecten los asuntos cubiertos por este Tratado, cada Parte debe asegurar que en sus procesos administrativos se apliquen medidas a las que se hace referencia en el Artículo 18.2 a personas, mercaderías o servicios en particular de la otra Parte, en casos específicos que:*

*(a) **donde resulte posible, a las personas de otra Parte que se vean directamente afectadas por un procedimiento, se les debe dar un periodo razonable para notificación,** de conformidad con los procesos nacionales, cuando se inicie un procedimiento, lo cual incluye una descripción de la naturaleza del procedimiento, una declaración de la autoridad jurídica en virtud de la cual se inicia el procedimiento y una descripción general de todo problema o controversia.*

*(b) **a tales personas se les otorga una posibilidad razonable de presentar hechos y argumentos en respaldo de sus posiciones, antes de cualquier acción final administrativa,** cuando el tiempo, la naturaleza del procedimiento y el interés público lo permitan; y (c) sus procedimientos estén en concordancia con la legislación nacional.*

(el subrayado es nuestro)

582. Tanto las disposiciones arriba mencionadas como la práctica arbitral demuestran la importancia de una notificación apropiada y del derecho de ser escuchado, como elementos fundamentales del debido proceso. En este caso, se emprendieron varias acciones de cumplimiento en respuesta a las acusaciones maliciosas y falsas de un único y contrariado vecino, el Sr. Bucelato.<sup>513</sup> En ninguno de estos casos se les proporcionó a las Demandantes una notificación o una posibilidad de ser escuchados. La única respuesta de la Demandada a estos cargos específicos es que los funcionarios en cuestión no tenían obligación, en virtud de la legislación de Costa Rica, de proporcionar a las Demandantes notificación alguna, mucho menos una posibilidad de comentar, sobre sus respectivas actividades, no obstante el manifiestamente perjudicial impacto que pudieran tener y que tuvieron, sobre el Proyecto Las Olas.
583. Seguramente la Demandada sabe que no puede responder una demanda internacional *–por ej.* que no se proporcionó un trato justo y equitativo debido a una falta manifiesta para garantizar el debido proceso– citando el cumplimiento de reglamentaciones municipales (o la falta de las mismas). No es menos que una infracción de la norma de justicia y equidad si a una funcionaria de un Estado anfitrión las reglamentaciones municipales le permitieron comportarse en tal forma o, si su conducta no cumplió tampoco, normas municipales.

**E. Importancia de la falta de cumplimiento de la Demandada respecto de normas procesales municipales**

584. Las preguntas de cierre del Tribunal contienen dos referencias a las leyes municipales de Costa Rica, N.º 2 y 5. La primera, pregunta si la Demandada ha infringido las leyes de Costa Rica. La segunda, pregunta si las leyes de Costa Rica deben aplicarse en cualquier forma a fin de resolver este caso. Tal como se hizo notar más arriba, la segunda pregunta se realiza principalmente en referencia al Artículo 10.22(1), que necesariamente excluye la proposición de

---

<sup>513</sup> Véase Anexo A.

que las leyes de Costa Rica pudieran aplicarse –ya sea como ley vigente rectora o de otro modo– a fin de resolver el caso. Más aún, en virtud del derecho internacional consuetudinario, que es aplicable en virtud del Artículo 10.22(1), es axiomático que el Estado anfitrión no puede respaldarse en el pretendido cumplimiento de normas municipales, como justificación o excusa por la infracción de normas internacionales, obviamente incluyendo los Artículos 10.5 y 10.7 del Tratado.

585. En su Memorial de Dúplica, la Demandada trató de reestructurar el caso de las Demandantes, al sugerir que se basaba en acusaciones de infracciones de la ley costarricense, más que en la legislación internacional. La Demandada basó este intento de desviar la atención sobre ciertas observaciones hechas por el perito en legislación costarricense de las Demandantes, el Sr. Ortiz. El Sr. Ortiz enumeró las diversas formas en las cuales la conducta de los funcionarios costarricenses, frente a las Demandantes y sus inversiones, incumplieron las normas municipales de equidad procesal. Que el Sr. Ortiz incluso proporcionó evidencia en este arbitraje era una función de la necesidad de corregir las muchas y erróneas acusaciones hechas por la Demandada, como parte de su poco ortodoxa “*falta de cumplimiento de la ley municipal*”, objeción sobre la competencia /admisibilidad *cum* defensa. Si la Demandada no hubiese realizado tal espectáculo para desviar la atención del análisis de su propia conducta, como apropiada para un arbitraje sobre un tratado, las Demandantes no se habrían visto forzadas a contratar expertos independientes conocedores de la legislación costarricense para responder a ello.
586. En todo caso, el hecho de que los funcionarios de la Demandada hayan infringido específicamente normas procesales contenidas dentro del orden legal municipal podría ser pertinente para establecer su responsabilidad en virtud del derecho internacional –pero no debido a que la infracción de una norma municipal en sí misma, constituya la infracción de una norma internacional. Es como si la misma conducta, que condujera a una conclusión de incumplimiento de una regla

municipal de equidad procesal, pudiera ser indicativa de la falta de cumplimiento de una regla internacional análoga.

587. Considérese por ejemplo, la tardíamente encontrada evidencia del Sr. Briceño, el auditor municipal que contrató la Sra. Vargas para trabajar a fin de involucrar a la Municipalidad en su campaña contra las Demandantes, por medio de la presentación de una demanda ante el TAA, y quien se mostró igualmente alarmado acerca de cómo la Municipalidad había adoptado y mantenido suspensiones de permisos de construcción, sin razones válidas, con arreglo al derecho costarricense.<sup>514</sup>
588. El impacto acumulado de estas y otras irregularidades procesales sonaba a sentencia de muerte para las operaciones en Las Olas. Cada irregularidad contribuía a una deficiencia en el seguimiento del debido proceso para un inversor/inversión extranjeros, lo cual contribuía al incumplimiento del trato justo y equitativo. De forma similar, cada irregularidad también representaba otra frustración más para las legítimas expectativas de las Demandantes, respecto de la manera en la cual debería ser tratada su inversión, el Proyecto Las Olas (es decir, que todos los funcionarios con los cuales ellos entraban en contacto entenderían que su conducta estaba restringida por la legislación administrativa, procesal y constitucional de Costa Rica).

**F. Importancia de la falta de cumplimiento de la Demandada respecto de normas procesales internacionales**

589. De forma similar, como la competencia del Tribunal se limita a conclusiones de falta de cumplimiento de las disposiciones sustanciales encontradas en la Sección A del DR-CAFTA, Capítulo 10, no puede emitir un fallo legal acerca de la responsabilidad del Estado, sobre la base de la falta de cumplimiento de una Parte de cualquier otra regla internacional (tales como aquellas ubicadas en cualquier otra parte del Tratado, u obligaciones contenidas dentro de otros

---

<sup>514</sup> Véase Declaración Testimonial de Jorge Briceño, apartado 32(a).

tratados comerciales o ambientales). Que tales reglas existan, y se cumplan, fuera del sentido de la obligación legal, por todas las Partes del DR-CAFTA, puede ser índice del contenido del estándar de trato justo y equitativo. Como los Estados Unidos han reconocido, el estándar no es estático. En verdad, está efectivamente en un estado de perpetuo movimiento de avance. Así, puede ser pertinente que obligaciones que son índice del contenido actual del estándar de trato justo y equitativo, parezcan haber sido infringidas por la conducta de una Parte, pero no obstante corresponde al Tribunal dar los pasos necesarios para concluir en: (i) cuál es el contenido actual del Artículo 10.5 del estándar (ya sea o no con referencia a los estándares y/o prácticas análogas internacionales o municipales); y (ii) si la conducta de la Parte demandada en este caso fue incongruente con el estándar, cualquiera pudiera ser su contenido.

**G. Las Demandantes jamás han iniciado una demanda por denegación de justicia**

590. La Demandada insiste en que las Demandantes han presentado un reclamo por denegación de justicia y que, por lo tanto, el Tribunal lo debe tratar como tal, pero no ofrece fundamento para la proposición de que debería tener derecho a los reclamos de reestructuración presentadas en virtud del Artículo 10.16 por decreto. El DR-CAFTA no proporciona mecanismos para revisión de las demandas por parte de una Parte demandada. Solo proporciona el mecanismo del Artículo 10.16 para inversores de otras Partes, a fin de que articulen reclamos surgidos de la conducta que infringe una obligación que se encuentra en la Sección A del Capítulo 10. Si bien trivial, parece sin embargo necesario, reiterarle a la Demandada que solo corresponde a las Demandantes, enunciar sus reclamos y proporcionar suficiente evidencia y argumentos para respaldarlos. Los reclamos solo pueden prosperar o fracasar según esta base, no porque una demandada “*revele*” que han sido una forma diferente de reclamo después de todo.
591. La Demandada manifiesta que los reclamos de las Demandantes surgidos de la conducta del Sr. Martínez deben considerarse como reclamos por denegación de

justicia, porque el foro definitivo para un proceso penal sería un juzgado. Los mismos argumentos fueron utilizados –sin éxito– por la Demandada en *Rompetrol c. Rumania*, lo cual involucraba acusaciones de que la conducta de un fiscal constituía una infracción del estándar de trato justo y equitativo contenida en un tratado de inversión bilateral. Fue sobre la siguiente base que el tribunal de *Rompetrol* despachó concisamente la objeción de admisibilidad de Rumania:

*El Tribunal no está persuadido de la afirmación de la Demandada de que, una vez que los reclamos de la Demandante se someten al análisis jurídico adecuado, se los puede ver como equivalentes a los reclamos clásicos por denegación de justicia, lo cual por lo tanto atrae todas las reglamentaciones técnicas que han crecido a lo largo de los años, alrededor de reclamos de ese tipo, notablemente la inadmisibilidad de tal reclamo hasta que los recursos locales se hayan agotado. La objeción contra la afirmación de la Demandada corresponde, por el contrario, a la materia. Una vez que el inversor Demandante ha establecido su derecho a la protección garantizada en virtud de un tratado de inversión (tal como el Tribunal ya ha decidido, a favor de TRG, en su Decisión sobre competencia y admisibilidad), se convierte simplemente en un asunto referente a si los hechos que alega el inversor, si se los puede sustanciar, constituyen o no contravenciones de esas normas de protección y, si lo hacen, qué consecuencias existen en términos de remedio. No sería congruente, según el punto de vista del Tribunal, con las normas establecidas para la interpretación de tratados, leer en un determinado tratado de protección de inversión, otras condiciones o limitaciones que podrían haber sido prontamente incorporadas en el texto del tratado, si las partes así lo hubieran deseado, pero que no están allí.*

...

*Importa poco en este contexto, si la cuestión de la disponibilidad y efectividad de los remedios locales está puesta en términos de un problema procesal respecto de si un reclamo por daños está maduro para la determinación por parte de un tribunal arbitral o, en términos de un problema sustancial respecto de si el presunto daño ha sido en verdad acogido. Para la mente del Tribunal, ambas coinciden al final, dentro del contexto de un arbitraje sobre un tratado de inversión, en la misma evaluación cualitativa de los efectos de la conducta de un Estado en*

*particular, que ha sido puesta en duda por un demandante, ante un tribunal.*<sup>515</sup>

592. El tribunal de *Rompetrol* no solo aceptó la proposición de que se *podía* presentar un reclamo por trato justo y equitativo contra un Estado anfitrión sobre la base de la conducta de sus funcionarios de la fiscalía; halló responsabilidad legal. Los paralelos con este caso incluían: retrasos atribuibles a maquinación de la fiscalía, irregularidades procesales, persistencia frente a hechos que deberían haber convencido a un fiscal razonable a que adoptara un curso de conducta diferente y un sentido de ceguera intencional, respecto del impacto perjudicial que la conducta del fiscal tendría, obviamente, sobre una inversión extranjera protegida.<sup>516</sup>
593. El tribunal de *Rompetrol* fue también aplicado para establecer que existía causa inmediata entre la conducta atribuible al Estado anfitrión y el daño demostrable sufrido por un inversor protegido. Su preocupación emanaba del hecho de que la (mala) conducta había sido infligida a dos ciudadanos de Rumania, que trabajaban como ejecutivos de la empresa de inversión de *Rompetrol*. El tribunal razonó que –si se mantenía todo lo demás igual– la (mala) conducta de la fiscalía podría servir como base para algún tipo de reclamo por denegación de justicia o derechos humanos, por parte de las personas meta, y como la base para un reclamo por trato justo y equitativo, de parte de la empresa de inversiones protegidas, para la cual las personas trabajaban como ejecutivos. El foco del tribunal se fijó en el impacto del maltrato de la fiscalía sobre la empresa de la inversión protegida, especialmente teniendo en cuenta que esa era la naturaleza de la demanda presentada por *Rompetrol*.
594. Este caso es menos complejo porque una de las dos personas que sufrieron el maltrato a manos del Sr. Martínez, el Sr. Aven, también era un inversor en sí mismo. En forma muy similar al escenario de *Rompetrol*, las

---

<sup>515</sup> *Rompetrol Group NV c. Rumanía*, Laudo, Caso CIADI nro. ARB/06/3, IIC 591 (2013), 6 de mayo de 2013, en ¶¶ 160 & 167.

<sup>516</sup> ¶¶ 198-200, 245, 247-248, 251, 279

Demandantes/Inversores en este caso han presentado reclamos, tanto en su propio nombre, como en nombre de sus empresas de inversión. Por lo tanto, la cuestión pertinente que el Tribunal debe determinar, respecto de la conducta del Sr. Martínez, es si causó daño a los intereses de las Demandantes en líneas generales sobre la Empresa comercial que era el Proyecto Las Olas, *in toto*.<sup>517</sup>

## H. El requisito de temporalidad y la carga de la prueba de la Demandada

595. Tal como se explicó más arriba, en el Memorial de Réplica, la Demandada ha adoptado una inteligente pero poco ortodoxa estrategia de defensa, con base en una teoría de que el Tribunal debe siempre primero considerar acusaciones de que su inversión infringe leyes municipales, para después considerar los fundamentos de los reclamos sobre el tratado, que hagan las Demandantes. La estratagema de la Demandada se basa flojamente en casos en los cuales la legalidad del establecimiento está en duda, excepto que no está en duda en este caso, por lo tanto, ahora alega que es “*un requisito inherente, implícito y permanente a lo largo del plazo de de duración de la inversión*”.<sup>518</sup> No tiene fundamento en la ley y no tiene fundamento en los hechos, particularmente si uno le presta atención a la lógica temporal.

596. Los argumentos fácticos de la Demandada son casi enteramente *post-hoc*. Alega que los funcionarios fueron engañados para obtener permisos, pero no aporta pruebas contemporáneas para demostrar si los funcionarios actuaron en algún momento sobre dichas acusaciones, porque se las generó únicamente como parte del proceso de arbitraje en estos procedimientos. Alega que había humedales que necesitaban ser protegidos en el momento en que se canceló el Proyecto, pero solo ofrece evidencia que pertenece a la fecha en la cual se realizaron las pruebas. Alega que los funcionarios de la SETENA fueron engañados, pero ni siquiera se

---

<sup>517</sup> *Aven y otros c. Costa Rica*, Notificación de Arbitraje, 4 de febrero de 2014.

3. Las Demandantes iniciaron esta acción contra el gobierno de Costa Rica conforme al artículo 10.16(1)(a), en sus propios nombres y al artículo 10.16(1)(b), en nombre de las empresas constituidas en Costa Rica, que son de propiedad o están bajo el control directo o indirecto de las Demandantes ("las Empresas"), en virtud del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana — América Central — Estados Unidos ("DR-CAFTA").

<sup>518</sup> Dúplica en 14.

molesta en indicarle a un solo funcionario de SETENA que brinde evidencia a tal efecto. Reclama que la Concesión no tenía validez en virtud de la legislación de Costa Rica, pero no puede aportar evidencia de que o los funcionarios municipales no sabían que la Concesión era operada por extranjeros o que tomaron las medidas como para anular el título a la Concesión, porque estaba siendo operada por extranjeros. Por el contrario, la evidencia demuestra tanto que la Demandada sabía del rol del Sr. Aven como representante de La Canícula, como que la Municipalidad, en 2013, se negó a cancelar la Concesión.

597. Esto no es, sin embargo, solamente un asunto de lógica temporal. Es un asunto de debido proceso fundamental. Si una ley municipal se considera apropiadamente como evidencia en este caso, y debe serlo, un tribunal del DR-CAFTA no debe crear su propia evidencia para hacer determinaciones sobre la legislación de Costa Rica, que es precisamente lo que busca la Demandada. Desea establecer, como las Demandantes no estaban supuestamente cumpliendo las leyes municipales en el momento en que estaban operando su inversión (todas acusaciones que son vehementemente negadas en cada caso), se les debería prohibir de tener el derecho de presentarse –hoy– para buscar compensación en virtud del DR-CAFTA. Pero el único medio con autoridad para establecer si las Demandantes *cumplían* con las leyes de Costa Rica, sería descubrir un fallo contemporáneo de un cuerpo responsable por la generación de las leyes, tal como una corte. Pedirle al Tribunal que se ponga en los zapatos de tal corte local o, de otro modo emprender el análisis jurídico municipal proferido por la Demandada es hacer que el Tribunal llegue a conclusiones acerca de la presunta falta de cumplimiento de las Demandantes respecto de la legislación municipal, que nunca –en verdad– pudo encontrarse.
598. Una gran variedad de laudos arbitrales demuestran por qué las proposiciones *post-hoc* son perjudiciales para la adjudicación justa, comenzando con una serie de casos que rechazan el elemento de la “*contribución al desarrollo*” de la así llamada prueba de Salini, porque la misma alienta a los árbitros a hacer suposiciones *post-hoc* acerca de circunstancias contemporáneas, que involucran

al establecimiento, sin evidencia directa.<sup>519</sup> Entre otros ejemplos se encuentra: *Lemire c. Ucrania*, donde el tribunal rechazó el intento de un Estado anfitrión de tomar una reserva por una medida impugnada como intento *post facto* para fabricar evidencia;<sup>520</sup> *Biwater Gauff*, donde el tribunal rechazó el razonamiento *post facto* de la Demandada por una medida impugnada;<sup>521</sup> *Bayindir c. Pakistán*, en el cual el tribunal resolvió que la ratificación de Pakistán de la *Convención de Nueva York* en el curso de los procedimientos no podría haber tenido ningún efecto sobre la competencia del tribunal porque era un acto unilateral, con efecto potencialmente retrospectivo;<sup>522</sup> e *HICEE c. Eslovaquia*, donde el tribunal advirtió de los peligros de aceptar evidencia *post-hoc* concernientes a negociaciones de tratados.<sup>523</sup>

599. La defensa de la ilegalidad de la Demandada se basa en acusaciones *post-hoc* para las cuales no existe evidencia contemporánea. La competencia de un tribunal internacional comienza el día de la institución de los procedimientos. Sería un exceso de competencia *ratione-temporis* para un tribunal, el aceptar acusaciones *post-hoc* de ilegalidad porque le faltaría la base de evidencia para concluir que tal situación existía contemporáneamente con los hechos que componen la matriz fáctica del reclamo. Ese es el motivo por el cual el tribunal de *Achmea c. Eslovaquia* desestimó parte de un reclamo, para la cual solo existía la evidencia de hechos ocurridos después de que el arbitraje había comenzado.<sup>524</sup> Este es también el porqué de que el tribunal de *Rusoro c. Venezuela* haya

---

<sup>519</sup> *Philip Morris Brand Sàrl y otros c. Uruguay*, Laudo, Caso CIADI nro. ARB/10/7, IIC 844 (2016), 8 de julio de 2016, en ¶207; *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Paraguay*, Laudo sobre competencia, Caso CIADI nro. ARB/07/29, IIC 525 (2010), 12 de febrero de 2010, en ¶ 107; *Deutsche Bank AG c. Sri Lanka*, Laudo final, Caso del CIADI nro. ARB/09/02, IIC 578 (2012), 31 de octubre de 2012, en ¶ 306; *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Laudo, Caso del CIADI nro. ARB/07/16, IIC 464 (2010), 20 de octubre de 2010, 8 de noviembre de 2010, en ¶ 312.

<sup>520</sup> *Lemire c. Ucrania*, Laudo, Caso CIADI nro. ARB/06/18, 28 de marzo de 2011, en ¶¶ 48-49 y 196.

<sup>521</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. Tanzania*, Laudo, Caso CIADI N.  ARB/05/22, 18 de julio de 2008, at ¶¶ 497-500 y 696.

<sup>522</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A   c. Pakistán*, Decisión sobre competencia, Laudo, Causa CIADI N.  ARB/03/29,

14 de noviembre de 2005, en ¶ 178

<sup>523</sup> *HICEE B V c. Eslovaquia*, Laudo Parcial, PCA Caso nro. 2009-11, 23 de mayo 2011, en ¶ 124.

<sup>524</sup> *Achmea BV c. Eslovaquia*, Laudo sobre Competencia y Admisibilidad, PCA Caso nro. 2013-12, 20 de mayo, 2014, en ¶¶ 266-270.

desestimado la defensa de un demandado, de una forma muy parecida a lo que Costa Rica ha intentado aquí:

*Por medio de los poderes conferidos por ley, el Ministerio de Minas supervisó (o debería haber supervisado) las actividades llevadas a cabo por Rusoro, el productor privado de oro más grande de Venezuela. No hay evidencia en el expediente de que, como consecuencia de tales actividades de supervisión el Ministerio haya objetado alguna vez, la legalidad de la conducta de Rusoro, haya iniciado una demanda contra Rusoro o le haya impuesto sanción alguna. **La República Bolivariana está ahora planteando, por primera vez y ex post facto, infracciones no identificadas previamente de sus propias leyes para objetar el reclamo de Rusoro.***

*Para probar esta acusación, la República no está presentando ninguna evidencia directa, sino solo lo que la Demandada en sí misma define como "evidencia indirecta". **La República afirma que esta evidencia "demuestra que Rusoro sistemáticamente evadía las reglamentaciones mineras que requerían que documentara con especificidad todas y cada una de las transacciones de oro"**.*

*El Tribunal no está convencido.*

*Si la conducta de Rusoro hubiese sido egregiamente ilícita, tal como ahora se demanda, el Ministerio de Minas debería haber conocido la situación y debería haber adoptado las medidas correspondientes. Sin embargo, no hay evidencia de que ello haya tenido lugar realmente. En opinión del tribunal, la "evidencia indirecta" presentada por la República Bolivariana es flagrantemente insuficiente para demostrar la acusación de Venezuela, que Rusoro a sabiendas se complotaba con los compradores nacionales para fomentar exportaciones ilícitas de oro.<sup>525</sup>*

(el subrayado es nuestro)

600. La Demandada ha arrojado una letanía de acusaciones *post-hoc* acerca de presunta conducta ilegal por parte de las Demandantes, no respaldada por evidencia contemporánea (es decir, no respaldada por la evidencia de hallazgos

---

<sup>525</sup> *Rusoro Mining Limited c. Venezuela*, Laudo, Caso CIADI nro. ARB(AF)/12/5, 22 de agosto de 2016, en ¶ 495-498.

legales hechos en el momento pertinente por parte de una autoridad legal municipal). Esto incluyó:

- a. presunta falta de pago de impuestos sobre la Concesión cuando lo debido vuelve inválida la propiedad;
- b. presunto fraude, por parte de las Demandantes, al haber engañado a los funcionarios de la SETENA para que emitieran las VA reteniendo el así llamado “*Informe Protti*,” lo cual significa que la VA debería considerarse inválida *ab initio*;
- c. presunta “*fragmentación*” ilegal del Sitio del Proyecto y de la VA y de las solicitudes de permiso de construcción relacionadas, en forma contraria a la legislación municipal;
- d. presunta falta de obtención de los permisos de construcción para las Servidumbres (a pesar de la evidencia que figuraba en el expediente, que indicaba la confirmación de la Municipalidad de que los registros de los permisos fueron destruidos por la inundación en 2008);
- e. presuntas infracciones dolosas de resoluciones del TAA y de medidas cautelares judiciales; y
- f. presunta falta de cumplimiento del Artículo 47 de la ley ZMT

601. Nuevamente, las Demandantes han demostrado cómo ninguna de estas acusaciones tiene fundamento, incluso aun cuando no hayan sido excluidas de la consideración por falta de respaldo de la evidencia contemporánea.

## **I. Plena protección y seguridad**

602. En sus argumentaciones orales, la Demandada hizo una serie de afirmaciones que indican una falta de apreciación de sus obligaciones en virtud del estándar de protección y seguridad del derecho internacional consuetudinario o su contraparte el Artículo 10.5, “*protección y seguridad plenas*”. Estas

afirmaciones no requieren demostrar una infracción de la norma del Artículo 10.5 de protección y seguridad *per se*. Es suficiente con que a la Demandada no se le permita suponer que tal conducta sea congruente con sus obligaciones.

603. Por ejemplo, la Demandada prestó poca atención al reclamo de las Demandantes por no haber realizado una investigación diligente de las acusaciones del Sr. Aven sobre corrupción, contra el Sr. Bogantes, y su queja relacionada de que – en vez de investigarlo a él por corrupción– el Sr. Martínez se apoyara en el Sr. Bogantes para proporcionar evidencia contra él como parte de un ridículo procesamiento penal.<sup>526</sup> El expediente muestra, de forma similar, una investigación prácticamente inexistente acerca del incidente de tiroteo en la autopista.<sup>527</sup> Y también está el hecho de que la Demandada se negara a garantizar la seguridad física del Sr. Aven, para permitirle regresar al país para un nuevo juicio.<sup>528</sup> (que solo sería necesario como resultado de la manipulación cínica del procedimiento, por parte del Sr. Martínez). Ninguna de estas conductas es congruente con una norma de protección y seguridad plena y, como tal, debe permanecer siendo pertinente para establecer la causa inmediata entre las infracciones del DR-CAFTA de la Demandada y las pérdidas sufridas como resultado de ello.

## **J. Causa inmediata**

604. El Artículo 10.16 (1)(a)(ii) del DR-CAFTA exige que las Demandantes demuestren que ellos, o las empresas en nombre de las cuales han presentado reclamos, “*hayan incurrido en pérdidas o daños y perjuicios en razón de o surgidas de...*” las infracciones que hayan demostrado en virtud de los Artículos 10.5 o 10.7. A este respecto, el Artículo 31(1) de los artículos del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado establece “*plena reparación*” por “*daños causados por [un] acto doloso*”

---

<sup>526</sup> Véase Memorial de los Demandantes, apartados 163 – 169.

<sup>527</sup> Prueba documental C-162.

<sup>528</sup> Transcripción en español, 710:15-17.

*internacional” y el Artículo 31(2) establece: “Daño incluye cualquier daño, ya sea material o moral, causado por el acto doloso internacional de un Estado”.<sup>529</sup>*

605. Tal como observó el tribunal de *S.D. Myers* respecto del texto con idénticas palabras en los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN, la tarea del tribunal en este caso es otorgar compensación por todas las pérdidas “*sufridas como resultado inmediato*” de la conducta que infringió los Artículos 10.5 o 10.7 del DR-CAFTA.<sup>530</sup> “*Para ser recuperable, una pérdida debe estar vinculada causalmente a la interferencia con una inversión ubicada en un Estado anfitrión*”.<sup>531</sup> *S.D. Myers c. Canadá* involucraba una medida que detuvo el negocio de descontaminación de PCB en Canadá, justo cuando estaba comenzando y se adjudicaron daños y perjuicios por ganancias que nunca se obtendrían debido al inoportuno y forzado alto al desarrollo de su negocio.
606. A la fecha en que se presentaron las demandas en este arbitraje, quedaban en pie tres medidas del Estado anfitrión, cada una de las cuales detenía cualquier desarrollo de las Demandantes en el Proyecto Las Olas: (i) la suspensión del permiso municipal en curso; (ii) el mandamiento judicial del TAA; y (iii) el mandamiento judicial del procesamiento penal. Cada medida constituye una privación independiente importante de la inversión de las Demandantes, porque constituye la interposición de un instrumento legal por parte del Estado anfitrión, que impide a las Demandantes y a sus Empresas de inversión, ejercer sus derechos de propiedad y concesión, congruentes con su legítima expectativa respaldada por la inversión, para desarrollar el Proyecto Las Olas, convirtiéndolo en un centro turístico condominio-hotel de primera.
607. Estas medidas han permanecido en vigencia desde noviembre de 2011, siendo que cada una de ellas debería haber sido retirada, después de que la SETENA

---

<sup>529</sup> Comisión de Derecho Internacional, Proyectos de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Dolosos Internacionales, 2001, Informe, Sesión 53ª. (2001), A/CN.4/SER.A/2011, Anuario de la Comisión de derecho internacional 2001, vol. II, parte 2, anexo a la resolución de la Asamblea General 56/83 del 12 de diciembre de 2001 y corregido por el documento A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

<sup>530</sup> *SD Myers c. Canadá*, Segundo Laudo Parcial, IIC 250 (2002), 21 de octubre de 2002, Ad Hoc Tribunal (CNUDMI), en ¶ 6.

<sup>531</sup> *Ibid.*, en ¶ 118.

emitiera su decisión razonada para reconfirmar las VA que había emitido previamente, para el desarrollo planificado del Proyecto Las Olas. Como Costa Rica se niega a pagar pronta y voluntariamente, una adecuada y eficaz compensación por la privación causada por la interposición de estos tres mandamientos judiciales, cada uno de ellos constituye *prima facie*, una infracción al Artículo 10.7 del DR-CAFTA.

608. Cada una de estas medidas fue el producto de la conducta, por parte de funcionarios de Costa Rica, que apuntaban específicamente a las Demandantes como inversores estadounidenses. Ninguna tuvo la naturaleza de ser una medida de aplicación general. Así el conjunto de evidencias indica que el caso presente constituye una de las “*raras circunstancias*” descritas en el Artículo 4(b) del Anexo 10-C sobre expropiación.
609. Como las Demandantes han explicado previamente, la conducta de los funcionarios por los cuales la Demandada es responsable y los tres mandamientos judiciales, cuya adopción trajo aparejados sus actos, interfirió sustancialmente con las expectativas claras y razonables, respaldadas por la inversión para el Proyecto Las Olas. Estas expectativas no solo se basaban sobre los términos expresos de las VA y los permisos de construcción que las autoridades apropiadas habían emitido directamente para ellos o sus Empresas. Se apoyaban en la justificada creencia de las Demandantes de que esos funcionarios actuarían en forma coincidente con las normas procesales contenidas dentro del DR-CAFTA y el orden legal municipal. En particular, no era irrazonable que las Demandantes creyeran que las VA emitidas por la SETENA tendrían autoridad vinculante sobre todas las demás entidades gubernamentales, tal como hasta el Dr. Jurado no tuvo más opción que admitir durante el conainterrogatorio.<sup>532</sup> Las mismas expectativas que conforman la

---

<sup>532</sup> Transcripción en español, 1106:11-1107:21.

infracción de la Demandada al Artículo 10.7 conforman igualmente su infracción al Artículo 10.5.<sup>533</sup>

610. El mismo resultado también sucedió con otras infracciones del Artículo 10.5 porque cada una condujo al mismo resultado. La Srta. Vargas estuvo personalmente involucrada tanto en la obtención del mandamiento judicial del TAA como en hacer que la Municipalidad suspendiera los permisos de construcción. Las descaradas y opacas actividades, tanto del Sr. Picado como de la Sra. Díaz, no solo contribuyeron a la imposición de la medida del TAA, sino también a las medidas cautelares penales, incluso como si la imputación fraguada no hubiera sido nunca adecuadamente investigada y no se hubiera finalmente desmoronado. La conducta del Sr. Bogantes no solo aguijoneó al Sr. Picado para que entrara en acción, sino que obviamente incitó a la imposición de las medidas cautelares penales, dado que el Sr. Martínez decidió ignorar las acusaciones de corrupción contra él y, por el contrario, intentó apoyarse firmemente en él como testigo presencial contra el Sr. Aven y el Sr. Damjanac.
611. Por su parte, el Sr. Martínez jugó naturalmente un rol crucial en tratar de que se adoptaran y mantuvieran las medidas cautelares penales. En vez de aceptar la petición razonable del abogado de las Demandantes, de esperar hasta que un juez en dificultades estuviera listo para finalizar el primer juicio, él insistió en un nuevo juicio –utilizando una regla constitucional de limitación temporal que tenía obviamente la intención de beneficiar a un acusado, en vez de a un fiscal incompetente y testarudo. Y fue el Sr. Martínez quien inexplicablemente decidió mantener su causa penal contra los dos hombres, no obstante el hecho de que la resolución de noviembre de 2011 de la SETENA, le haría imposible obtener una condena. Las acciones del Sr. Martínez aseguraban así que las medidas cautelares penales se mantuvieran, asegurando que no hubiera posibilidad de desarrollo alguno en Las Olas, tanto por una cuestión legal como por una

---

<sup>533</sup> En verdad, la única razón para hacer una distinción entre ambas infracciones se daría en un caso en el cual la pérdida surgida por la frustración de estas expectativas fuera menos que sustancial, en cuyo caso solo se aplicaría la infracción al Artículo 10.5.

consecuencia del daño infringido sobre la reputación del negocio del Proyecto Las Olas, con cargos penales pendientes tanto sobre el Sr. Aven como sobre el Sr. Damjanac.

612. La respuesta de la Demandada es acusar a las Demandantes por la frustración de su inversión, por las teorías gemelas de que el Sr. Aven era demasiado obstinado como para declararse simplemente culpable, pagar una multa y regresar al trabajo y que en todo caso, era su negativa de regresar al trabajo en Costa Rica, para “*le haga frente a la justicia*”, lo que había mantenido en pie las medidas cautelares penales.<sup>534</sup> La propia noción de que un inversor inocente debiera ser sancionado por no querer declararse culpable de un delito que no cometió es completamente ultrajante. Ignora también el hecho de que ni el Sr. Martínez ni ninguno de los otros funcionarios cuya conducta arbitraria y discriminadora ofendió los principios básicos del debido proceso, le dieron al Sr. Aven razón alguna para creer que tal gesto de su parte hubiese resuelto algo. A este respecto, las Demandantes hacen notar que el Sr. Martínez hasta lo había acusado a él y al Sr. Damjanac en virtud de una ley equivocada, porque las sanciones disponibles en la ley más nueva (pero no vigente) eran más severas.
613. Respecto del hecho de que el Sr. Aven no deseaba regresar a Costa Rica, la Demandada no tenía a nadie a quien culpar excepto a sí misma –dadas las investigaciones ineficaces que llevó a cabo, no solo con respecto a las acusaciones del Sr. Aven sobre corrupción, sino lo que es más importante, respecto del violento atentado que se perpetró contra su vida y la del Sr. Shioleno. La Demandada parecía, sorprendentemente, desconocer su obligación de proporcionar al Sr. Aven adecuada protección y seguridad, cuando su abogado hizo la asombrosa sugerencia de que él debería haber contratado guardias de seguridad para un viaje de regreso. La ridícula naturaleza de tal sugerencia se vio contradicha por el hecho de que el Sr. Aven tendría que haber regresado para hacer frente a un nuevo juicio, por los cargos penales fraguados,

---

<sup>534</sup> Véase Segunda Declaración Testimonial de Luis Martínez, apartado 74.

mantenidos por un fiscal que parece haber sido tan vengativo para con el Sr. Aven, como falto de principios, acerca de salvaguardar los derechos civiles de una persona acusada.

614. Más aún, incluso si uno fuese a contemplar el ataque con armas de fuego contra el Sr. Aven y el Sr. Shioleno y los justificables miedos que ello engendró en ambos, respecto de volver alguna vez al país, como incidente interviniente no atribuible a Costa Rica, la legislación internacional estipula: “*un Estado puede ser hallado responsable por daños a un inversor extranjero [incluso] donde este no sea la única causa del daño; el Estado no queda absuelto a causa de la participación de otros dañadores en la inflicción del daño... La práctica internacional y las decisiones de los tribunales internacionales no respaldan la reducción o atenuación de la reparación de causas concurrentes*”.<sup>535</sup>
615. Así, la conducta que constituyó una infracción del Artículo 10.5, también condujo directamente a la casi total pérdida que las Demandantes sufrieron después de su desarrollo en Las Olas.

#### **K. Los métodos de los peritos en cuantificación**

616. Son particularmente asombrosos en este caso los diferentes enfoques de los dos peritos de cuantificación, el Dr. Manuel Abdala y el Sr. Timothy Hart. Tal como las Demandantes hicieron notar en su cierre oral, en la Audiencia de febrero, la diferencia en el enfoque es clara, a partir de los informes expertos presentados por los peritos, pero se volvió incluso más clara durante la Audiencia misma.

---

<sup>535</sup> *CME República Checa c. República Checa*, Laudo Parcial y Dictamen Separado, IIC 61 (2001), (2002) 9 ICSID Rep 121, (2002) 14(3) El Comercio Internacional y Mat. de Arb., 13 de septiembre de 2001, Tribunal Ad Hoc (UNCITRAL), en ¶¶ 580 y 583, citando a: *Corfu Channel, Reino Unido c. Albania*, Sentencia – Compensación, ICJ GL nro. 1, [1949] ICJ Rep 244, ICGJ 201 (ICJ 1949), 15 de diciembre de 1949. Véase también: Marjorie M. Whiteman, *Damages in International Law* (Washington, imprenta del Gob. de EE. UU., 1937), en 1778–81, citando: Laudo Demandas Samoanas (1902), Reporte conjunto nro. II de los Comisionados Estadounidenses y Británicos, 12 de agosto de 1904, en el cual el Estado fue considerado responsable por las pérdidas sufridas por el saqueo, por parte de personas que habían sido forzadas a escapar de actividades militares que aquel había realizado, demostrando cómo un estado puede ser considerado responsable a pesar de las acciones intervinientes de otros malhechores.

617. El Dr. Abdala es un economista experimentado, cuidadoso y reconocido, quien realizó la tarea de proporcionar una valuación de daños y perjuicios en forma transparente y claramente explicada, siguiendo una metodología sólida que tiene un sustrato académico y teórico impecable. Él define claramente áreas respecto de las cuales hay información disponible limitada o inexistente y luego utiliza los patrones apropiados (por ejemplo, utiliza información enfocada en EE.UU. donde no existe información enfocada en Costa Rica). El Sr. Hart critica al Dr. Abdala por no utilizar información de Costa Rica, pero no ofrece una opción alternativa (no existe información costarricense). Es por supuesto absurdo sugerir que no se puede llegar a un valor justo de mercado porque respecto de una apreciación, solo hay disponible información enfocada en los EE. UU. Aun así, ese es el efecto del método del Sr. Hart y es sintomático de su método general respecto del ejercicio de valuación.
618. La biografía del Sr. Hart no esconde el hecho de que, a excepción de dos casos de los últimos años de la década de los 90, todos sus nombramientos en causas inversor-estado son de estados demandados, un hecho que tuvo forzosamente que admitir en el conainterrogatorio.<sup>536</sup> Eso no es, tal como trató de describirlo, una mera cuestión de la casualidad (*“es solo quien me llamó y quien me contrató”*).<sup>537</sup> El Sr. Hart tiene repetidos nombramientos de Venezuela (seis nombramientos), Uzbekistán (cuatro nombramientos), Costa Rica (dos nombramientos, incluido este) y Rumania (dos nombramientos). Claramente, su método para la valuación de daños y perjuicios es uno que los Estados aprecian.
619. Sin embargo, en el contexto de asistir a este Tribunal para determinar el valor justo de mercado de la inversión de las Demandantes, el enfoque del Sr. Hart para las valuaciones resulta inútil. Queda claro, a partir de sus informes y de su testimonio oral que el Sr. Hart, no ha intentado asistir al Tribunal en absoluto. Aparte de argumentar que una valuación basada sobre el costo es apropiada (lo cual será abordado más abajo), el Sr. Hart se restringe a criticar la valuación de

---

<sup>536</sup> Transcripción en español, 2227:4.

<sup>537</sup> Transcripción en inglés, 2274:22-2275:1. No traducida en la transcripción en español.

las apreciaciones del Dr. Abdala, sin siquiera ofrecer datos o cifras alternativos para que el Tribunal evalúe.

620. Los informes del Sr. Hart son agresivos y parciales, lo cual es muy poco profesional y, cuando se lo invitó a retractarse de sus acusaciones de que el Dr. Abdala había tratado de “engañar” al Tribunal y de que el Dr. Abdala “*incurre en un error de cálculo*”, arguyó primero que esas eran las palabras del abogado de las Demandantes, no las suyas. Cuando se lo llevó a ciertos pasajes de sus informes, que demostraban que él utilizaba dicho lenguaje, decidió respaldarlo.<sup>538</sup>
621. Lo que resulta claro al leer sus informes y su testimonio oral es que el enfoque del Sr. Hart puede ser resumido en tres principios. Primero, trata a costa de su credibilidad, de reducir la valuación tanto como sea posible, por medio de un método de valuación, que él admite que no produce una valuación justa de mercado. Segundo, no establece valor de la inversión, el activo en cuestión, sino que valúa a las Demandantes. Tercero, simplemente no puede contrarrestar el sustrato teórico de la metodología del Dr. Abdala. Sin nada que refutar respecto del método del Dr. Abdala, queda limitado a afirmaciones superficiales de que él “*jamás ha visto*” que se usara.
622. Este tercer principio va al corazón de la metodología de la valuación del Dr. Abdala. La metodología, tal como el Dr. Abdala evidencia cuidadosamente en sus informes, no es una novela, ni es especulativa ni exótica. Utiliza metodologías conocidas y respetadas de valuación (el método de flujo de fondos descontado [DCF] y la valuación de la apreciación) que los compradores y vendedores y los tribunales arbitrales utilizan normalmente. Con base en evidencia sólida de la literatura financiera, el Dr. Abdala aplica luego estas metodologías de valuación, en forma lógica, a la circunstancia específica de un

---

<sup>538</sup> Transcripción en español, 2233:10-2235:3.

activo preoperacional, por medio de la ponderación de estas valuaciones convencionales por la probabilidad de éxito.

623. La metodología del Dr. Abdala proporciona una base teórica sólida y apropiada (porque todas las valuaciones de daños y perjuicios en estos tipos de casos de arbitrajes son teóricas, ¿qué habría pasado, pero no pasó?) para la evaluación en el mundo real que sería llevada a cabo por un comprador potencial antes de comprar un activo: calcular el valor del mejor resultado posible, suponiendo que todo va bien, calcular el valor del resultado suponiendo que las cosas no salen bien, y evaluar el riesgo en un punto medio entre los dos extremos.
624. Puede ser que en el mundo real de una transacción en vivo, el comprador no calcule un elemento de porcentaje de riesgo específico para ponderar los dos extremos, como hace la metodología del Dr. Abdala. Pero es cierto que un comprador utilizará un análisis probabilístico del escenario en sus decisiones: evaluará aquellos dos resultados y calculará su precio máximo de compra de acuerdo en una evaluación del lugar donde yace el riesgo. Todo lo que hace el método del Profesor Damodaran es formalizar, en una forma reproducible, este proceso de toma de decisiones en el mundo real. El Dr. Abdala puede luego utilizar ese método formalizado para valorar el Proyecto en una forma que pueda ser evaluada objetivamente en una situación hipotética ante un tribunal arbitral.
625. La base teórica para el método del Dr. Abdala es clara y evidente y el Sr. Hart no la contradice. Otros tribunales previos de tratados de inversión han encontrado fallas al aplicar una valuación DCF pura a un activo preoperacional. El método del Dr. Abdala proporciona un medio alternativo de valuación de activos preoperacionales, que toma en cuenta el rechazo de tribunales previos para adoptar la metodología DCF. No le corresponde a la Demandada argüir que, simplemente porque el Dr. Abdala ha proporcionado una metodología modificada, que ahora toma en consideración las preocupaciones de tribunales anteriores, debería desestimarse.

626. En las siguientes secciones de este Escrito posterior a la Audiencia, las Demandantes abordarán los temas clave que surgieron de las audiencias orales en la medida en que se relacionan con la cuantía, resumiendo por lo tanto el caso de las Demandantes en cuanto a daños y perjuicios.

**L. Los antecedentes de las Demandantes son irrelevantes en cuanto a la valuación**

627. El Sr. Hart y la Demandada fueron muy lejos en el Informe Experto Complementario y en la Dúplica para atacar los antecedentes de las Demandantes y su método de administración del Proyecto Las Olas. Este tema continuó durante la Audiencia de febrero, donde el Sr. Hart siguió haciendo afirmaciones descabelladas acerca de los tratos comerciales individuales de las Demandantes, sin aparentemente haber revisado el convincente testimonio del Sr. Shioleno y del Sr. Janney en la Audiencia de diciembre que abordaba las acusaciones que el Sr. Hart había lanzado.

628. Sin embargo, esta bravata de la Demandada y del Sr. Hart no es nada más que un intento claro de distraer la atención del Tribunal alejándolo de los problemas reales, y de enfocarse en un hecho que no tiene ningún asidero en relación con el valor justo de mercado del Proyecto Las Olas.

629. En el conainterrogatorio, la Demandada intentó forzar al Dr. Abdala a admitir que las características de las Demandantes eran relevantes para la valuación. El Dr. Abdala admitió libremente, y con razón, que como un asunto general de valuación, las características de las Demandantes son relevantes. Pero el Dr. Abdala explicó también, con claridad, lo que quería decir con ello:

- a. “[las características específicas de los inversores] *podría serlo* [un factor importante] *si se piensa que los propietarios del activo son los que continúan, pero tal vez no sea así. Tal vez se hace un avalúo de las probabilidades de éxito si un tercero se hace cargo [del proyecto]*”.<sup>539</sup>
- b. “*no es que no pertinente* [las capacidades de administración de un inversor] *sino que en una evaluación del valor justo de mercado uno esta*

---

<sup>539</sup> Transcripción en español, 2119:3-7.

*determinando no solo lo que podrían hacer los propietarios actuales sino también lo que podrían hacer compradores interesado especialmente cuanto tienen un activo que esta en la etapa de operación”.*<sup>540</sup>

630. Estas preguntas y las respuestas del Dr. Abdala se enfocaban en la metodología general detrás de una valuación justa de mercado. El Dr. Abdala dejó en claro en los pasajes (y en las preguntas adyacentes) que hay dos temas potencialmente relevantes: (i) el precio al cual el vendedor interesado consideraría vender el activo (lo cual puede depender de las características individuales del vendedor, dado que se ve influenciado por lo que esperaría logrea si permaneciera en control del proyecto); y (ii) el precio al cual el comprador interesado consideraría comprar el activo (lo cual no depende en absoluto de las características del vendedor, dado que el comprador ingresaría y tomaría el mando de la operación del proyecto).
631. Cuando se le preguntó acerca de lo específico de este caso, el Dr. Abdala explicó aún más la posición:

---

<sup>540</sup> Transcripción en español, 2120: 17-22.

3 R: Bien. Cuando yo miro los rasgos de los  
4 vendedores al hacer la valuación de justiprecio,  
5 primero es ver cuáles son las expectativas de los  
6 vendedores. Y esto se traduce normalmente en los  
7 planes de negocio contemporáneos, es decir, a la  
8 fecha, y es necesario equiparar esto con las  
9 expectativas del comprador dispuesto. Entonces, hay  
10 que ver la información de mercado para ver cuánto  
11 alguien estaría dispuesto a pagar para este activo.  
12 Y hay que valorar un precio que el vendedor  
13 dispuesto estaría realmente dispuesto a vender. El  
14 vendedor puede tener un precio de reserva. Y también  
15 hay que entender que el comprador dispuesto también  
16 tendría un precio que quizás difiera del precio de  
17 reserva. Y eso es lo que yo miro cuando veo el  
18 vendedor dispuesto, veo su expectativa, lo que ellos  
19 creen que vale su activo. Y esto se refleja  
20 normalmente en las proyecciones de plan de negocio.  
21 Ese es el rasgo principal o la característica  
22 principal.

541

[...]

---

<sup>541</sup> Transcripción en español, 2169:3-22.

10 al vendedor. Pero en una transacción hay que  
11 recordar que no se le presta demasiada atención a la  
12 identidad del vendedor o el comprador a menos que se  
13 trate de establecer valor en uso. Podría ser que  
14 para un inversor particular tiene más valor porque  
15 tiene sinergias con otros activos que ellos poseen.  
16 Entonces, el precio de reserva de ese vendedor será  
17 más elevado que para un comprador dispuesto o  
18 normal. Pero sin estas sinergias hay que saber qué  
19 valor y eso viene de una evaluación neutra. Quién  
20 realmente es propietario del activo en ese momento,  
21 porque se sabe que otra persona puede asumir cargo y  
22 puede extraer el valor del activo. Y eso es lo que

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 el mercado pagaría sin importar si la empresa está  
2 mal manejada o si tiene una perfecta administración.  
3 Poco importa. El valor del activo es algo que  
4 alguien estaría dispuesto a pagar. Si voy a comprar  
5 una empresa y veo que los que administran la empresa  
6 lo están haciendo muy mal, aún así yo estoy  
7 compitiendo con otros que tienen la misma percepción  
8 que yo de que esta empresa tendría más valor si  
9 estuviese en manos de alguien que lo administra de  
10 mejor manera o más optimizado. Entonces, el precio  
11 de mercado es independiente de la identidad del  
12 propietario real del activo.

542

632. En resumen, por lo tanto, el testimonio del Dr. Abdala es claro: las características del vendedor *podrían* ser relevantes a la valuación en la medida en que sirvan para evaluar: (i) las expectativas del vendedor para la venta y la reserva del

---

<sup>542</sup> Transcripción en español, 2171:10-2172:12.

precio; o (ii) el impacto sobre el precio si hay sinergias con otros activos de los cuales el vendedor es el propietario, pero que no están incluidos en la venta.

633. Fuera de estos escenarios, tal como lo confirma el Dr. Abdala, la identidad del vendedor simplemente no es relevante, porque en este caso, la presunción subyacente del ejercicio de valuación es que se vende el total del proyecto a un comprador, quien se haría cargo de la administración del proyecto. El Sr. Hart prontamente acordó que esto era el punto de referencia relevante para su ejercicio de valuación:

5 P: Ahora bien, si podemos hablar de la  
6 metodología usted aceptaría que el objetivo  
7 principal del ejercicio de valoración de daños es de  
8 identificar el valor razonable de mercado del  
9 proyecto Las Olas.  
10 R: Correcto.

[...]

1 entender eso. La premisa subyacente de la valuación  
2 es que un comprador motivado compra todo el proyecto  
3 en mayo de 2011. ¿Correcto?

4 R: Sí.

5 P: Significa que el comprador hipotético  
6 seguiría adelante con el desarrollo del proyecto.  
7 ¿Correcto?

8 R: Sí.

9 P: Así que, evidentemente significa que  
10 los vendedores del proyecto en ese momento no forman  
11 parte de la ecuación porque ya han vendido la  
12 propiedad.

13 R: Sí, si venden todo, sí.

543

634. El Sr. Hart se vio forzado a admitir que el objetivo del ejercicio la cuantía, en este caso, es evaluar el valor justo de mercado, a pesar de no haberlo explicado

---

<sup>543</sup> Transcripción en español, 2227:5-2229:13.

así en sus informes. Cuando se le presionó con la pregunta de que por qué no había explicado en sus informes la base para su valuación, simplemente dijo "*Si, pero eso se sabe*".<sup>544</sup> Sin embargo, tal como las Demandantes hicieron notar en el cierre oral, es solo ignorando este paso en sus informes que el Sr. Hart puede cometer el pase de mano que permite la valuación más baja posible; una valuación de costos irrecuperables, como "*valor justo de mercado*". Si el Sr. Hart hubiera sido claro en sus informes acerca de que su objetivo era encontrar el valor en el cual el vendedor y el comprador, interesados de hacer la operación, realizarían la transacción, la falacia de que el que deseaba vender habría aceptado vender por sus costos irrecuperables, en una situación que no fuera angustiada (y que esto por lo tanto, representa el valor justo de mercado) habría sido más transparente de lo que ya es.

635. En resumen, por lo tanto, ambos expertos llegan a un acuerdo sobre la base fundamental para la valuación: una transacción entre un vendedor interesado y un comprador interesado. A pesar de los mejores esfuerzos de la Demandada, el Dr. Abdala explicó claramente, cuándo las características del vendedor interesado en vender podrían ser relevantes para la valuación y no son relevantes en este caso. (i) la valuación no enfoca la expectativa de precio del vendedor; lo cual se ilustra en el Plan de negocios de diciembre de 2010, sino sobre lo que pagaría un comprador interesado; y (ii) no hay sinergias u otras consideraciones especiales que afecten la valuación de este activo en particular.
636. A pesar de los informes y la presentación oral del Sr. Hart, que implicaban que las características de las Demandantes eran relevantes para el ejercicio de valuación, como un todo, cuando enfrentó el conainterrogatorio con las preguntas citadas más arriba acerca del ejercicio que se suponía que él debía emprender, cambió de rumbo y afirmó que las características de las

---

<sup>544</sup> Transcripción en español, 2228:6.

Demandantes solo eran relevantes porque eran esas Demandantes las que habían armado el Plan de negocios 2010 y que ese plan no era realista.<sup>545</sup>

637. Sin embargo, el Sr. Hart no es, ni tampoco ha dicho jamás que lo fuera, un experto en planificación y ejecución de desarrollos de centros turísticos. Trató de argumentar en el conainterrogatorio que su experiencia se extendía hasta la operación de desarrollos de centros turísticos, debido a una presunta experiencia con *“muchos proyectos inmobiliarios y carteras inmobiliarias en mi carrera de 30 años, muchos de ellos en el contexto de compañías grandes de seguro que tienen carteras inmobiliarias muy grandes que he valorado”*.<sup>546</sup>
638. Esta presunta experiencia no aparece en ningún lado en la biografía del Sr. Hart, en la cual (apenas) se describe a sí mismo como *“contador forense experimentado en los aspectos cuantitativos y financieros de controversias e investigaciones nacionales e internacionales”*.<sup>547</sup> No ha mencionado ningún informe experto en este caso, en cuanto al desarrollo de centros turísticos frente a la playa, y no podría. Por el contrario, simplemente ha hecho afirmaciones vagas e imprecisas respecto de las *“características”* de las Demandantes, tratando de decir que, por lo tanto, esto torna al Plan de negocios 2010 en algo irreal. Para decirlo simplemente, no hay evidencia que respalde las afirmaciones del Sr. Hart, respecto de la naturaleza *“irreal”* de la diagramación del sitio, concebida en el Plan de negocios 2010.
639. En verdad, el Sr. Hart argumenta que el Plan de negocios 2010 es *“el numero de unidades que pensaban que podrían vender”*.<sup>548</sup> En realidad, sin embargo, la diagramación del sitio contenida en el Plan de negocios 2010 provino de los arquitectos Mussio Madrigal y de otros consultores profesionales que las Demandantes contrataron para desarrollar el proyecto dado que adopta el Plan Maestro del Sitio 2008, que fue preparado por esa firma,<sup>549</sup> y el diseño para el

---

<sup>545</sup> Transcripción en español, 2230:4-16.

<sup>546</sup> Transcripción en español, 2222:18-22.

<sup>547</sup> Véase Segundo Informe Experto de Timothy Hart, Anexo 1, página 1.

<sup>548</sup> Transcripción en español, 2230:18-19.

<sup>549</sup> Véase Prueba documental CLEX 015.

club de la playa preparado por los Arquitectos Zurcher.<sup>550</sup> En otras palabras, la crítica del Sr. Hart no tiene fundamentos: la diagramación del sitio utilizada en el Plan de negocios 2010, no era un plan irreal soñado por las Demandantes por sí mismos, sino el producto de la consideración y el diseño de profesionales.

#### **M. Propiedad del Sitio del Proyecto**

640. El Informe complementario del Sr. Hart y su testimonio oral, estuvieron plagado de referencias al hecho presunto de que las Demandantes “*no eran propietarios*” del 22% de la tierra. Por ejemplo, en su presentación oral, el Sr. Hart alegaba que “*Tampoco se trataba de lotes frente a la playa. Había 150 metros pero había que caminar por una zona que era una concesión*”.<sup>551</sup> Esto es en referencia al sitio del hotel (la parte de la propiedad de Las Olas que está detrás del área de concesión –sobre el camino público– coloreada en verde en el mapa de la página 14 de la presentación en PowerPoint del Sr. Hart en la Audiencia). Esta parte del Sitio del Proyecto era de propiedad de las Demandantes en mayo de 2011, la fecha de la valuación. Luego fue vendida, por una fracción de su valor y estuvo sujeta a la orden judicial que prohibía la construcción, en un intento por mitigar las pérdidas causadas por los actos ilegítimos de Costa Rica. Afirmar que el Proyecto Las Olas, dejando de lado los actos ilegítimos de Costa Rica, solo tenía acceso a la concesión a través de un trozo de tierra del que las Demandantes no eran completamente propietarios, está equivocado.

641. También dijo: “*las demandantes no eran propietarios de todos los lotes en Las Olas. El Dr. Abdala dijo esta mañana, algo que no parecía concordar con los hechos. En rojo se ven los lotes que no pertenecían a las demandantes. Están dentro de la zona que se iba a construir. Así que hay un número mayor de lotes*

---

<sup>550</sup> Véase Prueba documental C-44 – el diseño preliminar en el documento de propuesta de Zurcher fue levemente modificado (Pruebas documentales C189 y C190) y fue esta versión modificada que se utilizó en el Plan de Negocios 2010 (Véase Prueba documental CLEX 016, páginas 7, 8 y 9).

<sup>551</sup> Transcripción en español, 2203:8-12.

*que los que resto, los de Abdala. No se si estaban vendiendo lotes de contrabando o que”.*<sup>552</sup> (lo resaltado no pertenece al original)

642. La referencia del Sr. Hart a las áreas en rojo fue una referencia al mapa de la página 14 de su presentación en PowerPoint en la audiencia, en la cual una cantidad de lotes, 77 para ser preciso, están coloreados en rojo. Este mapa proviene del Anexo 6 al Informe complementario del Sr. Hart, que a su vez se dice que se basa sobre la Sección A del Anexo II, a la Dúplica de la Demandada. La Sección A del Anexo II a la Dúplica enumera 28 propiedades en la Sección del Condominio y 42 propiedades en la Sección de Servidumbres, que la Demandada alega que *“han sido incluidas dolosamente como parte de la presunta inversión de [las Demandantes]”*. Dejando de lado esta última afirmación, que ha sido abordada más arriba, el Sr. Hart testificó (tal como se indicó más arriba) que: (i) hay más lotes coloreados en rojo que los que el Dr. Abdala restó de su análisis; y (ii) que las Demandantes no eran propietarias de ninguno de los lotes coloreados en rojo a la fecha de la valuación: mayo de 2011.
643. La primera de estas declaraciones tergiversa seriamente el testimonio del Dr. Abdala. En la página 7 de su presentación en PowerPoint, en la Audiencia, el Dr. Abdala explicó que él había restado 26 lotes de su análisis porque se habían vendido antes de mayo de 2011.<sup>553</sup> Restó otros 51 lotes, que fueron vendidos después de mayo de 2011, de su valuación residual de la tierra (es decir, su valor de hoy, con efecto sobre las medidas de la Demandada que todavía están en vigencia).
644. El punto clave es la evidencia del Sr. Hart de que todos los 77 lotes coloreados en rojo fueron vendidos antes de mayo de 2011. El hecho simple es que no lo fueron: El Anexo II de la Dúplica, sobre la cual se apoya el Sr. Hart para su

---

<sup>552</sup> Transcripción en español, 2208:13-20.

<sup>553</sup> Transcripción en español, 2100:5-2102:4. El Dr. Abdala utiliza la fecha del acuerdo de venta/reserva pertinente como la fecha de venta, donde dicha información está disponible o, si no, la fecha de inscripción en el registro. En la diapositiva 27 de la presentación del Dr. Abdala en la audiencia, hay cuatro lotes con una fecha de inscripción posterior a mayo de 2011 (No. FFPI 167, FFPI 154, 47, y FFPI 137) pero que fueron incluidos por el Dr. Abdala como ventas anteriores a mayo de 2011 porque la fecha del acuerdo de reserva/ventas fue anterior a mayo de 2011.

mapa, incluye la fecha de inscripción de las ventas. Sobre la base de los datos en el Anexo II, solo 22 lotes se vendieron antes de mayo de 2011 (analizado por la fecha de inscripción, que es la única forma de fechas provista en el Anexo II). Tal como se indicó en la nota al pie del apartado anterior, el Dr. Abdala trata los 26 lotes como si hubieran sido vendidos antes de mayo del 2011, en vez de 22, porque algunos de los acuerdos de venta se hicieron antes de mayo de 2011, pero la inscripción solo se registró después de mayo de 2011. Todos los otros lotes coloreados en rojo sobre el mapa del Sr. Hart, se vendieron después de mayo de 2011. Esto surge de las fechas de inscripción en el Anexo II en el cual él se apoya. Que el Sr. Hart argumente que el análisis del Dr. Abdala “*no se condice con los hechos*” está lisa y llanamente mal. En verdad, es francamente increíble que un experto en quantum al tratar de presentar una opinión creíble ante el Tribunal, afirme que las propiedades que están claramente enumeradas como vendidas después de mayo de 2011, han sido vendidas antes de esa fecha. Esto no es simplemente un error de cálculo: al colorear todos esos lotes del mismo color en su Documento de prueba 6, el Sr. Hart ha tratado deliberadamente de dar la falsa impresión de que todos esos lotes habían sido vendidos en el mismo marco temporal: antes de mayo de 2011.

645. Peor aún, este no es un ejemplo aislado. Tal como se indicó más arriba, el Sr. Hart argumenta repetidamente que los daños y perjuicios están sobreestimados en un 22% y que “*justo en — en metros cuadrados, están sobreestimados en un 22% en términos de que el — usted sabe, la tierra que ellos tienen para vender, usted sabe, de 2011 en adelante*”.<sup>554</sup> Tal como lo explicó el Dr. Abdala en las páginas 6 y 9 de su presentación en PowerPoint,<sup>555</sup> la cifra del 22% del Sr. Hart es la suma de todas las diversas áreas coloreadas en la Prueba documental 6 del Sr. Hart: todos los lotes enumerados en el Anexo II a la Dúplica como que han sido vendidos (secciones A, B y E del Anexo II), incluido el sitio del hotel y el sitio adyacente comercial/turístico, equivalen al 16% del área del sitio. La

---

<sup>554</sup> Transcripción en español, 2209:6-8.

<sup>555</sup> Transcripción en español, 2105:5-2109:1.

concesión, sobre la cual la Demandada ahora disputa la propiedad considera un 6% más.

646. Aun así, el Anexo II a la Dúplica deja abundantemente claro, como se hizo notar recién, que solo 22 (o 26 según el ajuste) fueron vendidos antes de mayo de 2011. El resto de los lotes indicados en el Anexo II (y el sitio del hotel y el sitio comercial/turístico) se vendieron después de mayo de 2011. Nuevamente, por lo tanto, la acusación del Sr. Hart de que el 22 por ciento de la tierra no estaba disponible para la venta en 2011 está simplemente mal, según sus propios datos.
647. Los daños y perjuicios en este ejercicio se calculan a mayo de 2011. Las ventas posteriores a 2011, no tienen, por lo tanto, relevancia alguna, con la valuación del Proyecto Las Olas en este arbitraje. La única relevancia que estas ventas tienen respecto de los daños y perjuicios es que el valor residual de la tierra se reduce para dar cuenta del hecho de que las Demandantes ya no son propietarios de ciertos lotes, y que las ventas en sí mismas han generados ciertos ingresos (muy pequeños) para mitigar el daño sufrido por las Demandantes, que es lo que se deducirá de la cifra de daños y perjuicios. El Dr. Abdala explicó en su presentación de apertura, que él había hecho precisamente eso.<sup>556</sup> Tal como se explicó más arriba, se ha hecho un nuevo ajuste para dar cuenta del hecho de que las Demandantes han vendido la parte remanente de la tierra del proyecto (con sujeción a los pagos realizados).
648. Dejando de lado las afirmaciones falsas del Sr. Hart respecto de la fecha de las ventas, la posición al respecto de la propiedad de la tierra física es muy simple:
- a. Tal como lo analizamos más arriba, la inversión de las Demandantes es mucho más amplia que solo la tierra física comprada en 2002. No es el caso de que la venta de un lote signifique que ese lote no forme parte de alguna forma de la inversión protegida de las Demandantes.

---

<sup>556</sup> Transcripción en español, 2105:4-2109:1.

- b. Como resultado de ello, no existe distinción que realizarse entre áreas de tierra que fueron vendidas antes de la Notificación de Arbitraje y aquellas que se vendieron después de la Notificación: en ambos casos los lotes continúan siendo parte de la inversión de las Demandantes para los fines de este arbitraje.
- c. Al igual que Los Sueños o cualquier otro desarrollo de centro turístico, el propósito del Proyecto Las Olas no era simplemente vender lotes de tierra sin obtener ganancias de esos lotes, incluso después de haber sido vendidos a compradores. Por lo tanto, no es el caso de que una vez que un lote se haya vendido, el mismo sea irrelevante a los fines de la valuación: había aún muchas ganancias a ser obtenidas por el Proyecto, de dicho lote (ver la explicación del Dr. Abdala).<sup>557</sup>
- d. Toda venta posterior a mayo de 2011 no es relevante para considerar el valor del Proyecto Las Olas, a mayo de 2011, por la obvia razón de que en mayo de 2011, los mismos continuaban disponibles para la venta.
- e. Toda venta de lotes antes de mayo de 2011 sí reduce la cantidad de lotes a ser vendidos en mayo de 2011, y por lo tanto, deben ser removidos del elemento de ventas de lotes del modelo de valuación. El Dr. Abdala hace esto (y lo ha hecho desde su primer Informe experto).
- f. Todos los lotes vendidos antes de mayo de 2011 permanecen, sin embargo, siendo parte de la valuación de otras corrientes de ingresos para el Proyecto Las Olas (construcción de viviendas, alquileres, etc.).
- g. Las ventas posteriores a mayo de 2011 se hicieron en una situación problemática, ante la prohibición de trabajos de construcción que estaba vigente y la controversia con las entidades costarricenses ya cristalizadas. Por lo tanto, no son relevantes para el ejercicio de valuación, excepto que el valor de la tierra de las Demandantes hoy se ve reducido para dar cuenta

---

<sup>557</sup> Transcripción en español, 2106:3-14.

del hecho de que las Demandantes ya no son propietarios de esas partes de la propiedad y que existe una correspondiente disminución en los daños y perjuicios, en la medida en que se le otorga crédito por el valor residual de esos lotes vendidos.

- h. La posición respecto del área de la Concesión es una cuestión legal a ser resuelta por el Tribunal, no una que deban determinar los peritos en el quantum. En forma muy apropiada, el Dr. Abdala basó su evaluación del valor en la evidencia documental de que todas las utilidades derivadas del área de la Concesión iban a ir a la cuenta de las Demandantes.<sup>558</sup>

649. Las Demandantes agregan a su Escrito posterior a la Audiencia, una tabla que, de acuerdo con la pregunta 7 de las Preguntas de cierre del Tribunal, establece la propiedad de varias partes del Sitio del Proyecto, como a la fecha de la Notificación de Arbitraje (ver Anexo B). Sin embargo, tan claro como surge del análisis realizado más arriba, sobre el caso de las Demandantes, la Notificación de Arbitraje es una fecha irrelevante, dado que todas las partes de la propiedad continúan siendo parte de la inversión protegida de las Demandantes, a los fines de este arbitraje, independientemente de cuándo fueron vendidas.

650. La única fecha relevante para las ventas de los lotes es mayo de 2011, que es la fecha de la valuación. Las diapositivas 27 a 29 de la presentación del Dr. Abdala en la Audiencia de febrero muestran qué lotes fueron vendidos antes de mayo de 2011 y cuáles fueron vendidos después de mayo de 2011. Las Demandantes han preparado versiones con códigos en color del Plan Maestro del Sitio, a fin de mostrar al Tribunal la propiedad de las diversas partes del sitio de Las Olas. Estas representan la posición a mayo de 2011 y a la fecha de la Notificación de Arbitraje (Ver Anexo D).

---

<sup>558</sup> Véase Prueba documental C-65.

## N. Metodología de valuación

### 1. La valuación de la metodología del Dr. Abdala es apropiada y sólida

651. Tal como se indicó brevemente más arriba, la metodología del Dr. Abdala está enraizada en una teoría económica sólida. En el conainterrogatorio, la Demandada intentó sugerir que la evidencia del Dr. Abdala era que: (i) El Proyecto Las Olas era un negocio próspero a mayo de 2011 (*“Por lo tanto el centro turístico no estaba abierto al negocio, no se habían completados los caminos, no había agua corriente, no había gente, no había centro turístico y aun así su opinión era que esta es una empresa en marcha, verdad?”*<sup>559</sup>); y (ii) el hecho de que hay un riesgo de que el proyecto no se complete significa que el método del Dr. Abdala involucra especulación.<sup>560</sup>
652. Las respuestas del Dr. Abdala fueron claras. Primero, su metodología, claramente no dice que el Proyecto Las Olas era un negocio próspero:

15 R: No, no, está usted equivocado. Yo  
16 siempre caractericé esto como un activo  
17 preoperativo. En mayo 2011 no es una empresa en  
18 marcha porque no había sido plenamente desarrollado,  
19 está en la etapa preoperativa. Lo que analiza el  
20 método DCF es reconocer que de seguir se  
21 transformaría en un centro turístico plenamente  
22 operativo. De no continuar, entonces permanece en su

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 estado actual y hay que venderlo en un estado de  
2 urbanización parcial y el valor del terreno con el  
3 avalúo hecho por el señor Calderón en esa etapa.

561

<sup>559</sup> Transcripción en español, 2170:11-15.

<sup>560</sup> Transcripción en español, 2166:7-11.

<sup>561</sup> Transcripción en español, 2163:15-2164:3.

653. Segundo, el Dr. Abdala explicó por qué este método no involucra especulación:

15 R: Bueno, es muy sencillo. La etapa  
16 preoperativa significa que está todavía en la etapa  
17 de desarrollo, está invirtiendo, no se ha terminado  
18 la inversión antes de que se pueda vender y generar  
19 los ingresos. Y los activos tienen una transacción  
20 en esa etapa en todo momento, y no solamente cuando  
21 se trata de bienes raíces, pero en muchas otras  
22 cosas como en minería, petróleo. Existe la etapa de

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 exploración y luego se pasa a una siguiente etapa.  
2 Hay transacciones en todas las etapas y el valor que  
3 se le agrega al terreno son los permisos, la  
4 zonificación, el trabajo de infraestructura y  
5 también lo que se ofrece en los planes futuros. No  
6 hay elemento especulativo. El único riesgo es de  
7 completar y después de completar lo que vendría  
8 después y hay que evaluar ese riesgo.

.562

654. La objeción de la Demandada al análisis del Dr. Abdala confunde riesgo con especulación; que exista el riesgo de que algo ocurra, no hace que el hecho sea especulativo. El riesgo es inherente y ajustado y tomado en cuenta en cada una de las transacciones que tienen lugar. Tal como el Dr. Abdala explicó:

---

<sup>562</sup> Transcripción en español, 2164:15-2154:8.

4 R: Bueno, necesita ese factor porque es  
5 una de las maneras para evaluar el riesgo de no  
6 alcanzar -- de no completarlo plenamente.

7 P: Pero usted dice que no hay riesgo, el  
8 mercado está indicando cuál es el precio. En base a  
9 su evaluación parece que lo único que usted hace es  
10 imponer tiempo. Y el tiempo le dice de hacer una  
11 proyección del flujo de caja en un cierto tiempo.

12 P: Usted está confundiendo especulación  
13 con riesgo. Todo activo tiene un valor. Puede haber  
14 -- existir una transacción en cualquier momento,  
15 esté o no completa la etapa de desarrollo. Es  
16 simplemente cuestión de ponerle un precio de  
17 transacción. Y el experto de evaluación es capaz de  
18 poner eso midiendo el riesgo, ya sea a través de la  
19 tasa de descuento o como yo hice en mi análisis, vía  
20 el valor anticipado tomando en cuenta la  
21 probabilidad de lo que puede ocurrir y de que no se  
22 complete el desarrollo y se hace un cálculo por ese

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 riesgo.

563

655. Este es un malentendido fundamental de parte de la Demandada. El riesgo absolutamente, no es lo mismo que especulación, particularmente en un sentido económico o contable. Tal como el Dr. Abdala señaló en su evidencia, *“cualquier inversión es especulativa ya que uno espera un rédito en el futuro pero eso no significa que no se le puede evaluar el valor de la transacción en cualquier momento tomando en cuenta de que existe este riesgo de éxito o fracaso”*.<sup>564</sup>

---

<sup>563</sup> Transcripción en español, 2166:4- 2167:1.

<sup>564</sup> Transcripción en español, 2096:16-22.

656. Esos fueron los únicos tópicos metodológicos explorados con el Dr. Abdala durante el conainterrogatorio, y queda claro por qué la Demandada no intentó enfrentar al Dr. Abdala respecto de la metodología. No obstante, la repetida e infundada declaración del Sr. Hart acerca de que la metodología del Dr. Abdala no es apropiada, ni el Sr. Hart ni la Demandada pueden argumentar sobre el hecho de que el método del Dr. Abdala está confirmado por la teoría económica eminente. No pueden indicar ninguna opinión, escrito o evidencia que objete el método desarrollado por el profesor Damodaran y utilizado en este caso por el Dr. Abdala.
657. Cuando en la audiencia se lo instó a hacerlo, el Sr. Hart admitió que no objetaba la validez del método del profesor Damodaran y que no podía manifestar nada que pudiera argumentar contra tal método. Por el contrario, dice que critica la aplicación “*único artículo escrito*”.<sup>565</sup> Aun así, el Dr. Abdala mostró en sus Informes expertos,<sup>566</sup> que la justificación económica para este método no se limita exclusivamente al escrito de Damodaran. En todo caso, el punto es simple: El Sr. Hart no puede demostrar y no demuestra, que el método está equivocado y que no se lo puede utilizar en la valuación de activos preoperacionales.
658. La única crítica que el Sr. Hart eleva contra la metodología de valuación del Profesor Damodaran es que el profesor Damodaran mismo describe el método como “*pintar con un pincel ancho*”.<sup>567</sup> Continúa diciendo que el Damodaran ignora esta “*advertencia*” al análisis del profesor Damodaran y que por lo tanto, el Dr. Abdala está equivocado al decir que su metodología es “*congruente con la literatura financiera*”,<sup>568</sup> En el conainterrogatorio, el Sr. Hart confirmó que fue su testimonio que esa “*advertencia*” se aplica al uso general de la metodología propuesta por el Profesor Damodaran; en otras palabras, en su

---

<sup>565</sup> Transcripción español, 2242:17.

<sup>566</sup> Véanse Segundo Informe Experto de Manuel Abdala, secciones II.1.1 y II.1.2 y la literatura financiera citada allí.

<sup>567</sup> Véase Segundo Informe Experto de Timothy Hart, apartado 104.

<sup>568</sup> Véase Segundo Informe Experto de Manuel Abdala, Sección II.1.1.

opinión, todo el ejercicio propuesto por el Profesor Damodaran es, en opinión del propio profesor, “*pintar con un pincel ancho*”:

19 P: Pero es caveat no dice lo que usted ha  
20 dicho. No tiene nada que ver con el uso general de  
21 la metodología sugerida por Damodaran como  
22 apropiada. ¿No es cierto?

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 R: Yo creo que sí lo hace.

569

659. Incluso una revisión somera del escrito del Profesor Damodaran<sup>570</sup> y, en particular la frase citada por el Sr. Hart en su informe (encontrado en la página 42 del escrito) demuestra que esto es completamente erróneo. La “*advertencia*” no es tal, en cuanto al uso general de la metodología y no hay otra “*advertencia*” respecto de su uso que pueda encontrarse en el escrito del Profesor Damodaran.
660. Por el contrario, la “*advertencia*”, está claramente relacionada, únicamente con una de tres formas posibles, enumeradas por el Profesor Damodaran, para evaluar la probabilidad de éxito. El Sr. Hart trata de persuadir a este Tribunal que el Profesor Damodaran estaba profiriendo una advertencia contra el uso de su metodología en primer lugar. En verdad, simplemente estaba haciendo notar que al evaluar un elemento de la metodología (la probabilidad de éxito), hay una cantidad de métodos que podrían utilizarse y que uno de ellos podría resultar ser como un pincel ancho.
661. Cuando se lo presionó en el conainterrogatorio, el Sr. Hart prontamente reconoció que eso era todo lo que el Profesor Damodaran decía:

9 los términos generales o la pincelada. Lo que dice  
10 el profesor Damodaran no es que generalmente existe

---

<sup>569</sup> Transcripción en español, 2250:19-2251:1.

<sup>570</sup> Véase CLEX-041.

11 el peligro de utilizar la generalización, sino que  
12 el peligro tiene que ver con la supervivencia de la  
13 empresa.

14 R: Eso es exactamente estamos hablando  
15 aquí. El 68 por ciento de supervivencia es lo que él  
16 plantea aquí, esa es la generalización que él ha  
17 hecho. Con los datos de Estados Unidos el 68 por  
18 ciento de probabilidad de supervivencia y luego lo  
19 aplicó a este período, a este desarrollo de centro  
20 turístico virgen en Costa Rica. Esa es la  
21 generalización o la pincelada amplia.

[...]

2 Entonces, ¿usted aceptaría que es solo un  
3 elemento de la tesis de Damodaran, la descripción en  
4 términos generales, y no la totalidad de la  
5 descripción de la tesis?

6 R: Es un elemento pero es un elemento  
7 crucial. Cuando estamos hablando de la supervivencia 571

662. Esta franca admisión por parte del Sr. Hart contradujo directamente el testimonio que dio dos páginas antes en la transcripción, en la cual dijo que la “*advertencia*” se relacionaba con el uso general de la metodología de Damodaran (tal como se citó más arriba). Esto contradice directamente sus informes de perito, en los cuales busca hacer que esta “*advertencia*” se aplique al uso general de la metodología.<sup>572</sup>

663. Respecto de la “*advertencia*” en sí, la única crítica del Sr. Hart a la metodología de Damodaran, el Dr. Abdala reconoció en su primer informe que el uso de datos

---

<sup>571</sup> Transcripción en español, 2252:9-2253:7.

<sup>572</sup> Véase Segundo Informe Experto de Timothy Hart, apartado. 104, en el cual el Sr. Hart acusa al Dr. Abdala de ser malintencionadamente exigente y de tergiversar la intención de su material original al decir que su metodología es congruente con la literatura del profesor Damodaran, porque el Dr. Abdala no toma en cuenta estas así llamadas “advertencias”. Nuevamente, las acusaciones del Sr. Hart sobre el Dr. Abdala no son profesionales y tergiversan en grado mayúsculo la posición, tal como se confirmó en el contrainterrogatorio.

de los EE. UU. sobre las tasas de supervivencia no era ideal, pero hizo notar que esa era la mejor información disponible para Costa Rica). El Dr. Abdala hizo notar en su testimonio oral<sup>573</sup> que, en última instancia, la probabilidad de éxito es un tema que debe determinar el Tribunal y que eso debe ser ajustado fácilmente por el Tribunal si este considera que la información de EE. UU. en la que nos apoyamos por ser la mejor disponible (el Sr. Hart no solo no contradice esta proposición, sino que, por el contrario, no propone una mejor información alternativa) debe ser ajustada.

664. Tal como el Sr. Hart aceptó, la metodología del Dr. Abdala toma en consideración la posibilidad de fracaso del proyecto por su 68% de probabilidad de éxito, sin embargo el Sr. Hart está en desacuerdo con la información que el Dr. Abdala utiliza para llegar a esa cifra.<sup>574</sup> Tal como se le señaló en el conainterrogatorio, el éxito de los proyectos de centros turísticos cercanos corrobora la presunción de que el Proyecto Las Olas tenía por lo menos una probabilidad de 68% de éxito (en realidad, el éxito de los proyectos vecinos sugiere que la cifra debería ser superior a 68%).<sup>575</sup>
665. El Sr. Hart trató de argüir en contra de esa conclusión diciendo *¿“quién sabe cuántos terrenos se compraron con el tiempo y algunas personas soñaban con construir un centro turístico y fracasaron. Hay muchos terrenos en venta que algunas personas compraron con ese fin y fracasaron”*.<sup>576</sup>
666. Esta afirmación extremadamente general no soporta un análisis real:
- a. El Sr. Hart no tiene evidencia en absoluto para esta proposición. No puede indicar ningún proyecto vecino que haya sido comprado, que haya solicitado los permisos, que haya tenido planificación y sobre el cual se hayan iniciado los trabajos de infraestructura, y que luego haya fracasado. Tales ejemplos, si existieran, habrían sido fáciles de encontrar para el Sr.

---

<sup>573</sup> Transcripción en español, 2096:21-2097:7.

<sup>574</sup> Transcripción en español, 2261:4-8.

<sup>575</sup> Transcripción en español, 2254:10-12.

<sup>576</sup> Transcripción en español, 2255:5-10.

Hart: habría sitios cerca de Las Olas con trabajos de infraestructura a medio hacer, en ruinas y en lotes abandonados. La sugerencia del Sr. Hart debe ser desestimada de plano: no es la afirmación de un dictamen experto sino una afirmación de hecho para la cual no ha proporcionado evidencia de ningún tipo.

- b. No es aceptable que el Sr. Hart diga simplemente “*quién sabe*”; tuvo más de un año para investigar los hechos para respaldar sus opiniones y no ha encontrado nada para sustanciar su demanda. El Sr. Hart ha tenido pleno acceso al Gobierno de Costa Rica en todo este tiempo, el cual le podría haber proporcionado cualquier información que deseara sobre cualquiera de tales proyectos fallidos. No es aceptable para un perito independiente que considera que un tema es relevante para su dictamen, simplemente no investigar y luego hacer una afirmación general, no respaldada por evidencia. La respuesta a la pregunta retórica del Sr. Hart, él es quien debería saber, porque debería haber investigado el tema y mostrado al Tribunal los proyectos fallidos, que contradicen los ejemplos de desarrollos exitosos del Dr. Abdala.
- c. El Sr. Hart describe en forma errónea el Proyecto Las Olas al compararlo con extensiones de tierras compradas "con el sueño de convertirlas en un centro turístico". Ese no fue un sueño: las Demandantes compraron la tierra, desarrollaron un plano del sitio y un plan de negocios, obtuvieron permisos de construcción para dicho plano, comenzaron a vender lotes a los compradores e iniciaron trabajos de infraestructura sobre la base de los permisos de construcción recibidos. En otras palabras, eso era una realidad, no un sueño. La Demandada cerró esa realidad al detener los trabajos en el Proyecto, solo unos pocos meses después de haberse emitido los permisos de construcción.
- d. Tal como el Dr. Abdala señaló: “*el Tribunal quizás tendrá que evaluar propiamente dicho si la cifra del 68 por ciento que yo utilizo es una cifra*

*que quisieran ver. Pero la evidencia adicional que he mostrado es que todos los resorts o los sitios turísticos que son similares o comparables a Las Olas tuvieron éxito en el área, y el señor Hart no ha podido señalar ninguno específicamente que quizá fracasó. Por lo tanto, la zona es atractiva y este tipo de sitio -no solamente Los Sueños pero Costa del Sol, Malaga, El Místico y seis otros que se enumeran en el informe de Norton, han sido todos desarrollados”.*<sup>577</sup>

667. Poco después de esta declaración de parte del Sr. Hart, se le indicó que el cercano desarrollo Málaga había tenido éxito al vender propiedades en un desarrollo de más de 400 viviendas contenidas dentro de un área más pequeña que Las Olas. La respuesta del Sr. Hart fue que no conocía la diagramación de ese sitio.<sup>578</sup>
668. En mejor de los casos, esto es poco sincero y en el peor, enteramente falso. Primero, la Segunda declaración testimonial del Sr. Damjanac describe el desarrollo Málaga con detalle, incluida la densidad de viviendas y hasta contiene fotos del desarrollo.<sup>579</sup> Incluso si, equivocadamente, el Sr. Hart eligió no revisar la Segunda declaración testimonial del Sr. Hart, el Sr. Hart mismo ha destinado una cantidad considerable de tiempo investigando el sitio web del desarrollo Málaga: él mostró cuatro impresiones del sitio web relacionadas con el desarrollo,<sup>580</sup> incluidas dos impresiones separadas del sitio web del desarrollador.<sup>581</sup>
669. La Prueba documental CRED-55 es la portada del desarrollo pertinente Málaga, el desarrollo de la playa Punta Bejuco (se encuentra en [www.rc.cr/projects.php?id=5](http://www.rc.cr/projects.php?id=5)). La segunda miniatura de imagen de la izquierda de la impresión de esta página demuestra la densidad del desarrollo y la medida de (virtualmente no existente) espacio verde comunitario en el desarrollo. Más aun, el Sr. Hart consideró que no correspondía mostrar toda la página web

---

<sup>577</sup> Transcripción en español, 2096:22-2097:12.

<sup>578</sup> Transcripción en español, 2257:12-19.

<sup>579</sup> Véase Segunda Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, apartado 61 a 70

<sup>580</sup> Prueba documental CRED-55 a 58 inclusive

<sup>581</sup> Prueba documental CRED-55 a 58

completa en su Prueba documental CRED-55. Ha recortado artificialmente la página inmediatamente después del botón etiquetado en su traducción al inglés de la página web: “*ver diseño del sitio*”. En verdad, la página web se extiende más allá, más abajo de ese botón, proporcionando planos de planta para los cuatro modelos de viviendas disponibles y más información (incluidos enlaces a mapas de google para ubicar el desarrollo). Además, el botón “*ver diseño del sitio*” no lleva a una página diferente sino que muestra un plano del Sitio del Proyecto que estaba incrustado en la página web que el Sr. Hart ha impreso parcialmente.

670. Este recorte selectiva de la página web por parte del Sr. Hart actúa por lo tanto, para excluir el plan del sitio del desarrollo. Por lo tanto, o el Sr. Hart no leyó todo el sitio web que el mostró (parcialmente) en su informe, o su afirmación en el contrainterrogatorio de que no conocía el plano del sitio, era falsa. El plano del sitio tomado de la página web aparece más abajo: está claro que el desarrollo Málaga fue, en verdad, construido más densamente de lo que habría sido construido el Proyecto Las Olas.



671. En resumen, por lo tanto, la Demandada no tiene base sobre la cual contradecir la metodología utilizada por el Dr. Abdala. No es una metodología exótica: simplemente aplica dos métodos convencionales de valuación (un método de ingresos y un método de activos) y luego evalúa donde cae la valuación justa de mercado entre esos dos valores, tomando en cuenta el riesgo adjunto a la naturaleza preoperacional del Proyecto.

**2. La metodología del Sr. Hart es inapropiada y no evalúa el valor justo de mercado del Proyecto**

672. Habiendo simplemente manifestado, sin respaldo alguno, que piensa que la metodología del Dr. Abdala no es apropiada, el Sr. Hart continúa proponiendo una metodología diferente: un análisis de lo que él estima son las sumas gastadas por las Demandantes en el Proyecto. Su justificación para este método no tiene fundamento en la teoría económica, ni en el sentido común.

673. El argumento del Sr. Hart tiene varias fallas graves, que se desarrollarán más adelante.

e. Su versión de lo que constituye un método de “*costos*” contradice la literatura financiera, que tiene una fórmula muy diferente de lo que constituye un método de “*costos*”.

f. Su versión de un método de “*costos*” no brinda una valuación justa de mercado de un activo, tal como aquella en la que un vendedor interesado de vender y un comprador interesado de comprar realizarían la operación, en ese precio y, por lo tanto, no realiza el ejercicio del quantum, que según admite, se supondría que él debería haber realizado.

g. Su único intento de proporcionar respaldo para el uso del método de “*costos*” se basa en su informe de Servicios de Valuación de Hotelería, (HVS), que realmente utiliza un método de ingresos para valuar el activo,

no un método de costos (pero las citas selectivas del Sr. Hart tomadas del informe HVS en este Informe Complementario, disfrazan este hecho).

- h. En todo caso, el método de costos considerado en el informe HVS es un ejercicio completamente diferente del método de “costos” del Sr. Hart, lo que demuestra además, las fallas de este análisis.
  - i. Claramente, la valuación de activos más apropiada en un proyecto de bienes inmuebles debe tener, como base, una valuación reciente de la propiedad, realizada por un valuador cualificado (a la cual se le puede agregar después más valor).
674. El Sr. Hart argumenta que su método de “costos” es una derivación del método de activos para la valuación, al decir que “*se utiliza comúnmente para las valuaciones de inmuebles*”.<sup>582</sup> Como admitió francamente en el conainterrogatorio, no tiene evidencia ni respaldo para esta proposición, lo que debe por lo tanto ser descontado por el Tribunal.<sup>583</sup>
675. El Sr. Hart intenta justificar su uso del método de costos por medio de la definición del Manual de Servicios de Litigio del “*método de costos*”. Cita correctamente la definición: “*una forma general de determinar una indicación de valor de un bien individual por medio de la cuantificación de la cantidad de dinero requerida para reemplazar la capacidad futura de servicio de dicho activo*”.<sup>584</sup> Habiendo identificado correctamente la definición, el Sr. Hart procede sin embargo, a desarrollar un ejercicio completamente diferente. En vez de evaluar el monto de dinero requerido para reemplazar la capacidad futura de servicios del Proyecto Las Olas en mayo de 2011, simplemente suma los montos gastados por las Demandantes en el Proyecto (e incluso a esta cifra, sin justificación alguna, la reduce arbitrariamente a unos USD 3,5 millones de los USD 8,7 millones realmente gastados).

---

<sup>582</sup> Véase Segundo Informe Experto de Timothy Hart, apartado 217.

<sup>583</sup> Transcripción en español, 2264:11.

<sup>584</sup> Véase Prueba documental CRED-13.

676. Esto simplemente no es la metodología apropiada: está bien claro que las sumas históricas gastadas no necesariamente tienen relación alguna con los montos requeridos para reemplazar la capacidad futura de servicio del activo a mayo de 2011. En principio, queda claro que el costo para comprar la tierra física, con permisos de construcción y trabajos parciales de infraestructura en mayo de 2011 no sería la suma pagada por la tierra sin desarrollar en 2002 más costos (que es lo que supone la metodología del Sr. Hart). Por el contrario, tal como hizo notar el Dr. Abdala, en un contexto real, para una valuación verdadera del costo, se debe evaluar el valor de la tierra en su mejor y más adecuado uso. En este caso, el mejor y más adecuado uso es la operación exitosa del Proyecto Las Olas. Es por lo tanto bien obvio que se requeriría una valuación de mercado para obtener el valor de mercado del Proyecto.

20 esto. Él define este enfoque basado al costo como lo  
21 que se ha gastado en el proyecto hasta la fecha y  
22 estos son dos conceptos totalmente opuestos.

- VERSIÓN CORREGIDA -

1 Lo que yo muestro aquí en la izquierda es  
2 la definición dada por Shannon Pratt, que es el  
3 mismo concepto que en el manual de servicios de  
4 litigación es el valor de reemplazo del activo.  
5 Especialmente cuando se habla de tierras hay que  
6 saber que el valor de la tierra debe ser evaluado en  
7 su uso más importante y mejor y esto hay que  
8 añadirlo al costo de reemplazo de las mejoras o de  
9 la construcción. Nada de esto aparece en el enfoque  
10 basado en costo del señor Hart. Si él hubiese

11 seguido este enfoque hubiera tenido que usar el  
12 valor del mercado basado en precios comparables, más  
13 el valor de las construcciones o de las mejoras lo  
14 cual sí hizo el señor Calderón pero no aparece en la  
15 evaluación del señor Hart.

585

677. Esto lo confirma la Dra. Shannon Pratt, cuando indica que *“en verdad, el valor asentado en libros no es un método de valuación en absoluto. Los valores presentados en los estados financieros con base sobre los costos, por lo general no representan el valor económico actual a los fines del negocio”*.<sup>586</sup>
678. En verdad, el Sr. Hart lo admitió después en el contrainterrogatorio, señalando que un método con base en comparables sería un mejor método en un contexto de bienes inmuebles.<sup>587</sup> Cuando se le señaló al Sr. Hart que el Sr. Calderón había preparado en verdad una valuación del proyecto,<sup>588</sup> con base en comparables, el Sr. Hart trató de argumentar que esta valuación era inválida porque, aunque el Sr. Calderón había mirado los comparables *“él aplica [los comparables] a la propiedad según el diseño de las Demandantes”*.
679. La queja del Sr. Hart es que la valuación del Sr. Calderón estaba atada al Plan de negocios 2010 de las Demandantes. Sin embargo, tal como quedó claro en el contrainterrogatorio, este simplemente no es el caso. En verdad, la única referencia a los planes generales de las Demandantes que tienen alguna relevancia respecto de la valuación del Sr. Calderón es el plan maestro del sitio 2008; la valuación no se apoya en modo alguno sobre el Plan de Negocios 2010. Esto queda ampliamente ilustrado por el hecho de que la valuación del Sr. Calderón fecha anticipadamente en más de un año, el Plan de Negocios de diciembre de 2010. El Sr. Hart intentó dejar de lado este punto al decir que la valuación está atada al plan del sitio y el plan del sitio es la base del Plan de

---

<sup>585</sup> Transcripción en español, 2097:20-2098:15

<sup>586</sup> Véase Prueba documental CLEX-093, pág. 352, citada en Abdala 2, apartado 109.

<sup>587</sup> Transcripción en español, 2267:17-2268:5.

<sup>588</sup> Véase Prueba documental CLEX-70, página 32 de 53; y transcripción en español, 2269:22-2271:5.

Negocios. Por supuesto, esto no es lo mismo en absoluto, y demuestra otra vez la evidencia engañosa del Sr. Hart para con el Tribunal.

680. Queda abundantemente claro que la valuación de costos históricos nunca puede llegar a un “*valor justo de mercado*” para un proyecto tal como el Proyecto Las Olas. Por definición, tal valuación ni siquiera considera al mercado por el activo en cuestión, ni a qué precio un comprador y un vendedor interesados podrían llegar a un acuerdo.
681. El Sr. Hart intentó minimizar la falta de evidencia de respaldo para el uso de su método de “*costos*”, al argumentar que la valuación hotelera del HVS mostrada por el Dr. Abdala respaldaba el uso de un método de costos.<sup>589</sup> El Sr. Hart cita el informe del HVS como diciendo que una estimación de costos “*se considera aplicable a nuestro análisis de valuación*”,<sup>590</sup> lo cual es una cita acertada. Sin embargo, dos páginas después, el HVS confirma que él realmente ha aplicado el método de ingresos a este activo preoperacional y no el método de costos: “*Se le ha prestado cuidadosa consideración a las fortalezas y debilidades de los tres métodos para obtener el valor, analizados más arriba. En reconocimiento del propósito de esta valuación, le hemos otorgado la ponderación primaria al valor indicado por el método de capitalización de ingresos*”.<sup>591</sup>
682. Increíblemente, cuando se le indicó que en circunstancias donde los autores del informe de HVS hallaron que podía aplicarse tanto el método de ingresos, como el de costos, pero que preferían el método de ingresos, alegar que este reporte avala el método de costos “*es muy selectivo*”, el Sr. Hart dijo simplemente: “*Yo creo que no*”.<sup>592</sup>
683. En verdad, el informe de HVS va más allá y concluye en que el método de ingresos es el método que utilizan los compradores en el mundo real (tener en mente que el informe de HVS es una valuación de un hotel preoperacional que

---

<sup>589</sup> Transcripción en español, 2274:4-8.

<sup>590</sup> Véase Segundo Informe Experto de Timothy Hart, apartado. 225; y CLEX-069, página 129.

<sup>591</sup> Véase CLEX-069, pág. 131.

<sup>592</sup> Transcripción en español, 2275:14 y 2276:1-2.

todavía no ha sido construido): *“nuestra experiencia que abarca toda la nación indica que los procedimientos utilizados para estimar el valor de mercado por el método de la capitalización de ingresos son comparables a aquellos empleados por los inversores en hoteles, que constituyen la plaza del mercado. Por esta razón, creemos que el método de capitalización de ingresos produce la estimación de valor más respaldada y se otorga la mayor ponderación en nuestra estimación final del valor de mercado de la propiedad en cuestión”*.<sup>593</sup>

684. En verdad, cuando el informe de HVS se refiere al *“método de costos”*, no es el mismo método de costos que defiende el Sr. Hart en este caso. El informe de HVS define el método de costos como *“un conjunto de procedimientos a través del cual se deriva una indicación de valor para los derechos de pleno dominio sobre una propiedad, estimando el costo actual de construir una reproducción o un reemplazo de la estructura existente, deduciendo la depreciación acumulada del costo de reproducción o de reemplazo y agregando el valor estimado de la tierra más la ganancia empresarial. Se pueden hacer ajustes luego al valor indicado del pleno dominio sobre la propiedad en cuestión, para reflejar el valor del derecho sobre la propiedad que se está evaluando”*. (el subrayado es nuestro). Esto dista terriblemente del método del Sr. Hart, que es sumar los montos históricos gastados.

### **3. Las críticas del Sr. Hart respecto de las suposiciones del Dr. Abdala son infundadas**

685. Un tema repetitivo en el testimonio oral del Sr. Hart fue el argumento de que, en mayo de 2011, el mercado estaba "muerto"; que la carta del Sr. Aven del 12 de diciembre de 2010 lo confirmaba y que el proyecto era un *“fracaso”*, porque no podía generar ninguna venta de lotes antes de que la Demandada cerrara el proyecto en mayo de 2011. Estas afirmaciones por parte del Sr. Hart no tienen fundamento en la realidad.

---

<sup>593</sup> Véase CLEX-069, pág. 130.

686. Lejos de ser un reconocimiento de que el Proyecto no podía vender lotes y que el mercado estuviera “muerto”, la carta de diciembre de 2010 del Sr. Aven<sup>594</sup>, en verdad, dice lo opuesto y hace notar la importante cantidad potencial de ventas que se alineaban en esa etapa. La propensión del Sr. Hart para hacer nuevamente citas selectivas resulta en una caracterización de la situación que es totalmente diferente de lo que indican los registros documentales.
687. Las Demandantes invitan al Tribunal a leer cuidadosamente el total de la carta del Sr. Aven. En resumen, él describe la posición de la siguiente forma:
- a. El mercado de Costa Rica ha sido difícil en 2010, pero las ventas de Las Olas han sido buenas porque Las Olas fue uno de los únicos proyectos activos en esos momentos y por lo tanto sacó ventaja en todas las competencias. El Sr. Aven hizo notar que el mercado se veía prometedor para 2011 y que la demanda estaba en alza:

*Los expertos en ventas de bienes raíces, los representantes de organizaciones internacionales de ventas y los agentes locales de ventas están comenzando a aparecer también por nuestras oficinas y nos dicen lo que pueden hacer por nosotros, dado que ven que estamos avanzando bien, mientras otros están detenidos. Si se nos acerca una importante empresa de comercialización de bienes raíces y desea vender nuestros lotes y viviendas por una comisión, GENIAL, nos complacerá trabajar con ellos. La cuestión es esta, mientras continúe incrementándose el desarrollo también lo hará el interés de los compradores que verán que las cosas funcionan y desearán subir a bordo. En ese punto, comenzaremos a aumentar el precio de nuestros paquetes de lotes y viviendas, en forma progresiva, a medida que se agota el inventario. Esperamos tener vendido, el total de nuestros paquetes de lotes y viviendas para 2013.<sup>595</sup>*

- b. Todos los compradores hasta este punto han sido efectivamente compradores de terrenos baldíos, porque no se obtuvieron los permisos de construcción hasta septiembre de 2010, poco después de la carta del Sr. Aven. A diferencia de lo que alegaba el Sr. Hart, reconociendo que el

---

<sup>594</sup> Véase Prueba documental C-98.

<sup>595</sup> Véase Prueba documental C-98, pág. 3.

proyecto era todavía tierra baldía y que debía tratársela como tal, el Sr. Aven hacía notar el hecho de que el desarrollo ahora había podido comenzar (con trabajos de infraestructura en marcha y la primera casa construida) significaba que la demanda solo podía incrementarse:

*Los compradores que tenían la visión, que habían dado un paso adelante y que habían comprado mientras era tierra baldía, lo hicieron porque tenían fe en los desarrolladores y en el desarrollo. Ahora la gente ve que la infraestructura avanza, que los caminos principales se están abriendo en el desarrollo, que se están colocando las bocas de tormenta, que se están poniendo las servidumbres, que hay una casa en construcción y que cada vez hay más impulso. Los compradores que compraron un lote antes, son compradores de otro lote ahora, dado que están cada vez más interesados porque el desarrollo está comenzando a dar sus frutos. Con cada mejora adicional se incrementa exponencialmente la viabilidad percibida de la propiedad en las mentes de nuestros clientes y en las de los clientes potenciales, que se detienen constantemente en nuestras oficinas de venta. Por lo tanto, las ventas 2011 serán mucho mayores que las de 2010.<sup>596</sup>*

- c. Hubo una cantidad importante de compradores potenciales interesados, incluso en diciembre de 2010:

*También hay una cantidad de candidatos potenciales muy interesados, que creo que se convertirán en ventas en los próximos 30 a 60 días. Esos son los candidatos con los que me he estado comunicando el año pasado, por teléfono y por medio de correos electrónicos y que van a venir a ver nuestro proyecto para ver si compran un paquete de lote y vivienda en esta temporada alta de 2011. Hay por lo menos 15 de estos. También, nuestros clientes nos están enviando candidatos y el último comprador, Terry Phillips, que es un constructor de Victoria, tiene por lo menos otros dos amigos constructores a quienes está acercando a nuestro proyecto. Él confía en que nos comprarán.<sup>597</sup>*

*una vez que el mercado vea que se construyen las casas, aumentará el interés y la velocidad de las ventas. (Unos 50 de mis candidatos a compradores con los que estoy en contacto, por lo general me*

---

<sup>596</sup> Véase Prueba documental C-98, pág. 3.

<sup>597</sup> Véase Prueba documental C-98, pág. 2.

*dicen que eso es lo que están esperando antes de comprar. Quieren ver que la construcción progresa. Luego cerrarán el trato.*<sup>598</sup>

- d. La demanda se incrementaría más si comenzara la construcción de primera línea de playa, lo cual se esperaba que ocurriera en 2011: *“Tenemos planes de construcción para la primera línea de playa y esperamos obtener el permiso ambiental de la SETENA en 2011 y comenzar la construcción en las unidades de primera línea de playa, lo cual incrementará sustancialmente la demanda de unidades del proyecto”*.<sup>599</sup>
- e. El esfuerzo de ventas y mercadotecnia en 2010 había sido mínimo, por ser el primer año de operaciones después de la crisis financiera (y en circunstancias en las que todavía no se habían obtenido los permisos de construcción) y se iba a incrementar en 2011:

*Los permisos de construcción se emitieron en septiembre de 2010 y los trabajos de infraestructura están en marcha. Jovan Damjanac, que es el director de ventas y mercadotecnia, está haciendo un gran trabajo, con gran impulso y hay mucho más interés ahora que la gente ve que estamos trabajando sobre la infraestructura. Esperamos un 2011 mucho más provechoso, mientras continuamos construyendo el Desarrollo Las Olas.*<sup>600</sup>

*Por eso, según lo que se ve en las cifras arriba mencionadas, en un año aproximadamente, con no más que el esfuerzo de un hombre y con nada construido todavía, hemos cerrado con 875 000 USD en ventas y tomado depósitos sobre otros 387 000 USD en ventas que se deberán cerrar en los próximos meses. Eso es un total de 1 262 000 USD en ventas de lotes solamente, y eso es recién el comienzo.*<sup>601</sup>

*En el cierre, hemos tenido un muy buen año inicial aquí en Las Olas en 2010, con un mínimo de esfuerzos de ventas. Es decir, solo tuvimos una persona de ventas, Jovan Damjanac. Planeamos aumentar la fuerza de ventas, así como también el presupuesto de ventas y de mercadotecnia.*<sup>602</sup>

---

<sup>598</sup> Véase Prueba documental C-98, pág. 2.

<sup>599</sup> Véase Prueba documental C-98, pág. 3.

<sup>600</sup> Véase Prueba documental C-98, pág. 1.

<sup>601</sup> Véase Prueba documental C-98, pág. 2.

<sup>602</sup> Véase Prueba documental C-98, pág. 9.

688. Este simplemente no es el caso, tal como asegura el Sr. Hart, de que el Proyecto Las Olas era incapaz de vender lote alguno. Los permisos de construcción se emitieron recién en septiembre de 2010 y así la construcción recién comenzaba para la fecha de la valuación de mayo de 2011. Si bien se había avanzado bastante antes de que la Demandada cerrara el sitio, no sorprende que los posibles compradores hayan deseado esperar hasta que la construcción comenzara a tomar forma antes de comprar los lotes. De un punto de partida en enero de 2010, sin que hubiera comenzado ninguna construcción real, se habían vendido o reservado por medio del pago de un depósito 23 lotes, en menos de un año.<sup>603</sup> Queda claro a partir de la carta del Sr. Aven que hubo una importante cantidad de clientes alineados para aumentar las ventas en 2011, que había agentes de bienes raíces interesados en vender los lotes y las viviendas del Proyecto y que la fuerza y el presupuesto de ventas iban a incrementarse al año siguiente.
689. Esto, nuevamente, está muy lejos de la afirmación del Sr. Hart de que el Proyecto no podía vender lotes y que la carta del Sr. Aven demostraba que el mercado estaba muerto.
690. Vinculado a este tema hay otro punto en el testimonio del Sr. Hart, que es el argumento de que el Plan de negocios 2010 es defectuoso en cierta medida, debido a que (él argumenta) la falta de experiencia o pericia de las Demandantes en el desarrollo de centros turísticos y que “*falló*”, porque las Demandantes no pudieron vender lotes bajo ese Plan de Negocios.
691. Primero, debe notarse que fue principalmente el Sr. Damjanac quien armó el Plan de Negocios de 2010 y quien tiene más de 30 años de experiencia en “*avalúo, desarrollo y venta de bienes raíces residenciales, comerciales y hoteleros, así como en ventas empresariales, ventas al por menor, ventas de tiempos compartidos y financiamiento hipotecario*”.<sup>604</sup> Él describió dicha

---

<sup>603</sup> Véase Prueba documental C-98, páginas 1 y 2

<sup>604</sup> Véase Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, apartado 5.

experiencia y pericia con detalle, en su declaración testimonial<sup>605</sup> y la Demandada no objetó dicha experiencia en el contrainterrogatorio que le hicieron a él.

692. Por el contrario, la Demandada decidió presentar en el contrainterrogatorio al Dr. Abdala, la afirmación falsa de que el Sr. Damjanac era “*alguien que no tenía experiencia con el desarrollo inmobiliario en Costa Rica*”?<sup>606</sup> El Dr. Abdala no estuvo de acuerdo, pero la Demandada continuó haciendo preguntas, tratando de sonsacarle al Dr. Abdala la respuesta de que el Sr. Damjanac no tenía experiencia en el desarrollo de bienes raíces en Costa Rica.<sup>607</sup> La evidencia en el expediente, en los párrafos 5 a 37, es que el Sr. Damjanac sí tiene importante experiencia en desarrollo de bienes raíces, incluso en Costa Rica (ver en particular, los apartados 14 a 19 y 37). La Demandada tuvo la oportunidad de objetar la evidencia del Sr. Damjanac y decidió no hacerlo. No es apropiado que la Demandada entonces, le haga afirmaciones al Dr. Abdala que suponen que la evidencia del Sr. Damjanac sea falsa.
693. Vale la pena tener en mente que el Sr. Damjanac no es Demandante en este arbitraje y que no tiene interés en su resultado. Sus Declaraciones testimoniales contienen una gran cantidad de detalles acerca de la naturaleza y la posibilidad de venta del Proyecto Las Olas, lo cual no ha sido objetado en absoluto por la Demandada, y las Demandantes desearían invitar al Tribunal a que las revise atentamente.
694. Segundo, tal como se hizo notar más arriba, la diagramación y el diseño del sitio sobre el cual se basaba el Plan de negocios 2010 fue tarea de consultores profesionales, lo cual incluye a Mussio Madrigal y a Zurcher Architects, y fue por lo tanto el producto de consideración y diseño profesionales.

---

<sup>605</sup> Véase Declaración Testimonial de Jovan Damjanac, apartados 5-21.

<sup>606</sup> Transcripción en español, 2142:15-16.

<sup>607</sup> Transcripción en español, 2143:8-12 “*Esta dependiendo de un plan de negocios preparado por personas que no tienen experiencia en el desarrollo inmobiliario. Y la experiencia del señor Damjanac tiene que ver con bienes raíces en Estados Unidos.*”

695. Tercero, en los apartados 53 a 67 de su Primera Declaración Testimonial, el Sr. Damjanac describe con considerable detalle la extensa investigación en la que se fundamenta el Plan de Negocios 2010. Nuevamente, esta evidencia no fue objetada por la Demandada. No es apropiado que la Demandada ahora objete dicha evidencia por otros medios (incluso en su conainterrogatorio al Dr. Abdala).
696. En realidad, a lo largo de el conainterrogatorio al Dr. Abdala, la Demandada hizo numerosas preguntas de hecho que podrían haber sido respondidas solamente por el Sr. Damjanac o el Sr. Aven y por lo tanto, deberían habérselas formulado a ellos, no al Dr. Abdala. Por ejemplo:
- a. La Demandada le preguntó al Dr. Abdala cuándo se había preparado y completado el Plan de Negocios 2010. Tal como bien lo señaló el Dr. Abdala, el hecho de que el Plan de Negocios pudiera haberse impreso el 20 diciembre de 2010, no significa que ese haya sido el momento en que se lo preparó/completó. Solo el Sr. Damjanac podría haber respondido dicho punto.<sup>608</sup>
  - b. La Demandada sugirió que ningún comprador de lotes podría haber conocido los planes para este Proyecto, aparte de los tres compradores de lotes que compraron después de diciembre de 2010 y antes de mayo de 2011. Primero, el Plan Maestro del Sitio había existido por lo menos desde septiembre de 2008, de modo que la diagramación del sitio era bien conocida, mucho antes de diciembre de 2010. Segundo, el Dr. Abdala, por supuesto, no está en posición de saber lo que el Sr. Damjanac y el Sr. Aven les decían a los compradores acerca de los planes para el Proyecto. La inobjetable evidencia del Sr. Damjanac en su Primera Declaración Testimonial es que él y el Sr. Aven estaban analizando los planes para el proyecto ya en el 2008. Naturalmente, el Sr. Dajmanac y el Sr. Aven habrán analizado también estos planes con compradores potenciales, a fin de que dichos compradores

---

<sup>608</sup> Transcripción en español, 2149:4-2150:5.

supieran lo que iba a ser el Proyecto. A modo de ejemplo, el resumen del inversor de marzo de 2008 del Sr. Aven se refiere a los planes para: venta de lotes, construcción de viviendas, una empresa hipotecaria, reventas, membresía del club de playa, alquileres, ventas de tiempos compartidos sobre la concesión de la playa, una empresa financiera, una empresa de administración de propiedades de una Asociación de Propietarios de Viviendas (HOA) y un hotel sobre el lote de 18,000 metros cuadrados.<sup>609</sup> Esos no eran conceptos nuevos, extraídos de la nada, en diciembre de 2010 y diseñados para “enganchar a las personas ofreciéndoles algo bueno y después cambiar lo ofrecido por algo de menor valor” a los que habían ya comprado propiedades, como alega el Sr. Hart.<sup>610</sup> Han estado por aquí durante años y es obvio que el Sr. Damjanac y el Sr. Aven deben haber descrito estas cosas a los compradores potenciales. Si la Demandada deseaba plantear preguntas sobre este asunto, debería habérselas formulado al Sr. Damjanac y al Sr. Aven y no hacerle afirmaciones infundadas al Dr. Abdala.<sup>611</sup>

- c. La Demandada le preguntó al Dr. Abdala si algún comprador potencial se había acercado al Proyecto Las Olas/Sr. Aven, acerca de la posibilidad de comprar el Proyecto.<sup>612</sup> Esa no fue una pregunta formulada al Sr. Damjanac o al Sr. Aven, las dos personas que tenían mayores probabilidades de conocer la respuesta de esa esa cuestión de hecho.

697. Durante su testimonio oral, el Sr. Hart criticó repetidamente los comparables utilizados por el Sr. Calderón en su valuación y por el Dr. Abdala al derivar los precios de los lotes, las viviendas y los alquileres. El meollo de su queja parece ser que el Sr. Calderón y el Dr. Abdala utilizaron comparables de fuera del Proyecto Las Olas, mientras que según su punto de vista era que los comparables relevantes son los lotes de Las Olas que ya se habían vendido: “*el valor comparable se ha establecido aquí que es a lo que se vendió el lote de al*

---

<sup>609</sup> Véase Prueba documental C-46 págs. 3, 6 y 8-10.

<sup>610</sup> Véase Segundo Informe Experto de Timothy Hart, apartado 39.

<sup>611</sup> Transcripción en español, 2152:5-13.

<sup>612</sup> Transcripción en español, 2137:10-17.

*lado. ¿Alguien realmente se va a mudar y decir: “Fantastico, yo pagué tres veces lo que pago mi vecino para mi lote”? Pero no funciona así. Bienes raíces es algo bien localizado en cuanto a valores y vecindarios. El hecho de que Las Olas vendía los lotes mas cercanos a la playa a 93 dolares en promedio por metro cuadrado en el 2010 es mucho mas relevante que lo que se vendio en otro sitio con un desarrollo real y existente y probablemente con financiamiento real y con una buena chance de sobrevivir”.*<sup>613</sup>

698. Esto es completamente absurdo. Si el Dr. Abdala hubiera sugerido usar Las Olas como su propio comparable, el Sr. Hart habría criticado severamente diciendo que eso no es representativo del mercado. Los lotes de Las Olas no estaban compitiendo entre sí por compradores, sin con otros lotes similares en lugares similares. Son esos otros lotes los que constituyen el mercado para los lotes de Las Olas y son exactamente esos lotes que el Sr. Abdala y el Sr. Calderón analizaron.
699. Es instructivo notar, sin embargo, que ajustar la venta del lote promedio a 93 USD por metro cuadrado, tal como sugiere el Sr. Hart,<sup>614</sup> resultaría en una valuación como en mayo de 2011, de 55 USD millones, aun así una cifra que resulta significativamente más alta que la valuación del Sr. Hart.

---

<sup>613</sup> Transcripción en español, 2249:13-2250:3.

<sup>614</sup> Esto, tal como lo hizo notar el Dr. Abdala en respuesta a una pregunta del Sr. Siqueiros, no es un ajuste apropiado: *“Su observación es correcta. Pero hagamos una distinción entre dos periodos: antes de mayo y después de mayo. Todos los valores que usted ve posteriores a mayo son muy bajos pero esta implícito que no se puede construir porque ya hay una orden, así que tiene que dejarlos de lado a efectos de precios de mercado. Pero si se fija en los precios anteriores a mayo de 2011, es cierto que en promedio el precio por metro cuadrado es de 143, que es mas bajo que los 186 que yo encuentro a mayo de 2011. Y yo entiendo que esto es normal para las ventas anteriores a la construcción. Ese es el descuento que se ofrece para atraer compradores. Es decir, se vende a aquellos que quieren comprar en una etapa muy inicial, incluso antes que se hayan emitido los permisos, para que puedan gozar de los beneficios del aumento del precio y del valor una vez que se termina el proceso de obtención de permiso y se comienza a construir la infraestructura. Una de las incertidumbres para aquellos que compran en una etapa muy temprana es el momento en que el proyecto va a tener el aspecto de un centro turístico para poder comenzar a construir las casas o los condominios y ese es el tipo de riesgo que se ve en los precios mas bajos. Es decir, para atraer compradores con estas ventas tempranas hay que vender a precios relativamente mas bajos”.* Transcripción en español, 2191:7-2192:11.

## O. Interés

700. La única controversia entre las partes se da respecto de la tasa de interés aplicable. El Sr. Hart defiende la tasa de interés “*libre de riesgo*”; los bonos a 10 años del Tesoro de EE. UU. La mera mención del hecho que tales bonos se utilizan regularmente para determinar la tasa libre de riesgo a los fines de la tasa de descuento en un cálculo DCF, muestra claramente que la misma no es la tasa a aplicarse a un laudo por daños y perjuicios. No es algo controvertido que un laudo de intereses está diseñado para compensar a una parte por haber sido privada de un dinero al que había tenido derecho y que, por lo tanto, no pudo utilizar para generar ingresos. Aplicar la tasa libre de riesgo no logra dicho objetivo, dado que otorga esencialmente la tasa más baja posible.
701. El DR-CAFTA estipula que en el caso de expropiación legítima, el interés a pagarse debe ser “a una tasa comercialmente razonable”.<sup>615</sup> Si bien este caso no está relacionado con una expropiación legítima, debería ser incontrovertido que el interés pagado respecto de infracciones ilegítimas del DR-CAFTA no deberían ser, en absoluto, menores a lo que debe pagarse respecto de una expropiación legítima. La tasa de interés libre de riesgo, por las razones indicadas arriba, simplemente no es una tasa comercialmente razonable y por lo tanto la propuesta del Sr. Hart no coincide con los requisitos impuestos por el DR-CAFTA.
702. El método del Dr. Abdala es evaluar la tasa de interés que coincida con las características del activo que las Demandantes han perdido como resultado de las acciones de Costa Rica. Eso significa una tasa comercialmente razonable, porque es razonable suponer que las Demandantes, al enfrentar la destrucción de su inversión, habrían utilizado los fondos pagados en ese momento para reproducir (en la medida de lo posible) la inversión perdida.

---

<sup>615</sup> DR-CAFTA, Artículo 10.7.3

**P. Daños y perjuicios morales**

703. El tema de los daños y perjuicios morales no se trató con mucho detalle durante las audiencias; pero es una parte importante de la causa de las Demandantes. El Memorial de Réplica consideró con detalle las justificaciones para la demanda del Sr. Aven por daños y perjuicios y las Demandantes invitan al Tribunal a releer atentamente esa sección de la Réplica.<sup>616</sup> En resumen, el Sr. Aven ha sufrido enormemente debido a las acciones de las autoridades costarricenses. El Sr. Aven soñaba con construir una vida en Costa Rica con un desarrollo exitoso en Las Olas. Por el contrario, ha sido extorsionado para que diera sobornos, enjuiciado sobre la base de evidencia increíblemente endeble que se contradice con informes de organismos gubernamentales, acusado de fraude (cuya acusación fue rápidamente dejada de lado cuando llegó a la corte), recibido correos electrónicos amenazantes, le han disparado, ha sido sujeto a un juicio equivocado creado artificialmente y finalmente colocado en la Lista Roja de la INTERPOL.
704. Esta movida final se realizó sin otro motivo que el de incrementar vengativamente la presión psicológica sobre el Sr. Aven. El sistema de la INTERPOL no está diseñado para su utilización para este tipo de delitos. Que Costa Rica haya abusado del sistema de la INTERPOL queda claro a partir del hecho de que la entrada fue eliminada silenciosamente en 2015 (pero no antes de haber tenido significativas consecuencias para la capacidad futura del Sr. Aven para desarrollar negocios, tal como se describe en el Memorial y en el Memorial de Réplica).
705. Queda claro que las autoridades costarricenses han apuntado y acosado al Sr. Aven en todo su ilegítimo trato respecto de la inversión de las Demandantes. Se ha llevado la peor parte por ser la cara del Proyecto Las Olas y ha sufrido significativamente, tal como lo demuestran los certificados de su médico, sus declaraciones testimoniales y la no objetada declaración testimonial del Sr.

---

<sup>616</sup> Véase Memorial de Réplica de las Demandantes, Sección IV. D(2)

Valecourt. Que el daño es tanto de naturaleza general como específica, en que la evidencia no objetada demuestra que el Sr. Aven perdió, como consecuencia directa de la Notificación Roja de la INTERPOL, una soberbia oportunidad comercial con Google.

706. El trato para con el Sr. Aven por parte de las autoridades costarricenses y la campaña de acoso en su contra ha sido fatigante y debilitante para él. Ha perdido oportunidades de negocios y continuará haciéndolo como resultado de que la mancha de la Notificación Roja queda permanentemente en su historial. El Memorial de Dúplica de Costa Rica argumenta esencialmente, que el Sr. Aven se causó problemas a sí mismo al cometer actos ilegales. Este argumento se funda en la presunción errónea y en el argumento circular de que el Sr. Aven sí cometió un delito, aseveración que no ha sido demostrada (claramente la presunción de inocencia no se aplica en Costa Rica, lo cual explica la actitud desproporcionada y caprichosa respecto del Sr. Aven y el proyecto Las Olas, por parte de las autoridades costarricenses) pero que es, tal como el abortado juicio al Sr. Aven demostró, claramente falso. Más aun, sin embargo, ignora la clara evidencia de las acciones desproporcionadas e irrazonables tomadas por las autoridades de Costa Rica, a instancias de un vecino enojado, para destruir la vida del Sr. Aven en el país, lo cual culminó en la manipulación de su juicio y en la Notificación Roja.
707. Las acciones de Costa Rica, tal como las dirigidas hacia el Sr. Aven, van mucho más allá de las acciones necesarias para proteger el ambiente y son bajo cualquier definición “*excepcionales*”. Este no es simplemente un caso de que las autoridades hayan dañado la inversión de las Demandantes con trato ilegítimo y con repercusiones financieras para las Demandantes, tan serios como esos asuntos pudieran ser. Las autoridades costarricenses también han actuado y se han abstenido de actuar en formas en las cuales crearon un entorno en el cual se pudiera dañar al Sr. Aven con correos de odio y con pistoleros impunes, convirtiéndolo en la víctima de un ataque coordinado por parte de organismos costarricenses en concierto con un vecino descontento. Ha estado sujeto a

procesos penales infundados, conducidos en forma irrazonable, vejadores y completamente desproporcionados respecto de los presuntos problemas ambientales en esos momentos.

708. Como resultado de ello, ahora sufre problemas de salud, tal como lo testificó su médico y en su vida comercial dado que la Notificación Roja afectó su capacidad para emprender nuevos proyectos. Ha visto la herencia de su familia arruinada por las acciones de Costa Rica y se ha visto obligado a vender la tierra de Las Olas por una fracción de su valor, a fin de tratar de reducir el daño como pueda, para él, su familia y sus amigos. Desde el cierre del proyecto, el Sr. Aven ha tenido que continuar lidiando con problemas constantes con la propiedad de Las Olas, incluido el problema de los precaristas de alrededor que fue tratado en el Memorial de Réplica.<sup>617</sup> Esta no fue una inversión empresarial, respecto de la cual el motor que la conducía, el Sr. Aven, haya tenido meramente un interés financiero. Invirtió su vida entera en el proyecto, mudándose a Costa Rica y esperando disfrutar de su duro trabajo y dedicación. Por el contrario, se lo ha apartado y ha sido perseguido por las autoridades de Costa Rica, las que adoptaron medidas contra él personalmente, en circunstancias donde deberían haber apuntado a los permisos otorgados por sus propias entidades hermanas.
709. En tales circunstancias, no hay duda que el Sr. Aven pasa la prueba para un laudo de daños y perjuicios morales y mantiene su demanda por USD 5.000.000 a ese respecto.
710. Un problema que no fue tratado en aspecto real alguno durante la Audiencia de febrero es el tema del interés antes de la sentencia. La Demandada no discute que, si a las Demandantes se les otorgan daños y perjuicios a mayo de 2011, la Demandada también debería pagar intereses sobre esos daños desde mayo de 2011 hasta el pago del Laudo.

---

<sup>617</sup> Véase Memorial de Réplica de los Demandantes, Sección III.B.(2)(c).

**Q. Daños consecuentes**

711. Debe recordarse que el Sr. Aven y el Proyecto Las Olas vendieron lotes a los compradores sobre la base de que el Proyecto continuaría. Si no hubiera sido por el cierre de este Proyecto por parte de Costa Rica, estos compradores habrían sido propietarios de viviendas vacacionales, de inversión o de retiro sobre la costa costarricense. Ahora, como resultado directo de las acciones de Costa Rica y sin que haya culpa por parte de las Demandantes, los compradores han quedado con lotes sin valor sin esperanza de tener infraestructura y de que el Proyecto en el que se inscribieron, se complete.
712. Tal como lo confirmó el Sr. Aven en su evidencia en la audiencia de diciembre, estos compradores han hecho demandas contra el Proyecto y el Proyecto es responsable de devolver USD 2,7 millones a compradores e inversores que compraron lotes y opciones. Estas cifras se indican en la tabla de la página 10 de la Primera Declaración Testimonial del Sr. Aven.
713. Como resultado de ello, un laudo por daños y perjuicios en este caso debe incluir una suma adicional de USD 2,7 millones, además de los daños y perjuicios calculados por el Dr. Abdala, para compensar a las Demandantes por el dinero que tendrán que devolver a sus compradores.

**XII. CONCLUSIÓN Y SOLICITUD DE COMPENSACIÓN**

714. En resumen, las Demandantes hacen referencia a las solicitudes de compensación establecidas en el Memorial y en el Memorial de Réplica y repiten y mantienen esas solicitudes para la compensación, excepto por los siguientes ajustes:
- a. respecto del apartado (5) de la solicitud de compensación contenida en el Memorial de Réplica, las Demandantes respetuosamente solicitan que se le ordene a la Demandada a pagar por daños y perjuicios la suma de 66 500 000 USD, más intereses (y menos ingresos por ventas posteriores a mayo de 2011) hasta la fecha del laudo calculado por el Dr. Abdala hasta llegar a

un total de 95 400 000 USD el 7 de febrero de 2017 o tal otra suma como el Tribunal pudiera considerar adeudada respecto del valor del Proyecto Las Olas.

- b. respecto del apartado (8) de la solicitud de compensación contenida en el Memorial de Réplica, las Demandantes hacen notar que la solicitud de intereses debe (i) incluir una solicitud para tal interés desde el 8 de febrero de 2017 hasta la fecha del Laudo; y (ii) basarse sobre la tasa combinada para tierras y la tasa WACC calculada por el Dr. Abdala, en vez de simplemente sobre la tasa WACC.<sup>618</sup>

Presentado respetuosamente el 13 de marzo de 2017



George Burn



Louise Woods



Alexander Slade

**Vinson & Elkins R.L.L.P.**

Todd Weiler, SJD

---

<sup>618</sup> Apartado (8) de la solicitud de reparación que figura en el Memorial de Réplica solicitó intereses según el WACC calculado por el Dr. Abdala. Sin embargo, el Informe Suplemental del Dr. Abdala contenía un cálculo modificado de intereses a un tipo “combinado de tierra y WACC” (véase el apartado 10 del Informe Suplemental del Dr. Abdala). Las Demandantes actualizan su solicitud de reparación para reflejar el tipo combinado de tierra y WACC del Dr. Abdala.