

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Infinito Gold Ltd.

Demandante

c.

República de Costa Rica

Demandada

Caso CIADI No. ARB/14/5

Laudo

Tribunal de Arbitraje

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta

Prof. Bernard Hanotiau, Árbitro

Prof. Brigitte Stern, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Luisa Fernanda Torres

Asistente del Tribunal

Sra. Sabina Sacco

Fecha de envío a las Partes: 3 de junio de 2021

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES	8
I. INTRODUCCIÓN Y PARTES	15
II. ANTECEDENTES PROCESALES	16
A. Decisión sobre Jurisdicción	16
B. Escritos y Solicitudes Procesales de las Partes	16
C. Peticiones y Escritos de Partes No Contendientes	19
1. Peticiones y Escritos de Parte No Contendiente de APREFLOFAS	19
2. Petición y Escrito de Parte No Contendiente de Canadá	21
D. Procedimiento Anterior a la Audiencia	22
E. Audiencia sobre el Fondo.....	23
F. Procedimiento Posterior a la Audiencia.....	25
III. ANTECEDENTES DE HECHO.....	26
IV. ALCANCE DE ESTA DECISIÓN.....	41
V. JURISDICCIÓN / ADMISIBILIDAD.....	42
A. Derecho Aplicable a la Jurisdicción.....	42
B. Descripción General de las Posiciones de las Partes	42
1. La Posición de la Demandada.....	42
2. La Posición de la Demandante.....	43
C. ¿La Demandante es Propietaria o Tiene el Control de la Inversión de Acuerdo con el Derecho de Costa Rica?.....	44
1. La Posición de la Demandada.....	44
a. El Artículo I(g) del TBI Exige que la Inversión sea Propiedad o Esté Controlada de Acuerdo con el Derecho de Costa Rica	44
b. La Demandante No Era Propietaria o No Tenía el Control de la Inversión de Acuerdo con el Derecho de Costa Rica	47
(i) La Demandante Obtuvo su Inversión Mediante una Conducta Fraudulenta (“Fraude de Ley”).....	47
(ii) La Concesión de 2008 Adolecía de Otros Defectos Legales Irremediables.....	48
(iii) Hay Indicios de que la Inversión de la Demandante se Obtuvo por Medio de Corrupción.....	52
2. La Posición de la Demandante.....	52

a.	La Evaluación de la Legalidad de la Inversión Se Enfoca en el Momento en Que se Adquirió la Inversión.....	52
b.	No Había Ilegalidad en el Momento en el Que Infinito Adquirió Inicialmente Su Inversión	53
c.	Cualquier Ilegalidad Subsiguiente no Puede Privar al Tribunal de su Jurisdicción	54
(i)	Las Violaciones del Derecho Costarricense que la Demandada Alega no Satisfacen el Estándar de Ilegalidad	54
(ii)	Costa Rica está Impedida de Argüir que la Resolución que Otorga la Concesión de Explotación y las Aprobaciones Relacionadas era Ilegal.....	57
(iii)	No Hay Pruebas que Demuestren Corrupción	57
3.	Análisis.....	57
D.	¿Las Reclamaciones Prescribieron en Virtud del Artículo XII(3)(c) del TBI?	62
1.	La Posición de la Demandada.....	62
a.	La Demandante Tuvo Conocimiento Real o Presunto de las Supuestas Violaciones con Anterioridad al 6 de Febrero de 2011	63
b.	La Demandante Tuvo Conocimiento Real o Presunto de las Pérdidas o Daños Causados con Anterioridad a la Fecha de Corte.....	67
c.	El Artículo IV del TBI No le Permite a Infinito Eludir los Requisitos del Artículo XII(3)(c).....	69
2.	La Posición de la Demandante.....	70
a.	La Demandante Inicialmente Tuvo Conocimiento de que la Demandada Había Violado el TBI, y de que Había Sufrido Daños, el 30 de Noviembre de 2011	70
b.	Las Medidas Impugnadas Son Todas Medidas Legales Distintas con Efectos Legales y Prácticos Diferentes	72
c.	En Cualquier Caso, el Artículo IV del TBI le Permite a Infinito Eludir los Requisitos del Artículo XII(3)(c)	74
3.	Análisis.....	74
a.	Fecha de Corte.....	75
b.	Conocimiento de la Violación y de las Pérdidas	75
(i)	Expropiación.....	81
(ii)	Trato Justo y Equitativo	86
a.	<i>TJE (Diferente de la Denegación de Justicia)</i>	86
b.	<i>Denegación de Justicia</i>	89
(iii)	Total Protección y Seguridad	90
(iv)	Obligación de Hacer “Lo Necesario” para Proteger las Inversiones de Infinito	91
(v)	Cláusula Paraguas	92
(vi)	Quinta Medida.....	92
c.	Conclusión	94
VI.	RESPONSABILIDAD.....	94

A. Derecho Aplicable al Fondo.....	94
B. Descripción General de las Posiciones de las Partes	95
1. Descripción General de la Posición de la Demandante	95
2. Descripción General de la Posición de la Demandada	96
C. Trato Justo y Equitativo.....	97
1. El Estándar de TJE	97
a. La Posición de la Demandante.....	97
(i) El Estándar de TJE del Artículo II(2)(a) No Se Limita al NMT	98
(ii) El Contenido del Estándar de TJE Es el Mismo en Virtud del Estándar Autónomo o del NMT.....	99
b. La Posición de la Demandada.....	101
(i) El Estándar de TJE se Limita al NMT.....	101
(ii) El Contenido del Estándar Autónomo del TJE Resulta Diferente del Contenido del NMT	104
c. La Posición de Canadá.....	107
d. Análisis	108
(i) ¿La Protección del Artículo II(2)(a) se Limita al NMT?	109
(ii) Contenido del Estándar de TJE.....	117
(iii) ¿Pueden Las Medidas Judiciales Ser Violatorias del Estándar de TJE Fuera de Una Denegación de Justicia?	119
2. ¿La Demandada Violó el Estándar de TJE?.....	124
a. La Posición de la Demandante.....	124
(i) La Demandada Frustró las Expectativas Legítimas de la Demandante y la Trato de Forma Arbitraria e Incoherente	124
(ii) Costa Rica Denegó Justicia a Infinito	133
b. La Posición de la Demandada.....	135
(i) No se Vulneraron las Expectativas Legítimas	135
a. <i>Las Expectativas de la Demandante No Fueron Legítimas Ni Razonables.....</i>	<i>136</i>
b. <i>Las Medidas de la Demandada No Vulneraron Ninguna Expectativa Legítima.....</i>	<i>139</i>
(ii) Las Medidas Impugnadas No Son Arbitrarias, Irrazonables o Contrarias al Estándar de TJE.....	140
(iii) No se ha Producido Denegación de Justicia.....	143
a. <i>No se ha Producido Denegación de Justicia Procesal.....</i>	<i>143</i>
b. <i>No se ha Producido Denegación de Justicia Sustantiva</i>	<i>145</i>
c. Análisis	146
(i) ¿La Demandada Denegó Justicia a la Demandante?	146
a. <i>El Estándar de Denegación de Justicia.....</i>	<i>146</i>
b. <i>¿La Demandada Cometió Denegación de Justicia Procesal? ...</i>	<i>149</i>

(i)	¿La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 es Incoherente con las Sentencias Previas de la Sala Constitucional?.....	150
(ii)	¿El Sistema Judicial Costarricense Presenta Fallas Estructurales?.....	160
(iii)	¿Hubo Violación del Debido Proceso?.....	165
c.	<i>¿La Demandada Cometió Denegación de Justicia Sustantiva?.....</i>	<i>166</i>
(ii)	¿La Demandada Violó, de Algún Otro Modo, el Estándar de TJE? ..	170
a.	<i>¿La Demandada Trató a la Demandante de Manera Injusta e Inequitativa en Relación con la Pérdida de la Concesión?</i>	<i>171</i>
b.	<i>¿La Demandada Impidió que la Demandante Solicitara una Nueva Concesión en Violación del Estándar TJE?.....</i>	<i>188</i>
c.	<i>¿La Demandada Continúa con el Trato Injusto Hacia la Demandante?.....</i>	<i>195</i>
3.	Conclusión Sobre el Estándar de TJE e Impacto en la Cuantía	196
D.	Total Protección y Seguridad	198
1.	La Posición de la Demandante.....	198
a.	El Estándar de TPS en Virtud del Artículo II(2)(b).....	198
b.	La Demandada Violó Su Obligación de Proporcionar Total Protección y Seguridad.....	199
2.	La Posición de la Demandada.....	200
a.	El Estándar de TPS.....	200
b.	La Demandada No Violó su Obligación de TPS	202
(i)	Las Medidas Judiciales Impugnadas por la Demandante No Equivalieron a una Violación de la Obligación de TPS de Costa Rica.....	202
(ii)	Las Acciones del Poder Ejecutivo de Costa Rica No Equivalen a una Violación de la TPS.....	204
3.	La Posición de Canadá	205
4.	Análisis.....	206
a.	El Estándar de TPS.....	206
b.	¿La Demandada Ha Violado el Estándar de TPS?.....	208
E.	Expropiación	208
1.	La Posición de la Demandante.....	208
a.	El Estándar de Expropiación	209
(i)	Definición de Expropiación Conforme al Artículo VIII del TBI.....	209
(ii)	Las Medidas Judiciales Pueden Ser Expropiatorias.....	209
b.	Los Derechos de la Demandante Eran Susceptibles de Expropiación.....	211
c.	La Demandada Expropió las Inversiones de la Demandante.....	212
(i)	La Expropiación Fue Directa e Indirecta.....	212

a.	<i>Expropiación Directa</i>	212
b.	<i>Expropiación Indirecta</i>	213
(ii)	La Expropiación No Está Justificada Según la Doctrina de los Poderes de Policía.....	214
a.	<i>No Existe una Excepción Amplia de “Interés Público” para la Expropiación</i>	214
b.	<i>La Doctrina de los Poderes de Policía No Aplica en Este Caso</i>	215
d.	La Expropiación Fue Ilícita.....	216
2.	La Posición de la Demandada	217
a.	La Demandante No Tenía Derechos Mineros Susceptibles de Expropiación.....	217
b.	A la Demandada No Se Le Impide Argumentar que los Derechos de la Demandante No Eran Válidos.....	219
c.	Las Medidas Judiciales No Pueden Constituir Expropiación.....	220
d.	Las Medidas de la Demandada Recaen dentro de la Doctrina del Poder de Policía.....	221
e.	No Hay Nexo Causal Entre la Pérdida o Daño y las Medidas Supuestamente Expropiatorias.....	223
3.	La Posición de Canadá	224
4.	Análisis	225
a.	El Estándar de Expropiación.....	225
b.	¿Se Ha Producido una Expropiación Directa de las Inversiones de la Demandante?.....	226
c.	¿Se Ha Producido una Expropiación Indirecta de las Restantes Inversiones de la Demandante?.....	228
F.	¿La Demandada Incumplió Otras Obligaciones Importadas al TBI de Otros Tratados?	230
1.	La Posición de la Demandante	230
a.	La Cláusula NMF Permite que el Tribunal Importe Protecciones Sustantivas Más Favorables de Otros Tratados.....	230
b.	La Demandada No Hizo “Lo Necesario” para Proteger la Inversión de la Demandante.....	231
c.	La Demandada No Cumplió Obligaciones Específicas.....	231
2.	La Posición de la Demandada	232
a.	La Cláusula NMF No Permite que la Demandante se Beneficie de las Obligaciones Sustantivas Más Favorables Contenidas en Otros Tratados.....	232
b.	La Demandada No Incumplió la Supuesta Obligación de “Hacer lo Necesario”.....	233
(i)	La Demandante No ha Demostrado que el Artículo 3 del TBI Francia-Costa Rica Otorgue a los Inversionistas un Trato Más Favorable.....	233

(ii) La Demandada No Incumplió la Obligación de “Hacer lo Necesario”	233
c. La Demandada Nunca Asumió ni Incumplió Ninguna “Obligación Específica”	234
3. La Posición de Canadá	235
4. Análisis.....	237
a. No Hay Necesidad de Determinar Si la Cláusula NMF Permite la Importación de Protecciones Más Favorables.....	237
b. ¿La Obligación de “Hacer lo Necesario” para Proteger las Inversiones de la Demandante Ofrece una Protección Adicional a la Demandante?.....	237
c. ¿La Demandada Incumplió las Cláusulas Paraguas Importadas a través de la Cláusula NMF?.....	238
G. ¿La Excepción Ambiental de la Sección III(1) del Anexo I del TBI Exime a la Demandada de Responsabilidad?	239
1. La Posición de la Demandada.....	239
2. La Posición de la Demandante.....	241
3. Análisis.....	243
a. ¿El Anexo I, Sección III(1) del TBI Dispone una Excepción a la Responsabilidad?.....	243
VII. COSTOS.....	246
A. Los Costos de las Partes	246
1. La Posición de la Demandante.....	246
2. La Posición de la Demandada.....	247
B. Los Costos del Procedimiento.....	248
C. Análisis	249
VIII. PARTE OPERATIVA	250

TABLA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES

Amparo Murillo	Recurso de amparo de inconstitucionalidad por motivos ambientales interpuesto el 1 de abril de 2002 por los activistas ambientales Carlos y Diana Murillo contra la resolución que otorgó la concesión del año 2002 a Industrias Infinito para el desarrollo de la actividad de minería
APREFLOFAS	Asociación Preservacionista de Flora y Fauna Silvestre (Costa Rica)
Audiencia sobre el Fondo	Audiencia sobre el Fondo celebrada los días 22-25 de julio de 2019
Audiencia sobre Jurisdicción	Audiencia sobre Jurisdicción celebrada los días 19-20 de enero de 2017
C-[#]	Anexo Documental de la Demandante
C-CM Jur.	Contra-Memorial de la Demandante sobre Jurisdicción de fecha 7 de julio de 2016
C-Costos Jur.	Declaración sobre Costos de la Demandante en la Fase de Jurisdicción de fecha 10 de marzo de 2017
C-Costos Fondo	Declaración sobre Costos de la Demandante en la Fase de Fondo de fecha 20 de septiembre de 2019
C-Dúp. Jur.	Dúplica de la Demandante sobre Jurisdicción y Comentarios sobre el Escrito de la Parte No Contendiente de fecha 16 de diciembre de 2016
C-Mem. Fondo	Memorial de la Demandante sobre el Fondo de fecha 23 de diciembre de 2015
C-Réplica Fondo	Réplica de la Demandante sobre el Fondo de fecha 4 de febrero de 2019
CAN-[#]	Autoridad Legal de Parte No Contendiente (Canadá)
CER-[Nombre]	Informe Pericial de la Demandante
CER-Araya 1	Primer Informe Pericial de Irene Araya Ortiz de fecha 29 de enero de 2019
CER-Calzada 1	Primer Informe Pericial de Ana Virginia Calzada de fecha 5 de julio de 2016
CER-Calzada 2	Segundo Informe Pericial de Ana Virginia Calzada de fecha 10 de diciembre de 2016
CER-Calzada 3	Tercer Informe Pericial de Ana Virginia Calzada de fecha 30 de enero de 2019
CER-Colborne 1	Primer Informe Pericial de Michael Colborne de Thorsteinssons LLP de fecha 31 de enero de 2019

CER-Colborne 2	Segundo Informe Pericial de Michael Colborne de Thorsteinssons LLP de fecha 31 de enero de 2019
CER-Colborne 3	Tercer Informe Pericial de Michael Colborne de Thorsteinssons LLP de fecha 31 de enero de 2019
CER-FTI Consulting 1	Primer Informe Pericial de Howard Rosen y Chris Milburn de FTI Consulting Inc. de fecha 23 de diciembre de 2015
CER-FTI Consulting 2	Segundo Informe Pericial de Howard Rosen y Chris Milburn de FTI Consulting Inc. de fecha 5 de julio de 2016
CER-FTI Consulting 3	Tercer Informe Pericial de Howard Rosen, Chris Milburn y Edward Tobis de FTI Consulting Inc. de fecha 1 de febrero de 2019
CER-Hernández-Rojas 1	Primer Informe Pericial de Rubén Hernández y Erasmo Rojas de fecha 5 de julio de 2016
CER-Hernández-Rojas 2	Segundo Informe Pericial de Rubén Hernández y Erasmo Rojas de fecha 14 de diciembre de 2016
CER-Hernández 3	Tercer Informe Pericial de Rubén Hernández de fecha 29 de enero de 2019
CER-Rojas 3	Tercer Informe Pericial de Erasmo Rojas de fecha 29 de enero de 2019
CER-RPA 1	Primer Informe Pericial de Graham Clow y Brenna Scholey de Roscoe Postle Associates Inc. ("RPA") de fecha 23 de diciembre de 2015
CER-RPA 2	Segundo Informe Pericial de Graham Clow y Brenna Scholey de Roscoe Postle Associates Inc. ("RPA") de fecha 31 de enero de 2019
CER-Salto 1	Primer Informe Pericial de Diego Salto de Consortium Legal de fecha 29 de enero de 2019
CER-Salto 2	Segundo Informe Pericial de Diego Salto de Consortium Legal de fecha 29 de enero de 2019
CL-[#]	Autoridad Legal de la Demandante
CWS-[Nombre]	Declaración Testimonial de la Demandante
CWS-Agüero 1	Primera Declaración Testimonial de Esteban Agüero Guier de fecha 31 de enero de 2019
CWS-Barrientos 1	Primera Declaración Testimonial de Rolando Barrientos Saborio de fecha 30 de enero de 2019
CWS-Blanco 1	Primera Declaración Testimonial de Rodrigo Blanco Solís de fecha 29 de enero de 2019
CWS-Hall 1	Primera Declaración Testimonial de Vern Hall de fecha 29 de enero de 2019

CWS-Hernández 1	Primera Declaración Testimonial de Juan Carlos Hernández de fecha 23 de diciembre de 2015
CWS-Hernández 2	Segunda Declaración Testimonial de Juan Carlos Hernández de fecha 5 de julio de 2016
CWS-Hernández 3	Tercera Declaración Testimonial de Juan Carlos Hernández de fecha 16 de diciembre de 2016
CWS-Hernández 4	Cuarta Declaración Testimonial de Juan Carlos Hernández de fecha 30 de enero de 2019
CWS-LaPrairie 1	Primera Declaración Testimonial de Scott LaPrairie de fecha 25 de enero de 2019
CWS-Peschke 1	Primera Declaración Testimonial de Manfred Peschke de fecha 1 de febrero de 2019
CWS-Rauguth 1	Primera Declaración Testimonial de Erich Rauguth de fecha 22 de diciembre de 2015
CWS-Rauguth 2	Segunda Declaración Testimonial de Erich Rauguth de fecha 31 de enero de 2019
CWS-Rojas 1	Primera Declaración Testimonial de Warner Rojas Quirós de fecha 29 de enero de 2019
CWS-Ulloa 1	Primera Declaración Testimonial de Franz Ulloa de fecha 29 de enero de 2019
CWS-Vega 1	Primera Declaración Testimonial de Carlos Alberto Vega Rojas de fecha 29 de enero de 2019
CX-[#]	Anexo Demostrativo de la Demandante
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Concesión o Concesión de 2008	Concesión de Industrias Infinito para la explotación otorgada por el Presidente Arias y el MINAE el 21 de abril de 2008
Concesión de 2002	Concesión de Industrias Infinito para la explotación minera otorgada mediante Resolución No. R-578-2001-MINAE (17 de diciembre de 2001)
Concesión de 2008 o Concesión	Concesión de Industrias Infinito para la explotación otorgada por el Presidente Arias y el MINAE el 21 de abril de 2008
Convenio CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969
Decisión sobre Jurisdicción	Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal de fecha 4 de diciembre de 2017

Decreto de Moratoria Arias	Moratoria sobre la actividad de minería a cielo abierto declarada por el Presidente Arias el 29 de abril de 2010
Decreto de Moratoria Chinchilla	Decreto dictado por la Presidenta Chinchilla el 8 de mayo de 2010 que amplió el Decreto de Moratoria Arias al prohibir también todas las actividades de minería que utilicen cianuro y mercurio en el procesamiento del mineral
DGM	Dirección de Geología y Minas
EIA	Estudio de Impacto de Ambiental
Escrito de Canadá	Escrito de Parte No Contendiente de Canadá presentado el 30 de noviembre de 2018
FCD	Método de Flujo de Caja Descontado para el cálculo de la pérdida financiera
MINAE	Ministerio del Ambiente y Energía
MINAET	Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones
Moratoria de 2002	Moratoria sobre la actividad de minería a cielo abierto decretada por el Presidente Abel Pacheco el 5 de junio de 2002
Moratoria de 2010 o Moratoria Ejecutiva de 2010	Decreto de Moratoria Chinchilla conjuntamente con el Decreto de Moratoria Arias
NDP-[#]	Anexo Documental de la Parte No Contendiente
NMF	Nación Más Favorecida
NMT	Nivel Mínimo de Trato
Petición de Canadá	Petición de Canadá solicitando Autorización para Intervenir como Parte No Contendiente presentada el 24 de agosto de 2018
Primera Petición de APREFLOFAS	Petición de APREFLOFAS para ser admitida en calidad de <i>Amicus Curiae</i> presentada el 15 de septiembre de 2014
Primer Escrito de APREFLOFAS	Primer Escrito de Parte No Contendiente de APREFLOFAS presentado el 19 de julio de 2016
Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 o Prohibición Legislativa de la Minería	Modificación al Código de Minería por parte del legislativo costarricense, que entró en vigor el 10 de febrero de 2011
Proyecto Crucitas o Proyecto	Proyecto de actividad de minería aurífera en el área de Las Crucitas, en Costa Rica
R-[#]	Anexo Documental de la Demandada
R-CM Fondo	Memorial de Contestación de la Demandada sobre el Fondo de fecha 30 de julio de 2018

R-Costos Fondo	Declaración sobre Costos de la Demandada en la Fase de Fondo de fecha 20 de septiembre de 2019
R-Costos Jur.	Declaración sobre Costos de la Demandada en la Fase de Jurisdicción de fecha 10 de marzo de 2017
R-Dúp. Fondo	Dúplica de la Demandada sobre el Fondo de fecha 31 de mayo de 2019
R-Mem. Jur.	Memorial de la Demandada sobre Jurisdicción de fecha 8 de abril de 2016
R-Réplica Jur.	Réplica de la Demandada sobre Jurisdicción y Comentarios sobre el Escrito de la Parte No Contendiente de fecha 1 de octubre de 2016
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI de 2006
RER-[Nombre]	Informe Pericial de la Demandada
RER-Credibility 1	Primer Informe Pericial de Timothy Hart de Credibility Consulting LLC de fecha 26 de julio de 2018
RER-Credibility 2	Segundo Informe Pericial de Timothy Hart de Credibility Consulting LLC de fecha 30 de mayo de 2019
RER-León 1	Primer Informe Pericial de Anabelle León Feoli de fecha 27 de julio de 2018
RER-León 2	Segundo Informe Pericial de Anabelle León Feoli de fecha 31 de mayo de 2019
RER-Torrealba 1	Primer Informe Pericial de Adrián Torrealba de fecha 30 de mayo de 2019
RER-Ubico 1	Primer Informe Pericial de Carlos Ubico presentado el 8 de abril de 2016
RER-Ubico 2	Segundo Informe Pericial de Carlos Ubico de fecha 30 de septiembre de 2016
RER-WGM 1	Primer Informe Pericial del Sr. Joe Hinzer y el Sr. Ross MacFarlane de Watts, Griffis y McQuat Ltd. de fecha 26 de julio de 2018
RER-WGM 2	Segundo Informe Pericial del Sr. Joe Hinzer y el Sr. Ross MacFarlane de Watts, Griffis y McQuat Ltd. de fecha 30 de mayo de 2019
Resolución del MINAET de 2012	Resolución No. 0037 del MINAET de 9 de enero de 2012
RL-[#]	Autoridad Legal de la Demandada
RWS-[Nombre]	Declaración Testimonial de la Demandada
RX-[#]	Anexo Demostrativo de la Demandada

SdA	Solicitud de Arbitraje de fecha 6 de febrero de 2014
SdA de 2005	La primera Solicitud de Arbitraje de la Demandante de fecha 3 de junio de 2005
Segundo Escrito de APREFLOFAS	Segundo Escrito de Parte No Contendiente de APREFLOFAS presentado el 30 de abril de 2018
Segunda Petición de APREFLOFAS	Segunda Petición de APREFLOFAS para ser admitida en calidad de <i>Amicus Curiae</i> presentada el 19 de enero de 2018
SENARA	Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento
Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015	Sentencia del TCA del 24 de noviembre de 2015 que determinó que Costa Rica, el SINAC e Industrias Infinito deberían pagar una compensación por daño ambiental fijada en la suma de USD 6,4 millones
Sentencia de la Sala Administrativa de 2011	Sentencia de la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de 30 de noviembre de 2011, que denegó el recurso de casación de Industrias Infinito y ratificó las conclusiones principales de la Sentencia del TCA de 2010
Sentencia de la Sala Administrativa de 2017	Sala Administrativa, Sentencia No.1567-F-S1-2017 (6 de diciembre de 2017)
Sentencia de la Sala Constitucional de 2002	Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (20 de agosto de 2002)
Sentencia de la Sala Constitucional de 2004	Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004).
Sentencia de la Sala Constitucional de 2010	Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que rechazó los recursos de amparo de UNOVIDA y FECON y que levantó el auto judicial contra las operaciones de tala
Sentencia de la Sala Constitucional de 2013	Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de 19 de junio de 2013, que denegó el recurso de inconstitucionalidad de Industrias Infinito considerándolo inadmisibles habida cuenta de que la Sala Administrativa ya había dictado su sentencia
Sentencia del TCA de 2010	Sentencia del TCA sobre la solicitud de anulación presentada por el Sr. Lobos y APREFLOFAS, que declaró que se habían aceptado todas las solicitudes de anulación. Resumen verbal de la sentencia comunicado el 24 de noviembre de 2010, y sentencia escrita dictada el 14 de diciembre de 2010
SETENA	Secretaría Técnica Nacional Ambiental
SINAC	Sistema Nacional de Áreas de Conservación
TBI o Tratado	Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 18 de marzo de 1998, que entró en vigor el 29 de septiembre de 1999
TCA	Tribunal Contencioso Administrativo

TJE	Trato Justo y Equitativo
TPS	Total Protección y Seguridad
Tr. Jur. Día [#] (ING/ESP), [página:línea] [Orador(es)]	Transcripción de la Audiencia sobre Jurisdicción (tal y como fue corregida por las Partes el 27 de febrero de 2017)
Tr. Fondo Día [#] (ING/ESP), [página:línea] [Orador(es)]	Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo (tal y como fue corregida por las Partes el 4 de septiembre de 2019)
Tribunal	Tribunal de Arbitraje constituido el 29 de septiembre de 2014

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

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

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

Sr. John Terry
Sra. Myriam M. Seers
Sr. Ryan Lax
Sr. Nick Kennedy
Sra. Emily Sherkey
Sra. Suzan Mitchell-Scott
Sra. Shoshana Israel
Torys LLP
79 Wellington Street West, Suite 3000
Box 270, TD Centre
Toronto, ON
Canadá, M5K 1N2

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

Sr. Paolo Di Rosa
Sra. Natalia Giraldo Carrillo
Sra. Cristina Arizmendi
Sr. Peter Schmidt
Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
601 Massachusetts Avenue NW
Washington, DC 20001-3743
Estados Unidos de América

Sr. Patricio Grané Labat
Sr. Dmitri Evseev
Sr. Timothy Smyth
Sr. Alexander Witt
Arnold & Porter Kaye Scholer LLP
Tower 42, 25 Old Broad Street
Londres, EC2N1Q
Reino Unido

Sra. Adriana González
Sra. Arianna Arce
Sra. Marisol Montero
Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica

Plaza Tempo, sobre la Autopista Próspero Fernández, contiguo al Hospital Cima
Piso 3
San José
República de Costa Rica

4. La presente diferencia surge como consecuencia del desarrollo de un proyecto de minería de oro en el área de Las Crucitas, en Costa Rica (el “**Proyecto Crucitas**”).

II. ANTECEDENTES PROCESALES

5. Esta Sección sintetiza los antecedentes procesales del presente arbitraje desde la emisión de la Decisión sobre Jurisdicción de fecha 4 de diciembre de 2017. Los antecedentes procesales de la primera fase del arbitraje se narran en la Sección II de la Decisión sobre Jurisdicción. Esa Decisión constituye una parte integral del presente Laudo, y se incorpora como **Anexo A**.

A. DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

6. El 4 de diciembre de 2017, el Tribunal emitió su Decisión sobre Jurisdicción¹. En ella, el Tribunal decidió unir a la fase de fondo las objeciones jurisdiccionales de la Demandada en virtud del Artículo XII(3)(c); en virtud del Anexo I, Sección III(1); y en virtud del Artículo IV del TBI; así como la determinación de si la inversión de la Demandante cumple con el Artículo I(g) del TBI; y rechazó todas las demás objeciones preliminares planteadas por la Demandada². El Tribunal también reservó para una etapa posterior su decisión en materia de costos y declaró que, previa consulta a las Partes, emitiría una resolución procesal respecto de la fase de fondo.
7. También el 4 de diciembre de 2017, el Tribunal informó a las Partes que, conforme al párrafo 24.1 de la Resolución Procesal No. 1 (“**RP1**”), el CIADI procedería a la publicación de la Decisión sobre Jurisdicción. El Tribunal invitó a las Partes a que se consultaran entre sí y presentaran sus propuestas de Calendario Procesal para la siguiente fase del arbitraje.
8. El 22 de diciembre de 2017, las Partes presentaron una propuesta conjunta de Calendario Procesal para el resto del procedimiento. El calendario propuesto fue aprobado por el Tribunal el 27 de diciembre de 2017.

B. ESCRITOS Y SOLICITUDES PROCESALES DE LAS PARTES

9. El 27 de julio de 2018, las Partes comunicaron al Tribunal que habían acordado determinadas modificaciones al Calendario Procesal.
10. El 30 de julio de 2018, el Tribunal modificó el Calendario Procesal tal como fuera propuesto sujeto a un cambio relacionado con la etapa de exhibición de documentos

¹ La versión en español fue proporcionada a las Partes con posterioridad a esa fecha, el 27 de diciembre de 2017, de conformidad con el párrafo 12.10 de la Resolución Procesal No. 1.

² Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 364.

(“**Revisión No. 5**”). Ese mismo día, las Partes confirmaron su aquiescencia respecto de la modificación del Tribunal.

11. También el 30 de julio de 2018, la Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre la Jurisdicción y el Fondo (“**Memorial del Contestación**”), acompañado de los anexos documentales R-0147 a R-0269; las autoridades legales RL-0183 a RL-0243; y tres (3) informes periciales, concretamente, de: (i) la Sra. Anabelle León Feoli; (ii) el Sr. Joe Hinzer y el Sr. Ross MacFarlane de Watts, Griffis y McOuat Ltd., y (iii) el Sr. Timothy Hart de Credibility Consulting LLC, respectivamente³.
12. El 13 de agosto de 2018, las Partes intercambiaron sus solicitudes de exhibición de documentos.
13. El 20 de agosto de 2018, las Partes intercambiaron sus respuestas sobre exhibición de documentos. La respuesta de la Demandante estuvo acompañada de los anexos documentales C-0446 y C-0447.
14. El 27 de agosto de 2018, cada una de las Partes presentó su réplica sobre exhibición de documentos, y su Formato Redfern completo a fin de que el Tribunal emitiera una decisión.
15. El 17 de septiembre de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 6 sobre exhibición de documentos (“**RP6**”)⁴.
16. El 7 de diciembre de 2018, la Demandada presentó una petición en la cual le solicitaba al Tribunal que ordenara a la Demandante que presentara versiones sin supresiones de determinados documentos respecto de los cuales la Demandante había planteado privilegios. El Tribunal invitó a la Demandante a que proporcionara sus observaciones respecto de la petición de la Demandada a más tardar el 14 de diciembre de 2018.
17. El 14 de diciembre de 2018, la Demandante proporcionó su respuesta oponiéndose a la solicitud de la Demandada, junto con los anexos documentales C-0448 a C-0451 y las autoridades legales CL-0242 a CL-0248.
18. El 8 de enero de 2019, el Tribunal emitió su decisión sobre la solicitud de la Demandada de 7 de diciembre de 2018. El Tribunal decidió que las porciones suprimidas de los documentos en disputa se encontraban protegidas por el privilegio abogado-cliente, y denegó la solicitud de la Demandada.

³ El 30 de agosto de 2018, se presentó una versión corregida del Primer Informe Pericial de Watts, Griffis y McOuat Ltd.

⁴ De conformidad con el acuerdo de las Partes, algunas resoluciones procesales en el presente caso se han emitido solamente en idioma inglés. Véanse, comunicaciones de las Partes de 3 de junio de 2016 (respecto de la RP2); comunicaciones de las Partes de 10 de junio de 2016 (respecto de la RP3); comunicaciones de las Partes de 27 de enero de 2017 (respecto de la RP4); comunicaciones de las Partes de 13 de marzo de 2018 (respecto de la RP5); y comunicaciones de las Partes de 21 de septiembre de 2018 (respecto de la RP6).

19. El 30 de enero de 2019, las Partes le comunicaron al Tribunal que habían acordado determinadas modificaciones al Calendario Procesal. Ese mismo día, el Tribunal aprobó el acuerdo de las Partes y emitió una versión modificada del Calendario Procesal (“**Revisión No. 6**”).
20. El 5 de febrero de 2019, la Demandante presentó su Memorial de Réplica sobre el Fondo (“**Réplica**”), acompañado de los anexos documentales C-0032 (modificado), C-0162 (modificado), C-0213 (modificado), C-0233 (modificado), C-0452 a C-0862⁵; las autoridades legales CLA-0249 a CLA-0268; once (11) declaraciones testimoniales, concretamente, de: (i) el Sr. Esteban Agüero Guier, (ii) el Sr. Rolando Barrientos Saborio, (iii) el Sr. Rodrigo Blanco Solís, (iv) el Sr. Vern Hall, (v) el Sr. Juan Carlos Hernández Jiménez, (vi) el Sr. Scott LaPrairie, (vii) el Sr. Manfred Peschke, (viii) el Sr. Erich Rauguth, (ix) el Sr. Warner Rojas Quirós, (x) el Sr. Franz Ulloa, (xi) el Sr. Carlos Alberto Vega Rojas; y once (11) informes periciales, concretamente, de: (i) la Sra. Irene Araya Ortiz, (ii) la Sra. Ana Virginia Calzada Miranda, (iii) el Sr. Michael Colborne (tres informes), (iv) el Sr. Chris Milburn, el Sr. Howard Rosen y el Sr. Edward Tobis de FTI Consulting Inc., (v) el Sr. Rubén Hernández Valle, (vi) el Sr. Erasmo Rojas Madrigal, (vii) el Sr. Graham G. Clow y la Sra. Brenna J.Y. Scholey de Roscoe Postle Associates, y (viii) el Sr. Diego Salto de Consortium Legal (dos informes).
21. El 7 de febrero de 2019, luego de haber consultado a las Partes, el Tribunal emitió una versión modificada del Calendario Procesal en la que estableció las fechas para las notificaciones de los testigos y peritos que serían sometidos a interrogatorio en la Audiencia y para la Llamada Telefónica Preparatoria de la Audiencia (“**Revisión No. 7**”).
22. El 25 de febrero de 2019, el Tribunal escribió a las Partes observando que la Demandante había agregado una nueva reclamación en su Réplica⁶. Conforme al Artículo 46 del Convenio CIADI y a la Regla 40(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal invitó a la Demandada a que presentara sus observaciones sobre la nueva reclamación conjuntamente con la Dúplica sobre el Fondo.
23. El 31 de mayo de 2019, la Demandada presentó su Dúplica sobre la Jurisdicción y el Fondo (“**Dúplica**”), junto con los anexos documentales R-0270 a R-0411; las autoridades legales RL-0130 (modificada) y RL-0244 a RL-0279; y cuatro (4) informes periciales, concretamente, de: (i) el Sr. Timothy Hart de Credibility Consulting LLC, (ii) el Sr. Joe Hinzer y el Sr. Ross MacFarlane de Watts, Griffis y McOuat Ltd., (iii) la Sra. Anabelle León Feoli y (iv) el Sr. Adrián Torrealba, respectivamente.
24. El 14 de junio de 2019, la Demandada le comunicó al Tribunal que había identificado determinados errores clericales en su presentación de 31 de mayo de 2019, y solicitó aprobación para presentar un anexo documental faltante (R-0412), versiones modificadas de dos informes periciales (el informe del Sr. Torrealba y el informe de la

⁵ Los anexos documentales C-0497, C-0505, C-0522, C-0534, C-0559, C-0572 y C-0828 se dejaron en blanco de manera intencional.

⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 823(b). Véase también, *id.* ¶¶ 18; 374-375; 611-614.

Sra. León), y dos anexos documentales modificados (R-0347 y R-0348). El 17 de junio de 2019, el Tribunal escribió a las Partes manifestando que, sujeto a cualquier objeción convincente por parte de la Demandante, el Tribunal aceptaba las correcciones de la Demandada. Ese mismo día, la Demandante confirmó que no tenía objeción alguna. En consecuencia, el 18 de junio de 2019, la Demandada incorporó al expediente los materiales modificados anteriormente mencionados a través de la plataforma de transmisión de archivos electrónicos.

25. El 5 de julio de 2019, la Demandante despachó la Carpeta Electrónica Principal de Audiencia que sería empleada durante la Audiencia, preparada en forma conjunta por las Partes.
26. El 19 de julio de 2019, la Demandante solicitó autorización del Tribunal para presentar versiones modificadas de determinados anexos documentales (C-0116, C-0524, C-0531, C-0538, C-0555, C-0585 y R-0016), observando que previamente había consultado a la Demandada al respecto. El 20 de julio de 2019, el Tribunal otorgó la autorización solicitada. Ese mismo día, la Demandante incorporó al expediente los anexos modificados anteriormente mencionados a través de la plataforma de transmisión de archivos electrónicos.
27. El 20 de julio de 2019, la Demandante solicitó autorización para presentar una autoridad legal adicional (CL-0269). Ese mismo día, la Demandada confirmó que no se oponía a la solicitud. El 21 de julio de 2019, el Tribunal otorgó la autorización solicitada. Ese mismo día, la Demandante incorporó al expediente la autoridad legal anteriormente mencionada a través de la plataforma de transmisión de archivos electrónicos.
28. El 21 de julio de 2019, la Demandada solicitó autorización para presentar un anexo documental adicional (R-0413), indicando que había consultado anteriormente a la Demandante, quien no se había opuesto a la solicitud con la condición de que también se agregara al expediente cierta correspondencia adicional relacionada (bajo la nomenclatura de R-0414 a R-0418). Ese mismo día, la Demandante confirmó estar de acuerdo. Posteriormente, ese mismo día, el Tribunal otorgó la autorización solicitada. El 22 de julio de 2019, la Demandada incorporó al expediente los anexos documentales anteriormente mencionados a través de la plataforma de transmisión de archivos electrónicos.

C. PETICIONES Y ESCRITOS DE PARTES NO CONTENDIENTES

1. Peticiones y Escritos de Parte No Contendiente de APREFLOFAS

29. El 15 de septiembre de 2014, APREFLOFAS, una organización no gubernamental costarricense para la promoción del ambiente, presentó una petición para ser admitida en calidad de *amicus curiae* (es decir, parte no contendiente) de conformidad con la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (“**Primera Petición de APREFLOFAS**”). Tras las observaciones de las Partes, el 1 de junio de 2016, el Tribunal autorizó a APREFLOFAS a que presentara un escrito. Posteriormente, el 19

de julio de 2016, APREFLOFAS presentó su Escrito de Parte No Contendiente, junto con los anexos documentales NDP-0001 a NDP-0013 (“**Primer Escrito de APREFLOFAS**”); y el 18 de agosto de 2016 presentó traducciones de los anexos documentales bajo las nomenclaturas de NDP-0014 a NDP-0020⁷. En la Decisión sobre Jurisdicción⁸, el Tribunal difirió a la fase de fondo la cuestión planteada por APREFLOFAS sobre si la inversión de la Demandante cumplía con el requisito de legalidad previsto en el Artículo I(g) del TBI.

30. El 27 de diciembre de 2017, siguiendo instrucciones del Tribunal, el Secretariado del CIADI informó a APREFLOFAS que, de conformidad con el Calendario Procesal acordado por las Partes, en el supuesto de que APREFLOFAS tuviera intención de presentar una solicitud para intervenir en calidad de Parte No-Contendiente durante la fase de fondo del presente arbitraje, debería hacerlo a más tardar el 19 de enero de 2018.
31. El 19 de enero de 2018, APREFLOFAS presentó una segunda petición para ser admitida en calidad de *amicus curiae* (es decir, parte no contendiente) (“**Segunda Petición de APREFLOFAS**”).
32. El 9 de febrero de 2018, las Partes presentaron sus comentarios a la Segunda Petición de APREFLOFAS. Los comentarios de las Partes estuvieron acompañados de las autoridades legales CL-0239 a CL-0240⁹ y RL-0182, respectivamente.
33. El 22 de febrero de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 5 sobre la Segunda Petición de APREFLOFAS (“**RP5**”). El Tribunal (i) autorizó a APREFLOFAS a que presentara un Escrito de Parte No-Contendiente; (ii) le otorgó acceso a los escritos de las Partes en materia de jurisdicción y al Memorial de Fondo de la Demandante y a un índice de anexos documentales y autoridades legales obrantes en el expediente, sujeto a restricciones de confidencialidad; y (iii) brindó a las Partes una oportunidad de presentar sus observaciones sobre el Escrito de Parte No Contendiente de APREFLOFAS en sus escritos sobre el fondo.
34. El 27 de febrero de 2018, de conformidad con el párrafo 54(a)(v) de la RP5, cada una de las Partes presentó su índice consolidado de anexos documentales y autoridades legales para que fueran remitidos a APREFLOFAS.
35. El 28 de febrero de 2018, APREFLOFAS recibió los escritos y el índice autorizados por el Tribunal en el párrafo 54(a) de la RP5.
36. El 30 de abril de 2018, APREFLOFAS presentó su Segundo Escrito de Parte No Contendiente, junto con los anexos documentales NDP-0021 a NDP-0035 (“**Segundo**

⁷ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 41-50.

⁸ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 135-140, 364.

⁹ El 20 de febrero de 2018, el Tribunal observó que la Demandante ya había presentado una autoridad legal numerada CL-0239, y en aras de la claridad del expediente, informó a las Partes que la autoridad legal anteriormente presentada como CL-0239 sería renumerada como CL-0241.

Escrito de APREFLOFAS). De conformidad con el párrafo 54(d) de la RP5, las Partes presentaron sus observaciones respecto del Segundo Escrito de APREFLOFAS en sus presentaciones sobre el fondo.

2. Petición y Escrito de Parte No Contendiente de Canadá

37. El 24 de agosto de 2018, Canadá efectuó una solicitud para presentar un escrito de Parte No-Contendiente conforme a la Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (**"Petición de Canadá"**), relativa a la interpretación del TBI. Ese mismo día, el Tribunal invitó a las Partes a que formularan sus observaciones sobre la Petición de Canadá a más tardar el 31 de agosto de 2018.
38. El 31 de agosto de 2018, las Partes presentaron sus observaciones a la Petición de Canadá.
39. El 18 de septiembre de 2018, el Tribunal emitió su decisión sobre la Petición de Canadá. En su fallo, el Tribunal autorizó a Canadá a que presentara un Escrito de Parte No-Contendiente a más tardar el 30 de noviembre de 2018, circunscrito a formular comentarios sobre las disposiciones del TBI objeto de controversia. El Tribunal dictaminó que en el supuesto de que Canadá deseara presentar documentos junto con su escrito, solo podría presentar documentos que aún no obraran en el expediente.
40. Tras la solicitud del Tribunal, cada una de las Partes presentó su lista consolidada de anexos documentales y autoridades hasta la fecha, los días 18 y 21 de septiembre de 2018, respectivamente, las cuales posteriormente fueron enviadas a Canadá el 21 de septiembre de 2018.
41. El 30 de noviembre de 2018, Canadá presentó su Escrito de Parte No Contendiente, junto con las autoridades legales CAN-0001 a CAN-0022 (**"Escrito de Canadá"**).
42. El 10 de diciembre de 2018, el Secretariado del CIADI informó a las Partes que un tercero había solicitado obtener acceso a la Petición de Canadá, a las observaciones de las Partes a dicha solicitud y al Escrito de Canadá. Se invitó a las Partes a que formularan sus comentarios. Ese mismo día, la Demandada prestó su consentimiento a la divulgación de los documentos solicitados. El 13 de diciembre de 2018, la Demandante objetó a que se efectuara dicha divulgación. En consecuencia, el 17 de diciembre de 2018, el Secretariado del CIADI confirmó que, a la luz de las respuestas de las Partes y conforme a la Regla 22(2) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, los materiales anteriormente mencionados no serían publicados ni compartidos por el Centro.
43. El 31 de diciembre de 2018, la Demandada informó que, salvo instrucciones del Tribunal en contrario, tenía la intención de divulgar al público el Escrito de Canadá el 7 de enero de 2019. Al día siguiente, el Tribunal invitó a la Demandante a formular comentarios sobre esta cuestión a más tardar el 3 de enero de 2019.

44. El 3 de enero de 2019, la Demandante confirmó que no tenía objeción a la divulgación del Escrito de Canadá por parte de Costa Rica, aunque se reservó todos los derechos de presentar argumentos al Tribunal con respecto a la divulgación de cualquier parte adicional del expediente.

D. PROCEDIMIENTO ANTERIOR A LA AUDIENCIA

45. El 14 de junio de 2019, las Partes solicitaron en forma conjunta una prórroga para identificar los testigos y peritos que serían sometidos a contrainterrogatorio durante la Audiencia sobre el Fondo. El 17 de junio de 2019, el Tribunal otorgó la prórroga.
46. El 19 de junio de 2019, las Partes comunicaron al Tribunal su acuerdo respecto de la lista de testigos y peritos que serían sometidos a contrainterrogatorio durante la Audiencia sobre el Fondo. Las Partes observaron además que continuaban manteniendo conversaciones con miras a acortar la lista.
47. El 21 de junio de 2019, el Tribunal circuló un Borrador de la Resolución Procesal No. 7 (“**Borrador de la RP7**”), para que sirviera de agenda para la Llamada Telefónica Preparatoria de la Audiencia, e invitó a las Partes a que presentaran sus observaciones al respecto.
48. El 26 de junio de 2019, las Partes presentaron sus comentarios conjuntos al Borrador de la RP7 e indicaron sus puntos de desacuerdo.
49. El 27 de junio de 2019, la Presidenta del Tribunal (por delegación de sus coárbitros) y las Partes mantuvieron una Llamada Telefónica Preparatoria de la Audiencia en preparación de la Audiencia sobre el Fondo. Las siguientes personas participaron de la conferencia telefónica:

En representación del Tribunal

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta del Tribunal

Secretariado del CIADI y Asistente del Tribunal

Sra. Luisa Fernanda Torres, Secretaria del Tribunal

Sra. Sabina Sacco, Asistente del Tribunal

En representación de la Demandante

Sr. Eric Rauguth, Infinito Gold Ltd.

Sr. Juan Carlos Hernández Jiménez, Industrias Infinito S.A.

Sr. John Terry, Torys LLP

Sra. Myriam Seers, Torys LLP

Sra. Emily Sherkey, Torys LLP

En representación de la Demandada

Sra. Adriana González, Ministerio de Comercio Exterior

Sra. Arianna Arce, Ministerio de Comercio Exterior

Sra. Marisol Montero, Ministerio de Comercio Exterior

Sr. Paolo Di Rosa, Arnold & Porter LLP

Sr. Patricio Grané, Arnold & Porter LLP

Sr. Timothy Smyth, Arnold & Porter LLP

50. El 28 de junio de 2019, las Partes informaron al Tribunal de su acuerdo de excluir a sus peritos técnicos, Roscoe Postle Associates y Watts, Griffis y McOuat Ltd., de la lista de peritos que serían sometidos a interrogatorio durante la Audiencia sobre el Fondo.
51. El 1 de julio de 2019, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 7 (“**RP7**”) sobre la organización de la Audiencia sobre el Fondo.
52. El 11 de julio de 2019, la Demandante informó al Tribunal que las Partes habían acordado que el Sr. Erich Rauguth prestaría su declaración testimonial en la Audiencia sobre el Fondo mediante videoconferencia debido a restricciones médicas. La Demandante se comprometió a efectuar los arreglos logísticos necesarios y a cubrir cualquier costo razonable relacionado con el desarrollo del interrogatorio mediante videoconferencia.
53. El 12 de julio de 2019, el Tribunal aprobó el acuerdo de las Partes en relación con el interrogatorio del Sr. Rauguth mediante videoconferencia.
54. El 15 de julio de 2019, el Tribunal formuló indicaciones logísticas y procesales adicionales para el interrogatorio del Sr. Rauguth mediante videoconferencia. El 16 de julio de 2019, la Demandante informó al Tribunal que las Partes habían acordado determinadas modificaciones a las indicaciones del Tribunal sobre el particular, las cuales fueron sometidas a la consideración del Tribunal. El acuerdo de las Partes fue aprobado por el Tribunal ese mismo día.

E. AUDIENCIA SOBRE EL FONDO

55. La Audiencia sobre el Fondo se celebró del 22 al 25 de julio de 2019 en las instalaciones del CIADI en Washington D.C.¹⁰. Estuvieron presentes las siguientes personas:

El Tribunal

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta del Tribunal
Profesor Bernard Hanotiau, Árbitro
Profesora Brigitte Stern, Árbitro

El Secretariado del CIADI y la Asistente del Tribunal

Sra. Luisa Fernanda Torres, Secretaria del Tribunal
Sra. Sabina Sacco, Asistente del Tribunal

En representación de la Demandante

Abogados

Sr. John Terry, Torys LLP
Sra. Myriam Seers, Torys LLP
Sr. T. Ryan Lax, Torys LLP
Sr. Nick Kennedy, Torys LLP
Sra. Emily Sherkey, Torys LLP

¹⁰ El lugar para la celebración de la Audiencia sobre el Fondo se estableció de conformidad con el párrafo 11(1) de la RP1.

Sra. Claudia García Mera, Torys LLP
Sra. Suzan Mitchell Scott, Torys LLP, Asistente Legal
Sra. Tiana Vida, Torys LLP, Asistente

Representantes de Parte

Sr. Juan Carlos Hernández Jiménez, Consejero Jurídico de Ambien-T

Testigos (*)

Sr. Erich Rauguth, mediante videoconferencia
Sr. Manfred Peschke

Peritos

Sra. Irene Araya Ortiz
Sra. Ana Virginia Calzada Miranda
Sr. Howard N. Rosen, FTI Consulting
Sr. Chris Millburn, FTI Consulting
Sr. Edward Tobis, FTI Consulting

En representación de la Demandada

Abogados

Sr. Paolo Di Rosa, Arnold & Porter LLP
Sr. Patricio Grané Labat, Arnold & Porter LLP
Sr. Dmitri Evseev, Arnold & Porter LLP
Sr. Timothy Smyth, Arnold & Porter LLP
Sr. Peter Schmidt, Arnold & Porter LLP
Sra. Natalia Giraldo Carrillo, Arnold & Porter LLP
Sra. Cristina Arizmendi, Arnold & Porter LLP
Sra. Christina Poehlitz, Arnold & Porter LLP
Sra. Kaila Millett, Arnold & Porter LLP
Sra. Fabiola Madrigal, Arnold & Porter LLP

Representantes de Parte

Sra. Adriana González, Ministerio de Comercio Exterior
Sra. Arianna Arce, Ministerio de Comercio Exterior
Sra. Marisol Montero, Ministerio de Comercio Exterior

Peritos

Sra. Anabelle León Feoli
Sr. Timothy H. Hart, Credibility International
Sr. Mark A. Funk, Credibility International
Sra. Rebecca Vélez, Credibility International

Estenógrafos

Sr. David Kasdan, B&B Reporters
Sra. María Eliana Da Silva, D-R Esteno

Intérpretes

Sr. Luis Eduardo Arango
Sra. Silvia Colla
Sr. Daniel Giglio

(*) no estuvieron presentes antes de su interrogatorio

56. Durante la Audiencia sobre el Fondo, el Tribunal oyó alegatos de apertura y cierre por parte de los abogados, formuló preguntas a las Partes y oyó testimonios de los siguientes testigos y peritos:

Por la Demandante

Sr. Erich Rauguth, testigo, que compareció mediante videoconferencia

Sr. Manfred Peschke, testigo
Sra. Irene Araya Ortiz, perito
Sra. Ana Virginia Calzada Miranda, perito
Sr. Howard N. Rosen, FTI Consulting, perito
Sr. Chris Millburn, FTI Consulting, perito
Sr. Edward Tobis, FTI Consulting, perito

Por la Demandada:

Sra. Anabelle León Feoli, perito
Sr. Timothy H. Hart, Credibility International, perito

57. Durante el primer día de la Audiencia sobre el Fondo, el 22 de julio de 2019, las Partes actualizaron en forma conjunta la Carpeta Electrónica Principal de Audiencia agregando los materiales incorporados al expediente con posterioridad a la presentación de la versión de 5 de julio de 2019¹¹.
58. Durante la Audiencia sobre el Fondo, las Partes introdujeron los siguientes materiales al expediente:
- Demandante: Anexos Demostrativos CX-001 a CX-007
 - Demandada: Anexos Demostrativos RX-004 a RX-007

F. PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA AUDIENCIA

59. El 29 de julio de 2019, el Tribunal les comunicó a las Partes una síntesis de determinadas indicaciones respecto de cuestiones post-Audiencia tratadas al término de la Audiencia sobre el Fondo. De acuerdo con esas indicaciones: (i) de conformidad con el párrafo 36 de la RP7 y lo discutido durante la Audiencia¹², no habría presentaciones posteriores a la audiencia, a menos que el Tribunal informara a las Partes en el momento oportuno que necesitaba ayuda respecto de una cuestión específica; (ii) de conformidad con el párrafo 33 de la RP7, las correcciones a la transcripción se recibirían a más tardar el 28 de agosto de 2019; y (iii) de conformidad con el párrafo 38 de la RP7 y lo discutido durante la Audiencia¹³, las Declaraciones sobre Costos circunscritas al desglose de costos debían presentarse a más tardar el 16 de septiembre de 2019.
60. El 28 de agosto de 2019, las Partes solicitaron una prórroga para presentar la Transcripción de la Audiencia revisada. Ese mismo día, el Tribunal otorgó la prórroga solicitada.
61. El 4 de septiembre de 2019, las Partes presentaron las correcciones acordadas a la transcripción de la Audiencia sobre el Fondo.

¹¹ *Supra* ¶¶ 25-28.

¹² Tr. Fondo Día 4 (ESP), 1143:8-21 (Presidenta del Tribunal).

¹³ Tr. Fondo Día 4 (ESP), 1143:22-1145:12 (Presidenta del Tribunal).

62. El 13 de septiembre de 2019, las Partes solicitaron una prórroga del plazo para la presentación de sus Declaraciones sobre Costos. El 16 de septiembre de 2019, el Tribunal otorgó la prórroga solicitada.
63. El 20 de septiembre de 2019, las Partes presentaron sus respectivas Declaraciones sobre Costos.
64. El 14 de septiembre de 2020, el Tribunal informó a las Partes que estimaba que estaría en condiciones de dictar el laudo a fines de marzo o comienzos de abril de 2021, y que se comunicaría nuevamente con una indicación más precisa en una fecha más cercana a la fecha de emisión.
65. El 19 de enero de 2021, el Tribunal invitó a las Partes a que indicaran, si a los fines de la versión en español del Laudo, prestarían su consentimiento a la inclusión de citas en inglés de los anexos documentales o autoridades legales para los cuales no obraba traducción al español en el expediente. Las Partes prestaron su consentimiento el 20 de enero de 2021.
66. También el 19 de enero de 2021, el Tribunal informó a las Partes que la Asistente del Tribunal, la Sra. Sabina Sacco, ya no formaba parte del bufete de Lévy Kaufmann-Kohler, pero que continuaría fungiendo como Asistente conforme a los términos descritos en la Sección 8 de la RP1. Ninguna de las Partes se opuso a que la Sra. Sacco continuara participando como Asistente del Tribunal en el presente arbitraje.
67. El 29 de marzo de 2021, el Tribunal actualizó a las Partes indicando que estimaba que emitiría el Laudo en el mes de mayo de 2021. El procedimiento se declaró cerrado el 19 de mayo de 2021.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

68. En el mes de mayo de 2000, la Demandante (en ese momento conocida como Vannessa Ventures Ltd.) adquirió Industrias Infinito S.A. (“**Industrias Infinito**”)¹⁴. Industrias Infinito tenía un permiso de exploración para el área de Crucitas que le había sido otorgado en el año 1993¹⁵, y cuyo plazo había sido prorrogado hasta el 18 de septiembre de 1999¹⁶. Una de las compañías predecesoras de Industrias Infinito había presentado un Estudio de Impacto de Ambiental (“**EIA**”), que había sido aprobado el 1 de octubre de 1993 por la Comisión Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

¹⁴ CWS-Rauguth 1, ¶¶ 12, 63.

¹⁵ Tal como se analizó en la Decisión sobre Jurisdicción, este permiso de exploración había sido obtenido por la empresa Vientos de Abangares, S.A., y posteriormente fue transferido a Placer Dome de Costa Rica, S.A., que era la denominación anterior de Industrias Infinito cuando pertenecía a otros propietarios. Véase Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 64-66.

¹⁶ C-Mem. Fondo, ¶ 58; CWS-Hernández 1, ¶ 72; Resolución No. 193 de la Dirección de Geología y Minas (2 de abril de 1998), **C-0046**; R-Mem. Jur., ¶ 43.

(“**CONEIA**”) — organismo competente antes de que se creara la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (“**SETENA**”) ¹⁷.

69. En el año 1997, el Presidente Figueres y el Ministro del Ambiente dictaron un decreto que declaraba la minería como industria de conveniencia nacional ¹⁸.
70. Entre los años 1993 y 2000, Industrias Infinito realizó perforaciones y estudios a efectos de probar la existencia y tamaño del depósito de oro. Esto incluyó un estudio de prefactibilidad en el año 1996 ¹⁹, el cual fue acompañado de diversos informes y análisis sobre la viabilidad del Proyecto ²⁰; otros estudios e informes que abordaron el impacto ambiental y socioeconómico del Proyecto ²¹; y un estudio de factibilidad en el año 1999 que probaba la existencia de un depósito de oro considerable en el área de Las Crucitas ²².
71. En el mes de diciembre de 1999, Industrias Infinito presentó el estudio de factibilidad a la Dirección de Geología y Minas (“**DGM**”) y solicitó una concesión de explotación a fines de desarrollar una mina de oro de superficie en Las Crucitas ²³.
72. Entre los años 2000 y 2001, Industrias Infinito continuó el trabajo de exploración y obtuvo un estimado de recursos actualizado ²⁴.
73. El 7 de junio de 2001, la DGM aprobó el estudio de factibilidad, incluidos los impactos socioeconómico y ambiental del Proyecto ²⁵.

¹⁷ CWS-Hernández 1, ¶ 70.

¹⁸ C-Mem. Fondo, ¶ 56; Reglamento a la Ley Forestal, La Gaceta No. 16 (23 de enero de 1997), **C-0042**.

¹⁹ CWS-Rauguth 1, ¶¶ 31-32; Placer Dome Explorations, Proyecto Cerro Crucitas, Estudio de Prefactibilidad (diciembre de 1996), **C-0040**.

²⁰ CWS-Rauguth 1, ¶ 34; Placer Dome de Costa Rica, Manual de Operación y Mantenimiento del Sistema de Tratamiento de Agua Negra (Tanques Sépticos) (septiembre de 1995), **C-0026**; Placer Dome Inc., Evaluación Preliminar Metalúrgica (septiembre de 1995), **C-0027**; Placer Dome Inc., Concentración Gravimétrica/Lixiviación con Cianuro y Centrición Gravimétrica/ Pruebas de Flotación en Compuestos de Tres Tipos de Roca (julio de 1996), **C-0032**; Hay & Company Consultants Inc., Encuesta de Reconocimiento de Sedimentos: Proyecto Cerro Crucitas (agosto de 1996), **C-0033**; Placer Dome de Costa Rica, Fase 1 Evaluación de Drenaje Potencial para Ácido de Roca en el Proyecto Cerro Crucitas, Costa Rica (5 de diciembre de 1996), **C-0041**; Bruce Geotechnical Consultants Inc., Cerro Crucitas - Asesoría en Tranques de Relaves Área B y Balanza de Residuos Materiales Roca (28 de agosto de 1997), **C-0043**.

²¹ CWS-Rauguth 1, ¶¶ 35-37; Anexo 4 para Permiso de Exploración No. 7339: Estudio Socioeconómico (noviembre de 1998), **C-0047**; Estudio de Impacto Socioeconómico de ICAPD (julio de 1995), **C-0025**; Estudio de Impacto Social de ICAPD (diciembre de 1995), **C-0030**.

²² CWS-Rauguth 1, ¶ 38; Placer Dome, Estudio de Factibilidad (Resumen Ejecutivo) (septiembre de 1999), **C-0052**.

²³ CWS-Hernández 1, ¶ 74; Placer Dome, Estudio de Factibilidad - Resumen Ejecutivo (septiembre de 1999), **C-0052**; Industrias Infinito S.A., Solicitud de Concesión de Explotación (18 de diciembre de 1999), **C-0053**.

²⁴ CWS-Rauguth 1, ¶¶ 64-76.

²⁵ CWS-Hernández 1, ¶ 80; Resolución No. 364-2001 (7 de junio de 2001), **C-0064**.

74. El 17 de diciembre de 2001, Industrias Infinito obtuvo su concesión de explotación, por un plazo de diez años sujeta a prórrogas y a una renovación, que le permitía extraer, procesar y vender minerales del depósito de oro de Las Crucitas²⁶. La concesión entró en vigor el 30 de enero de 2002 (la “**Concesión de 2002**”)²⁷. La concesión de explotación especificaba que “[e]l concesionario de previo al inicio de las actividades de explotación deberá contar con la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental debidamente aprobado por la [SETENA], para lo cual se le otorgan seis meses para su presentación ante la [DGM]”²⁸.
75. En el mes de marzo de 2002, Industrias Infinito presentó su EIA ante la SETENA para su aprobación²⁹.
76. El 13 de febrero de 2002, el Sr. Abel Pacheco, en ese momento candidato a la presidencia, interpuso un recurso ante el Ministerio del Ambiente y Energía (“**MINAE**”), solicitando la revocación de la Concesión de 2002, alegando que iba en contra del interés nacional y ponía en riesgo el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado³⁰. Debido a recursos similares interpuestos ante la Corte Suprema de Justicia, el MINAE postergó su decisión sobre dicho recurso.
77. El 1 de abril de 2002, los activistas ambientales Carlos y Diana Murillo interpusieron un recurso de amparo (recurso de inconstitucionalidad) contra la resolución que otorgó la Concesión de 2002 por motivos ambientales (el “**Amparo Murillo**”)³¹.
78. El 8 de mayo de 2002, el Sr. Abel Pacheco asumió el cargo de Presidente de Costa Rica. El 5 de junio de 2002, el Presidente Pacheco declaró una moratoria por tiempo indefinido sobre la actividad de minería a cielo abierto (la “**Moratoria de 2002**”)³². No se disputa que la Moratoria de 2002 operaba prospectivamente y que no afectaba derechos adquiridos³³.
79. El 12 de agosto de 2002, otro concesionario minero, Río Minerales S.A., interpuso un recurso de amparo contra la Moratoria de 2002, alegando que violaba los principios de legalidad, seguridad jurídica e irretroactividad de las leyes, así como sus derechos

²⁶ CWS-Hernández 1, ¶ 83; Resolución No. R-578-2001-MINAE (17 de diciembre de 2001), **C-0069**.

²⁷ R-Mem. Jur., ¶ 49; Resolución No. R-578-2001-MINAE (17 de diciembre de 2001), **C-0069**.

²⁸ Resolución No. R-578-2001-MINAE (17 de diciembre de 2001), Parte Operativa, ¶ 2, **C-0069**.

²⁹ CWS-Hernández 1, ¶ 96.

³⁰ Recurso de Reposición contra la Resolución No. 578-2001-MINAE, Abel Pacheco de la Espriella (13 de febrero de 2002), **R-0001**.

³¹ CWS-Hernández 1, ¶ 125; Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), ¶ 1, **C-0116**.

³² Decreto Ejecutivo No. 30477-MINAE (5 de junio de 2002), **C-0080**.

³³ Decreto Ejecutivo No. 30477-MINAE (5 de junio de 2002), **C-0080**, El Transitorio I disponía lo siguiente: “Todos aquellos trámites relacionados con la exploración y explotación del mineral oro a cielo abierto que se encuentren pendientes ante la [DGM] y ante la [SETENA] a la fecha de publicación del presente decreto ejecutivo serán suspendidos. Todo derecho adquirido antes de la publicación del presente decreto será respetado”.

adquiridos y aquellos de Industrias Infinito. El 20 de agosto de 2002, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró que la Moratoria de 2002 no violaba los derechos del recurrente y no era retroactiva a la luz de su disposición transitoria (“**Sentencia de la Sala Constitucional de 2002**”)³⁴. En sus conclusiones, el Tribunal Constitucional estableció expresamente que lo mismo resultaba aplicable a Infinito, en los siguientes términos³⁵:

[N]ingún derecho fundamental se ha violado – al menos, de manera directa – con la promulgación del Decreto Ejecutivo N° 30477-MINAE del cinco de junio del año en curso. En efecto, si bien es cierto por medio de ese decreto el Poder Ejecutivo declara moratoria nacional por plazo indefinido para la actividad de minería metálica de oro a cielo abierto en el territorio nacional (artículo 1), también lo es que en el transitorio 1 expresamente se establece que todo ‘[...] derecho adquirido antes de la publicación del presente decreto será respetado’, con lo cual los reparos hechos por el recurrente carecen de sustento. Es decir, que **del decreto en cuestión no se desprende violación alguna a los derechos adquiridos o a las situaciones jurídicas consolidadas a favor de las empresas que actualmente realizan la actividad cuya moratoria indefinida ha sido declarada en ese decreto, pues éste expresamente contempla su protección**. De manera que, eventualmente, **la violación podría provenir de su aplicación, lo que tampoco ha sucedido**, pues las amenazas que a los derechos fundamentales reclama el recurrente no pasan de ser meros temores subjetivos [sic]. Así, el hecho de que tanto el Presidente de la República como el Ministro del Ambiente y Energía hayan hecho ciertas declaraciones a los medios de comunicación, según los cuales, a juicio del recurrente, procederán a indemnizar a las empresas Compañía Río Minerales S. A. e **Industrias Infinito S. A.**, titulares de las concesiones de explotación minera que corren en el Registro Nacional Minero de la Dirección de Geología y Minas, no implica amenaza alguna a sus derechos fundamentales, pues se trata de meras declaraciones informales, sin que exista acto alguno por parte del Poder Ejecutivo para impedir a dichas empresas la explotación de las concesiones otorgadas. La amenaza debe ser real e inminente, lo que implica que existan actos concretos de la Administración que amenacen algún derecho fundamental, lo que no sucede en este caso. Por el contrario, **del texto del propio decreto impugnado se desprende el respeto de los derechos adquiridos de esas empresas, razón por la cual no se ha producido violación alguna a sus derechos fundamentales**. En consecuencia, procede rechazar por el fondo el presente recurso, como al efecto se declara.

³⁴ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (20 de agosto de 2002), **C-0085**.

³⁵ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (20 de agosto de 2002), Considerando Único (énfasis agregado), **C-0085**. El Tribunal ha utilizado las traducciones de las Partes incluidas en los anexos documentales citados, excepto cuando ha considerado que la traducción no reflejaba fielmente el original en español, en cuyo caso ha incluido su propia traducción entre corchetes.

80. El 10 de marzo de 2003, Industrias Infinito interpuso un recurso de amparo solicitando que la Sala Constitucional obligara a la SETENA a que dictara su decisión sobre su EIA, que había solicitado en el mes de marzo de 2002³⁶.
81. Al día siguiente, el 11 de marzo de 2003, la SETENA negó la aprobación del EIA, sosteniendo que requería una declaratoria del Poder Ejecutivo de que el Proyecto era de interés nacional, la cual hacía falta, y que la solicitud mostraba determinadas deficiencias técnicas³⁷. Sin embargo, no divulgó los informes que habían servido de base para sus conclusiones. En consecuencia, ese mismo día, Industrias Infinito interpuso un recurso de apelación de esta decisión ante el MINAE³⁸. El MINAE le dio la razón a Industrias Infinito, y, el 20 de octubre de 2003, le ordenó a la SETENA que realizara una nueva evaluación de la solicitud de Industrias Infinito³⁹.
82. El 21 de abril de 2003, Industrias Infinito interpuso un segundo recurso de amparo ante la Sala Constitucional en contra de la SETENA por violación del debido proceso, solicitando la divulgación de los informes⁴⁰. La Sala Constitucional le dio la razón a Industrias Infinito y, el 25 de agosto de 2004, ordenó a la SETENA a que proporcionase copias de cualquier estudio interno y externo relativo al EIA⁴¹.
83. El 26 de noviembre de 2004, la Sala Constitucional se pronunció sobre el Amparo Murillo (la “**Sentencia de la Sala Constitucional de 2004**”). Sostuvo que la Concesión de 2002 violaba el Artículo 50 de la Constitución, el cual garantiza el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, debido a que la concesión fue otorgada con anterioridad a la aprobación del EIA. Específicamente, la Sala Constitucional sostuvo que, dada la definición del EIA en el Código de Minería, y en consonancia con el principio preventivo/precautorio⁴², “se desprende que el estudio de impacto ambiental es necesario para obtener la concesión de explotación”⁴³. La Sala Constitucional observó que el principio preventivo (precautorio) en materia ambiental había sido receptado por el régimen constitucional mediante una sentencia de 21 de diciembre de 2001, y se vio reforzado por el Artículo 34 del Código de Minería y el Artículo 9 del Reglamento al Código de Minería⁴⁴. Determinó asimismo que el Gobierno no había consultado previamente a las comunidades que podrían verse afectadas por

³⁶ CWS-Hernández 1, ¶ 119; Recurso de Amparo, Industrias Infinito S.A. (10 de marzo de 2003), **R-0006**.

³⁷ Resolución No. 272-2003-SETENA (11 de marzo de 2003), **C-0097**.

³⁸ R-Mem. Jur., ¶ 58.

³⁹ R-Mem. Jur., ¶ 60; Resolución No. 569-2003-MINAE (20 de octubre de 2003), **C-0106**.

⁴⁰ Segundo Recurso de Amparo, Industrias Infinito S.A. (21 de abril de 2003), **R-0008**.

⁴¹ CWS-Hernández 1, ¶ 124; Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (25 de agosto de 2004), **C-0113**.

⁴² La Sala Constitucional hace referencia al “principio de prevención”, aunque la traducción hace referencia al principio preventivo o principio precautorio de manera indistinta.

⁴³ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Sección IV, pág. 24 (PDF) (inglés), pág. 57 (PDF) (español), **C-0116**.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Sección IV, págs. 26-27 (PDF) (inglés), págs. 60-61 (PDF) (español), **C-0116**.

la concesión⁴⁵. Por lo tanto, la Sala Constitucional sostuvo que el otorgamiento de la Concesión de 2002 había violado el principio preventivo/precautorio y el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado⁴⁶. Por consiguiente, anuló la Concesión de 2002, “todo sin perjuicio de lo que determine el estudio de impacto ambiental”⁴⁷, que la Demandada traduce como “*without prejudice to what the environmental impact assessment may determine*”⁴⁸, mientras que la traducción de la Demandante es “*without prejudice to the findings of the Environmental Impact Assessment*”⁴⁹. El Tribunal determina que la traducción de la Demandada es más precisa.

84. El 12 de diciembre de 2005, la SETENA aprobó el EIA de Industrias Infinito⁵⁰.
85. En el mes de mayo de 2006, el Presidente Óscar Arias asumió el poder.
86. El 4 de diciembre de 2006, Industrias Infinito le solicitó a la Sala Constitucional que aclarara si la anulación de la Concesión de 2002 había sido “absoluta” o “relativa”, en cuyo caso estaría sujeta a saneamiento⁵¹. El 7 de junio de 2007, la Sala Constitucional concluyó que esta solicitud constituía una cuestión de derecho administrativo y que no tenía competencia para pronunciarse sobre el asunto⁵². Específicamente, la Sala Constitucional estableció lo siguiente:

I.- Si el recurrido [...] considera que ha subsanado la violación indicada por la Sala en [la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004], que anula la [Concesión de 2002] porque ya cuenta con los requisitos de realización de la audiencia pública y del Estudio de Impacto Ambiental (Es IA), que dice fue aprobado desde el día 12 de diciembre de 2005 por parte de la [SETENA], ello es un asunto que deberá plantear mediante el ejercicio de los procesos administrativos y jurisdiccionales correspondientes; pues el cumplimiento posterior de los requisitos cuya omisión llevaron a declarar con lugar el recurso de amparo interpuesto el 1 de abril de 2002, no tiene efecto invalidante de la sentencia; sino son efecto o consecuencia de su cumplimiento. Como consecuencia la gestión planteada resulta improcedente y así debe declararse.

II.- En cuanto a la determinación de la naturaleza de la nulidad–, si absoluta o relativa – de la [Concesión de 2002] [...], ello son aspectos

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Sección VII, págs. 30-32 (PDF) (inglés), págs. 64-66 (PDF) (español), **C-0116**.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Secciones V, VI y VIII, págs. 27-30, 32 (PDF) (inglés), págs. 61-64, 66 (PDF) (español), **C-0116**.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Parte Operativa, págs. 32-33 (PDF) (inglés), págs. 66-67 (PDF) (español), **C-0116**.

⁴⁸ R-Mem. Jur., ¶ 62 (énfasis en el original).

⁴⁹ C-CM Jur., ¶ 67. El Tribunal observa adicionalmente que la traducción al inglés de **C-0116** (pág. 32, PDF, inglés) proporcionada por la Demandante lo traduce así: “*without prejudice to that concluded by the Environmental Impact Assessment*.”

⁵⁰ Resolución No. 3638-2005-SETENA (12 de diciembre de 2005), **C-0134**.

⁵¹ RER-Ubico 1, ¶ 76.

⁵² Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), **C-0164**.

relacionados con la validez de los elementos del acto administrativo, cuyo contenido y trascendencia no pueden ni deben ser discutidos o determinados por esta vía de amparo, toda vez que constituye una cuestión de naturaleza administrativa que excede la competencia de este Tribunal. Ahora bien, debe tener presente el gestionante que la nulidad [de la Concesión de 2002] dispuesta en [la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004]; no es por haberse detectado vicios del acto administrativo propiamente, que como se dijo solo pueden ser declarados por las autoridades administrativas competentes o en su caso ante el juez común, sino por haber determinado la Sala que el acto dispuesto resultaba violatorio del principio preventivo y derecho constitucional al disfrute de un medio ambiente sano y equilibrado, que contempla la Constitución Política. **La posibilidad de sanear la concesión o la imposibilidad de hacerlo en virtud de que se trata de una nulidad absoluta o relativa, no forma parte del objeto de la acción de amparo, se trata de un tema que como se expresó supra, corresponde determinarse en el ámbito administrativo o en la jurisdicción ordinaria.** La sentencia de amparo cuya aclaración se solicita tiene un efecto y objeto singular y específico, sin que pueda pronunciarse sobre las decisiones o acciones que a partir de la sentencia deba adoptar la Administración. La sentencia que resuelve el amparo, conforme a sus presupuestos fácticos y a las normas jurídicas aplicables, no contempla la determinación sobre la naturaleza absoluta o relativa de los yerros u omisiones que contiene la concesión; la determinación de ese extremo no es competencia de esta instancia, pues la posibilidad de corregir, sanear un vicio de trascendencia legal, o la imposibilidad de hacerlo, es un tema que debe resolverse conforme a las definiciones y límites que contiene la legislación ordinaria. La naturaleza de los vicios procesales, aplicando la terminología tradicional, según se trate de yerros relativos o absolutos, son categorías conceptuales cuya aplicación corresponde a los procesos que se desarrollan ante la jurisdicción ordinaria. Por lo expuesto, se debe rechazar la gestión formulada en todos sus extremos.⁵³

87. El 31 de octubre de 2007, el MINAE otorgó el recurso de 2002 interpuesto por el Sr. Pacheco en contra de la Concesión de 2002 de Industrias Infinito, basándose en la determinación de 2004 de la Sala Constitucional según la cual la Concesión de 2002 violaba el Artículo 50 de la Constitución⁵⁴.
88. El 1 de enero de 2008, entró en vigencia un nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo⁵⁵. Este Código permitió que los particulares con intereses difusos impugnaran la legalidad de los actos administrativos ante el Tribunal Contencioso Administrativo (“TCA”).
89. El 4 de febrero de 2008, la SETENA aprobó un EIA modificado⁵⁶.

⁵³ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), Considerandos I y II (énfasis agregado), **C-0164**.

⁵⁴ Resolución No. R-613-2007-MINAE (31 de octubre de 2007), **R-0079**.

⁵⁵ CWS-Hernández 1, ¶ 189.

⁵⁶ Resolución No. 170-2008-SETENA (4 de febrero de 2008), **C-0170**.

90. El 18 de marzo de 2008, el Presidente Arias emitió un decreto que derogaba la Moratoria de 2002, el cual entró en vigor el 4 de junio de 2008⁵⁷.
91. El 21 de abril de 2008, el Presidente Arias y el MINAE le otorgaron una concesión de explotación a Industrias Infinito (la “**Concesión de 2008**” o la “**Concesión**”), utilizando la figura de la “conversión” del derecho administrativo (a saber, la concesión previamente anulada es convertida en una de carácter válido)⁵⁸. Industrias Infinito había solicitado que su Concesión de 2002 se subsanara mediante el concepto de saneamiento, pero el Gobierno consideró que resultaba más apropiado convertirla⁵⁹. No es materia de controversia que una conversión no restablece la concesión original (como sería el caso con un saneamiento), sino que crea una nueva concesión⁶⁰.
92. El 13 de octubre de 2008, el Presidente Arias calificó al Proyecto Crucitas como de interés nacional⁶¹.
93. El 17 de octubre de 2008, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (el “**SINAC**”)⁶² autorizó la tala de árboles en el terreno del Proyecto Crucitas⁶³. Industrias Infinito dio comienzo a la tala ese mismo día⁶⁴.
94. El 19 de octubre de 2008, la ONG UNOVIDA interpuso un recurso de amparo contra la Concesión de 2008 de Industrias Infinito con base en la violación del Artículo 50 de la Constitución⁶⁵. La ONG FECON interpuso un recurso de amparo similar el 23 de octubre de 2008⁶⁶.
95. El 20 de octubre de 2008, la Sala Constitucional dictó un auto de medidas cautelares provisional por el cual se suspendían las operaciones de tala, la ejecución del Proyecto Las Crucitas, y la implementación del decreto por el que se declaraba de interés nacional el Proyecto⁶⁷.

⁵⁷ Decreto No. 34492-MINAE (18 de marzo de 2008), **C-0172**.

⁵⁸ Resolución No. R-217-2008-MINAE (21 de abril de 2008), **C-0176**.

⁵⁹ Carta de Industrias Infinito a la DGM (30 de mayo de 2007), **C-0527**; Resolución No. R-217-2008-MINAE (21 de abril de 2008), Considerando Segundo, pág. 19 (PDF) (inglés), pág. 40 (PDF) (español), **C-0176**.

⁶⁰ CER-Hernández-Rojas 1, ¶ 67; RER-León 2, ¶ 109, Tabla 5; Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 (5 de febrero de 1978), Artículo 189, **C-0014**.

⁶¹ Decreto Ejecutivo No. 34801-MINAET (13 de octubre de 2008), **C-0196**.

⁶² En idioma español: Sistema Nacional de Áreas de Conservación.

⁶³ Resolución No. 244-2008-SCH (17 de octubre de 2008), **C-0197**.

⁶⁴ R-Mem. Jur., ¶ 78.

⁶⁵ R-Mem. Jur., ¶ 78, que cita RER-Ubico 1, ¶ 80 y Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), **C-0225**.

⁶⁶ R-Mem. Jur., ¶ 78, que cita RER-Ubico 1, ¶ 80 y Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), **C-0225**.

⁶⁷ R-Mem. Jur., ¶ 79, que cita RER-Ubico 1, ¶ 80 y Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), **C-0225**.

96. En el mes de noviembre de 2008, el Sr. Jorge Lobo y APREFLOFAS interpusieron recursos ante el TCA solicitando la anulación de varios actos administrativos, incluyendo (i) la resolución de la SETENA que declaró la viabilidad ambiental del Proyecto; (ii) la resolución de la SETENA que aprobó la modificación del Proyecto Crucitas; (iii) la resolución del MINAE que otorgó la Concesión de 2008; y (iv) el Decreto Ejecutivo que declaró de interés nacional el Proyecto⁶⁸. Los recurrentes también le solicitaron al TCA que ordenara a Industrias Infinito y a Costa Rica a restablecer el sitio y a proporcionar compensación por daño ambiental⁶⁹.
97. El 16 de abril de 2010, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia rechazó los recursos de amparo de UNOVIDA y FECON y levantó la medida cautelar contra de las operaciones de tala (la “**Sentencia de la Sala Constitucional de 2010**”)⁷⁰. En una decisión por mayoría de 279 páginas de extensión y tras la ponderación de numerosas pruebas, la Sala Constitucional sostuvo que el Proyecto Crucitas (y por lo tanto la Concesión de 2008 y los demás actos administrativos citados en el párrafo precedente) no violaban el derecho constitucional de los recurrentes a un ambiente sano⁷¹. Las Partes están en desacuerdo sobre si la Sala Constitucional arribó a conclusiones respecto de la legalidad subyacente de estos actos administrativos⁷². La sentencia solo hace referencia a la Moratoria de 2002 como una cuestión de hecho y no aborda el impacto de la Moratoria en el Proyecto Crucitas⁷³.
98. También el 16 de abril de 2010, el TCA dictó su propia medida cautelar provisional impidiendo el avance del Proyecto Crucitas⁷⁴.
99. El 29 de abril de 2010, el Presidente Arias dictó un nuevo decreto declarando una nueva moratoria para la actividad de minería de oro a cielo abierto (que se entiende

⁶⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 3 (español), pág. 3 (inglés), **C-0239**.

⁶⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 4 (español), pág. 4 (inglés), **C-0239**.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), **C-0225**. El rechazo fue con una excepción: la Corte Suprema de Justicia ratificó el recurso de amparo con respecto a la alegación de que el EIA había sido aprobado sin la declaratoria previa del Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (“**SENARA**”). Sin embargo, no anuló la resolución por la cual se otorgó el EIA ni la Concesión de 2008, puesto que el SENARA había emitido posteriormente su declaratoria, aunque ordenó al Estado el pago de una indemnización por daños por no haber cumplido con este requisito. Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Considerandos LXIX, CXXI, **C-0225**.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Considerando CXXI, **C-0225** (“[D]e acuerdo a las consideraciones dadas en esta sentencia, se descartan las demás violaciones aducidas al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en los términos reconocidos por el artículo 50 de la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional”).

⁷² Véanse, por ejemplo, C-CM Jur., ¶¶ 76; C-Mem. Fondo, ¶¶ 157-158; C-Réplica Fondo, ¶ 274; CER-Hernández-Rojas 1, ¶¶ 84-104; R-Mem. Jur., ¶ 82; R-CM Fondo, ¶ 97.

⁷³ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Resultando No. 105, **C-0225**.

⁷⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución No. 1377-2010 (16 de abril de 2010), **C-0226**.

como la exploración, explotación y procesamiento de oro utilizando cianuro o mercurio en la tarea de recuperación del mineral), el cual entró en vigor el 11 de mayo de 2010 (el “**Decreto de Moratoria Arias**”)⁷⁵.

100. El 8 de mayo de 2010, la Presidenta Chinchilla asumió el poder y dictó un decreto que esencialmente ratificó el Decreto de Moratoria Arias (el “**Decreto de Moratoria Chinchilla**”, al que se hace referencia conjuntamente con el Decreto de Moratoria Arias como “**Moratoria de 2010**” o “**Moratoria Ejecutiva de 2010**”). Declaró asimismo una moratoria por tiempo indefinido para las actividades de minería de oro a cielo abierto, entendida como las actividades mineras que utilizan cianuro y mercurio en el procesamiento del mineral⁷⁶. El Decreto de Moratoria Chinchilla entró en vigor el 11 de mayo de 2010. Sin embargo, el 27 de julio de 2010, la Presidenta Chinchilla emitió una carta reconociendo tanto la Sentencia de la Sala Constitucional de 2010 como la posibilidad de generarse responsabilidad gubernamental de llegar a cancelarse la Concesión de 2008⁷⁷.
101. Entretanto, el 11 de junio de 2010, los activistas ambientales Carlos y Douglas Murillo interpusieron un recurso de amparo ante la Sala Constitucional con base en que la Concesión de Industrias Infinito violaba la Moratoria de 2002⁷⁸. La Sala Constitucional declaró sin lugar este recurso el 24 de agosto de 2010, aduciendo que no era competente para analizar la legalidad de la concesión de explotación (incluyendo su conversión) o la de los actos administrativos relacionados⁷⁹. Específicamente, la Sala Constitucional manifestó lo siguiente⁸⁰:

[A] pesar de que esta Sala comprueba que en efecto al 20 de mayo del 2008 (fecha en que se dictó la resolución R-217-2008-MINAE [aprobando la Concesión de 2008]) estaba todavía vigente el decreto ejecutivo número 30477-MINAE (emitido el 12 de junio del 2002 y derogado el 04 de junio del 2008) [es decir, la Moratoria de 2002], y que dicho decreto establecía que los derechos adquiridos serían respetados, **no es asunto de constitucionalidad sino de legalidad el examinar y valorar si una concesión minera viola un decreto ejecutivo**. [...]

[A] pesar de que esta Sala comprueba que mediante la citada resolución de este Tribunal Constitucional se anuló la resolución que otorgaba la concesión minera a la empresa en cuestión, número R-578-2001-MINAE [la Concesión de 2002], y que los recurridos interpretaron que dicha nulidad era una nulidad relativa por lo que procedía la figura de la ‘conversión del acto administrativo’ establecida en el artículo 164 de la Ley

⁷⁵ Decreto No. 35982-MINAET (29 de abril de 2010), **R-0032**.

⁷⁶ Decreto Ejecutivo No. 36019-MINAE (8 de mayo de 2010), **C-0229**.

⁷⁷ Carta de la Presidenta Chinchilla (27 de julio de 2010), **C-0233**.

⁷⁸ RER-Ubico 1 ¶ 84, que cita Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2010-014009 (24 de agosto de 2010), ¶ 1, **R-0028**.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2010-014009 (24 de agosto de 2010), **R-0028**.

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2010-014009 (24 de agosto de 2010), Considerando V, págs. 1-2 (PDF) (inglés), págs. 12-13 (PDF) (español) (énfasis agregado), **R-0028**.

General de la Administración Pública, **no es asunto de constitucionalidad sino de legalidad el examinar y valorar si los recurridos procedieron de forma correcta o no al ‘convertir’ el otorgamiento de la concesión minera que había sido previamente anulada por este Tribunal Constitucional.**

102. El 24 de noviembre de 2010, el TCA emitió un resumen verbal de su sentencia sobre la solicitud de anulación interpuesta por el Sr. Lobos y APREFLOFAS, declarando que todas las solicitudes de anulación habían sido otorgadas (la “**Sentencia del TCA de 2010**”)⁸¹. El TCA dictó su sentencia escrita completa el 14 de diciembre de 2010⁸², donde, *inter alia*, rechazó la defensa de cosa juzgada planteada por Industrias Infinito y el Gobierno⁸³, y anuló la Concesión de 2008 de Industrias Infinito junto con las decisiones administrativas relacionadas⁸⁴. El fundamento principal para esta anulación fue que, cuando la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 anuló la Concesión de 2002, esa anulación detentaba la calidad de anulación absoluta y, por ende, invalidaba los derechos de Industrias Infinito *ab initio*. Por consiguiente, no existía concesión alguna que pudiera “convertirse” en una nueva. En consecuencia, cuando el Gobierno otorgó la Concesión de 2008 a Industrias Infinito, se trató necesariamente de una nueva concesión, que, por ende, violaba la Moratoria de 2002, en vigor en ese momento⁸⁵. El TCA determinó asimismo que la conversión de la Concesión había violado el principio de inderogabilidad singular de la norma, conforme al cual el

⁸¹ RER-Ubico 1 ¶ 89, que cita el Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley No. 8508 (28 de abril de 2006) (“**CPCA**”), Artículo 111(1), **R-0082**.

⁸² Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), **C-0239**. Las Partes también hacen referencia a esta sentencia como la “Sentencia del TCA de 2010”.

⁸³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 134 (español), pág. 134 (inglés), **C-0239**.

⁸⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 135 (español), pág. 135 (inglés), **C-0239**. Específicamente, la sentencia anuló las siguientes resoluciones (véase también RER-Ubico 1, ¶ 81):

- (i) Resolución No. 3638-2005-SETENA, por la cual SETENA declaró la viabilidad ambiental por un período de 2 años para la fase de extracción del Proyecto Crucitas, bajo términos y condiciones específicos;
- (ii) Resolución No. 170-2008-SETENA, por la cual SETENA aprobó la modificación del Proyecto Crucitas;
- (iii) Resolución No. R-217-2008-MINAE, por la cual el Presidente de Costa Rica y el Ministro del Ambiente y Energía otorgaron la concesión minera a Industrias Infinito;
- (iv) Resolución No. 244-2008-MINAE (el Tribunal observa que ninguna de las Partes ha hecho referencia a este documento);
- (v) Resolución No. 244-2008-SCH, por la cual el Área de Conservación Arenal-Huetar Norte a través de la Subregión San Carlos-Los Chiles, autorizó el cambio de uso de suelo en áreas de bosque, en áreas de uso agropecuario sin bosque, y en áreas de plantación;
- (vi) Decreto Ejecutivo No. 34801-MINAET, por el cual el Presidente de Costa Rica y el Ministro del Ambiente y Energía declararon de interés público y conveniencia nacional el Proyecto Crucitas.

⁸⁵ RER-León 1, ¶¶ 184-188; Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), págs. 64-65, 67, 76-77 (español), págs. 64-65, 67, 76-77 (inglés), **C-0239**.

Gobierno no puede anular una norma general mediante un acto específico⁸⁶. Además, tal como se analizará en la Sección V.C *infra* (que aborda la objeción de ilegalidad presentada por la Demandada), el TCA declaró también que la Concesión de 2008 presentaba otras deficiencias jurídicas y técnicas, y sostuvo que Industrias Infinito había incurrido en “fraude de ley”⁸⁷.

103. El TCA ordenó *inter alia*: (i) que el MINAE cancelara la Concesión de 2008⁸⁸; (ii) que Industrias Infinito y el Gobierno facilitaran la restauración del sitio, con la cuantificación de daños a determinarse en un procedimiento diferente del TCA⁸⁹; y (iii) que se diera traslado del expediente al fiscal a efectos de determinar si debería iniciarse un proceso penal contra funcionarios del Gobierno (incluido el Presidente Arias)⁹⁰.
104. En el mes de diciembre de 2010, la legislatura costarricense sancionó la reforma al Código de Minería que prohibió la actividad minera a cielo abierto, la cual entró en vigor el 10 de febrero de 2011 (la “**Prohibición Legislativa de la Minería de 2011**”)⁹¹. Tal como se analiza más adelante cuando se aborda la objeción de ilegalidad presentada por la Demandada, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 prohibió la explotación minera en áreas declaradas parques nacionales, reservas biológicas, reservas forestales y refugios estatales de vida silvestre, y declaró determinadas zonas de reserva minera⁹². Limitó asimismo la actividad minera de algunas reservas a “las cooperativas de trabajadores para el desarrollo de minería en pequeña escala para subsistencia familiar, artesanal y coligalleros de las comunidades vecinas a la explotación minera, tomando como base la cantidad de afiliados a dichas cooperativas”⁹³. Agregó en forma explícita una nueva disposición al Código de Minería que establece que “[n]o se otorgarán permisos ni concesiones para actividades de exploración y explotación de minería metálica a cielo abierto en el territorio nacional” y

⁸⁶ RER-León 1, ¶¶ 247-253; Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 65 (español), pág. 65 (inglés), **C-0239**.

⁸⁷ RER-León 1, ¶¶ 218-223; Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), págs. 82, 105-106, 108 (español), págs. 82, 104-107 (inglés), **C-0239**.

⁸⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 136 (español), pág. 136 (inglés), **C-0239**.

⁸⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), págs. 135-136 (español), págs. 135-136 (inglés), **C-0239**.

⁹⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 136 (español), pág. 136 (inglés), **C-0239**.

⁹¹ Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), **C-0238**. En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal utilizó el término “Moratoria Legislativa”. Tras haber analizado esta ley en el contexto del fondo, concluye que el término Prohibición Legislativa de la Minería resulta más adecuado.

⁹² Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Artículo 1 (que modificó el Artículo 8 del Código de Minería), **C-0238**.

⁹³ Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Artículo 1 (que modificó el Artículo 8 del Código de Minería) (español), **C-0238**.

“[s]e establece que como excepción se otorgarán, únicamente, permisos de exploración con fines científicos y de investigación”⁹⁴.

105. El 18 de enero de 2011, Industrias Infinito interpuso un recurso de casación contra la Sentencia del TCA de 2010 ante la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, que tuvo el efecto de suspender la sentencia recurrida⁹⁵.
106. El 10 de febrero de 2011, entró en vigor la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011⁹⁶.
107. El 11 de noviembre de 2011, Industrias Infinito solicitó a la Sala Constitucional que declarase la inconstitucionalidad de la Sentencia del TCA de 2010 debido a que contrariaba las sentencias anteriores de la Sala Constitucional, en particular, la Sentencia de la Sala Constitucional de 2010⁹⁷.
108. El 30 de noviembre de 2011, la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia rechazó el recurso de casación de Industrias Infinito, y ratificó las conclusiones principales de la Sentencia del TCA de 2010 (la “**Sentencia de la Sala Administrativa de 2011**”)⁹⁸. En particular, ratificó las decisiones del TCA en materia de cosa juzgada, inderogabilidad de la norma, nulidad de la Concesión de 2002 y aplicabilidad de la Moratoria de 2002⁹⁹. No se pronunció respecto de las conclusiones del TCA sobre deficiencias técnicas y fraude de ley¹⁰⁰.

⁹⁴ Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Artículo 2 (que agregó un nuevo Artículo 8 *bis* al Código de Minería) (español), **C-0238**.

⁹⁵ Escritos de Industrias Infinito S.A. ante la Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Expediente No. 08-1282-1027-CA (18 de enero de 2011), **C-0248**.

⁹⁶ Las Partes difieren respecto de la fecha en la cual entró en vigor la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011. En tanto la Demandada alega que fue el 10 de febrero de 2011 (R-Mem. Jur., ¶ 141), la Demandante afirma que fue el 11 de febrero de 2011 (C-CM Jur., ¶ 128, que cita CWS-Hernández 1, ¶ 201). A juicio del Tribunal, el expediente sugiere que la fecha correcta es el 10 de febrero de 2011: la Reforma al Código de Minería (**C-0238**) establece que entra en vigor en la fecha de su publicación, y la fecha de publicación parece haber sido el 10 de febrero de 2011. En cualquier caso, esta discrepancia no tiene impacto alguno en los argumentos de las Partes.

⁹⁷ RER-Ubico 1, ¶ 112; Acción de Inconstitucionalidad, Industrias Infinito ante la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional) (11 de noviembre de 2011), **C-0259**.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), **C-0261**.

⁹⁹ RER-León 1, ¶¶ 267-286; Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerandos XIV-XVIII, LVI, LVIII-LIX, **C-0261**.

¹⁰⁰ Según la Dra. León, no lo hizo porque sus decisiones anteriores resultaban suficientes para anular los actos administrativos relevantes. RER-León 1, ¶¶ 285-286; Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerandos LII, LIII, LX, **C-0261**.

109. El 9 de enero de 2012, el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (“**MINAET**”) canceló la Concesión de 2008 de Industrias Infinito (la “**Resolución del MINAET de 2012**”)¹⁰¹. En su parte operativa la resolución estableció lo siguiente¹⁰²:

En virtud de lo expuesto en debido acatamiento de la sentencia conforme lo establecen los artículos 156 inciso 1 y 158 del Código Procesal Contencioso Administrativo, se procede en este acto a declarar la cancelación de la concesión de explotación minera otorgada a favor de la empresa Industrias Infinito S.A., otorgada por resolución del Poder Ejecutivo N° R-217-2008-MINAE de las 15 horas del 21 de abril del 2008, misma que fue anulada por la sentencia N° 4399-2010 de las 16 horas del 14 de diciembre del 2010, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, sección IV. Archívese el expediente administrativo 2594, libérese el área del Padrón Minero.

110. El 12 de abril de 2012, APREFLOFAS y el Sr. Jorge Lobo Segura solicitaron al TCA que ejecutara la Sentencia del TCA de 2010¹⁰³ y, específicamente, que ordenara que Industrias Infinito, el SINAC, y el Estado reparasen el daño ambiental causado al sitio¹⁰⁴.
111. El 30 de abril de 2012, se designó un panel de cuatro peritos para evaluar la cuantificación del daño ambiental y cualquier medida de reparación¹⁰⁵. Este panel emitió su dictamen pericial el 8 de junio de 2012, el cual estimó el daño ambiental en la suma de USD 6,4 millones y recomendó determinadas medidas de reparación que debían implementarse¹⁰⁶.
112. El 19 de junio de 2013, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Industrias Infinito (que había sido presentado el 11 de noviembre de 2011), sosteniendo que el recurso era inadmisibles debido a que la Sala Administrativa ya había dictado su fallo (la “**Sentencia de la Sala Constitucional de 2013**”)¹⁰⁷.

¹⁰¹ Resolución No. 0037, MINAET, Expediente No. 2594 (9 de enero de 2012), **C-0268**.

¹⁰² Resolución No. 0037, MINAET, Expediente No. 2594 (9 de enero de 2012), **C-0268**.

¹⁰³ A modo de recordatorio, la Sentencia del TCA de 2010 había *inter alia* ordenado a Industrias Infinito, al SINAC y al Estado que repararan el daño ambiental causado por las actividades de tala llevadas a cabo en la propiedad de Industrias Infinito con posterioridad a la emisión de la Resolución No. 244-2008-SCH. El TCA especificó que el monto de estos daños ambientales debería determinarse durante el proceso de ejecución de la Sentencia del TCA de 2010 sobre la base de un dictamen pericial. Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 135 (español), pág. 135 (inglés), **C-0239**.

¹⁰⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia No. 1438-2015 (24 de noviembre de 2015), ¶ A, **C-0305**.

¹⁰⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia No. 1438-2015 (24 de noviembre de 2015), ¶ F, **C-0305**.

¹⁰⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia No. 1438-2015 (24 de noviembre de 2015), ¶ H, **C-0305**.

¹⁰⁷ R-Mem. Jur., ¶ 120; Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (19 de junio de 2013), **C-0283**.

113. Industrias Infinito salió del sitio de Crucitas el 10 de septiembre de 2015¹⁰⁸.
114. El 24 de noviembre de 2015, sobre la base del informe pericial mencionado *supra*, el TCA ordenó que Industrias Infinito, el SINAC y el Estado pagaran la suma de USD 6,4 millones por concepto de daño ambiental dentro de los seis meses siguientes (la “**Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015**”)¹⁰⁹.
115. Tras la interposición de recursos de apelación por parte del SINAC y del Estado, el 6 de diciembre de 2017, la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia revocó la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015 por falta de motivación y remitió el expediente al TCA (“**Sentencia de la Sala Administrativa de 2017**”)¹¹⁰. Más específicamente, la Sala Administrativa sostuvo que el TCA no evaluó el informe pericial sobre el daño ambiental, no hizo referencia alguna a las posiciones de las partes y no justificó la tasa que aplicó para determinar el monto de los daños¹¹¹.
116. El 14 de enero de 2019, el TCA invitó a las partes del procedimiento de ejecución de la Sentencia del TCA de 2010 a que formularan comentarios respecto de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2017 dentro de los cinco días hábiles siguientes¹¹². El TCA informó asimismo a las partes involucradas que podrían resolver su diferencia mediante un proceso de conciliación¹¹³.
117. El 22 de enero de 2019, Industrias Infinito presentó un escrito ante el TCA en el que alegó que el área de Crucitas había sufrido daño ambiental adicional desde la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015 debido a un huracán y a actividades de minería ilegales por parte de terceros¹¹⁴.
118. El 22 de febrero de 2019, observando que las partes no se habían opuesto a un procedimiento de conciliación, el TCA dio traslado del expediente al área de conciliación del TCA¹¹⁵. Según la Demandada, esto equivale a una suspensión del procedimiento¹¹⁶, y la Demandante no lo ha controvertido.

¹⁰⁸ CWS-Rojas 1, ¶ 206.

¹⁰⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia No. 1438-2015 (24 de noviembre de 2015), pág. 14 (PDF) (inglés), pág. 29 (PDF) (español), **C-0305**.

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia No.1567-F-S1-2017 (6 de diciembre de 2017), pág. 40 (PDF) (español), **C-0859**.

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia No.1567-F-S1-2017 (6 de diciembre de 2017), Considerando IX, págs. 36-39 (PDF) (español), **C-0859**.

¹¹² Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución (14 de enero de 2019), pág. 4 (PDF) (español), **C-0861**.

¹¹³ Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución (14 de enero de 2019), pág. 4 (PDF) (español), **C-0861**.

¹¹⁴ Contestación de Audiencia sobre Ejecución de Sentencia (22 de enero de 2019), **C-0862**.

¹¹⁵ Notificación de Conciliación (22 de febrero de 2019), **R-0370**.

¹¹⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 207. El Tribunal nota que la numeración de los párrafos entre las versiones en inglés y español de la Dúplica no coinciden. El Tribunal ha usado la numeración de la versión

IV. ALCANCE DE ESTA DECISIÓN

119. Tal como fue acordado por las Partes y quedó reflejado en el Anexo A de la Resolución Procesal No. 1, el presente procedimiento ha sido bifurcado entre jurisdicción y fondo.
120. En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal rechazó todas las objeciones preliminares de la Demandada (ya sea que se refiriesen a la jurisdicción o admisibilidad), con excepción de las siguientes, que fueron pospuestas a la presente fase:
- a. Si la inversión de la Demandante cumple con el Artículo I(g) del TBI (más específicamente, si se trata de una inversión realizada de conformidad con la legislación costarricense). Esta objeción fue planteada por primera vez por APREFLOFAS, aunque fue respaldada posteriormente por la Demandada en su Memorial de Contestación¹¹⁷.
 - b. Si el Tribunal carece de jurisdicción *ratione temporis* debido a que las reclamaciones se encuentran prescritas en virtud del período de prescripción de tres años contenido en el Artículo XII(3)(c) del TBI. En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal también pospuso a la etapa del fondo el análisis de si esta objeción concierne a la jurisdicción o la admisibilidad, en caso de que ello resulte relevante¹¹⁸.
 - c. Si la Demandante puede invocar la cláusula de la Nación Más Favorecida (“NMF”) prevista en el Artículo IV del TBI a efectos de “evitar” los defectos jurisdiccionales en el presente caso. En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal observó que esta objeción solo mantenía su relevancia con respecto a la objeción de prescripción. Ya que la Demandante invoca la cláusula NMF con carácter subsidiario, el Tribunal abordará el argumento de NMF solo si ratificare esta última objeción¹¹⁹.
121. Además, en la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal sostuvo que la aplicación de la Sección III(1) del Anexo I del TBI era una cuestión de fondo, no de jurisdicción¹²⁰. Como explicó el Tribunal en esa Decisión, esta disposición “[n]o se relaciona con el consentimiento del Estado a someter una diferencia a arbitraje, ni tampoco con si una reclamación puede ser considerada o no; se relaciona con determinar si una medida particular ha incumplido o no el TBI”¹²¹. El Tribunal procederá a analizar esta disposición al término de su análisis del fondo, en el supuesto de que determine que algunas de las reclamaciones sobre el fondo son fundadas.

en inglés. Cuando es necesario, la versión en español del Laudo indica en corchetes el párrafo equivalente de la versión en español de la Dúplica.

¹¹⁷ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 135-140; R-CM Fondo, Sección III.C.

¹¹⁸ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 174, Secciones IV.C.4.b y IV.C.4.c.

¹¹⁹ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 360-362.

¹²⁰ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 358.

¹²¹ *Ibid.*

122. El presente Laudo aborda en primer lugar las objeciones preliminares restantes presentadas por la Demandada. En la medida en que éstas sean desestimadas, procederá entonces a abordar el fondo de la diferencia.

V. JURISDICCIÓN / ADMISIBILIDAD

A. DERECHO APLICABLE A LA JURISDICCIÓN

123. Tal como se observó en la Decisión sobre Jurisdicción, no se disputa que (i) la jurisdicción se rige por el Artículo 25 del Convenio CIADI y el TBI¹²²; (ii) la interpretación del Convenio CIADI y del TBI se rige por los principios sobre interpretación de los tratados del derecho internacional consuetudinario según su codificación en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (“CVDT”)¹²³; y (iii) el Tribunal tiene la autoridad para pronunciarse respecto de su propia jurisdicción¹²⁴.

B. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

1. La Posición de la Demandada

124. La Demandada objeta la jurisdicción del Tribunal por las siguientes causales:
- a. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* y *ratione voluntatis*, debido a que la inversión de la Demandante no fue propiedad ni estuvo controlada de conformidad con el derecho costarricense tal como lo exige el Artículo I(g) del TBI. Si bien la Demandada no controvierte que la Demandante ha realizado una inversión en Costa Rica, aduce que la Concesión de 2008 fue obtenida por fraude y declaraciones falsas, tuvo serias fallas según el derecho costarricense y podría haber sido obtenida por medio de actos de corrupción¹²⁵.
 - b. El Tribunal no tiene jurisdicción *ratione temporis* porque las reclamaciones están prescritas conforme al período de prescripción de tres años impuesto por el Artículo XII(3)(c) del TBI. Esto obedece a que la Demandante adquirió conocimiento de la supuesta violación y del daño que causó en el momento en que se dictó la Sentencia del TCA de 2010 el 24 de noviembre de 2010, esto es, con anterioridad a la fecha de corte de 6 de febrero de 2011¹²⁶.
 - c. En el supuesto de que el Tribunal concluyere que las reclamaciones se encuentran prescritas en virtud del Artículo XII(3)(c), la Demandante no podrá invocar la cláusula NMF para intentar eludir esta conclusión invocando una disposición de

¹²² Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 118.

¹²³ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 119.

¹²⁴ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 120.

¹²⁵ R-CM Fondo, Sección III.C.

¹²⁶ R-CM Fondo, Sección III.A.

limitación temporal más favorable en otro tratado. La Demandante no ha demostrado de qué manera ha sido objeto de un trato menos favorable, y el Artículo XII del TBI contiene requisitos jurisdiccionales que no pueden ser eludidos por operación de la cláusula NMF. La cláusula NMF del TBI no abarca de manera explícita la resolución de controversias, aunque la opinión mayoritaria es que las cláusulas NMF no resultan aplicables a la solución de controversias¹²⁷.

2. La Posición de la Demandante

125. La Demandante arguye que las objeciones jurisdiccionales de la Demandada carecen de fundamento:
- a. Con respecto a las objeciones *ratione materiae* y *voluntatis*, la Demandante afirma que su inversión recae dentro del alcance del Artículo I(g) del TBI, debido a que (i) era válida en el momento de su adquisición, que es el momento relevante para determinar su legalidad; (ii) cualquier infracción de la ley costarricense no fue lo suficientemente grave como para privar de jurisdicción del Tribunal y, en cualquier caso, son atribuibles principalmente al propio Estado; (iii) la Demandada está impedida de argumentar la ilegalidad de las medidas emitidas por sus propios funcionarios; y (iv) no hay evidencia alguna de corrupción¹²⁸.
 - b. En relación con la objeción *ratione temporis* planteada por la Demandada, la evidencia muestra que la Demandante supo, y solo podía haber sabido, de la violación del TBI por la Demandada y que Infinito había sufrido daños el 30 de noviembre de 2011, es decir, la fecha en la cual la Sala Administrativa anuló las resoluciones que restituían la concesión de explotación de la Demandante y otros permisos clave, y en la cual la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 por primera vez hizo imposible que la Demandante solicitara otra concesión de explotación actualizada¹²⁹.
 - c. Por último, aún en el supuesto de que el Tribunal determinare que las reclamaciones se encuentran prescritas con arreglo al Artículo XII(3)(c), la Demandante sostiene que el Artículo IV(a) del TBI (que incluye una cláusula NMF) le permite beneficiarse de los mecanismos de resolución de controversias más favorables en virtud de los tratados bilaterales de inversión de la Demandada con Taiwán y la República de Corea que no contienen limitaciones temporales¹³⁰.

¹²⁷ R-CM Fondo, Sección III.B.

¹²⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 381.

¹²⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 382.

¹³⁰ C-Réplica Fondo, ¶¶ 488-494.

C. ¿LA DEMANDANTE ES PROPIETARIA O TIENE EL CONTROL DE LA INVERSIÓN DE ACUERDO CON EL DERECHO DE COSTA RICA?

1. La Posición de la Demandada

126. Durante la fase jurisdiccional, la posición de la Demandada fue que las pruebas eran insuficientes para argüir que “toda la inversión de Infinito se logró mediante fraude, corrupción y otros ilícitos”¹³¹. Sin embargo, en su Memorial de Contestación, alegó que “nueva evidencia que sugiere que la Concesión, de hecho, fue obtenida por corrupción salió a la luz a partir de la Audiencia sobre [J]urisdicción. Habiendo reservado sus derechos previamente con respecto a esta cuestión, Costa Rica ahora los ejerce y objeta la jurisdicción del Tribunal sobre esta base”¹³².
127. La posición de la Demandada durante esta fase ha sido que el Tribunal carece de jurisdicción sobre la totalidad del caso de la Demandante porque la propiedad o el control de la Concesión de 2008 de la Demandante no se ejercía de acuerdo con el derecho de Costa Rica, según lo exigido por el Artículo I(g) del TBI. Por ende, la Demandada arguye que la inversión de la Demandante está fuera del alcance de la protección del TBI y el consentimiento al arbitraje de Costa Rica. En consecuencia, el Tribunal carecería de jurisdicción *ratione materiae* y *ratione voluntatis*¹³³.
128. El argumento de la Demandada es, en esencia, el siguiente: el Artículo I(g) del TBI exige de forma expresa que la inversión sea propiedad o esté controlada de acuerdo con el derecho de Costa Rica (a). La Demandante no era propietaria o no tenía el control de la inversión de acuerdo con el derecho de Costa Rica (b).

a. El Artículo I(g) del TBI Exige que la Inversión sea Propiedad o Esté Controlada de Acuerdo con el Derecho de Costa Rica

129. Tal como se indicó en la Decisión sobre Jurisdicción, el TBI exige de forma expresa que la inversión sea “propiedad” o esté “controlada” de acuerdo con el derecho de Costa Rica¹³⁴. La Demandada alega que “[e]s indiscutible y queda bien establecido en la ley de inversiones que si un tratado contiene una disposición que requiere que las inversiones cumplan con las leyes de un Estado anfitrión, las inversiones que son ilegales bajo esa ley no están protegidas por el BIT y recaen fuera del alcance del consentimiento del Estado para el arbitraje”¹³⁵. Invocando el caso *Anderson*, la Demandada asimismo alega que, si una inversión no es de propiedad o no está

¹³¹ R-Réplica Jur., ¶ 337.

¹³² R- CM Fondo, ¶ 296.

¹³³ R- CM Fondo, ¶ 297.

¹³⁴ R- CM Fondo, ¶ 301; Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 138, 235(iii).

¹³⁵ R-CM Fondo, ¶ 298, que cita *inter alia* *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo, 16 de agosto de 2007 (“*Fraport I*”), ¶ 339, **CL-0207**; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2000 (“*Inceysa*”), ¶ 207, **RL-0183**; *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 31 de julio de 2001 (“*Salini*”), ¶ 46, **RL-0184**.

controlada de acuerdo con el derecho de Costa Rica, no calificará como inversión con arreglo al TBI¹³⁶.

130. Las consecuencias son tres. En primer lugar, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae*, porque las protecciones sustantivas del TBI resultan aplicables solamente a las inversiones definidas según el TBI¹³⁷. En segundo lugar, también carece de jurisdicción *ratione voluntatis*, porque el consentimiento al arbitraje de Costa Rica en virtud del TBI resulta aplicable solamente a los “inversionistas” que son propietarios de o controlan una “inversión” definida según el TBI¹³⁸. En tercer lugar, la inversión cae fuera del marco del consentimiento de la Demandada al arbitraje del CIADI, ya que este último resulta aplicable solamente a controversias jurídicas que surgen de una inversión¹³⁹.
131. La Demandada alega, invocando el caso *Anderson* una vez más, que la prueba de cumplimiento de este requisito es de naturaleza objetiva, es decir, “[c]ada Demandante debe cumplir este requisito, sin distinción de su conocimiento de la ley o de su intención de respetar la ley”¹⁴⁰.
132. La Demandada señala que, a diferencia de requisitos similares en otros tratados, el alcance temporal del requisito de legalidad en virtud del Artículo I(g) del TBI no se circunscribe a la fase del establecimiento de la inversión. Los términos “sea propiedad de” o “esté controlado” no hacen referencia a un momento temporal en particular (a diferencia de los términos “realizarse”, “establecerse” o “admitirse”)¹⁴¹. En consecuencia, el requisito de legalidad es aplicable a lo largo de la vida de una inversión¹⁴². La Demandada invoca la redacción del Artículo I(g) del TBI y niega que *Vannessa Ventures* y *Copper Mesa* respalden la posición de la Demandante¹⁴³.
133. Asimismo, Costa Rica alega que la ilegalidad surgió, en cualquier caso, al momento del establecimiento de la inversión en abril de 2008, marcado éste por el otorgamiento de la Concesión de 2008 y las aprobaciones relacionadas¹⁴⁴. Por lo tanto, e incluso si la legalidad debiera evaluarse en la fase del establecimiento, la evaluación debería

¹³⁶ R-CM Fondo, ¶ 301, que cita *Alasdair Ross Anderson, y otros, c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3, Laudo, 19 de mayo de 2010 (“**Anderson**”), ¶ 58, **RL-0187**.

¹³⁷ R- CM Fondo, ¶ 301.

¹³⁸ R- CM Fondo, ¶ 301.

¹³⁹ R-CM Fondo, ¶ 302, que invoca *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009 (“**Phoenix**”), ¶ 101, **RL-0165**.

¹⁴⁰ R-CM Fondo, ¶ 303, que cita *Anderson*, ¶ 52, **RL-0187**.

¹⁴¹ R- CM Fondo, ¶ 304.

¹⁴² R-Dúp. Fondo, ¶¶ 248-257.

¹⁴³ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 254-255, que hace referencia a *Vannessa Ventures Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/6, Laudo, 16 de enero de 2013 (“**Vannessa Ventures**”), **RL-0078** y *Copper Mesa Mining Corporation c. República de Ecuador*, Caso CPA No. 2012-2, Laudo, 15 de marzo de 2016 (“**Copper Mesa**”), **CL-0234**.

¹⁴⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 271.

realizarse al momento del otorgamiento de la Concesión de 2008 y las aprobaciones relacionadas¹⁴⁵.

134. Además, la Demandada alega que la ilegalidad de la Concesión de 2008 invalida la protección a la inversión de la Demandante, porque cada fase del establecimiento de una inversión debe ser legal y de buena fe para calificar a la protección de un TBI¹⁴⁶. Citando a *Chevron*, la Demandada observa que la realidad comercial de muchos proyectos de explotación de recursos naturales a gran escala indica que, con frecuencia, se llevan a cabo en etapas¹⁴⁷. La existencia de múltiples fases en una inversión minera ha sido reconocida por diversos tribunales de inversión, tales como en *Bear Creek Mining*¹⁴⁸. En referencia a *Yukos*, la Demandada concluye que, si se identifica una ilegalidad de naturaleza suficientemente grave en cualquier etapa de la inversión, ello tornará ilegal dicha inversión¹⁴⁹. Por ende, para que la inversión de la Demandante califique como susceptible de protección, la Concesión de 2008 y su posterior funcionamiento deben ser legales.
135. Según alega la Demandada, y con arreglo al Artículo I(g) del TBI, el Tribunal carecerá de jurisdicción si se satisfacen los siguientes dos elementos. En primer lugar, la supuesta ilegalidad debe ser lo suficientemente grave como para que la inversión pierda las protecciones establecidas en el TBI y/o el acceso al arreglo de diferencias al amparo del TBI¹⁵⁰. Tal como se sostuvo en *Quiborax*, el alcance en términos de materia del requisito de legalidad se circunscribe a violaciones del orden jurídico del Estado que no sean triviales, violaciones al régimen de inversión extranjera del Estado y fraudes con el propósito de asegurar la inversión¹⁵¹. En segundo lugar, el Estado demandado no debe haber ignorado o aceptado intencionalmente la ilegalidad, como para estar impedido de argüir que la inversión es ilegal¹⁵². Los factores que son relevantes en esta evaluación incluyen el período de tiempo en el que el Estado toleró la acción ilegal sin intervención alguna, y si el inversionista ocultó sus acciones al Estado, en cuyo caso este último no estaría impedido¹⁵³.

¹⁴⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 271.

¹⁴⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 272.

¹⁴⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 273, que cita *Chevron Corporation (EE. UU.) y Texaco Petroleum Corporation (EE. UU.) c. República de Ecuador [II]*, Caso CPA No. 2009-23, Tercer Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 27 de febrero de 2012 ("**Chevron Tercer Laudo Provisional**"), ¶ 4.16, **RL-0096**.

¹⁴⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 274, que cita *Bear Creek Mining Corporation c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017 ("**Bear Creek Mining**"), ¶ 296, **RL-0234**.

¹⁴⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 275, que cita *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014 ("**Yukos**"), ¶¶ 1368-1369, **CL-0093**.

¹⁵⁰ R-CM Fondo, ¶ 305, que cita *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A., & Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012 ("**Quiborax Jurisdicción**"), ¶ 266, **CL-0233**.

¹⁵¹ R-CM Fondo, ¶ 305.

¹⁵² R-CM Fondo, ¶ 306.

¹⁵³ R-CM Fondo, ¶ 306.

b. La Demandante No Era Propietaria o No Tenía el Control de la Inversión de Acuerdo con el Derecho de Costa Rica

136. La Demandada arguye que la Demandante no era propietaria o no tenía el control de una inversión de acuerdo con el derecho de Costa Rica porque (i) la Demandante obtuvo su inversión mediante una conducta fraudulenta (“fraude de ley”); (ii) la Concesión de 2008 de la Demandante adolecía de otros defectos legales irremediables; y (iii) hay indicios de que la inversión de la Demandante se obtuvo por medio de corrupción.

(i) La Demandante Obtuvo su Inversión Mediante una Conducta Fraudulenta (“Fraude de Ley”)

137. Según la Demandada, y tal como fuera declarado por la Sentencia del TCA de 2010 y confirmado por la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Concesión de 2008 se obtuvo de forma ilegal por medio de declaraciones falsas realizadas a funcionarios de Costa Rica, las cuales constituyeron un fraude legal (fraude de ley) según el derecho de Costa Rica¹⁵⁴. Invocando a su perito, la Dra. León, la Demandada alega que un “fraude de ley” tiene lugar “cuando las acciones se realizan bajo la apariencia de una conducta lícita, pero tienen el propósito de obtener efectos ilícitos”¹⁵⁵.

138. La Demandada señala que la Sentencia del TCA de 2010 identificó las siguientes instancias de fraude de ley: (i) el hecho de que Industrias Infinito interpretó el permiso de exploración como que otorgaba automáticamente la concesión de explotación; (ii) la aplicación de la conversión del acto administrativo a un acto que había sido anulado *ab initio* por un tribunal de Costa Rica con seis años de anterioridad; y (iii) el hecho de que Industrias Infinito solicitó la modificación de la viabilidad ambiental en lugar de presentar un nuevo EIA¹⁵⁶. Además, la Demandante procuró eludir ciertas protecciones ambientales cuando presentó su solicitud para las Concesiones de 2002 y 2008, ya que no informó a las autoridades ambientales que tenía la intención de crear una laguna de relaves sobre un camino público¹⁵⁷. Asimismo, la Demandante trató de forma ilegal de modificar su Proyecto minero para permitirse a sí misma extraer minerales a una profundidad que excede el límite establecido por la DGM¹⁵⁸.

139. Invocando los casos *Hamester*, *Inceysa* y *Plama*, la Demandada alega que cuando una inversión se obtiene por medio de declaraciones falsas o fraude, dicha inversión

¹⁵⁴ R-CM Fondo, ¶ 311; R-Dúp. Fondo, ¶ 279.

¹⁵⁵ R-CM Fondo, ¶ 311, que invoca RER-León 1, ¶ 218.

¹⁵⁶ R-CM Fondo, ¶ 311, que hace referencia a Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), págs. 77-78, 82, 105 (español), págs. 78, 82, 105-106 (inglés), **C-0239**.

¹⁵⁷ R-CM Fondo, ¶ 312.

¹⁵⁸ R-CM Fondo, ¶ 313.

no puede beneficiarse de las protecciones otorgadas en el TBI y cae fuera del alcance del consentimiento al arbitraje del Estado demandado¹⁵⁹.

140. La Demandada niega que esté impedida de alegar la ilegalidad porque, si lo está de alguna forma, un Estado solo está impedido de plantear una objeción de ilegalidad cuando su aceptación de la ilegalidad da origen a una expectativa legítima de que la inversión era lícita¹⁶⁰. Si bien la Demandada reconoce que la SETENA aprobó las modificaciones relevantes a la Concesión de la Demandante en el mes de febrero de 2008, observa que la aprobación fue impugnada solo siete meses después y fue finalmente anulada por medio de la Sentencia del TCA de 2010¹⁶¹.

(ii) La Concesión de 2008 Adolecía de Otros Defectos Legales Irremediables

141. La Demandada alega que la Concesión de 2008 adolecía de otras deficiencias irreparables que conllevaban a su nulidad según el derecho de Costa Rica. La Demandada explica que la Concesión de 2008 adolecía de, al menos, los siguientes defectos legales fundamentales¹⁶²:
- a. El otorgamiento de la Concesión de 2008 fue ilegal dada la aplicación de la Moratoria de 2002. El intento de aplicar el principio de conversión a la concesión previa de Industrias Infinito fue inválido porque dicha concesión había sido anulada y declarada nula *ab initio* hacía más de seis años¹⁶³.
 - b. El otorgamiento de la Concesión de 2008 incumplió el principio de inderogabilidad de las regulaciones administrativas generales por parte de actos administrativos individuales y específicos¹⁶⁴.
 - c. La Concesión de 2008 y las aprobaciones relacionadas incumplieron diversas leyes de protección ambiental, en particular:
 - i. Los cambios introducidos por Industrias Infinito al Proyecto en diciembre de 2007, luego de la obtención de la aprobación de su EIA en diciembre de 2005, eran significativos y habrían requerido la formalización de un EIA adicional¹⁶⁵.

¹⁵⁹ R-CM Fondo, ¶¶ 325-327, que cita *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010 (“*Hamester*”), ¶¶ 123-124, **RL-0185**; *Inceysa*, ¶¶ 239-240, **RL-0183**; *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 (“*Plama*”), ¶ 146, **RL-0235**.

¹⁶⁰ R-CM Fondo, ¶ 329.

¹⁶¹ R-CM Fondo, ¶ 329.

¹⁶² R-CM Fondo, ¶¶ 332-333; R-Dúp. Fondo, ¶ 279.

¹⁶³ R-CM Fondo, ¶ 334; R-Dúp. Fondo, ¶ 279(c).

¹⁶⁴ R-CM Fondo, ¶ 335.

¹⁶⁵ R-CM Fondo, ¶ 336.

- ii. El análisis técnico obligatorio de los cambios propuestos por Industrias Infinito al Proyecto minero en diciembre de 2007 no se llevó a cabo¹⁶⁶.
- iii. La aprobación por parte de la SETENA del EIA modificado de Industrias Infinito en febrero de 2008 era inválida porque se fundaba en la aprobación del EIA original de diciembre de 2005 que tenía una validez de dos años y, por ende, expiraba en diciembre 2007¹⁶⁷.
- iv. La SETENA no celebró una audiencia pública para el Proyecto de conformidad con los requisitos de la Ley Orgánica del Ambiente la cual impone al Estado la obligación de fomentar la participación pública cuando las acciones a considerar pudieran afectar al medio ambiente¹⁶⁸.
- v. El permiso de uso de la tierra de Industrias Infinito era inválido porque no consideraba que la zona en cuestión incluía especies de árboles protegidas; identificaba de forma incorrecta las especies de árboles de la zona y dependía de la declaración de interés nacional en relación con el Proyecto, la cual fue declarada nula por el TCA¹⁶⁹.
- vi. El permiso de cambio para uso de la tierra era inválido porque se fundaba en la Concesión de 2008 que fue declarada nula¹⁷⁰.
- vii. Cuando la SETENA aprobó el EIA modificado que Industrias Infinito solicitó en diciembre de 2007, dicha entidad no llevó a cabo el análisis costo-beneficio exigido conforme al ordenamiento costarricense¹⁷¹.
- viii. Cuando Industrias Infinito solicitó la aprobación del EIA en el año 2002, no divulgó la existencia de un camino público en la zona en la cual se planeaba construir la laguna de relaves para la mina. Hizo lo mismo, una vez más, cuando solicitó los cambios al Proyecto en diciembre de 2007¹⁷².
- ix. La SETENA se fundó en ciertos informes presentados por Industrias Infinito que no estaban debidamente firmados y sellados por el ingeniero químico de la Asociación Profesional de Ingenieros Químicos¹⁷³.

¹⁶⁶ R-CM Fondo, ¶ 337.

¹⁶⁷ R-CM Fondo, ¶ 338.

¹⁶⁸ R-CM Fondo, ¶ 339.

¹⁶⁹ R-CM Fondo, ¶ 340.

¹⁷⁰ R-CM Fondo, ¶ 341.

¹⁷¹ R-CM Fondo, ¶ 342.

¹⁷² R-CM Fondo, ¶ 343.

¹⁷³ R-CM Fondo, ¶ 344.

- d. El decreto que establecía que el Proyecto era de interés nacional no tenía validez, tanto en términos de procedimiento como de motivación¹⁷⁴.
142. Para la Demandada, estos defectos, que fueron identificados por el TCA y confirmados por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, no constituyen defectos técnicos menores sino, en cambio, demuestran que la inversión de la Demandante era fundamentalmente inválida. Por lo tanto, son lo suficientemente graves como para que la supuesta inversión de la Demandante no sea susceptible de protección bajo el TBI.
143. La Demandada tampoco está impedida de argüir que la inversión de la Demandante era ilegal como resultado de estas deficiencias. Si bien el TCA sostuvo que las autoridades costarricenses compartían la responsabilidad por los defectos legales, el poder judicial costarricense concluyó que la Concesión de 2008 había sido otorgada de forma ilegal y la invalidó. Invocando las acciones adoptadas por el poder judicial costarricense, así como el inicio de procedimientos penales y disciplinarios en contra de ciertos funcionarios costarricenses involucrados en el otorgamiento ilegal de la Concesión de 2008, la Demandada alega que no aceptó los defectos de la inversión de la Demandante¹⁷⁵.
144. Con respecto a la responsabilidad por los defectos y los argumentos de la Demandante de que ellos eran atribuibles a las autoridades costarricenses, la Demandada alega que la referencia a *SPP* no es pertinente. Si bien dicho tribunal sostuvo que la complicidad de las autoridades egipcias en la supuesta ilegalidad frustraba la objeción de la demandada, el fragmento citado por la Demandante guarda silencio sobre la gravedad de la ilegalidad y, por ende, es irrelevante¹⁷⁶.
145. Respecto de la afirmación de la Demandante de que no hay pruebas de una conducta fraudulenta, la Demandada arguye que la Demandante recicla los argumentos que había planteado de forma infructuosa ante la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, ignorando las conclusiones de los tribunales de Costa Rica con el “deseo de que el Tribunal haga las veces de un tribunal de apelaciones con respecto a decisiones de tribunales nacionales”¹⁷⁷. El intento de la Demandante de persuadir al Tribunal para cuestionar las conclusiones de los tribunales costarricenses ignora una línea consistente de autoridades que reconocen que los tribunales deben otorgar debida deferencia a las decisiones de los tribunales nacionales respecto de la aplicación de su propia legislación. La Demandada invoca, en particular, los casos

¹⁷⁴ R-CM Fondo, ¶ 345.

¹⁷⁵ R-CM Fondo, ¶ 354.

¹⁷⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 303, que hace referencia a *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo, 20 de mayo de 1992 (“*SPP*”), ¶¶ 82-83, **CL-0249**.

¹⁷⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 304, que cita Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 217.

Chevron y Cortec, respecto de los cuales un tribunal debe “aceptar las conclusiones de los tribunales locales” siempre que no haya deficiencias graves¹⁷⁸.

146. La Demandada continúa alegando que el TCA arribó a sus conclusiones luego de una revisión exhaustiva de las pruebas y una audiencia extensa, que incluyó la declaración de diversos testigos y peritos ofrecidos por Industrias Infinito, lo cual la Sala Administrativa consideró que daba cumplimiento al debido proceso.
147. Respecto de la alegación de la Demandante de que Costa Rica invoca declaraciones de invalidez *ex post facto* que se fundan en leyes que fueron modificadas con posterioridad a la inversión de la Demandante, la Demandada alega que las dos declaraciones citadas por la Demandante estaban en vigor cuando se otorgó la Concesión de 2008¹⁷⁹.
148. La Demandada niega que el respaldo al proyecto minero de la Demandante que expresaran sus funcionarios le impida ahora plantear la ilegalidad. Dicho respaldo no representó la declaración de que la Concesión de 2008 estuviera exenta del control judicial. En cualquier caso, la doctrina del estoppel no implica que las declaraciones o los actos del poder ejecutivo puedan sustituir las decisiones judiciales, pues el poder judicial constituye el árbitro último del derecho de Costa Rica conforme a la Constitución de Costa Rica.
149. Además, Costa Rica hace hincapié en que los casos en los que se basa la Demandante para respaldar su argumento de estoppel, tales como *Kardassopoulos* y *ADC*, solo versaban sobre aprobaciones dadas por el poder ejecutivo de un Estado y no involucraban ningún fallo en contrario por el poder judicial. Por ende, pueden distinguirse. Asimismo, Costa Rica considera que no se le puede impedir que plantee la ilegalidad cuando la Demandante por sí misma ocultó de manera fraudulenta la ilegalidad, regla que fue confirmada en *Fraport I* y en *Arif*. Por último, en opinión de la Demandada, la cuestión del estoppel no surge respecto de las inversiones que, debido a su naturaleza y riesgos asociados, pueden estar sujetas a regulaciones especiales, tales como las inversiones en minería a cielo abierto¹⁸⁰.

¹⁷⁸ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 306-307, que cita *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation c. República de Ecuador* [II], CNUDMI, Caso CPA No. 2009-23, Decisión sobre Cuestión 1B, 12 de marzo de 2015 (“**Decisión Chevron sobre Cuestión 1B**”), ¶ 140, **RL-0252**; *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited c. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/15/29, Laudo, 22 de octubre de 2018, ¶ 339, **RL-0248**.

¹⁷⁹ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 308-309.

¹⁸⁰ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 312-317, que cita *Ioannis Kardassopoulos c. República de Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de julio de 2007 (“**Kardassopoulos**”), ¶¶ 183, 185-188, 191-192, 194, **CL-0208**; *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006, (“**ADC**”), ¶ 475, **CL-0009**; *Fraport I*, ¶¶ 346-347, 387, **CL-0207**; *Sr. Frank Charles Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013 (“**Arif**”), ¶¶ 374, 376, **CL-0014**.

(iii) Hay Indicios de que la Inversión de la Demandante se Obtuvo por Medio de Corrupción

150. En su Memorial de Contestación, la Demandada afirmó que había indicios de que la inversión de la Demandante se obtuvo por medio de corrupción. En particular, observó que había investigaciones penales en curso respecto de la inversión de la Demandante y, por ende, sería inapropiado para el Tribunal ejercer la jurisdicción sobre la diferencia¹⁸¹.

151. Sin embargo, en su Dúplica, la Demandada retiró de forma expresa su objeción:

[L]a investigación sobre posibles actos de soborno vinculados con una donación de Ronald Mannix, accionista de la Demandante, a la fundación del expresidente Arias, se detuvo tras la decisión del Juzgado Penal de Costa Rica de que los cargos específicos contra el Sr. Arias (pero no contra otros) no podían presentarse por motivos de prescripción. Por tanto, Costa Rica ha abandonado su objeción jurisdiccional por motivo de los indicios de corrupción con respecto a la inversión de la Demandante¹⁸².

2. La Posición de la Demandante

152. La Demandante sostiene que sus inversiones quedan comprendidas dentro del alcance del Artículo I(g) del TBI por los motivos que se exponen a continuación.

a. La Evaluación de la Legalidad de la Inversión Se Enfoca en el Momento en Que se Adquirió la Inversión

153. La Demandante alega que la carga de la prueba respecto de que la Demandante incumplió el requisito de legalidad del Artículo I(g) del TBI recae en la Demandada. El estándar de prueba aplicable para las afirmaciones de ilegalidad, fraude y corrupción exige evidencia clara y convincente¹⁸³.

154. Haciendo referencia a *Fraport I*, la Demandante alega que la legalidad debe evaluarse al momento en el cual se adquirió la inversión, ya que “la operación efectiva del régimen del TBI parece requerir que el cumplimiento jurisdiccional est[é] limitado al comienzo de la inversión”¹⁸⁴. Asimismo, la Demandante cita el caso *Vannessa Ventures*, en el cual el tribunal concluyó que “la importancia jurisdiccional del ‘requisito de legalidad’ en la definición de una inversión [...] se agota una vez que se ha realizado la inversión”¹⁸⁵. Además, la Demandante señala que en *Copper Mesa* el tribunal

¹⁸¹ R-CM Fondo, ¶¶ 355-365.

¹⁸² R-Dúp. Fondo, ¶ 239, nota al pie 404.

¹⁸³ C-Réplica Fondo, ¶ 389, que invoca *Waguih*, donde el tribunal sostuvo que “el estándar de prueba aplicable es mayor que el balance de probabilidades, pero menor que [más allá de] la duda razonable”. *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo, 1 de junio de 2009 (“*Waguih*”), ¶¶ 325-326, **CL-0089** [Traducción de la Demandante].

¹⁸⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 391, que cita *Fraport I*, ¶ 345, **CL-0207** [Traducción de la Demandante].

¹⁸⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 391, que cita *Vannessa Ventures*, ¶ 109, **RL-0078** [Traducción de la Demandante].

sostuvo que “la redacción del Tratado se limita, en última instancia, a una limitación jurisdiccional aplicable al momento en que el Demandante adquirió la inversión” y “no se extiende a la posterior operación, gestión o realización de una inversión”¹⁸⁶. Según dicho tribunal, exigir que el estándar de legalidad se cumpla durante la vida de la inversión tendría consecuencias graves e indeseables¹⁸⁷.

b. No Había Ilegalidad en el Momento en el Que Infinito Adquirió Inicialmente Su Inversión

155. La alegación de la Demandante es que su inversión era legal cuando se realizó inicialmente en el año 2000. Debido a que no había ilegalidad alguna asociada con la adquisición por la Demandante de Industrias Infinito en el año 2000, la Demandante alega que la Demandada intenta argüir que la concesión de explotación de Industrias Infinito fue realmente adquirida en el año 2008¹⁸⁸. No obstante, la Demandante arguye que la Concesión de 2008 de Industrias Infinito constituye la misma inversión que su Concesión de 2002, la cual satisface el requisito de legalidad con arreglo al Artículo I(g) porque no había defectos legales cuando fue adquirida por primera vez en el año 2001, lo cual fuera admitido por Costa Rica en la audiencia sobre jurisdicción. Solamente por dicha razón, esta objeción jurisdiccional debería desestimarse¹⁸⁹.
156. Tal como explicara la Sra. Araya, el derecho de Industrias Infinito a la concesión de explotación se cristalizó una vez que había demostrado la existencia de un depósito explotable mientras era titular del permiso de exploración. Las resoluciones emitidas en los años 2001 y 2008 respecto de la concesión son parte integrante de la misma inversión¹⁹⁰.
157. Además, la Demandante observa que la Demandada invoca la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 para argüir que las resoluciones correspondientes a las concesiones de explotación de 2002 y 2008 constituyen instrumentos diferentes y que Industrias Infinito nunca fue propietaria de una concesión minera válida según el derecho costarricense. La Demandante sostiene que este argumento debería rechazarse por dos motivos. En primer lugar, sus inversiones en Costa Rica no se limitan a las resoluciones que otorgan la concesión de explotación ya que, al momento en que la Demandante adquirió Industrias Infinito, Industrias Infinito tenía un permiso de exploración que concedía un derecho con arreglo al Código de Minería para obtener la concesión de explotación y dicho derecho no era ilícito. En segundo lugar, el argumento se funda en declaraciones de invalidez *ex post facto* formuladas por la Sala Constitucional en el año 2004 y por la Sala Administrativa en el año 2011, sobre la base de leyes que fueron modificadas con posterioridad a la realización de la

¹⁸⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 391, que cita *Copper Mesa*, Parte 3A, ¶ 5.54, **CL-0234** [Traducción de la Demandante].

¹⁸⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 392, que cita *Copper Mesa*, ¶ 5.55, **CL-0234**.

¹⁸⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 396.

¹⁸⁹ C-Réplica Fondo, ¶¶ 390, 396.

¹⁹⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 396, que cita CER-Araya 1, ¶¶ 71-120.

inversión¹⁹¹. La Demandante hace referencia a *Arif* en donde el tribunal sostuvo que el uso por parte del Estado de una declaración por parte de su propio poder judicial respecto de la ilegalidad de la inversión de la demandante según su legislación era formalista, en tanto que se fundaba en una invalidez declarada judicialmente la cual tenía aplicación retroactiva a la fecha de la inversión¹⁹².

c. Cualquier Ilegalidad Subsiguiente no Puede Privar al Tribunal de su Jurisdicción

158. La Demandante alega que, incluso si el Tribunal considerase eventos posteriores a la inversión para evaluar su jurisdicción, cualquier violación del derecho de Costa Rica que haya tenido lugar durante la vida del Proyecto Crucitas no fue lo suficientemente grave como para justificar que el Tribunal decline su jurisdicción. En cualquier caso, la gran mayoría de las ilegalidades identificadas por el TCA, sobre las que se funda Costa Rica, eran atribuibles al propio Estado y no a Infinito o Industrias Infinito. Por tanto, ellas no pueden privar al Tribunal de su jurisdicción (i)¹⁹³. La Demandante agrega que, en cualquier caso, la Demandada está impedida de argüir que la resolución que otorga la concesión de explotación y las aprobaciones relacionadas eran ilegales (ii). Por último, la Demandante sostiene que no hay pruebas que demuestren la existencia de corrupción (iii).

(i) Las Violaciones del Derecho Costarricense que la Demandada Alega no Satisfacen el Estándar de Ilegalidad

159. La Demandante alega que, para privar al Tribunal de su jurisdicción, cualquier violación del derecho de Costa Rica debe ser seria y atribuible a la Demandante. Este principio está bien establecido en el derecho internacional y fue reconocido por el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción. Los casos de ilegalidad han resultado en que el inversionista se vea privado de las protecciones contempladas en el tratado solo en eventos de corrupción o falsificación, declaraciones falsas fraudulentas y violaciones graves del derecho del Estado receptor¹⁹⁴.
160. Según la Demandante, dicho estándar no se satisface en el presente caso. No hubo conducta fraudulenta por parte de Industrias Infinito, y las otras cuestiones identificadas por el TCA no habrían impedido la continuación del Proyecto.
161. La base para el argumento de la Demandada respecto de la conducta fraudulenta son las conclusiones del TCA respecto de que Industrias Infinito cometió fraude de ley. Fraude de ley es un concepto de derecho civil y administrativo en Costa Rica, no un concepto de derecho penal¹⁹⁵. Según la Demandante, ninguna de las conclusiones del

¹⁹¹ C-Réplica Fondo, ¶ 397.

¹⁹² C-Réplica Fondo, ¶ 398, que cita *Arif*, ¶ 374, **CL-0014**.

¹⁹³ C-Réplica Fondo, ¶ 399.

¹⁹⁴ C-Réplica Fondo, ¶¶ 399-404.

¹⁹⁵ C-Réplica Fondo, ¶¶ 405-408.

TCA respecto de fraude de ley constituye conducta fraudulenta por parte de Industrias Infinito:

- a. En primer lugar, el TCA concluyó que la interpretación que hace Industrias Infinito de sus derechos en virtud del Código de Minería según la cual se otorga automáticamente el derecho a la concesión de explotación “lesiona la inteligencia de este Tribunal, violenta el ordenamiento jurídico y se traduce en no más ni menos en un proceso en fraude de ley”¹⁹⁶. Para la Demandante, “una interpretación legal, compartida por todas las autoridades pertinentes de Costa Rica a lo largo de muchos años, no puede interpretarse como un fraude o una intención de engañar en absoluto, por no hablar de uno que sea lo suficientemente grave como para justificar la privación de jurisdicción del Tribunal”¹⁹⁷.
- b. La segunda conclusión caracterizada como fraude de ley se fundó en el hecho de que la Administración utilizó el mecanismo de conversión para restablecer la concesión de explotación en un intento de evitar la Moratoria de 2002. Dicho mecanismo fue seleccionado por el Presidente Arias y el Ministro Dobles por recomendación del MINAE, aunque Industrias Infinito había solicitado un mecanismo diferente, es decir, la convalidación. Según la Demandante “[e]sto no puede ser interpretado como una conducta engañosa por parte de [Industrias Infinito], ni siquiera como una conducta engañosa en absoluto”¹⁹⁸.
- c. La tercera conclusión de fraude de ley estaba vinculada al hecho de que, en su EIA modificado, Industrias Infinito declaró que la profundidad de extracción de la mina estaba a metros por debajo de la superficie, en lugar de metros por sobre el nivel del mar. Para la Demandante, no hay pruebas que demuestren que Industrias Infinito tenía alguna intención de engañar o confundir a la SETENA. Si la SETENA hubiera solicitado que la información se presentara de forma diferente para poder evaluarla de manera adecuada, podría haber solicitado dicha información. La SETENA no encontró ningún impacto adverso y aprobó las modificaciones, luego de lo cual Industrias Infinito presentó la revisión de su estudio de factibilidad ante la DGM, con el aumento de la profundidad de extracción. En el año 2010, la Sala Constitucional sostuvo que la aprobación por parte de la SETENA de la modificación del EIA había cumplido con la garantía constitucional de Costa Rica respecto de un medio ambiente limpio y saludable¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 82 (inglés), pág. 82 (español), **C-0239**. La Demandante arguye que el TCA no caracterizó esta situación expresamente como fraude de ley, pero la Demandada y su perito, la Sra. León, así lo hacen. C-Réplica Fondo, ¶ 410; RER-León 1, ¶ 222; R-CM Fondo, ¶ 311.

¹⁹⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 410.

¹⁹⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 411.

¹⁹⁹ C-Réplica Fondo, ¶¶ 412-414, que cita Industrias Infinito, Presentación a la SETENA del Documento de Evaluación Ambiental de Cambios Propuestos al Proyecto Crucitas (3 de diciembre de 2007), **C-0168**; Industrias Infinito S.A., Informe sobre la Evaluación Ambiental de Cambios Propuestos al Proyecto (1 de noviembre de 2007), **C-0524**; Resolución No. 170-2008-SETENA (4 de febrero de 2008), **C-0170**; Actualización del Estudio de Factibilidad Técnico-

162. Además, el TCA concluyó que Industrias Infinito no informó a las autoridades su intención de crear una laguna de relaves donde se ubica un camino público. Según la Demandante, no había fundamento alguno para esta conclusión ya que el camino estaba claramente identificado en todos los diagramas del Proyecto, al igual que las medidas de mitigación²⁰⁰.
163. En cualquier caso, según alega la Demandante, la Sala Administrativa no confirmó las conclusiones del TCA sobre “fraude de ley” u otra conducta presuntamente fraudulenta, y, en cambio, resolvió sobre la base más restringida de que la Moratoria de 2002 aplicaba al Proyecto Crucitas²⁰¹.
164. Respecto de los demás “defectos legales irremediables” supuestamente identificados por el TCA, la Demandante alega que ninguno habría impedido que Industrias Infinito continuara con el Proyecto Crucitas y obtuviera una nueva resolución que le otorgara la concesión de explotación, si no hubiera estado impedida por la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011. Además, estos defectos legales eran atribuibles (con algunas excepciones limitadas) al propio Estado²⁰². Incluían acciones adoptadas por el Presidente Arias y el Ministro Dobles, es decir, la emisión de la resolución de 2008 que otorgaba a Industrias Infinito la concesión de explotación y la supuesta falta de celebración de una audiencia pública, de llevar a cabo el análisis de costo-beneficio apropiado y el permitir la tala de una zona más amplia de bosques que aquella que había autorizado la SETENA²⁰³; diversas acciones de la SETENA, en particular la decisión de no exigir que se concluyera un EIA completo con respecto de las modificaciones al proyecto, la supuesta no realización del análisis pertinente de la propuesta de modificación del EIA, la decisión de no exigir una audiencia pública respecto de las modificaciones del EIA y la supuesta no realización del análisis de costo-beneficio apropiado, así como la supuesta falta de consideración por la SINAC de que la zona contenía especies arbóreas protegidas²⁰⁴.
165. Asimismo, Infinito alega que estos defectos legales no eran lo suficientemente graves como para justificar que el Tribunal se prive de su jurisdicción. Los simples defectos técnicos no satisfacen el estándar de ilegalidad, en particular cuando constituyen el resultado de la aplicación ex post facto por parte de los tribunales de leyes que se modificaron luego de realizada la inversión. Lo mismo resulta aplicable a la supuesta falta de divulgación por parte de Industrias Infinito de la existencia de un camino público, y los informes en los que se fundó la SETENA que no estaban firmados ni

Económico (15 de febrero de 2008), **C-0531**; Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), **C-0225**.

²⁰⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 416.

²⁰¹ C-Réplica Fondo, ¶ 415.

²⁰² C-Réplica Fondo, ¶¶ 419-421.

²⁰³ C-Réplica Fondo, ¶ 421.

²⁰⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 421.

sellados por un ingeniero químico de la Asociación Profesional de Ingenieros Químicos²⁰⁵.

(ii) Costa Rica está Impedida de Argüir que la Resolución que Otorga la Concesión de Explotación y las Aprobaciones Relacionadas era Ilegal

166. En cualquier caso, la Demandante alega que, dada su conducta durante el plazo pertinente, la Demandada está impedida de argüir que la resolución que otorga la concesión de explotación y las aprobaciones relacionadas eran ilegales. A partir del año 2001, la Demandante, Industrias Infinito y el Gobierno procedieron con el entendimiento de que la concesión de explotación y las aprobaciones relacionadas eran válidas. Ello continuó siendo cierto luego de la expedición de la Moratoria de 2002 y la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004. Los funcionarios de Costa Rica y los tribunales concluyeron de forma reiterada durante una década que la Moratoria de 2002 no era aplicable al Proyecto. La doctrina de estoppel impide que la Demandada alegue ahora que los supuestos errores técnicos y legales por parte de los funcionarios de Costa Rica deberían privar a la Demandante de las protecciones del TBI. En sustento de ello, la Demandante invoca los casos *Desert Line*, *ADC*, y *Arif*²⁰⁶.

(iii) No Hay Pruebas que Demuestren Corrupción

167. Por último, el argumento de la Demandante es que no hay pruebas de ninguna índole que indiquen corrupción. En concreto, no hay pruebas de que se haya realizado una donación por parte de un inversionista principal de Infinito a la Fundación Arias Para La Paz.

168. La Demandante observa que el Tribunal había indicado previamente que no había evidencia suficiente para soportar esta afirmación. Como prueba nueva, Costa Rica ha invocado la reapertura de la investigación en contra del Presidente Arias relativa a dicha supuesta donación, lo cual no constituye prueba de corrupción. La Demandada y APREFLOFAS se refieren, además, a los cargos penales en contra de los funcionarios de Costa Rica en relación con el Proyecto Crucitas. No obstante, según alega la Demandante, no se han dado condenas penales definitivas, con excepción de la correspondiente al Ministro Dobles por prevaricato, la cual fue revocada en la instancia de apelación²⁰⁷.

3. Análisis

169. La Demandada afirma que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* y *ratione voluntatis* respecto de la totalidad de la controversia, porque la Concesión no fue

²⁰⁵ C-Réplica Fondo, ¶¶ 420-424.

²⁰⁶ C-Réplica Fondo, ¶¶ 425-427, que cita *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008 ("*Desert Line*"), ¶ 119, **RL-0196**; *ADC*, ¶ 475, **CL-0009**; *Arif*, ¶ 374, **CL-0014**.

²⁰⁷ C-Réplica Fondo, ¶¶ 428-434.

propiedad ni estuvo controlada de acuerdo con el derecho de Costa Rica tal como exige el Artículo I(g) del TBI²⁰⁸.

170. El Artículo XII del TBI, que contiene la oferta de arbitraje por parte de Costa Rica, hace referencia a “[c]ualquier diferencia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, relativa a un reclamo por parte del inversionista en el sentido de que una medida que haya o no tomado la primera Parte Contratante contraviene este Acuerdo, y que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daños por razón de o como resultado de tal violación [...]”²⁰⁹.
171. En consecuencia, la jurisdicción depende, *inter alia*, de la existencia de una diferencia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante. Un inversionista está definido en el Artículo I(h) como cualquier persona natural o empresa “que es propietaria de, o controla, una inversión hecha en el territorio de la otra Parte Contratante”²¹⁰. Por su parte, una inversión se encuentra definida en el Artículo I(g) del TBI en los siguientes términos²¹¹:

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

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

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

[...].

172. La Demandada alega que está bien establecido que, cuando un tratado contiene un requisito de legalidad, como en el caso que nos ocupa, las inversiones que son ilegales

²⁰⁸ R-CM Fondo, ¶ 297.

²⁰⁹ TBI, Artículo XII(1), **C-0001 / RL-0005**.

²¹⁰ TBI, Artículo I(h), **C-0001 / RL-0005**.

²¹¹ TBI, Artículo I(g), **C-0001 / RL-0005**.

no están protegidas y caen fuera del alcance del consentimiento al arbitraje del Estado²¹². Por ende, la Demandada arguye que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae*, puesto que el TBI resulta aplicable solo a las inversiones que se ajustan a la definición del TBI, es decir, inversiones que satisfacen el requisito de legalidad. De manera similar, afirma que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis*, porque el consentimiento al arbitraje de la Demandada solo cubre a “inversionistas” e “inversiones” que se ajustan a la definición en el TBI, lo que implica, una vez más, legalidad²¹³.

173. Dependiendo del contenido del tratado, la ilegalidad puede afectar la jurisdicción, la admisibilidad o el fondo de las reclamaciones. En el presente caso, el requisito de legalidad es parte integrante de la definición de inversión. En consecuencia, el Tribunal concuerda con la Demandada en que, para calificar como inversión protegida con arreglo al TBI, la inversión de la Demandante debe constituir un activo respecto del cual se sea propietario o se tenga el control de conformidad con el derecho costarricense. Si ello no es así, entonces el Tribunal carecerá de jurisdicción. En efecto, las condiciones para la jurisdicción según lo definido en el TBI no serán satisfechas y, en el mismo sentido, el requisito de consentimiento establecido en el Artículo 25 del Convenio CIADI no se cumplirá.
174. Tal como se indicó en la Decisión sobre Jurisdicción, la Demandante afirma que es propietaria de o tiene el control sobre los siguientes activos en el territorio de Costa Rica: “(i) sus acciones en Industrias Infinito; (ii) el dinero que invirtió en Industrias Infinito a través de préstamos inter-empresariales; (iii) la concesión de explotación; (iv) los derechos mineros preexistentes que subyacen a la concesión de explotación; (v) las otras aprobaciones para el [P]royecto Crucitas; (vi) los activos físicos asociados con el [P]royecto, incluyendo la infraestructura minera a medio construir; y (vii) los activos intangibles asociados con el [P]royecto”²¹⁴. En ese momento, la Demandada no cuestionó lo anterior²¹⁵. Sin embargo, como APREFLOFAS había alegado que la inversión había sido obtenida por medio de corrupción, el Tribunal difirió la cuestión para la fase de fondo²¹⁶.
175. En el transcurso de la fase de fondo, la Demandada objetó que la inversión no se había realizado de acuerdo con el derecho costarricense. Esta objeción se centra exclusivamente sobre si la Demandante era propietaria o tenía el control de la Concesión de 2008 (y las aprobaciones relacionadas) de conformidad con el derecho costarricense. Tal como se indicó *supra*, la Demandada arguye que Industrias Infinito obtuvo la Concesión de 2008 y las aprobaciones relacionadas por medio de conductas fraudulentas, y que la Concesión de 2008 adolecía de otros defectos legales

²¹² R-CM Fondo, ¶ 298, que cita *inter alia* *Fraport I*, ¶ 339, **CL-0207**; *Inceysa*, ¶ 207, **RL-0183**; *Salini*, ¶ 46, **RL-0184**.

²¹³ R-CM Fondo, ¶¶ 301-302.

²¹⁴ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 175(b), que cita C-Mem. Fondo, ¶ 219.

²¹⁵ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 175(b).

²¹⁶ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 139-140.

irremediables²¹⁷. Sin embargo, según los términos del Tratado, la Concesión de 2008 no es aquello sobre lo cual el Tribunal debe enfocarse a los efectos de establecer su jurisdicción. La Concesión de 2008 no califica como inversión de la Demandante al amparo del Artículo I(g) del Tratado. En efecto, no constituye un “activo que sea propiedad de o que esté controlado [...] directa[mente]” por la Demandante, ya que es de propiedad de o está controlada por Industrias Infinito. En otras palabras, constituye un activo respecto del cual se ejerce propiedad indirectamente. Sin embargo, no queda comprendido dentro del alcance de la definición del Tratado, la cual requiere un “activo que sea propiedad de o que esté controlado [...] indirectamente a través de una empresa o persona natural de un **tercer Estado** [...]”²¹⁸. Industrias Infinito es una empresa constituida en el Estado receptor y, por ende, no califica como empresa de un tercer Estado. Lo mismo es aplicable a los derechos mineros preexistentes, las otras aprobaciones para el Proyecto Crucitas, y cualquier activo físico o intangible de propiedad de Industrias Infinito y que se alega que constituyen inversiones de Infinito.

176. A la luz de la redacción del Tratado, el activo que califica como inversión a los efectos de establecer la jurisdicción son las acciones de la Demandante en Industrias Infinito, las cuales son propiedad indirecta de la Demandante, a través de Crucitas (Barbados) Limited, una sociedad constituida según las leyes de Barbados, es decir, una empresa de un tercer Estado²¹⁹. En consecuencia, las acciones constituyen la inversión respecto de la cual, según el Tratado, aplica el requisito de legalidad. Visto desde esta perspectiva, las acciones de la Demandante en Industrias Infinito distan mucho de ser una “inversión secundaria”, tal como alega la Demandada. Por el contrario, constituyen la inversión principal de la Demandante, sin la cual no tendría acceso a la jurisdicción en virtud del Tratado.
177. La Demandada no ha cuestionado que la Demandante sea propietaria de o tenga el control de sus acciones en Industrias Infinito de acuerdo con el derecho costarricense. Tampoco ha argüido que la Demandante haya adquirido dichas acciones de forma ilegal, ni que la propiedad o el control de las acciones se hayan visto viciados de modo alguno. Respecto de las alegaciones en materia de corrupción, el expediente es claro en que éstas versan sobre “cuestiones que ocurrieron luego de realizada la inversión inicial”²²⁰. Sobre esta base, el Tribunal concluye que las alegaciones de la Demandada

²¹⁷ *Supra*, Sección V.C.1. En cierto momento, la Demandada alegó que había indicios de que la Concesión de 2008 se había obtenido por medio de corrupción, pero luego retiró dicha reclamación. *Supra*, ¶¶ 150-151.

²¹⁸ TBI, Artículo I(g), **C-0001 / RL-0005** (énfasis agregado).

²¹⁹ CER-FTI Consulting 1, nota al pie 15. Si bien la Demandante se ha referido también a sumas de dinero que ha invertido en Industrias Infinito, el Tribunal considera que es innecesario hacer mención a ellas si se determina la propiedad de las acciones. En el caso de que estos fondos todavía fueran propiedad de Infinito y no se hubiesen transferido a la propiedad de su subsidiaria en el plazo pertinente, el Tribunal observa, tal como se indicó en *Inmaris*, que a los efectos de la jurisdicción no necesita examinar si todos y cada uno de los elementos de una inversión satisfacen los requisitos del TBI y del Convenio CIADI; el Tribunal “*need only determine the existence of a covered investment in the transaction as a whole*” [Original inglés]. *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/8, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de marzo de 2010 (“*Inmaris*”), ¶ 92, **CL-0258**.

²²⁰ Tr. Jur. Día 2 (ESP), 450:4-5 (Sr. Evseev).

respecto de que la Concesión de 2008 y las aprobaciones relacionadas fueron adquiridas de forma ilegal o fueron afectadas por defectos legales son irrelevantes a los efectos de la jurisdicción.

178. Debido a que no hay controversia respecto de que la Demandante ha realizado una inversión indirecta en Costa Rica (es decir, sus acciones en Industrias Infinito) de acuerdo con el derecho de dicho país, el Tribunal rechaza la objeción de ilegalidad planteada por la Demandada. A los efectos de la economía procesal, considera innecesario analizar las discrepancias conceptuales entre las Partes respecto del alcance temporal y el alcance del objeto del requisito de legalidad que contempla el Artículo I(g), o sus argumentos sobre *estoppel*. Dicho esto, puesto que las alegaciones en materia de corrupción presentadas por APREFLOFAS plantean una cuestión de política pública internacional la cual el Tribunal debe analizar *ex officio*, el Tribunal procederá a considerar si la adquisición de la inversión estuvo manchada por corrupción.
179. Tal como se indicó *supra*, tanto la Demandada como APREFLOFAS han alegado que hay indicios de que la inversión de la Demandante se obtuvo por medio de corrupción²²¹ y que, en consecuencia, la inversión de la Demandante “recae fuera del alcance de las protecciones del BIT y del consentimiento de Costa Rica para el arbitraje”²²². Posteriormente, la Demandada retiró esta objeción con la justificación de que “la investigación sobre posibles actos de soborno vinculados con una donación de Ronald Mannix, accionista de la Demandante, a la fundación del expresidente Arias, se detuvo tras la decisión del Juzgado Penal de Costa Rica de que los cargos específicos contra el Sr. Arias (pero no contra otros) no podían presentarse por motivos de prescripción”²²³.
180. No obstante dicho retiro, el Tribunal procederá a analizar esta alegación de corrupción por los motivos expresados *supra*. En primer lugar, el Tribunal observa que las alegaciones en materia de corrupción presentadas por la Demandada y APREFLOFAS se vinculan con la adquisición de la Concesión de 2008, la cual fue otorgada durante la presidencia del Presidente Arias.²²⁴ Tal como admitiera la Demandada durante la Audiencia sobre Jurisdicción, las alegaciones sobre corrupción se refieren a “cuestiones que ocurrieron luego de realizada la inversión inicial”²²⁵, lo cual el Tribunal entiende quiere decir que ellas no se relacionan con la adquisición de las acciones en Industrias Infinito por parte de la Demandante. Por lo tanto, incluso si las alegaciones en materia de corrupción estuvieran bien fundadas, *quod non*, ello no implicaría que la adquisición de las acciones, que constituye la inversión relevante a los efectos presentes, fue ilícita. Significaría que la conducta posterior del inversionista estuvo

²²¹ R-CM Fondo, ¶ 297.

²²² R-CM Fondo, ¶ 297.

²²³ R-Dúp. Fondo, ¶ 239, nota al pie 404. Véase también R-Dúp. Fondo, ¶¶ 208-209.

²²⁴ R-CM Fondo, ¶¶ 363-365; Primer Escrito de APREFLOFAS, ¶¶ 10-12, 15-21; Segundo Escrito de APREFLOFAS, ¶¶ 9-15.

²²⁵ Véase Tr. Jur. Día 2 (ESP), 450:4-5 (Sr. Evseev).

manchada, lo cual podría ser una defensa en el fondo, pero no importaría un obstáculo para la jurisdicción.

181. En cualquier caso, no obran indicios suficientes en el expediente de que la Concesión de 2008 haya sido obtenida mediante corrupción. En particular, APREFLOFAS y la Demandada se basaban en una investigación en contra del expresidente Oscar Arias y otros funcionarios involucrados en el otorgamiento de la Concesión²²⁶ que ha sido discontinuada²²⁷. Si bien pareciera que la decisión de discontinuar el proceso fue anulada y remitida al tribunal de origen para una evaluación *de novo*²²⁸, no hay indicios de que los cargos en contra del Presidente Arias puedan proceder. Además, no hay elemento alguno en el expediente que acredite la sugerencia de APREFLOFAS respecto de que la fundación Arias recibió una donación de USD 200.000 por parte de uno de los inversionistas de la Demandante. Al analizar el expediente y arribar a las conclusiones que se acaban de indicar, el Tribunal ha tenido en consideración que es notoriamente difícil probar la corrupción y que, por lo tanto, los tribunales tienden a centrarse en pruebas circunstanciales, invocando indicios o elementos de advertencia. Incluso si adopta dicho estándar de prueba mucho menos exigente, el Tribunal no puede concluir que la Concesión de 2008 fue obtenida mediante corrupción. En consecuencia, no volverá a analizar esta cuestión en el contexto del fondo, en consideración de que la investigación no sería diferente en la fase de fondo y que ha cumplido con su responsabilidad *ex officio* relativa a cuestiones de política pública internacional a los efectos jurisdiccionales y de fondo aquí.
182. Por lo tanto, el Tribunal rechaza la objeción de ilegalidad de la Demandada. Procederá a analizar los argumentos de la Demandada respecto de que la Concesión de 2008 adolecía de defectos legales o que Industrias Infinito, de cualquier otro modo, incumplió el derecho administrativo o ambiental de Costa Rica cuando analice el fondo.

D. ¿LAS RECLAMACIONES PRESCRIBIERON EN VIRTUD DEL ARTÍCULO XII(3)(C) DEL TBI?

1. La Posición de la Demandada

183. La Demandada alega que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione temporis* ya que las reclamaciones de la Demandante están prescritas, porque la Demandante tuvo conocimiento real o presunto (a) de las supuestas violaciones y (b) del hecho de que había incurrido en pérdida o daños, con anterioridad al 6 de febrero de 2011.

²²⁶ Primer Escrito de APREFLOFAS, ¶¶ 3, 10-14, 19-23; Acusación y Solicitud de Apertura a Juicio, Juzgado Penal de Hacienda, Archivo No. 08-000012-033-PE (8 de noviembre de 2012), **C-0278**; Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, II Circuito Judicial de San José, Caso No. 08-000011-033-PE, Auto de Apertura a Juicio (5 de mayo de 2013), **NDP-001**; Tribunal de Juicio, II Circuito Judicial de San José, Caso No. 08-00011-033-PE, Sentencia No. 32-2015 (28 de enero de 2015), **NDP-002**.

²²⁷ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 208-209; “Óscar Arias sobreseído por prescripción en caso Crucitas”, *La Nación*, 21 de febrero de 2019, **R-0273**.

²²⁸ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 210-211; “Juez señaló ‘grosero error’ en sobreseimiento a favor de Óscar Arias”, *CRHoy.com*, 9 de mayo de 2019, **R-0274**.

a. La Demandante Tuvo Conocimiento Real o Presunto de las Supuestas Violaciones con Anterioridad al 6 de Febrero de 2011

184. Según la Demandada, las pruebas demuestran que las supuestas violaciones se cristalizaron con anterioridad a la fecha de corte y que la Demandante tuvo conocimiento de dichas violaciones cuando se dictó la Sentencia del TCA de 2010 el 24 de noviembre de 2010, antes de la fecha de corte²²⁹.
185. La Demandada arguye que, para identificar el momento en el que se cristaliza una violación, el Tribunal debería aplicar el enfoque adoptado por otros tribunales cuando analizan si una reclamación queda comprendida dentro del alcance temporal de un TBI²³⁰. En concreto, el Tribunal debería evaluar si las diferentes medidas que se supone que incumplen el TBI eran eventos legalmente significativos y diferentes de las medidas que tuvieron lugar con anterioridad a la fecha de corte, o si las medidas estaban profundamente arraigadas en medidas o eventos que tuvieron lugar con anterioridad a la fecha de corte y no tuvieron ningún efecto separado, ni resultaron en ningún cambio fundamental en relación con dichas medidas previas²³¹. La Demandada invoca el caso *Spence*, en el cual se concluyó que los inversionistas “no logr[aron] demostrar [...] que las violaciones que alegan son violaciones accionables de forma independiente, separables de la conducta de asentamiento previo en vigor en la que están profundamente arraigadas”²³². Además, hace referencia a jurisprudencia que demuestra que, cuando la conducta general del Estado ha afectado los derechos del inversionista y dicha conducta consistió en acciones, algunas de las cuales tuvieron lugar con anterioridad a la fecha de corte y otras posteriormente, el tribunal no tendrá jurisdicción sobre los actos posteriores a la fecha de corte si la situación de hecho y de derecho relevante ya se había cristalizado con anterioridad a dicha fecha²³³. En otras palabras, un demandante no puede invocar el último acto de una sucesión o serie de eventos fundado en que la violación se cristalizó en ese momento, cuando en realidad dicho acto no constituyó un evento diferente y legalmente significativo y no redundó en ningún efecto separado o cambio fundamental al *statu quo ante*²³⁴.
186. En el presente caso, la Demandada alega que las supuestas violaciones ya se habían cristalizado con anterioridad a la fecha de corte, debido a que (i) la situación de hecho

²²⁹ R- CM Fondo, ¶ 201.

²³⁰ R-CM Fondo, ¶¶ 204-206.

²³¹ R-CM Fondo, ¶ 205.

²³² R-CM Fondo, ¶ 207, que cita *Spence International Investments, LLC, Berkowitz, y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional, 25 de octubre de 2016 (“*Spence*”), ¶ 246, **CL-0221** [Traducción de la Demandada].

²³³ R-CM Fondo, ¶¶ 206, 208, que cita *Spence*, ¶¶ 146, 163, 246, **CL-0221**; *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de Conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016 (“*Corona*”), ¶¶ 212, 215, **CL-0130**; *ST-AD GmbH (Alemania) c. República de Bulgaria*, Caso CPA No. 2011-06, Laudo sobre Jurisdicción, 18 de julio de 2013 (“*ST-AD*”), ¶ 332, **RL-0075**; *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Laudo, 18 de agosto de 2017 (“*EuroGas*”), ¶ 455, **RL-0197**.

²³⁴ R-CM Fondo, ¶ 208.

y de derecho que subyace los reclamos de la Demandante ya había adoptado cierta forma a causa de eventos que tuvieron lugar con anterioridad al 6 de febrero de 2011; y (ii) las medidas cuestionadas no tuvieron ningún efecto separado en dicha situación de hecho y de derecho. En cambio, las mismas simplemente mantuvieron o confirmaron el *statu quo ante*²³⁵. En concreto, la situación de hecho y derecho relativa a la supuesta inversión de la Demandante ya había adoptado forma definitiva – y, por lo tanto, se había cristalizado – con anterioridad al 6 de febrero de 2011, como consecuencia de los siguientes dos eventos: (i) la Sentencia del TCA de 2010 (emitida el 24 de noviembre de 2010, la cual anuló la Concesión de 2008 y las aprobaciones del proyecto relacionadas); y (ii) la Moratoria Ejecutiva de 2010 (la cual entró en vigor el 11 de mayo de 2010, y prohibió la minería a cielo abierto en Costa Rica)²³⁶. En efecto, fue la Sentencia del TCA de 2010, en contraposición a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la que ordenó la anulación de la Concesión de 2008. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no hizo otra cosa más que confirmar la legalidad de la Sentencia del TCA de 2010 – no se modificó ningún efecto ni órdenes específicas²³⁷. Del mismo modo, fue la Moratoria Ejecutiva de 2010 la que prohibió la minería a cielo abierto en Costa Rica. La situación de hecho y de derecho que subyace el reclamo de la Demandante en relación con la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 ya se había cristalizado, por ende, con anterioridad a la fecha de corte²³⁸.

187. En contraste, las medidas sobre las cuales la Demandante plantea sus reclamaciones en virtud del TBI no tuvieron ningún efecto separado sobre el *statu quo ante* que ya había adoptado cierta forma a causa de las dos medidas anteriores (la Sentencia del TCA de 2010 y la Moratoria Ejecutiva de 2010). En esencia, las primeras tres de las medidas que invoca la Demandante (la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Resolución del MINAET de 2012 y la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013) no hicieron nada más que confirmar o mantener la anulación de la Concesión, que ya había tenido lugar con la Sentencia del TCA de 2010 en el mes de noviembre de 2010; más de dos meses antes de la fecha de corte del 6 de febrero de 2011. La cuarta medida (la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011) replicó la Moratoria Ejecutiva de 2010 anterior. Por lo tanto, la situación de hecho y de derecho sobre la cual la Demandante funda sus reclamaciones en virtud del TBI ya se había cristalizado con la Moratoria Ejecutiva de 2010 anterior y la Sentencia del TCA de 2010²³⁹. En consecuencia, dichas medidas no constituyen eventos diferentes y legalmente significativos, y no pueden conformar una base independiente o autónoma para las reclamaciones de la Demandante en virtud del TBI²⁴⁰.
188. Más específicamente, la Demandada alega que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no constituyó un evento diferente y legalmente significativo que fuera

²³⁵ R-CM Fondo, ¶ 215; R-Dúp. Fondo, ¶ 335.

²³⁶ R-CM Fondo, ¶ 216.

²³⁷ R-CM Fondo, ¶ 217.

²³⁸ R-CM Fondo, ¶ 218.

²³⁹ R-CM Fondo, ¶¶ 220-221.

²⁴⁰ R-CM Fondo, ¶ 219.

accionable de forma independiente con arreglo a TBI²⁴¹ por los motivos que se exponen a continuación:

- a. En primer lugar, no hizo otra cosa más que confirmar las conclusiones de la Sentencia del TCA de 2010, esto es, que la Concesión de 2008 debía ser anulada porque incumplía la Moratoria de 2002²⁴².
- b. En segundo lugar, aún si la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 nunca se hubiera dictado, la Concesión habría permanecido anulada (como resultado de la Sentencia del TCA de 2010). Por lo tanto, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no tuvo ningún efecto separado sobre la inversión de la Demandante al de la Sentencia del TCA de 2010. La Demandante invoca el laudo en *Rumeli* para argüir que, en aquellos casos donde se alega que medidas judiciales incumplen un tratado, es solo la sentencia definitiva del tribunal de apelación la que cristaliza la violación. Sin embargo, el fragmento citado de dicho caso no tiene implicación alguna sobre la cuestión relativa al momento en el que se cristaliza una violación en particular. Además, “como lo demuestra la decisión del tribunal en ST-AD, en instancias en las cuales se decide una apelación judicial después de la fecha de corte, pero la apelación y la sentencia de apelación resultante están profundamente arraigadas en una sentencia que rechaza los mismos alegatos antes de la fecha de corte, la sentencia de apelación resultante no constituirá un evento independiente y legalmente significativo capaz de originar una violación que puede accionarse por separado”²⁴³. En el mismo sentido, la Demandada arguye que “[l]a situación de la Concesión de 2008 permaneció incambiada tanto antes como después de la Sentencia de 2011 de la Sala Administrativa”²⁴⁴.
- c. En tercer lugar, la parte operativa de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no hace referencia a ninguna anulación de la Concesión de 2008. En contraste, la parte operativa de la Sentencia del TCA de 2010 contiene expresamente la decisión de anular los derechos de Industrias Infinito²⁴⁵.
- d. En cuarto lugar, varios de los argumentos de la Demandante para demostrar que la Concesión de 2008 es válida fueron analizados solo por el TCA y no por la Sala Administrativa, ya que esta última procedió “en aras de la economía procesal”²⁴⁶.
- e. En quinto lugar, y suponiendo que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 hubiera otorgado la apelación de la Demandante, ello no habría restablecido la

²⁴¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 338.

²⁴² R-Dúp. Fondo, ¶ 342.

²⁴³ R-CM Fondo, ¶¶ 223-226, que cita *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 (“*Rumeli*”), ¶ 795, **CL-0075**.

²⁴⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 343.

²⁴⁵ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 339-341.

²⁴⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 345.

Concesión de 2008 de forma automática. En efecto, la cuestión se habría remitido al TCA²⁴⁷.

- f. En sexto lugar, la Demandante no cuestiona que la Sentencia del TCA de 2010 anuló la Concesión de 2008. En cambio, la Demandante arguye que la sentencia solo “tomó estado firme” con la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011²⁴⁸.
 - g. En séptimo lugar, la Demandante no llevó a cabo ninguna actividad minera luego de la Sentencia del TCA de 2010. La Demandada arguye que ello demuestra que la “Concesión de 2008 y las aprobaciones conexas habían sido anuladas [...]”²⁴⁹.
189. De modo similar, la Demandada alega que la Resolución del MINAET de 2012 no constituyó un evento diferente y legalmente significativo que fuera accionable de forma independiente con arreglo al TBI porque su único propósito era implementar la instrucción expresa al Ejecutivo contenida en la Sentencia del TCA de 2010; siendo dicha instrucción la consecuencia jurídica y lógica luego de que el TCA declarara la nulidad de la Concesión de 2008. Por lo tanto, esta resolución no puede constituir la base de una violación separada del TBI²⁵⁰. Tal como explica la Dra. León, “la anulación de una concesión y su cancelación [...] llevan a un mismo efecto: la extinción de la concesión”²⁵¹. Además, la Demandada arguye que la Demandante y sus testigos han reconocido que Industrias Infinito ya no tenía ningún permiso de exploración o los derechos mineros preexistentes porque su permiso de exploración había expirado el 18 de septiembre de 1999²⁵².
190. Del mismo modo, la Demandada arguye que la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 no constituyó un evento diferente y legalmente significativo que fuera accionable de forma independiente con arreglo a TBI. La Demandada recuerda que, en dicha sentencia, la Sala Constitucional determinó que no podía resolver sobre la constitucionalidad de la Sentencia del TCA de 2010 porque la Sala Administrativa ya había emitido su decisión. En cualquier caso, la Demandada sostiene que “[u]n fallo de la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad de la Sentencia del TCA de 2010 en todo caso no hubiera tenido ningún efecto sobre las determinaciones de la Sentencia del TCA de 2010 con respecto a la legalidad de la concesión, dado que esas determinaciones (que examinaron la legalidad, y no la constitucionalidad, de la Concesión 2008 y medidas relacionadas) recaería fuera de la jurisdicción de la Sala Constitucional”²⁵³. En subsidio, la Demandada arguye que la Sentencia del TCA de

²⁴⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 346.

²⁴⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 348, que cita C-Réplica Fondo, ¶ 478.

²⁴⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 350.

²⁵⁰ R-CM Fondo, ¶ 228; R-Dúp. Fondo, ¶ 354.

²⁵¹ RER-León 1, ¶ 303.

²⁵² R-Dúp. Fondo, ¶ 355.

²⁵³ R-CM Fondo, ¶ 230.

2010 anuló la Concesión de 2008 sobre bases diferentes que no formaban parte de la defensa de cosa juzgada de la Demandante²⁵⁴.

191. Por último, la Demandada alega que la cuarta medida (la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, a la cual la Demandada hace referencia como Moratoria Legislativa) tampoco constituía un evento diferente y legalmente significativo, y no puede conformar un fundamento independiente para una reclamación en virtud del TBI. La Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 replicó la esencia de la Moratoria Ejecutiva de 2010 que había sido emitida por el poder ejecutivo con anterioridad a la fecha de corte, y había permanecido en vigor desde el momento de su sanción y luego de pasada la fecha de corte. Por lo tanto, la Demandante estuvo sujeta precisamente a las mismas limitaciones tanto con anterioridad como posterioridad a la fecha de corte, lo que significa *a fortiori* que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 no tuvo efectos o impactos separados en comparación con aquellos generados previamente por la Moratoria Ejecutiva de 2010. En otras palabras, la Moratoria Ejecutiva de 2010 ya impedía a la Demandante solicitar una nueva concesión, lo cual constituye el mismo agravio que la Demandante reclama en la actualidad en relación con la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011. Por ende, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 no modificó ni dio forma de manera sustancial a la situación de hecho y derecho que existía con anterioridad al 6 de febrero de 2011; simplemente reestructuró en términos legislativos una limitación legal que ya existía en virtud de la Moratoria Ejecutiva de 2010²⁵⁵.
192. Además, la Demandada alega que la posición de la Demandante es contraria a su entendimiento contemporáneo de la Moratoria Ejecutiva de 2010. La Demandada alega que en el Informe Trimestral de 30 de septiembre de 2010 la Demandante declaró que había registrado cargos por deterioro por USD 309.000 y USD 450.000 respecto de sus “propiedades afectadas por la moratoria sobre las actividades de minería que anunció el Gobierno de Costa Rica el 8 de mayo de 2010 [es decir, la fecha del Decreto de Moratoria de Chinchilla]”²⁵⁶. Por lo tanto, la situación de hecho y de derecho sobre la cual la Demandante funda sus reclamaciones en virtud del TBI ya se había cristalizado con la Moratoria Ejecutiva de 2010 anterior y la Sentencia del TCA de 2010²⁵⁷.

b. La Demandante Tuvo Conocimiento Real o Presunto de las Pérdidas o Daños Causados con Anterioridad a la Fecha de Corte

193. La Demandada alega que la Demandante tuvo conocimiento real o presunto de las pérdidas o daños que había sufrido con la Sentencia del TCA de 2010, es decir, antes de la fecha de corte²⁵⁸. Niega que el momento relevante a los efectos del Artículo

²⁵⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 360.

²⁵⁵ R-CM Fondo, ¶¶ 234-235; R-Dúp. Fondo, ¶¶ 362-366.

²⁵⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 367.

²⁵⁷ R-CM Fondo, ¶¶ 220-221.

²⁵⁸ R-CM Fondo, ¶ 240; R-Dúp. Fondo, ¶ 386.

XII(3)(c) sea el momento en el cual el inversionista “tomó conocimiento de que su inversión había llegado a ser algo ‘sustancialmente sin valor’”, tal como sugiere la Demandante²⁵⁹. La Demandada arguye, invocando varias decisiones en materia de arbitraje de inversión, que “no es necesario demostrar que el Demandante conocía, o debió haber conocido, la exacta magnitud de la pérdida que sufrió, a fin de determinar cuándo tomó conocimiento de las pérdidas o daños a los fines de una cláusula de limitación temporal”²⁶⁰.

194. En primer lugar, la Demandada arguye que la pérdida tuvo lugar, objetivamente, con anterioridad a la fecha de corte. Observa que el precio de las acciones de la Demandante cayó más del 50% inmediatamente después de la emisión de la Sentencia del TCA de 2010²⁶¹, y hace hincapié en que su perito en materia de *quantum* concluyó que “[d]esde el punto de vista financiero, el 24 de noviembre de 2010 [...] es la fecha correcta de valoración, dado que en esa fecha la actividad se detuvo y la inversión debió haberse alterado en los libros de Infinito”²⁶². Asimismo, la Demandada arguye que dicha pérdida resulta directamente de la anulación de la Concesión de 2008 en virtud de la Sentencia del TCA de 2010, y que las medidas subsiguientes – la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Resolución del MINAET de 2012 y la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 – no causaron ninguna pérdida o daño adicional porque no modificaron la Sentencia del TCA de 2010²⁶³.
195. La misma conclusión resulta aplicable respecto de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011. La Demandada arguye que dicha Prohibición no tuvo “un impacto adicional ni diferente sobre [la] Demandante, más allá de aquello que ya se había producido por las Moratorias Ejecutivas de 2010”, las cuales habían impuesto una prohibición a la minería a cielo abierto con anterioridad a la fecha de corte²⁶⁴.
196. En segundo lugar, la Demandada arguye que la Demandante tuvo conocimiento de las pérdidas con anterioridad a la fecha de corte. En particular, la Demandante tenía conocimiento de que las pérdidas habían sido originadas por la Sentencia del TCA de 2010²⁶⁵. Según la Demandada, la Demandante reconoció de forma expresa que la Sentencia del TCA de 2010 le había privado de la totalidad del valor de su inversión

²⁵⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 380.

²⁶⁰ R-CM Fondo, ¶ 245; R-Dúp. Fondo, ¶ 378; *Mondev International Ltd. c Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 (“**Mondev**”), ¶ 87, **CL-0062**; *Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016 (“**Rusoro**”), ¶ 217, **RL-0181**; *United Parcel Service of America Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/02/1, Laudo sobre el Fondo, 24 de mayo de 2007 (“**UPS Laudo**”), ¶ 29, **RL-0227**; *William Ralph Clayton, y otros, y Bilcon of Delaware, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 (“**Clayton & Bilcon**”), ¶ 275, **CL-0172**.

²⁶¹ R-CM Fondo, ¶ 241.

²⁶² R-CM Fondo, ¶ 240, que cita RER-Credibility 1, ¶¶ 9(i), 72.

²⁶³ R-CM Fondo, ¶ 243.

²⁶⁴ R-CM Fondo, ¶ 244.

²⁶⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 383.

en un comunicado de prensa de 18 de enero de 2011 en el cual señaló que “[l]a Empresa [es decir, [la] Demandante] procura restablecer la seguridad y el valor de sus inversiones considerables y a largo plazo en Costa Rica, y revertir el impacto negativo que el Laudo ha tenido con respecto al precio de las acciones de la Empresa y el impacto negativo inherente sobre sus inversores y empleados”²⁶⁶. Además, la Demandada señala los informes, comunicados de prensa y estados financieros de Infinito en los cuales reconoce la pérdida causada por la Sentencia del TCA de 2010; la confirmación del Sr. Rojas de que el Proyecto estaba detenido, y la decisión de Infinito de permitir que no se renovara la línea de crédito con BNP²⁶⁷. En efecto, la Demandada arguye que la inversión de la Demandante carecía de valor incluso con anterioridad a la Sentencia del TCA de 2010, y observa que diversos estados financieros emitidos entre los años 2008 y 2010 demostraban que las finanzas de Infinito ya se estaban deteriorando²⁶⁸.

197. Además, la Demandada alega que la Demandante no cuestionó que se había enterado de la Moratoria Ejecutiva de 2010 al momento en el que se promulgaron los decretos pertinentes (y, en cualquier caso, con anterioridad al 6 de febrero de 2011). La Demandada infiere, fundada en este hecho, que la Demandante tenía conocimiento de la pérdida o daño causados por la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 con anterioridad a la fecha corte, ya que la pérdida es la misma²⁶⁹.
198. Asimismo, la Demandada alega que los argumentos de la Demandante que se fundan simplemente en creencias y expectativas subjetivas, por ejemplo, que la Sala Administrativa desestimaría la Sentencia del TCA de 2010, son irrelevantes a los efectos de la prueba objetiva exigida por el Artículo XII(3)(c)²⁷⁰.

c. El Artículo IV del TBI No le Permite a Infinito Eludir los Requisitos del Artículo XII(3)(c)

199. Por último, la Demandada niega que la cláusula NMF, contenida en el Artículo IV del TBI, permita a la Demandante eludir los requisitos del Artículo XII(3)(c). Más específicamente, arguye que el Artículo IV no le permite a la Demandante importar las disposiciones de resolución de controversias más favorables contenidas en los TBI Costa Rica-Taiwán y Costa Rica-Corea, los cuales no contienen una disposición tal como el Artículo XII(3)(c)²⁷¹.
200. En primer lugar, la Demandada arguye que la cláusula NMF del TBI constituye una disposición sustantiva y no puede utilizarse para importar disposiciones de otros

²⁶⁶ R-CM Fondo, ¶ 246, que cita Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd., “*Infinito Gold Files to Annul the Tribunal Contencioso Administrativo Ruling*” (18 de enero de 2011), pág. 1, **C-0246** [Traducción de la Demandada]; R-Dúp. Fondo, ¶ 383.

²⁶⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 383.

²⁶⁸ R-CM Fondo, ¶ 248; R-Dúp. Fondo, ¶ 384.

²⁶⁹ R-CM Fondo, ¶ 252.

²⁷⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 379.

²⁷¹ R-CM Fondo, Sección III.B; R-Dúp. Fondo, Sección III.C.

tratados de inversión que la Demandada haya celebrado²⁷². Para poder invocar dicha cláusula, la Demandante debería demostrar positivamente que se ha incumplido la obligación de NMF a raíz de cierta acción u omisión por parte de la Demandada, lo cual la Demandante no ha hecho²⁷³.

201. En segundo lugar, la Demandada alega que el Artículo IV(a) del TBI no abarca la resolución de controversias²⁷⁴.
202. En tercer lugar, la Demandada sostiene que el Artículo XII del TBI contiene requisitos jurisdiccionales (en lugar de requisitos de admisibilidad), y tales requisitos no pueden eludirse por operación de la cláusula NMF²⁷⁵.

2. La Posición de la Demandante

203. La Demandante sostiene que planteó su reclamación en concordancia con las disposiciones en materia de prescripción contenidas en el TBI. Arguye que inicialmente adquirió conocimiento de las violaciones del TBI por parte de la Demandada y de que su inversión en Costa Rica había quedado sustancialmente sin valor el 30 de noviembre de 2011 (es decir, dentro del plazo de prescripción). Esa fue la fecha en que la Sala Administrativa emitió su decisión mediante la cual anulaba las resoluciones que otorgaban la concesión de explotación de Industrias Infinito y otros permisos claves, y la fecha en que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 por primera vez hizo imposible que la Demandante continuara con el Proyecto Las Crucitas²⁷⁶.

a. La Demandante Inicialmente Tuvo Conocimiento de que la Demandada Había Violado el TBI, y de que Había Sufrido Daños, el 30 de Noviembre de 2011

204. La Demandante alega que inicialmente tuvo conocimiento de que la Demandada había violado el TBI, y de que había sufrido daños, el 30 de noviembre de 2011. La Demandante afirma que no consideró que la Sentencia del TCA de 2010 fuera definitiva, sino que esperaba que iba a poder continuar desarrollando el Proyecto Las Crucitas después de que la Sala Administrativa emitiera una sentencia favorable²⁷⁷.
205. En primer lugar, según la Demandante, el expediente demuestra que después de que el TCA dio a conocer su Sentencia, la Demandante estaba “sorprendid[a] y frustrad[a], pero tenía toda la expectativa de que la Sala Administrativa anularía la [Sentencia del TCA de 2010]”, permitiendo que la Demandante “terminara de construir y comenzara

²⁷² R-CM Fondo, ¶¶ 257-261.

²⁷³ R-CM Fondo, ¶¶ 262-265.

²⁷⁴ R-CM Fondo, ¶¶ 267-283.

²⁷⁵ R-CM Fondo, ¶¶ 286-291.

²⁷⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 446.

²⁷⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 452.

a operar el [P]royecto Crucitas”²⁷⁸. La Demandante señala los siguientes hechos en sustento de esta alegación:

- a. La Demandante y su auditor independiente Ernst & Young no registraron un cargo por deterioro en sus estados financieros auditados, en relación con las propiedades mineras de la Demandante en Costa Rica, luego de la Sentencia del TCA de 2010. Los auditores externos de la Demandante señalaron en una presentación que la Demandante sólo tendría que considerar el deterioro en el caso de una decisión adversa de la Sala Administrativa. La Demandante también hace referencia a (i) memorandos de contabilidad interna, que explican su razonamiento para no registrar un cargo por deterioro; (ii) correos electrónicos internos, que explican su razonamiento para no registrar un cargo por deterioro; y (iii) declaraciones públicas hechas por la gerencia de la Demandante en virtud de las leyes de títulos valores canadienses, que confirman su opinión de que un cargo por deterioro no estaba justificado²⁷⁹.
- b. La Demandante asevera que anticipaba reanudar la construcción luego de que la Sala Administrativa revocara la Sentencia del TCA de 2010, tal como queda demostrado en numerosas comunicaciones internas. Esta misma expectativa se refleja también en las presentaciones en los registros de valores²⁸⁰.

206. En segundo lugar, la Demandante entendió que fue la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 la que anuló de forma definitiva e irreversible las resoluciones mediante las cuales se concedían los permisos clave de Industrias Infinito y dejó la inversión de la Demandante en Industrias Infinito sustancialmente sin valor²⁸¹, tal como demuestran las siguientes pruebas:

- a. Infinito registró un cargo por deterioro de los activos relacionados con el Proyecto Crucitas tras la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. Tal como se explicó en un memorándum contable, Infinito no consideró que el Proyecto Crucitas había sido cancelado hasta que se emitió la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011²⁸².
- b. La Demandante invoca la declaración testimonial del Sr. Peschke en la que explica que (i) estuvo de acuerdo con el deterioro, al igual que con el memorándum contable; y que (ii) Infinito comenzó a dismantelar el Proyecto Crucitas solo con posterioridad a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011²⁸³. Por ejemplo,

²⁷⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 472.

²⁷⁹ C-Réplica Fondo, ¶¶ 455-462.

²⁸⁰ C-Réplica Fondo, ¶¶ 463-464.

²⁸¹ C-Réplica Fondo, Parte Tres, II.A.c.

²⁸² C-Réplica Fondo, ¶ 467; Memorándum de Brian Orgnero (Infinito Gold Ltd.) para Q3 2012 W/P Expediente relativo a los estados financieros consolidados provisionales no auditados del 31 de diciembre de 2011 de Infinito Gold Ltd. (3 de febrero de 2012), **C-0696**.

²⁸³ C-Réplica Fondo, ¶ 468; CWS-Peschke 1, ¶¶ 152-155.

Industrias Infinito llevó a cabo despidos masivos de empleados en ese momento²⁸⁴.

- c. Correos electrónicos internos intercambiados entre el 7 de diciembre de 2011 y el 10 de enero de 2012 con respecto al cierre del Proyecto confirman el entendimiento de la Demandante de que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 fue la medida judicial que causó una violación²⁸⁵.
- d. Las presentaciones en los registros de valores de la Demandante demuestran que la Demandante no consideraba que sus inversiones en el Proyecto Crucitas hubieran quedado sustancialmente sin valor y, por el contrario, esperaba seguir adelante con el Proyecto, hasta la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011²⁸⁶.

b. Las Medidas Impugnadas Son Todas Medidas Legales Distintas con Efectos Legales y Prácticos Diferentes

- 207. La Demandante niega que las medidas impugnadas estén profundamente arraigadas en la Sentencia del TCA de 2010, tal como sugiere la Demandada²⁸⁷. Por el contrario, la Demandante sostiene que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, la Resolución del MINAET de 2012 y la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 son distintas de las medidas anteriores a la fecha de corte, y tuvieron efectos legales y prácticos diferentes en la inversión de la Demandante en Costa Rica²⁸⁸.
- 208. En primer lugar, la Demandante no comparte la opinión de la Demandada de que las violaciones cristalizaron con la Sentencia del TCA de 2010, dado que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 se limitó a confirmar la anulación de la Concesión de 2008 y, por ende, no alteró los derechos de la Demandante²⁸⁹. Sobre la base de las decisiones de los casos *Rumeli*, *Apotex* y *Eli Lilly*, la Demandante alega que “una decisión de un tribunal inferior no desencadena un plazo de prescripción en caso de apelación”²⁹⁰. La Demandante arguye que, en el presente caso, la Sentencia del TCA de 2010 estuvo suspendida durante la apelación y no se implementó hasta cuando la

²⁸⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 468; CWS-Rojas 1, ¶ 199.

²⁸⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 469; Correo electrónico de Jason Moore a John Morgan (Infinito Gold Ltd.) sobre la reunión (13 de diciembre de 2011), **C-0687**; Correo electrónico de John Thomas (Infinito Gold Ltd.) a Bladimir Arroyo (Grupo 8) sobre el contrato con Grupo 8 (10 de enero de 2012), **C-0701**; Correo electrónico de Brian Orghero (Infinito Gold Ltd.) a Adnet Updates Dept. sobre la página web de Infinito Gold (7 de diciembre de 2011), **C-0686**; CWS-Peschke 1, ¶ 151.

²⁸⁶ C-Réplica Fondo, ¶¶ 461, 464, 470.

²⁸⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 484.

²⁸⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 484.

²⁸⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 477.

²⁹⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 480, *Apotex Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013 (“*Apotex*”), ¶¶ 315-316, 333-334, **RL-0020**; *Rumeli*, ¶¶ 795-796, **CL-0075**; *Eli Lilly and Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Final, 16 de marzo de 2017 (“*Eli Lilly*”), ¶ 170, **CL-0266**.

Sala Administrativa dictó su Sentencia en 2011, a saber, cuando la decisión de cancelar la Concesión de 2008 devino firme y definitiva²⁹¹.

209. En segundo lugar, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 es una medida independiente de la Moratoria Ejecutiva de 2010, en tanto (i) sustituyó los efectos de los dos decretos de Moratoria anteriores, que son instrumentos jurídicos inferiores; (ii) tuvo efectos más amplios y contundentes que los de las moratorias; y (iii) la Demandante sólo se vio afectada por la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 cuando los tribunales costarricenses anularon sus derechos mineros de manera que tuviera que presentar otra solicitud a fin de obtener derechos nuevos²⁹².
210. En tercer lugar, la Demandante sostiene que la Resolución del MINAET de 2012 no se limitó a implementar la Sentencia del TCA de 2010, tal como alega la Demandada. Según la Demanda, (i) la Resolución del MINAET de 2012 no implementó la Sentencia del TCA de 2010, sino la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011; y (ii) fue más allá de la simple aplicación de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. La Demandante arguye en este sentido que la Resolución del MINAET de 2012 canceló la Concesión de 2008, las aprobaciones relacionadas y todos los derechos procesales restantes de Industrias Infinito en el área de Crucitas, incluso su permiso de exploración y los derechos mineros preexistentes²⁹³.
211. En cuarto lugar, la Demandante sostiene que la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 es independiente de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. En efecto, la Demandante arguye que planteó ante la Sala Constitucional una cuestión totalmente nueva, a saber, la existencia dentro de los sistemas judiciales de Costa Rica de diversas decisiones en conflicto²⁹⁴.
212. Por último, la Demandante alega que los casos *Spence*, *Corona* y *ST-AD* citados por la Demandada no brindan orientación alguna para el caso que nos ocupa²⁹⁵. Según la Demandante, los tribunales en estos casos determinaron que carecían de jurisdicción, puesto que (i) la violación claramente tuvo lugar antes de la fecha límite; (ii) hechos posteriores, tales como el envío de una carta o la presentación de una solicitud de reconsideración, no bastan para constituir una violación diferente de una medida que había tenido lugar antes de la fecha límite; o (iii) las violaciones tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del TBI aplicable²⁹⁶. El presente caso es diferente, en tanto Industrias Infinito presentó una apelación ante la Corte Suprema de Justicia por

²⁹¹ C-Réplica Fondo, ¶ 478.

²⁹² C-Réplica Fondo, ¶ 484(b).

²⁹³ C-Réplica Fondo, ¶ 484(c).

²⁹⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 484(d).

²⁹⁵ C-Réplica Fondo, ¶¶ 485-487.

²⁹⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 486(a)-(c).

razones legítimas y porque dicho procedimiento suspendió la Sentencia del TCA de 2010 anterior²⁹⁷.

c. En Cualquier Caso, el Artículo IV del TBI le Permite a Infinito Eludir los Requisitos del Artículo XII(3)(c)

213. La Demandante alega que, si el Tribunal encuentra que la condición temporal incluida en el Artículo XII(3)(c) del TBI no se cumple, entonces debería concluir que el Artículo XII(3) no es aplicable por la operación del Artículo IV del TBI (la cláusula de NMF)²⁹⁸. La posición de la Demandante es que el Artículo IV del TBI le permite beneficiarse de las disposiciones de resolución de disputas más favorables contenidas en los TBI Costa Rica-Taiwán y Costa Rica-Corea, que no contienen una disposición como el Artículo XII(3)(c)²⁹⁹.
214. La Demandante sostiene que el propósito del Artículo IV radica en extender el “trato” respecto del “disfrute, uso, administración, conducción, operación, expansión y venta u otra disposición de la inversión”, lo cual incluye disposiciones más favorables de otros TBI, incluyendo mecanismos de resolución de controversias más favorables³⁰⁰.
215. En respuesta al argumento de la Demandada de que no se pueden evadir las limitaciones temporales a través de la aplicación de una cláusula NMF sobre la base de que éstas constituyen requisitos jurisdiccionales en lugar de requisitos de admisibilidad, la Demandante arguye que el Artículo XII(3)(c) del TBI establece un requisito de admisibilidad para someter un reclamo a arbitraje. La Demandada prestó su consentimiento incondicional al arbitraje con arreglo al Artículo XII(5) del TBI. Por lo tanto, el requisito correspondiente al plazo de prescripción contenido en el Artículo XII(3)(c) del TBI es parte del procedimiento que el inversionista debe seguir antes de poder invocar el consentimiento al arbitraje de un Estado parte en virtud del Tratado³⁰¹.

3. Análisis

216. De conformidad con el Artículo XII(3)(c) del TBI, un inversionista podrá someter una diferencia a arbitraje solamente si “(c) no han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversionista inicialmente tuvo o debió haber tenido conocimiento, de la violación alegada y conocimiento de que el inversionista ha incurrido en pérdidas o daño”³⁰². En otras palabras, una reclamación está prescrita si la Demandante tuvo conocimiento (real o presunto) (i) de la violación alegada y (ii) de la pérdida que ocasionó, más de tres años antes de que se presentara la Solicitud de Arbitraje.

²⁹⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 486(b)-(c).

²⁹⁸ C-CM Jur., ¶ 486.

²⁹⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 488.

³⁰⁰ C-Réplica Fondo, ¶¶ 488-493.

³⁰¹ C-Réplica Fondo, ¶ 494.

³⁰² TBI, Artículo XII(3)(c), **C-0001 / RL-0005**.

217. Tal como se afirmó en la Decisión sobre Jurisdicción, para decidir sobre esta objeción, “el Tribunal debe responder las siguientes tres cuestiones: (i) primero, debe identificar la fecha de corte del término de prescripción de tres años; (ii) segundo, debe determinar si la Demandante tenía conocimiento o debería haber tenido conocimiento del incumplimiento o los incumplimientos alegados antes de dicha fecha de corte; y (iii) tercero, debe determinar si la Demandante tenía conocimiento o debería haber tenido conocimiento de que había incurrido en pérdidas o daños con anterioridad a dicha fecha”³⁰³.
218. El análisis se ocupa, primero, de la fecha de corte (Sección (a) *infra*) y, luego, del conocimiento de la violación y de las pérdidas (Sección (b) *infra*).

a. Fecha de Corte

219. Tal como se analizó en la Decisión sobre Jurisdicción, la Solicitud de Arbitraje fue presentada el 6 de febrero de 2014. Por consiguiente, el Tribunal carece de jurisdicción sobre las reclamaciones respecto de las cuales la Demandante inicialmente tuvo conocimiento de la violación y de las pérdidas más de tres años atrás, es decir, antes del **6 de febrero de 2011**. Las Partes están de acuerdo con esta fecha de corte³⁰⁴.

b. Conocimiento de la Violación y de las Pérdidas

220. Para que las reclamaciones estén prescritas, el Artículo XII(3)(c) exige que la Demandante inicialmente haya tenido conocimiento de la violación alegada y conocimiento de que ha incurrido en pérdidas o daño, con anterioridad a la fecha de corte. El Tribunal observa que el TBI hace referencia al conocimiento de la *violación* alegada, y no al conocimiento de los *hechos* que componen la violación alegada. En otras palabras, el plazo de prescripción comienza a correr solo después de que ha tenido lugar la violación (en tanto noción jurídica). Si bien una violación necesariamente es causada por hechos, tal como se analizará *infra*, el momento en que una violación “ocurre” dependerá de cuándo un hecho o conjunto de hechos puede desencadenar una violación de derecho internacional.
221. Aunque el Tratado no lo diga expresamente, las pérdidas o el daño deben surgir de la violación alegada. Esto no significa necesariamente que las pérdidas siempre sean de fecha posterior a la violación. Dependiendo del estándar vulnerado, la violación y las pérdidas pueden coincidir. Este puede ser el caso respecto de reclamaciones de expropiación, en que, usualmente, la violación se cristaliza cuando la confiscación directa o privación sustancial ocurren. Este también podría ser el caso respecto de reclamaciones basadas en una violación del estándar de trato justo y equitativo, si la violación de las expectativas legítimas o la arbitrariedad se perpetran mediante un acto que ocasiona un daño. En consecuencia, el Tribunal considera más apropiado abordar

³⁰³ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 330.

³⁰⁴ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 331; véanse, por ejemplo, C-Mem. Fondo, ¶ 233; R-Mem. Jur., ¶ 17.

el conocimiento de la violación y las pérdidas conjuntamente por cada violación alegada.

222. Al realizar su análisis, el Tribunal debe tener en cuenta además que el Tratado (i) utiliza la conjunción “y”, de modo que el conocimiento de la violación y el conocimiento de las pérdidas son requisitos acumulativos; (ii) alude a conocimiento “inicial” y no solo a conocimiento; (iii) comprende tanto el conocimiento real como el presunto.
223. A fin de establecer cuándo la Demandante inicialmente tuvo conocimiento real o presunto de una supuesta violación, el Tribunal debe comenzar por determinar cuándo ocurrió dicha violación.
224. La Demandante sostiene que las violaciones del Tratado ocurrieron a través de cinco medidas, posteriores a la fecha de corte, y que, según ella, tuvieron los siguientes efectos:
- a. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 de fecha 30 de noviembre de 2011³⁰⁵, que confirmó la Sentencia del TCA de 2010, volviendo así definitiva e irreversible la anulación de la concesión de explotación, las autorizaciones ambientales, la declaración de interés público y de conveniencia nacional, así como el permiso de cambio de uso de la tierra.
 - b. La Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 sobre la minería a cielo abierto³⁰⁶, que entró en vigor el 10 de febrero de 2011 y prohibió a Industrias Infinito solicitar permisos nuevos.
 - c. La Resolución del MINAET de 2012 de fecha 9 de enero de 2012³⁰⁷, que canceló la Concesión de 2008 y eliminó del registro minero todos los derechos de minería de Industrias Infinito, yendo más allá de lo ordenado por la Sala Administrativa.
 - d. La Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 de fecha 19 de junio de 2013³⁰⁸, que declinó resolver el conflicto entre su decisión anterior confirmando la constitucionalidad de las autorizaciones del Proyecto Crucitas y la Sentencia del TCA de 2010.
 - e. El reinicio del procedimiento ante el TCA por causa de daño ambiental en el mes de enero de 2019³⁰⁹.
225. En este contexto, la Demandante no alega que cada una de estas medidas fuera una violación separada del tratado. Tal como consta en la Decisión sobre Jurisdicción y se

³⁰⁵ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), **C-0261**.

³⁰⁶ Reforma al Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), **C-0238**.

³⁰⁷ Resolución No. 0037, MINAET, Expediente No. 2594 (9 de enero de 2012), **C-0268**.

³⁰⁸ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (19 de junio de 2013), **C-0283**.

³⁰⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución (14 de enero de 2019), **C-0861**. Véase C-Réplica Fondo, ¶¶ 18, 611-614, 823(b).

confirma en la Réplica³¹⁰, la Demandante arguye que “Industrias Infinito no pudo continuar el desarrollo del proyecto Crucitas debido a la **combinación** de estas cuatro medidas”³¹¹.

226. Específicamente, la Demandante sostiene que el resultado combinado de las primeras cuatro medidas viola el TBI de cuatro maneras:
- a. Se expropiaron sus inversiones al impedir a Infinito de forma definitiva la construcción y operación de la mina de oro de Las Crucitas³¹².
 - b. Se incumplió la obligación de Costa Rica de proporcionar un trato justo y equitativo (“TJE”) al violar las expectativas legítimas de Infinito, tratar a Infinito de manera arbitraria e incoherente, al igual que denegarle a Infinito justicia tanto procesal como sustancial³¹³.
 - c. No se les proporcionó total protección y seguridad a las inversiones de Infinito (“TPS”) ³¹⁴.
 - d. Se incumplieron dos obligaciones sustantivas de otros tratados de inversión celebrados por Costa Rica importadas al TBI por medio de la cláusula de NMF: (i) la obligación de hacer “lo necesario” para proteger las inversiones de Infinito, importada del TBI Costa Rica-Francia; y (ii) la cláusula paraguas por medio de la cual el Estado receptor “deberá cumplir [u observar] cualquier obligación que hubiere contraído en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante”, que se encuentra en los TBI de Costa Rica con Taiwán y Corea³¹⁵.
227. En cuanto a la quinta medida, la Demandante arguye que se trata de una continuación de la violación previa por Costa Rica del estándar de TJE³¹⁶. Sin embargo, tal como se analizará en la Sección (vi) *infra*, parece tener un efecto separado.
228. La formulación de las reclamaciones sugiere que la Demandante se basa en una violación compuesta, esto es, “una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita”³¹⁷. A pesar de que solo se refiere expresamente a actos

³¹⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 16 (“El efecto combinado de las medidas adoptadas por Costa Rica como corresponde, quebrantó cuatro protecciones del TBI”). Véase también C-Réplica Fondo, ¶¶ 19, 448, 466, 473, 551, 590-592, 598, 692.

³¹¹ C-CM Jur., ¶ 12 (énfasis agregado). Cabe destacar que, en ese momento, Infinito todavía no se había quejado de la medida (e).

³¹² C-CM Jur., ¶ 13; C-Mem. Fondo, ¶¶ 246-289.

³¹³ C-CM Jur., ¶ 14; C-Mem. Fondo, ¶¶ 290-344.

³¹⁴ C-CM Jur., ¶ 15; C-Mem. Fondo, ¶¶ 345-347.

³¹⁵ C-CM Jur., ¶ 16; C-Mem. Fondo, ¶¶ 348-360.

³¹⁶ C-Réplica Fondo, ¶¶ 186, 613.

³¹⁷ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos con comentarios, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Vol. II, Parte Segunda (2001) (“**Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado**”), Artículo 15(1), **CL-0007**.

compuestos en una nota al pie³¹⁸, el argumento es que las violaciones alegadas son el resultado del efecto combinado de las diversas medidas citadas *supra* (con la posible excepción que se mencionará en la Sección (vi) *infra*). Una violación compuesta “tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito”³¹⁹. Por consiguiente, si el Tribunal aceptara el argumento de la violación compuesta de la Demandante, tendría que determinar la fecha en que la Demandante inicialmente tuvo conocimiento de la acción de la serie que era suficiente para constituir la violación, así como de la pérdida resultante.

229. No obstante, la Demandada niega que la Demandante haya planteado una violación compuesta apropiadamente. Afirma que “[l]as pocas referencias superficiales de la Demandante en su Réplica sobre el efecto ‘combinado’ o ‘compuesto’ de dichas medidas no podrían considerarse un intento serio que diese lugar (y mucho menos probase) a un incumplimiento cada vez más grave de la obligación de trato justo y equitativo establecida en el [A]rtículo II(2)(a)”³²⁰. La Demandada insiste además en la falta de referencia al hecho de que un “incumplimiento de una obligación internacional por parte de un Estado a través de una serie de acciones u omisiones definidas en su conjunto como ilícitas exige[] que dichas acciones u omisiones sean ‘suficientemente numerosas y estén interconectadas para constituir no solamente unos incidentes aislados o excepciones, sino un patrón o un sistema’”³²¹.
230. El Tribunal coincide con la Demandada en que la Demandante no ha sustanciado su argumento de la violación compuesta apropiadamente. La Demandante simplemente hace algunas referencias al efecto combinado o compuesto. Nada alega sobre el efecto de una violación compuesta en el requisito de prescripción. Como quiera que sea, incluso si la Demandante hubiera planteado una violación compuesta apropiadamente, el Tribunal no encuentra violación compuesta alguna en las medidas impugnadas. El Comentario al Artículo 15 de la CDI deja en claro que, para constituir una violación compuesta, los diversos actos no deben representar por separado la misma violación que el hecho compuesto (aunque sí podrían representar por separado distintas violaciones)³²². También aclara que la violación no puede “ocurrir” con el

³¹⁸ C-Réplica Fondo, pág. 179 (español), nota al pie 835 (“En [c]asos relativos [a] un incumplimiento compuest[o], no es necesario establecer pérdidas separadas que estén vinculadas a cada medida individual”).

³¹⁹ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Artículo 15(1), **CL-0007**. El Comentario también explica que un hecho compuesto “tiene lugar” en “el momento en que se produce la última acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito sin que sea necesario que se trate de la última acción u omisión de la serie”. Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 15, ¶ 8, **CL-0007**.

³²⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 590 [¶ 579 (español)].

³²¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 590 [¶ 579 (español)], que cita Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 15, ¶ 5, **CL-0007**.

³²² Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 15, ¶ 9, **CL-0007** (“Aunque los hechos compuestos están constituidos por una serie de acciones u omisiones

primero de los actos de la serie³²³. Aquí, cada una de las medidas podría supuestamente representar por separado la misma violación (una expropiación o una violación del estándar de TJE), y la Demandante alega expresamente que la violación ocurrió con lo que considera el primer acto de la serie, a saber, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011³²⁴. Por lo tanto, el Tribunal evaluará las medidas como violaciones simples.

231. Una violación simple es una violación mediante un “hecho del Estado que no tenga carácter continuo”³²⁵. Tal como explica el Comentario al Artículo 14 de la CDI, “tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren”³²⁶. Por ende, el Tribunal tiene que determinar el momento en el tiempo en que un hecho puede constituir un hecho ilícito internacional. Los casos citados por la Demandada sugieren que, cuando el Estado ha adoptado una serie de medidas separadas que son anteriores y posteriores a la fecha de corte, los tribunales se han concentrado en el suceso que dio lugar a la violación y se han rehusado a tener en cuenta sucesos posteriores que no sean legalmente significativos o distintos³²⁷.
232. El Comentario al Artículo 14 también brinda una guía útil adicional. Establece que “la existencia y la duración de una violación de una obligación internacional dependen en su mayor parte de la existencia y el contenido de la obligación y de los hechos que rodean a la violación de que se trate [...]”³²⁸. Observa además que “[p]or lo general se requiere cierto período de tiempo para que se produzcan los hechos internacionalmente ilícitos”, y que la “distinción fundamental” se establece entre una violación continuay una violación que ya ha sido consumada. En cuanto “[a]l momento en que se produce el hecho” (punto en el tiempo en que un hecho consumado “ocurre”), el Comentario observa que “[l]a expresión ‘en el momento’ está encaminada a proporcionar una descripción más exacta del período en que se consuma el hecho

definidas en su conjunto como ilícitas, esto no excluye la posibilidad de que cada hecho separado de la serie pueda ser ilícito con respecto a otra obligación”).

³²³ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 15, ¶ 7, **CL-0007** (“Una consecuencia del carácter de un hecho compuesto es que el momento en que tiene lugar el hecho no puede ser el momento en que se produjo la primera acción u omisión de la serie. Es únicamente *a posteriori* cuando se hará evidente que con la primera acción u omisión ‘se inició’, por así decirlo, la serie. Únicamente después de que tenga lugar una serie de acciones u omisiones se manifestará el hecho compuesto, no meramente como una sucesión de hechos aislados, sino como un hecho complejo, es decir, un hecho definido en su conjunto como ilícito”).

³²⁴ El Tribunal advierte que, desde el punto de vista cronológico, el primer acto de la serie es la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, que entró en vigor el 10 de febrero de 2011; sin embargo, la Demandante ha aseverado en reiteradas oportunidades que esta medida solo le aplicó después de la notificación de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 el 30 de noviembre de 2011. Véase, por ejemplo, C-Réplica Fondo, ¶ 334.

³²⁵ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Artículo 14(1), **CL-0007**.

³²⁶ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Artículo 14(1), **CL-0007**.

³²⁷ Véase R-CM Fondo, ¶¶ 201-214, que cita *Spence*, ¶¶ 146, 163, 246, **CL-0221**; *Corona*, ¶¶ 212, 215, **CL-0130**; *ST-AD*, ¶ 332, **RL-0075**; *EuroGas*, ¶ 455, **RL-0197**.

³²⁸ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 14, ¶ 1, **CL-0007**.

ilícito, sin que sea necesario que el hecho se realice necesariamente de modo instantáneo”³²⁹.

233. A continuación, el Comentario explica que “[e]l hecho de si un acto ilícito se ha consumado o tiene un carácter continuo dependerá tanto de la obligación primaria como de las circunstancias del caso”³³⁰. A modo de ejemplo, “[c]uando una expropiación se lleva a cabo mediante un procedimiento conforme a derecho, con la consecuencia de que se transfiere el título de la propiedad de que se trate, la expropiación en sí misma será un acto consumado. Sin embargo, la posición puede muy bien ser diferente en el caso de una ocupación de facto ‘gradual’ o encubierta”³³¹.
234. Significativamente a efectos del presente análisis, el Comentario al Artículo 14 aborda la cuestión del “momento en que se produce una infracción del derecho internacional, a diferencia de la simple percepción del incumplimiento de la obligación [o] de su inminencia”³³². Observa que esta cuestión “sólo puede resolverse haciendo referencia a la norma primaria de que se trate”, y destaca que “cuando el hecho internacionalmente ilícito consiste en que se produzca una acción – por ejemplo, la desviación de una cuenca fluvial internacional – el simple comportamiento preparatorio no es necesariamente ilícito”³³³:

Esos actos en sí no constituyen una infracción si no ‘predeterminan la decisión final que ha de adoptarse’. Sin embargo, el que esto suceda en una situación determinada dependerá de los hechos del caso y del contenido de la obligación primaria. Se plantearán cuestiones de valoración y grado que no es posible determinar por adelantado recurriendo a una fórmula. Se ha tratado de abarcar las diversas posibilidades mediante la utilización de la palabra *occurs* (‘tiene lugar’) en los párrafos 1 y 3 del artículo 14³³⁴.

235. En función de esto, el Tribunal concluye que un acto simple “ocurre” cuando se ha “producido” o “consumado”; que el concepto de “consumación” se relaciona con el punto en el tiempo en que el acto puede constituir una violación, lo cual depende del contenido de la obligación primaria; y que no es necesario que una violación se consuma en un único acto.
236. Por tanto, la mayoría del Tribunal concluye que el primer paso en el análisis consiste en identificar el momento en que una acción u omisión determinada se produjo o *consumó*. El segundo paso consiste en evaluar cuándo la Demandante inicialmente tuvo conocimiento de la consumación de la acción u omisión y de la pérdida

³²⁹ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 14, ¶ 2, **CL-0007**.

³³⁰ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 14, ¶ 4, **CL-0007**.

³³¹ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 14, ¶ 4, **CL-0007**.

³³² Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 14, ¶ 13, **CL-0007**.

³³³ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 14, ¶ 13, **CL-0007**.

³³⁴ Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, Comentario al Artículo 14, ¶ 13, **CL-0007**.

ocasionada por ella. Este análisis debe llevarse a cabo respecto de cada uno de los estándares supuestamente vulnerados (Secciones (i) a (vi) *infra*). El siguiente análisis es adoptado por la mayoría del Tribunal aun cuando esto no se diga expresamente. La Árbitro Stern expondrá sus opiniones en su Opinión Separada sobre Jurisdicción y Fondo.

(i) Expropiación

237. La Demandante sostiene que “la privación sustancial de las inversiones de Infinito no ocurrió sino después, y como resultado de la aplicación combinada de la [Sentencia] de la Sala Administrativa [de 2011] y la [P]rohibición [Legislativa de la] [M]iner[í]a de 2011”³³⁵. La Demandante arguye en este sentido que tuvo conocimiento de la violación cuando la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 se anunció el 30 de noviembre de 2011, puesto que (i) esta es la primera vez en la que supo que la anulación de la Concesión era definitiva e irreversible; (ii) también fue la primera vez en la que supo que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 sería aplicable a ella; y (iii) solo fue después de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 que el MINAET pudo implementar dicha anulación (lo que hizo mediante la Resolución del MINAET de 2012). La Demandante señala que la Sentencia del TCA de 2010 fue suspendida durante la tramitación del recurso de casación.
238. Por el contrario, la Demandada arguye que “fue la Sentencia de 2010 del TCA y los defectos legales de la Concesión de 2008 aquí descritos [los] que provocaron la nulidad de la Concesión de 2008 e imposibilitaron el desarrollo del Proyecto Minero de Crucitas”³³⁶. Según la Demandada, la Demandante inicialmente tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la violación con la Sentencia del TCA de 2010, debido a que (i) esta es la medida que declaró la anulación de la Concesión y otros derechos; (ii) todas las medidas impugnadas están profundamente arraigadas en la Sentencia del TCA de 2010, y ninguna de ellas fueron sucesos diferentes y legalmente significativos; y (iii) si no se hubiera dictado la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Concesión de Industrias Infinito habría continuado anulada.
239. La mayoría del Tribunal está de acuerdo con la Demandante en que una expropiación solo podría haber tenido lugar con la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. Para que una expropiación ocurra, la confiscación o la privación sustancial debe ser *permanente* o, al menos, no de naturaleza efímera. Más específicamente, una expropiación judicial no puede ocurrir mediante una decisión de un tribunal de primera instancia, cuya ejecución se suspende mientras se tramita la apelación, porque no es

³³⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 692 (énfasis en el original). Véase también C-Réplica Fondo, ¶ 472 (“Hay [...] evidencia abrumadora de que Infinito primero supo, y sólo pudo haber sabido, que las resoluciones que otorgaban las aprobaciones clave de IISA habían sido anuladas definitiva e irreversiblemente, y que la inversión de Infinito en el proyecto Crucitas había quedado sustancialmente sin valor, [...] el 30 de noviembre de 2011”).

³³⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 672 [¶ 661 (español)]. En consecuencia, con respecto al fondo de la reclamación de expropiación, la Demandada alega que la Demandante no ha demostrado que exista un nexo causal entre las medidas impugnadas y la pérdida de su inversión. R-Dúp. Fondo, Sección IV.B.5.

final ni exigible. Una expropiación judicial solo puede ocurrir cuando se dicte un fallo definitivo o cuando el término para apelar se haya vencido. Aquí, el marco procesal de la acción judicial pertinente demuestra que la privación de la inversión de la Demandante solo se convirtió en una pérdida permanente con la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. De hecho, es solo con esta sentencia que la Sentencia del TCA de 2010 se tornó firme³³⁷, puesto que el procedimiento de casación tuvo efecto suspensivo respecto de la Sentencia del TCA de 2010. Desde una perspectiva jurídica, la expropiación ocurrió en el momento en que se levantó la suspensión, es decir, una vez que se emitió la sentencia de casación. Parafraseando el Comentario a los Artículos de la CDI, el proceso legal iniciado por la Sentencia del TCA de 2010 se completó con la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, que es el momento en que la expropiación se convirtió en un acto consumado.

240. Ello no quiere decir que el inversionista debe agotar los recursos locales antes de recurrir al arbitraje como requisito para la admisibilidad de la reclamación. La cuestión en el presente caso es diferente: radica en si la Sentencia del TCA de 2010 era lo suficientemente definitiva y exigible como para causar daño a la Demandante y calificar como un incumplimiento desde el punto de vista sustantivo. Las decisiones de los tribunales no son definitivas y exigibles si aún se dispone de un recurso de apelación con efecto suspensivo. Por lo general, la situación es diferente para las decisiones administrativas con la consecuencia de que “*an expropriation occurs at the moment of the decision of an administrative authority and is not only completed with the final refusal to remedy the administrative act*”³³⁸.
241. El expediente también confirma que, si bien puede que la Sentencia del TCA de 2010 haya iniciado el proceso legal mediante el cual se anuló la Concesión de 2008, dicha anulación no se tornó definitiva y la consiguiente pérdida de valor de la inversión de la Demandante no se tornó permanente hasta la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 el 30 de noviembre de 2011. En primer lugar, las pruebas demuestran que, aunque la Sentencia del TCA de 2010 efectivamente ocasionó el cese de los trabajos en la mina³³⁹, el sitio se mantuvo en un estado que permitiera reanudar los trabajos tras un resultado favorable del recurso de casación. En particular:
- a. El informe trimestral de fecha 30 de junio de 2011 manifiesta que “*the Company remains in a position to restart construction activities within three to six months of*

³³⁷ Resolución No. 0037, MINAET, Expediente No. 2594 (9 de enero de 2012), **C-0268**, Resultando 2: “Que la Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo mencionada, ha sido confirmada por la Sala I de la Corte Suprema de Justicia, por lo que adquirió firmeza”.

³³⁸ Ursula Kriebaum, *Local Remedies and the Standards for the Protection of Foreign Investment*, en Binder C., Kriebaum, U., Reinisch, A., Wittich, S., *International Investment Law for the 21st Century, Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, pág. 456 (que hace referencia a las decisiones de la CPJI en *Phosphates in Morocco*, Fallo, 1938, C.P.J.I., Series A/B, No. 74), pág. 28, tal como se analiza en James Crawford, Segundo Informe sobre la Responsabilidad de los Estados, Documento A/CN.4/498 y Add. 1-4 (17 de marzo, 1 y 30 de abril, 19 de julio de 1999), **RL-0034**, ¶ 148 [Original inglés].

³³⁹ El Sr. Rojas afirma que, luego de la Sentencia del TCA de 2010, “se pararon los trabajos y solo se hacían labores de mantenimiento de campamento, infraestructura, reforestación, seguridad y cocina”. CWS-Rojas 1, ¶ 198 [¶ 199 (español)].

a favorable SALA I [i.e. Administrative Chamber] ruling, recalling its employees and consultants and successfully obtaining project financing. No changes to the Company's level of preparedness have occurred during the three months ended June 30, 2011, but the Company plans to ramp up activity cautiously in the event of a positive SALA I ruling"³⁴⁰.

- b. El 26 de noviembre de 2010, el VP de Operaciones de Industrias Infinito envió un correo electrónico en el que afirmaba que Industrias Infinito "*will continue with an appeal with confidence we will win*" y "*we will carry on with the project*"³⁴¹.
 - c. Industrias Infinito despidió masivamente a 223 de sus 243 empleados solo después de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011³⁴².
242. En segundo lugar, los hechos que constan en el expediente acerca de los efectos económicos de la Sentencia del TCA de 2010 demuestran que la Demandante no sufrió una privación sustancial de su inversión (requisito para que una expropiación indirecta ocurra) hasta la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. Un indicador es la capitalización de mercado de Infinito: tal como explica el perito financiero de la Demandante, FTI, si bien el comportamiento del precio de las acciones de Infinito "no es una indicación fiable del valor justo de mercado del Proyecto a los efectos de determinar los daños", "ilustra la percepción del mercado sobre la magnitud del impacto de los presuntos hechos ilícitos del Demandado, y también proporciona una medida objetiva del momento oportuno en que las inversiones de Infinito en el Proyecto perdieron sustancialmente su valor"³⁴³. Aquí, es cierto que la capitalización bursátil de la Demandante disminuyó aproximadamente un 50% tras la emisión de la Sentencia del TCA de 2010, de CAD 36 millones a CAD 18 millones, el día siguiente al anuncio de la Sentencia del TCA de 2010 (24 de noviembre de 2010)³⁴⁴, y el perito en materia de daños de la Demandada muestra una caída hasta USD 15,4 millones para el 14 de diciembre de 2010 (fecha en la que se emitió la sentencia completa)³⁴⁵. En opinión del

³⁴⁰ Discusión y Análisis de Gestión de Infinito Gold Ltd. del Primer Trimestre finalizado el 30 de junio de 2011 (2011), **C-0253** [Original inglés].

³⁴¹ Correo electrónico de John Thomas (Industrias Infinito S.A) a Yokebec Soto relativo a la apelación de la Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo (26 de noviembre de 2010), **C-0649** [Original inglés].

³⁴² CWS-Peschke 1, ¶ 150; "Gold mining company Industrias Infinito lays off 223 Costa Rican employees", Tico Times (15 de diciembre de 2011), **C-0406**; Acta de la Reunión del Directorio (Infinito Gold Ltd.) celebrada en la sede de la Compañía (20 de diciembre de 2011), **C-0689**; Estados Financieros Provisionales Consolidados de Infinito Gold Ltd. del Tercer Trimestre finalizado el 31 de diciembre de 2011, **C-0407**.

³⁴³ CER-FTI Consulting 2, ¶¶ 5.32-5.34.

³⁴⁴ C-CM Jur. ¶ 146; CER-FTI Consulting 2, ¶ 5.37.

³⁴⁵ R-CM Fondo, ¶ 241; RER-Credibility 1, ¶ 150 y Tabla 10.1, que cita Precios de las Acciones de Infinito por Capital IQ, **C-0332**; Capitalización de Mercado de Infinito por Capital IQ, **C-0331**; Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd., "Court in Costa Rica Suspends Clearing Operations at Crucitas" (21 de octubre de 2008), **C-0198**; Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd., "Administrative Tribunal Rules on Crucitas" (24 de noviembre de 2010), **C-0237**; Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd., "Infinito Gold Ltd. Announces the Release of the Full Administrative Tribunal Ruling on Crucitas" (15 de diciembre de 2010), **C-0240**;

Tribunal, una caída del 50% en el valor no representa una privación sustancial. El hecho de que la capitalización bursátil de Infinito se mantuviera en aproximadamente CAD 15,8 millones en el periodo comprendido entre las dos sentencias y alcanzara un máximo de CAD 27 millones el 11 de noviembre del 2011³⁴⁶ demuestra además que la caída podría haberse revertido si el resultado del recurso de casación hubiera sido favorable a Infinito.

243. Por el contrario, la reducción en la capitalización bursátil y el precio de las acciones fue sustancial y permanente luego de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. La capitalización bursátil cayó de CAD 17,4 millones el 29 de noviembre de 2011 a CAD 6,8 millones el 1 de diciembre de 2011 (el día siguiente a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011), esto es, una disminución adicional de aproximadamente 61%³⁴⁷. El precio de las acciones cayó de CAD 0,14 el 29 de noviembre de 2011 a CAD 0,05 el 1 de diciembre de 2011³⁴⁸. Entre el mes de diciembre de 2011 y finales del mes de febrero de 2012, el precio de las acciones se mantuvo a un valor de alrededor de 0,05³⁴⁹. Continuó cayendo, alcanzando un valor por acción de CAD 0,01 en el mes de enero de 2013, y desde entonces, ha permanecido en, o cerca de cero³⁵⁰.
244. Otros elementos que constan en el expediente confirman que la Demandante no sufrió una privación sustancial y permanente hasta la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011:
- a. BNP Paribas permitió que su carta de compromiso venciera en el mes de noviembre de 2010³⁵¹. No obstante, luego de la Sentencia del TCA de 2010, Infinito continuó recibiendo préstamos de su inversionista Exploram con el fin de financiar sus operaciones en curso³⁵². El expediente también sugiere que BNP Paribas intentó renovar su compromiso, pero Infinito decidió no firmar la carta

Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd., “*Sala I Upholds Tribunal Decision*” (30 de noviembre de 2011), **C-0262**.

³⁴⁶ C-CM Jur. ¶ 146; CER-FTI Consulting 2, ¶ 5.38.

³⁴⁷ C-CM Jur. ¶ 147; CER-FTI Consulting 2, ¶ 5.39.

³⁴⁸ Precios de las Acciones de Infinito por Capital IQ, pág. 11, **C-0332**.

³⁴⁹ Precios de las Acciones de Infinito por Capital IQ, págs. 11-12, **C-0332**.

³⁵⁰ C-CM Jur. ¶ 147; CER-FTI Consulting 2, ¶ 5.40.

³⁵¹ Carta de BNP Paribas a Industrias Infinito S.A. e Infinito Gold Ltd. (30 de noviembre de 2010), **C-0652**.

³⁵² Pagaré a la Vista con Garantía de Infinito Gold Ltd. a Exploram Enterprises Ltd. (13 de diciembre de 2010), **C-0654**; Pagaré a la Vista con Garantía de Infinito Gold Ltd. a Exploram Enterprises Ltd. (21 de enero de 2011), **C-0663**; Pagaré a la Vista con Garantía de Infinito Gold Ltd. a Exploram Enterprises Ltd. (23 de febrero de 2011), **C-0669**; Pagaré a la Vista con Garantía de Infinito Gold Ltd. a Exploram Enterprises Ltd. (15 de abril de 2011), **C-0671**; Pagaré a la Vista con Garantía de Infinito Gold Ltd. a Exploram Enterprises Ltd. (12 de mayo de 2011), **C-0673**; Resoluciones Consentidas por el Directorio de Infinito Gold Ltd. (16 de junio de 2011), **C-0674**; Pagaré a la Vista con Garantía de Infinito Gold Ltd. a Exploram Enterprises Ltd. (25 de julio de 2011), **C-0677**; Pagaré a la Vista con Garantía de Infinito Gold Ltd. a Exploram Enterprises Ltd. (12 de septiembre de 2011), **C-0680**.

debido a la incertidumbre acerca del momento en que se dictaría la sentencia de casación³⁵³.

- b. Los estados financieros auditados de Infinito sugieren que la Demandante no sufrió pérdida alguna del valor de sus activos hasta después de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011³⁵⁴.
 - c. La Demandante registró cargos por deterioro por USD 44,6 millones con respecto al Proyecto Crucitas tras la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011³⁵⁵. Por el contrario, la Demandante no registró ningún deterioro luego de que el TCA dictara su Sentencia en el año 2010. Tanto el auditor externo de la Demandante como FTI Consulting confirmaron que la Sentencia del TCA de 2010 no justificaba el registro de un cargo por deterioro de los activos de Infinito³⁵⁶.
 - d. El Sr. Peschke resaltó en diversas ocasiones que las pérdidas surgieron de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y que las pérdidas emergentes de la Sentencia del TCA eran reversibles³⁵⁷.
245. La Demandante no traza distinción alguna entre el momento en que la violación alegada (en este contexto, una expropiación) ocurrió y el momento en que tuvo conocimiento de ella. En cualquier caso, la Demandante no podría haber tenido conocimiento de las pérdidas con anterioridad al 30 de noviembre de 2011.
246. Por ende, la mayoría del Tribunal determina que la Demandante tuvo conocimiento de la violación alegada y de las pérdidas con posterioridad a la fecha de corte. Sobre esta base, concluye que la reclamación de expropiación de la Demandante no se encuentra prescrita en virtud del Artículo XII(3)(c).
247. Esta conclusión es coherente con la razón de ser de un plazo de prescripción, que consiste en promover certidumbre jurídica evitando que los demandantes se demoren en plantear de sus reclamaciones. Siendo esto así, para que el plazo de prescripción empiece a correr, el demandante debe estar en condiciones de plantear una reclamación desde el punto de vista jurídico. Si una reclamación no puede plantearse por razones jurídicas (por ejemplo, porque la reclamación no ha madurado), sería

³⁵³ Carta de BNP Paribas a Industrias Infinito S.A. e Infinito Gold Ltd. (30 de noviembre de 2010), **C-0652**; Correo electrónico de John Morgan (Infinito Gold Ltd.) a Elliot Rothstein (Lascaux Resource) relativo al Acuerdo de Confidencialidad Suscrito (21 de octubre de 2011), **C-0683**.

³⁵⁴ CER-FTI Consulting 2, ¶ 5.5: “Por tanto, [s]egún los Estados Financieros auditados de Infinito, preparados de conformidad con los PCGA, el valor contable de su inversión en el Proyecto aumentó de \$48,0 millones de Dólares Canadienses en el año fiscal de 2010, a \$53,2 millones de Dólares Canadienses en el año fiscal de 2011 después del Fallo del TCA, pero tras el Fallo de la Sala Administrativa se redujo a \$7,1 millones de Dólares Canadienses”. Estados Financieros Consolidados de Infinito Gold Ltd. correspondientes a los Ejercicios Finalizados el 31 de marzo de 2012 y 2011 (17 de julio de 2012), **C-0275**.

³⁵⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 348.

³⁵⁶ C-Réplica Fondo, ¶¶ 455, 459.

³⁵⁷ Véase, por ejemplo, Tr. Fondo Día 3 (ESP), 615:14-616:4, 616:17-21, 617:18-21, 619:14-620:5, 620:11-621:4, 621:19-622:7, 639:1-2 (Sr. Peschke).

fundamentalmente injusto determinar que el plazo de prescripción ha empezado a correr. Tal determinación puede suponer, en algunas instancias, que un demandante/inversionista tendría menos tiempo para plantear su reclamación que el plazo de prescripción. En situaciones excepcionales, tal determinación podría incluso significar que al demandante/inversionista no le quede nada de tiempo para iniciar el procedimiento, lo que efectivamente redundaría en una denegación de justicia – resultado que no puede reflejar el sentido del Tratado. El hecho de que esta situación no se presenta en las circunstancias de la presente controversia no es respuesta a la cuestión de principio.

(ii) Trato Justo y Equitativo

248. La Demandante sostiene que “Costa Rica ha violado el estándar [TJE] basado en el efecto compuesto de todas las medidas impugnadas, y en particular las acciones (y omisiones) de la [L]egislatura y el [E]jecutivo antes y después de la [Sentencia de la Sala Administrativa de 2011]”³⁵⁸. Para la Demandante, las medidas impugnadas violaron las expectativas legítimas de la Demandante; no trataron la inversión de Infinito de una manera predecible y consistente; fueron arbitrarias y no servían para ningún propósito racional; y constituyen una denegación de justicia³⁵⁹.
249. El Tribunal analiza, primero, si la reclamación de TJE de la Demandante (por motivos diferentes de la denegación de justicia) se encuentra prescrita (a) y, luego, si la reclamación de denegación de justicia se encuentra prescrita (b). A efectos del presente estudio jurisdiccional, el Tribunal ha asumido que una medida judicial puede vulnerar el estándar de TJE más allá de una denegación de justicia, cuestión que está en disputa³⁶⁰ y se abordará en la Sección VI.C.1.d(iii) *infra*. Este análisis de ningún modo pretende prejuzgar esta cuestión, que corresponde a la etapa de fondo.

a. TJE (Diferente de la Denegación de Justicia)

250. La Demandante alega que su “expectativa legítima [...] era que se le permitiría proceder a través del marco legal establecido por el Código de Minería para construir

³⁵⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 551. Véase también C-Réplica Fondo, ¶ 592 (“El reclamo [de TJE] de Infinito se basa en el efecto compuesto de las cuatro medidas impugnadas: la decisión de la Sala Administrativa de 2011 que anuló las resoluciones que otorgaban la concesión de explotación y otros permisos clave; la prohibición legislativa minera de 2011 que impidió que IISA solicitara la restitución de su concesión de explotación y otros permisos; la resolución del MINAE de 2012 que invalidó los derechos restantes de IISA en el proceso administrativo; y la decisión de la Sala Constitucional de 2013 que no abordó la violación por parte del Tribunal Contencioso-Administrativo de las decisiones sobre la cosa juzgada y *erga omnes constitucional*. El resultado combinado de estas cuatro medidas fue que, a pesar de los años de fomento gubernamental de la inversión en minería, los derechos contenidos en el Código de Minería y las numerosas medidas adoptadas por los distintos órganos del Gobierno para hacer avanzar el proyecto Crucitas, IISA se quedó sin derechos, o sin ninguna oportunidad para corregir los defectos identificados por la Sala Administrativa y obtener nuevos derechos”).

³⁵⁹ C-Mem. Fondo, ¶¶ 290-344; C-Réplica Fondo, ¶ 590.

³⁶⁰ R-Réplica Jur., ¶¶ 203-208; R-CM Fondo, ¶ 401.

y operar el proyecto Crucitas”³⁶¹. Esta expectativa se vio frustrada por la anulación de la Concesión de 2008 por la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011³⁶² y por la restricción impuesta en la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012 para solicitar permisos nuevos³⁶³. La Demandante también arguye que estas medidas violaron su expectativa legítima de ser tratada de una manera consistente y predecible.

251. De modo similar, la Demandante sostiene que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012 fueron arbitrarias, dado que se basaron en la Moratoria de 2002 para anular la Concesión de 2008, aunque la moratoria había sido derogada en el año 2008³⁶⁴. Por ende, la Demandada cambió arbitrariamente el marco legal aplicable a la Concesión³⁶⁵. En segundo lugar, en calidad de titular de un permiso de exploración, Industrias Infinito tenía derecho a obtener nuevos derechos mineros luego de la anulación de la Concesión de 2008. La anulación de sus derechos mineros preexistentes no servía objetivo racional alguno y, por consiguiente, fue una medida arbitraria³⁶⁶.
252. Por lo tanto, la reclamación de TJE tiene dos elementos: uno relacionado con la posibilidad de operar el Proyecto Crucitas, que se vio frustrada por la anulación de la Concesión de 2008, y otro basado en la imposibilidad de reiniciar el proceso con posterioridad a la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011.
253. Con respecto al primer elemento, la alegada violación del estándar de TJE parece haberse consumado en el momento en que Industrias Infinito perdió la Concesión de 2008, lo cual el Tribunal ha determinado anteriormente, tuvo lugar con la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011³⁶⁷. En consecuencia, la reclamación en virtud de la cual las expectativas legítimas fueron defraudadas por la anulación de la Concesión de 2008 no se encuentra prescrita.
254. En cuanto a la oportunidad de solicitar permisos nuevos, la violación del estándar de TJE parece haberse consumado con la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012, ambas de las cuales impidieron a Industrias Infinito corregir los defectos en sus derechos actuales y obtener nuevos derechos mineros.
255. La Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 fue promulgada antes de la fecha de corte, pero entró en vigor con posterioridad a ella (el 10 de febrero de 2011), y la Demandante no pudo haber sabido que era aplicable al Proyecto Crucitas hasta el 30

³⁶¹ C-Réplica Fondo, ¶ 500.

³⁶² C-Mem. Fondo, ¶¶ 323, 326-327; C-Réplica Fondo, ¶¶ 592, 594.

³⁶³ C-Mem. Fondo, ¶¶ 324-325, 338-339; C-Réplica Fondo, ¶¶ 592, 599-601.

³⁶⁴ C-Mem. Fondo ¶¶ 335-336; C-CM Jur., ¶ 350; C-Dúp. Jur., ¶ 286.

³⁶⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 599.

³⁶⁶ C-Mem. Fondo, ¶ 336.

³⁶⁷ Véanse ¶¶ 239-241 *supra*.

de noviembre de 2011. Sin embargo, Industrias Infinito ya no podía obtener permisos nuevos como resultado de la Moratoria Ejecutiva de 2010, que había estado en vigencia desde el mes de mayo de 2010 y que no fue derogada por la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011. Dicho esto, la Demandante sostiene que los efectos de la Prohibición, que era permanente, fueron más preclusivos que los de la Moratoria, que era temporal. Más concretamente, alega que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 canceló todos los trámites pendientes y prohibió la renovación o prórroga de todas las concesiones de explotación a perpetuidad, mientras que la Moratoria anterior no hizo más que suspender los trámites³⁶⁸.

256. En efecto, los términos que emplea la Moratoria Ejecutiva de 2010 y la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 son diferentes. Tanto la Moratoria Arias como la Moratoria Chinchilla declararon una moratoria nacional por tiempo indefinido sobre la minería a cielo abierto, que era aplicable a todas las actividades de exploración y explotación que utilizaban cianuro y mercurio³⁶⁹. Por el contrario, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 “prohibió” la explotación minera en áreas declaradas parques nacionales, reservas biológicas, reservas forestales y refugios estatales de vida silvestre, y declaró determinadas zonas de reserva minera³⁷⁰. Limitó asimismo la actividad minera en algunas reservas mineras a “las cooperativas de trabajadores para el desarrollo de minería en pequeña escala para subsistencia familiar, artesanal y coligalleros de las comunidades vecinas a la explotación minera, tomando como base la cantidad de afiliados a dichas cooperativas”³⁷¹. Agregó en forma explícita una nueva disposición al Código de Minería que establece que “[n]o se otorgarán permisos ni concesiones para actividades de exploración y explotación de minería metálica a cielo abierto en el territorio nacional” y “[s]e establece que como excepción se otorgarán, únicamente, permisos de exploración con fines científicos y de investigación”³⁷². En consecuencia, el Tribunal determina que los efectos de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 no son idénticos a aquellos de la Moratoria Ejecutiva de 2010 y, en principio, pueden dar lugar a una violación separada del estándar de TJE. Por consiguiente, el Tribunal arriba a la conclusión de que, en la medida que la reclamación

³⁶⁸ Tr. Fondo Día 1 (ESP), 44:16-22 (Sr. Terry).

³⁶⁹ El Artículo 1 de la Moratoria Arias disponía que “[s]e declara la moratoria nacional por plazo indefinido para la actividad de minería metálica de oro a cielo abierto en el territorio nacional. Entendida ésta como la exploración, explotación y beneficiamiento utilizando cianuro o mercurio en las labores de recuperación del mineral”. Decreto No. 35982-MINAET (29 de abril de 2010), Artículo 1, **R-0032** (español). A su vez, el Artículo 1 de la Moratoria Chinchilla reformó el Artículo 1 de la Moratoria Arias de modo tal que la redacción fuera la siguiente: “[s]e declara la moratoria nacional por plazo indefinido para la actividad de minería metálica de oro en el territorio nacional. Entendida ésta como la exploración, explotación, y el beneficio de los materiales extraídos utilizando cianuro o mercurio”. Decreto Ejecutivo No. 36019-MINAE (8 de mayo de 2010), Artículo 1, **C-0229** (español).

³⁷⁰ Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Artículo 1 (que modificó el Artículo 8 del Código de Minería), **C-0238**.

³⁷¹ Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Artículo 1 (que modificó el Artículo 8 del Código de Minería), **C-0238**.

³⁷² Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Artículo 2 (que agregó un nuevo Artículo 8 bis al Código de Minería), **C-0238**.

de expectativas legítimas de la Demandante se relaciona con la oportunidad de solicitar permisos nuevos, no se encuentra prescrita.

257. La Resolución del MINAET de 2012, que es posterior a la fecha de corte, implementó la anulación de la Concesión de 2008 y declaró el área de Las Crucitas libre de derechos mineros. Es una mera implementación administrativa de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. Como tal, debe tener el mismo destino que la reclamación vinculada a dicha sentencia que, tal como se analizara *supra*, no se encuentra prescrita³⁷³.
258. Por las razones precedentes, la mayoría del Tribunal determina que la reclamación de TJE de la Demandante no se encuentra prescrita.

b. Denegación de Justicia

259. Durante la Audiencia sobre el Fondo, la Demandante aclaró que su reclamación por denegación de justicia era “estructural”: se basa en la falla del sistema judicial de Costa Rica de proporcionar un mecanismo para resolver las contradicciones entre las diversas salas de la Corte Suprema de Justicia en cuestiones de cosa juzgada constitucional³⁷⁴. La reclamación “[n]o es la falta de debido proceso” ni “se trata de [que] las decisiones [sean] arbitrarias en sí”³⁷⁵. La Demandante sostiene que, en primer lugar, el TCA se rehusó a aplicar la cosa juzgada constitucional derivada de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2010 (la sentencia que había declarado el Proyecto Crucitas constitucional desde la perspectiva ambiental), y la Sala Administrativa hizo lo mismo al denegar el recurso de casación³⁷⁶. En otras palabras, el sistema judicial de Costa Rica no ofrece mecanismo alguno que garantice la coherencia, tal como confirmó la propia Sala Constitucional cuando desestimó por razones de admisibilidad la acción de la Demandante por la que pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la Sentencia del TCA de 2010 (a través de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013).
260. La mayoría del Tribunal considera que esta reclamación no se encuentra prescrita. Incluso si la negativa inicial a aplicar la cosa juzgada constitucional surge de la Sentencia del TCA de 2010, la denegación de justicia no puede ocurrir hasta tanto el máximo tribunal haya dictado sentencia. La regla del agotamiento de los recursos locales es un componente sustancial de la violación por denegación de justicia³⁷⁷. Puesto que la denegación de justicia indica un defecto sistémico en la administración

³⁷³ Véase ¶ 253 *supra*.

³⁷⁴ Tr. Fondo Día 4 (ESP), 979:16-980:16, 1129:11-1130:15, 1130:21-1131:16 (Sra. Seers).

³⁷⁵ Tr. Fondo Día 4 (ESP), 1130:1-3 (Sra. Seers).

³⁷⁶ Tr. Fondo Día 4 (ENG), 1130:3-7 (Sra. Seers).

³⁷⁷ Véase, por ejemplo, Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), ¶ 59, **CL-0200** (que observa que, en los casos de denegación de justicia, “*the local remedies rule is a substantive requirement for liability rather than a procedural precondition for the presentation of claims to an international court or tribunal*”) (énfasis en el original) [Original inglés].

de justicia del Estado, no puede haber denegación de justicia hasta tanto el sistema haya tenido la oportunidad plena de corregirse³⁷⁸. Por lo tanto, lo más pronto que la supuesta denegación de justicia podría haber ocurrido es con la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, es decir, con posterioridad a la fecha de corte.

(iii) *Total Protección y Seguridad*

261. La reclamación de total protección y seguridad de la Demandante se basa en la supuesta omisión en que incurrió Costa Rica al no brindar seguridad *jurídica* a sus inversiones. La última formulación de los argumentos de la Demandante parece tener dos componentes principales. En primer lugar, “Costa Rica no logró crear un sistema legal que protegiera los derechos mineros de IISA y diera un proceso para que Infinito defendiera sus derechos”, en particular porque “[l]a [S]entencia de la Sala Administrativa faltó en seguir la *cosa juzgada* constitucional, creando decisiones irreconciliables entre la Sala Administrativa y la Sala Constitucional”³⁷⁹. Por ende, este componente es prácticamente idéntico al argumento de denegación de justicia de la Demandante.
262. El segundo elemento de la alegación es que el poder ejecutivo de Costa Rica “no rectificó la situación” con posterioridad a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011³⁸⁰. En lugar de proteger la inversión de la Demandante, el MINAET optó por implementar la sentencia e incluso fue más allá de los requisitos legales. Con la Resolución del MINAET de 2012, el Gobierno canceló no solo la concesión de explotación de Industrias Infinito, sino también sus derechos mineros preexistentes. Según la Demandante, “[e]l poder ejecutivo de Costa Rica tiene el deber no sólo de abstenerse de actuar con negligencia, como lo hace, sino de tomar medidas para corregir comportamientos inaceptables”³⁸¹. Agrega que “[m]ás allá de los propios errores de la rama ejecutiva al otorgar los permisos y aprobaciones de IISA, no adoptó un mecanismo para abordar las inconsistencias en su sistema legal y así corregir la insostenible situación legal en la que se encontraba Infinito”³⁸².
263. El Tribunal arriba a la conclusión de que la reclamación de TPS no se encuentra prescrita. En primer lugar, en la medida en que se basa en el hecho de que Costa Rica

³⁷⁸ Véase, por ejemplo, J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press, 2005), pág. 108, **CL-0205** (“*In the particular case of denial of justice, however, claims will not succeed unless the victim has indeed exhausted municipal remedies, or unless there is an explicit waiver of a type yet to be invented. (An ad hoc compromis might do.) This is neither a paradox nor an aberration, for it is in the very nature of the delict that a state is judged by the final product – or at least a sufficiently final product – of its administration of justice. A denial of justice is not consummated by the decision of a court of first instance. Having sought to rely on national justice, the foreigner cannot complain that its operations have been delictual until he has given it scope to operate, including by the agency of its ordinary corrective functions*” (énfasis en el original) [Original inglés].

³⁷⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 644.

³⁸⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 647.

³⁸¹ C-Réplica Fondo, ¶ 647.

³⁸² C-Réplica Fondo, ¶ 647.

no ofrece un sistema que impida la incoherencia judicial entre las diversas decisiones del poder judicial, la supuesta violación del estándar de TPS solo podría haber ocurrido en la fecha de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 o, alternativamente, con la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, ambas de las cuales son posteriores a la fecha de corte. Si bien es cierto que la incoherencia original puede rastrearse a la Sentencia del TCA de 2010 (que es la que originalmente supuestamente no aplicó la cosa juzgada constitucional), la reclamación apunta al funcionamiento del sistema judicial, que debe tomarse como un todo, incluida la sentencia del máximo tribunal.

264. En segundo lugar, en la medida que se relaciona con la Resolución del MINAET de 2012 o con el hecho de que el Ejecutivo no remediara la situación o protegiera la inversión de Infinito de otro modo luego de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, cualquiera de dichas omisiones habría tenido lugar con posterioridad a la fecha de corte.
265. Por consiguiente, la mayoría del Tribunal concluye que la reclamación de TPS no se encuentra prescrita.

(iv) Obligación de Hacer “Lo Necesario” para Proteger las Inversiones de Infinito

266. A través de la cláusula NMF del TBI, la Demandante ha invocado el estándar de TJE más favorable que se encuentra en el Artículo 3 del TBI Costa Rica-Francia, que comprende la obligación de “hacer lo necesario para que el ejercicio del derecho así reconocido [es decir, el TJE] no se vea obstaculizado ni en derecho ni de hecho”³⁸³.
267. Según la Demandante, para cumplir con este estándar, luego de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, “Costa Rica debería haber tomado medidas positivas para proteger las inversiones de Infinito, y en particular para proteger a la concesión de explotación y los otros proyectos aprobados”³⁸⁴. Dichas medidas podrían haber incluido (i) otorgar a Industrias Infinito una nueva concesión de explotación y nuevas aprobaciones del Proyecto no contaminadas por el supuesto defecto identificado por la Sala Administrativa; (ii) la derogación de la nueva moratoria a la minería a cielo abierto, o asegurar que la nueva moratoria no se aplica a Industrias Infinito; o (iii) asegurar la existencia de un mecanismo para hacer frente a las incoherencias entre las decisiones de las distintas salas de la Corte Suprema de Justicia³⁸⁵.
268. En síntesis, la reclamación se encuentra vinculada a los actos que la Demandada debiera haber realizado tras la cancelación de la Concesión de 2008 mediante la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, que es posterior a la fecha de corte. Por

³⁸³ Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de la República Francesa, sobre Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado el 8 de marzo de 1984 (“**TBI Costa Rica-Francia**”), Artículo 3, **CL-0005**; traducido al inglés en C-Mem. Fondo, ¶ 352.

³⁸⁴ C-Mem. Fondo, ¶ 353.

³⁸⁵ C-Mem. Fondo, ¶ 353.

lo tanto, en opinión de la mayoría del Tribunal, esta reclamación no se encuentra prescrita.

(v) Cláusula Paraguas

269. Nuevamente a través de la cláusula NMF del Tratado, la Demandante invoca la cláusula paraguas que exige al Estado receptor “cumplir cualquier obligación que hubiere contraído en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante”, que se encuentra en los TBI de Costa Rica con Taiwán y Corea³⁸⁶.
270. La posición de la Demandante es que, al anular la Concesión de 2008, Costa Rica no cumplió con sus obligaciones establecidas en la Concesión, en particular, de conceder a Industrias Infinito el derecho exclusivo de explotar, extraer y vender oro, plata, cobre y minerales asociados del Proyecto Crucitas³⁸⁷.
271. Por ende, la reclamación se encuentra vinculada a la pérdida de la Concesión de 2008. De tal forma, puede considerarse que sigue el destino de las reclamaciones por expropiación o TJE en la medida que estas últimas se refieren a la anulación de la concesión. En consecuencia, esta reclamación no se encuentra prescrita.

(vi) Quinta Medida

272. En su Réplica, la Demandante impugnó una quinta medida: el reinicio por parte del TCA del procedimiento para cuantificar los costos que Industrias Infinito y otros deberían pagar para reparar el daño ambiental y regresar el sitio de Las Crucitas a su estado previo al Proyecto³⁸⁸.
273. La Demandante explica que la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015 condenó a Industrias Infinito, al Gobierno y al SINAC a sufragar los costos de regresar el sitio de Las Crucitas a su condición previa al Proyecto.³⁸⁹ Esta sentencia fue revocada por la Sala Administrativa y devuelta al TCA en el mes de diciembre de 2017, donde estuvo sin impulso hasta el mes de enero de 2019, momento en el cual el TCA reinició el procedimiento³⁹⁰. La Demandante arguye que “[l]a continuación de este procedimiento continúa el incumplimiento de Costa Rica de la norma justa y equitativa, y cualquier

³⁸⁶ C-Mem. Fondo, ¶ 356, que cita Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República Popular China sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 25 de marzo de 1999 (“**TBI Costa Rica-Taiwán**”), Artículo 3(2), **CL-0002**; Acuerdo entre el Gobierno de la República de Corea y el Gobierno de la República de Costa Rica para la Promoción y Protección de Inversiones, firmado el 11 de agosto de 2000 (“**TBI Corea-Costa Rica**”), Artículo 10(3), **CL-0001** (“Cada Parte Contratante deberá observar cualquier otra obligación que haya asumido en relación con inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio”).

³⁸⁷ C-Mem. Fondo, ¶¶ 355, 360.

³⁸⁸ C-Réplica Fondo, ¶¶ 18, 823(b).

³⁸⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 612; Tribunal Contencioso Administrativo, Decisión No. 1438-2015, Expediente No. 08-001282-1027-CA-6 (24 de noviembre 2015), **C-0305**.

³⁹⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución (14 de enero de 2019), **C-0861**.

daño y costo (incluyendo los costos de defensa) asociados con este procedimiento son daños adicionales a Infinito que result[an] de dicho incumplimiento”³⁹¹.

274. Los hechos invocados difieren de las medidas impugnadas bajo los demás rubros de reclamación. Las cuatro medidas anteriores se vinculan a la pérdida de la Concesión de 2008 por parte de Industrias Infinito y se relacionan con su imposibilidad de desarrollarla. Esta medida, sin embargo, se refiere a los daños que Industrias Infinito podría tener que pagar como resultado de su uso del sitio, que Infinito considera arbitrarios en vista del supuesto daño ambiental que el sitio sufrió luego de que Industrias Infinito lo abandonara. Por ende, el Tribunal considera que esta reclamación corresponde a una violación distinta del estándar de TJE, que ocurrió si es que así fue, en el año 2019, esto es, con posterioridad a la fecha de corte. En consecuencia, esta reclamación no se encuentra prescrita.
275. En aras de la exhaustividad, el Tribunal observa que la Demandada se opone a la jurisdicción del Tribunal sobre esta reclamación. Primero, sostiene que la reclamación es prematura y cae fuera del alcance del consentimiento de Costa Rica para arbitrar. Alega en este sentido que la Demandante no ha cumplido los requisitos jurisdiccionales del Artículo XII(1) en relación con pérdidas o daño, y que no ha probado de manera *prima facie* que haya habido violación³⁹². Ello es esencialmente porque no hay decisión alguna que condene a la Demandante a pagar daños, por lo que la Demandada sostiene también que la reclamación “es prematura y manifiestamente carente de fundamentos jurídicos, por lo que debe ser desestimada”³⁹³. En opinión del Tribunal, la objeción a la jurisdicción de la Demandada se relaciona con el hecho de que la reclamación es prematura, y por lo tanto es propiamente una defensa de fondo, que se abordará en la Sección VI.C.2.c(ii)c *infra*. En efecto, la cuestión no es si el Tribunal tiene la autoridad para entender la reclamación; la cuestión es si la reclamación es lo suficientemente madura para ser oída. Segundo, la Demandada alega que la Demandante no ha cumplido con los requisitos de resolución amistosa, envío de notificación y renuncia a derechos que establece el Artículo XII del TBI³⁹⁴. El Tribunal no concuerda: las disposiciones sobre resolución amistosa y renuncia de derechos establecidas en el Artículo XII del TBI se refieren a la disputa en su totalidad; no a reclamaciones individuales. Si bien la quinta medida surge de hechos posteriores, forma parte de la disputa global relacionada con el fracaso del Proyecto Crucitas y las consecuencias económicas de ese fracaso para la Demandante. El Tribunal no considera que la Demandante haya estado obligada a notificar esta reclamación, intentar resolverla amistosamente o renunciar a sus

³⁹¹ C-Réplica Fondo, ¶ 613. Por consiguiente, Infinito solicita “una declaración de que Costa Rica es responsable de indemnizar a Infinito por cualquier cantidad que Infinito o IISA estén obligados a pagar como resultado de, o en relación con, este procedimiento de última hora”. *Ibid.*

³⁹² R-Dúp. Fondo, ¶¶ 418-433 [¶¶ 415-421 (español)].

³⁹³ R-Dúp. Fondo, ¶ 601 [¶ 590 (español)].

³⁹⁴ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 418; 434-438 [¶¶ 415; 422-427 (español)].

derechos para litigarla separadamente de las demás reclamaciones que forman parte de esta disputa.

c. Conclusión

276. A la luz de las consideraciones anteriores, la mayoría del Tribunal concluye que las reclamaciones no se encuentran prescritas.
277. De esta conclusión se desprende que el Tribunal puede omitir analizar si la cláusula NMF puede desactivar el término de prescripción establecido en el Artículo XII(3)(c) del TBI. En efecto, la Demandante planteó sus argumentos relativos a la cláusula NMF para el supuesto de que las condiciones previas del Artículo XII(3)(c) del TBI no se hubieran cumplido³⁹⁵. El Tribunal ha determinado en las secciones precedentes y en la Decisión sobre Jurisdicción que se han cumplido todas las condiciones previas del Artículo XII(3), incluso sus disposiciones en materia de prescripción, y como consecuencia de ello, los argumentos de la Demandante relativos a la cláusula NMF son ahora irrelevantes³⁹⁶. Por la misma razón el Tribunal puede omitir una decisión sobre si la objeción de prescripción de la Demandada pertenece a la esfera jurisdiccional o de admisibilidad, ya que esta cuestión surgía sólo si la Demandada resultaba exitosa en esta objeción y en el contexto de la aplicabilidad de la cláusula NMF del TBI³⁹⁷.

VI. RESPONSABILIDAD

A. DERECHO APLICABLE AL FONDO

278. De conformidad con el Artículo XII(7) del TBI, “[e]l tribunal establecido en virtud de [el Artículo XII] decidirá las cuestiones objeto de la diferencia de acuerdo con lo estipulado en este Acuerdo, a las reglas aplicables del derecho internacional y a la legislación nacional del Estado receptor en la medida en que la legislación nacional no sea inconsistente con las disposiciones de este Acuerdo ni con los principios del derecho internacional”³⁹⁸.
279. En consecuencia, la principal fuente de derecho para este Tribunal es el propio TBI, el cual debe interpretarse de conformidad con la CVDT. Otras fuentes de derecho también pueden ser aplicables, tal como puede ser el caso del derecho nacional de Costa Rica, siempre que no sea inconsistente con el TBI o los principios del derecho internacional. Puesto que el Artículo XII(7) del TBI no asigna cuestiones a fuentes de derecho específicas, el Tribunal es quien debe determinar cuándo una cuestión está sujeta al TBI, a otras reglas de derecho internacional o al derecho nacional.

³⁹⁵ C-CM Jur., ¶ 486.

³⁹⁶ *Supra*, ¶ 276; Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 361-362.

³⁹⁷ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 341-342.

³⁹⁸ TBI, Artículo XII(7), **C-0001 / RL-0005**.

280. El Tribunal considera que, al aplicar el derecho (ya sea nacional o internacional), no está atado a los argumentos y las fuentes invocadas por las Partes. La máxima *jura novit curia* – o mejor aún, *jura novit arbiter* – permite al Tribunal aplicar el derecho por iniciativa propia, siempre que solicite las opiniones de las Partes si tiene la intención de fundar su decisión en una teoría jurídica que no fue abordada y que las Partes no podían anticipar de forma razonable³⁹⁹.

B. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

1. Descripción General de la Posición de la Demandante

281. La Demandante sostiene que la Demandada ha incumplido cuatro de sus obligaciones en virtud del TBI.
282. En primer lugar, la Demandante alega que Costa Rica no otorgó a Infinito y sus inversiones TJE de conformidad con el Artículo II(2)(a) del TBI. Según la Demandante, esta disposición prevé un estándar autónomo que va más allá del nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario (“**NMT**”). Más concretamente, la Demandante plantea que la Demandada (i) violó las expectativas legítimas de la Demandante de que “le [sería] permitido seguir el procedimiento establecido según el Código de Minería [...] para obtener los permisos, y finalmente poder operar el proyecto Las Crucitas”, y fue arbitraria e incoherente en el tratamiento de su inversión⁴⁰⁰; (ii) cometió una denegación de justicia procesal al negarse a proporcionar a Infinito un mecanismo para abordar las incoherencias entre las decisiones de los tribunales de Costa Rica acerca de la validez de la Concesión; y (iii) cometió una denegación de justicia sustancial al aplicar retroactivamente al Proyecto Crucitas la Moratoria de 2002 sobre las actividades de minería a cielo abierto.
283. En segundo lugar, la Demandante arguye que la Demandada no otorgó a sus inversiones TPS en el sentido del Artículo II(2)(b) del TBI. De hecho, para la Demandante, la Demandada no adoptó las medidas necesarias para garantizar la protección y seguridad jurídica de sus inversiones y, de ese modo, impedir el repudio de sus derechos mineros.

³⁹⁹ Véase, por ejemplo, *Daimler Financial Services A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Decisión sobre Anulación, 7 de enero de 2015, ¶ 295 (“[...] un tribunal arbitral no [está] limita[do] a referirse o basarse únicamente en las autoridades citadas por las partes. Puede, *por iniciativa propia*, basarse en otras autoridades públicamente disponibles, aun si no han sido citadas por las partes, siempre que la cuestión haya sido planteada ante el tribunal y que se haya conferido a las partes la oportunidad de tratarla[.]”). Véase también *Fisheries Jurisdiction Case* (República Federal de Alemania c. Islandia), Fondo, Fallo, 25 de julio de 1974, ¶ 18 (“[e]s responsabilidad de la propia Corte determinar y aplicar el derecho pertinente en las circunstancias dadas del caso, la carga del establecimiento o prueba de las reglas de derecho internacional no puede recaer en ninguna de las Partes, ya que el derecho cae dentro del conocimiento jurídico de la Corte”)[Traducción del Tribunal]; *Albert Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo, 23 de abril de 2012 (“**Oostergetel**”), ¶ 141, **RL-0017**; *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013 (“**Metal-Tech**”), ¶ 287, **RL-0190**.

⁴⁰⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 17.

284. En tercer lugar, la Demandante sostiene que la Demandada expropió sus inversiones de manera ilícita. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 (que sostuvo la anulación de la concesión de explotación y otras aprobaciones del proyecto), la Resolución del MINAET de 2012 y la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 expropiaron directamente la Concesión de la Demandante y otras aprobaciones claves, así como sus derechos mineros. Mediante la combinación de estas medidas, la Demandada expropió indirectamente todas las inversiones de la Demandante.
285. En cuarto lugar, la Demandante afirma que la Demandada incumplió sus obligaciones sustantivas importadas a través de la cláusula NMF del TBI (i) de “hacer lo necesario” para proteger las inversiones de Infinito, y (ii) de cumplir con sus obligaciones legales.

2. Descripción General de la Posición de la Demandada

286. La Demandada niega haber incumplido alguna de sus obligaciones en virtud del TBI.
287. En primer lugar, la Demandada sostiene que el estándar de TJE previsto en el Artículo II(2)(a) del TBI se limita al NMT. Las consecuencias de esta limitación son dos: (i) las expectativas legítimas no se encuentran protegidas en virtud del TBI; y (ii) el trato justo y equitativo que un Estado debe otorgar con respecto a las medidas judiciales se limita a la denegación de justicia. La Demandada alega que la Demandante, en cualquier caso, no tenía expectativas legítimas, y Costa Rica no cometió una denegación de justicia.
288. En segundo lugar, la Demandada arguye que la Demandante caracteriza en forma errónea el estándar de TPS previsto en el Artículo II(2)(b), que no se extiende a la seguridad jurídica. En subsidio, Costa Rica alega que la Demandante no puede tener la expectativa razonable de que el Gobierno ignorara las decisiones judiciales emitidas por sus tribunales locales. Por el contrario, la Demandada sostiene que su poder ejecutivo hizo lo que pudo para proteger las inversiones de Infinito al defender la legalidad de la Concesión en los procedimientos ante los tribunales costarricenses.
289. En tercer lugar, la Demandada arguye que no podría haber habido expropiación alguna. En efecto, los derechos mineros de Industrias Infinito (en particular, la concesión de explotación) habían sido cancelados *ab initio* en virtud del derecho costarricense. En consecuencia, la Demandante no tenía derechos susceptibles de ser expropiados. En subsidio, la Demandada opina que las medidas judiciales no pueden constituir una expropiación a menos que el inversionista demuestre que sufrió una denegación de justicia. La Demandada sostiene además que las presuntas medidas expropiatorias fueron adoptadas con arreglo a la doctrina de los poderes de policía a fin de ejecutar las medidas subyacentes destinadas a proteger el medio ambiente de las actividades de minería a cielo abierto.
290. En cuarto lugar, la Demandada arguye que el estándar de NMF no concede a la Demandante el derecho de importar protecciones sustantivas de otros tratados de inversión firmados por Costa Rica. En subsidio, la Demandada asevera que (i) cumplió

con la supuesta obligación de “hacer lo necesario”; y (ii) no asumió ni incumplió obligación específica alguna.

291. Por último, la Demandada alega que la Sección III(1) del Anexo I del TBI la exime de responsabilidad incluso si el Tribunal determinara que las medidas impugnadas infringieron el TBI.

C. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

292. El Tribunal primero abordará el estándar de TJE aplicable en virtud del TBI (1), antes de proceder a analizar si dicho estándar fue vulnerado (2).

1. El Estándar de TJE

293. El Tribunal sintetizará en primer lugar las posiciones de las Partes (a-b) al igual que el Escrito de Parte No Contendiente presentado por Canadá (c), antes de proceder a su análisis (d).

a. La Posición de la Demandante

294. La Demandante alega que el Artículo II(2)(a) del TBI exige a la Demandada conceder a sus inversiones un trato justo y equitativo, de acuerdo con los principios del derecho internacional⁴⁰¹. Invocando *El Paso*, sostiene que el Artículo II(2)(a) “esencialmente garantiza que el inversor extranjero no recibirá un trato injusto, con debida consideración de todas las circunstancias del caso” y que “[e]l estándar de trato justo y equitativo es un medio para garantizar la justicia para todos los inversores extranjeros”⁴⁰². Más concretamente, el estándar está destinado a proteger la inversión de la Demandante de diversas categorías de trato perjudicial, incluso medidas que (i) vulneren sus expectativas legítimas; (ii) carezcan de fundamento jurídico o transparencia; (iii) se adopten sin un propósito legítimo y, por ende, sean arbitrarias; (iv) constituyan una denegación de justicia; y (v) sean contrarias al principio de buena fe⁴⁰³.
295. Contrariamente a lo alegado por la Demandada, la Demandante sostiene que el estándar de TJE previsto en el Artículo II(2)(a) del TBI no se limita al NMT (i). En cualquier caso, arguye que el NMT ofrece el mismo nivel de protección que el estándar de TJE autónomo (ii).

⁴⁰¹ C-Mem. Fondo, ¶ 292.

⁴⁰² C-Mem. Fondo, ¶ 293, que cita *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (“*El Paso*”), ¶ 373, CL-0035 [Traducción de la Demandante].

⁴⁰³ C-Mem. Fondo, ¶¶ 294-303.

(i) **El Estándar de TJE del Artículo II(2)(a) No Se Limita al NMT**

296. Infinito sostiene que el estándar de TJE consagrado en el Artículo II(2)(a) del TBI no se limita al NMT de conformidad con el derecho internacional consuetudinario⁴⁰⁴. Arguye en primer lugar que el sentido corriente del Artículo II(2)(a) no limita el estándar de TJE al NMT, dado que no hace referencia ni al NMT ni al derecho internacional consuetudinario⁴⁰⁵. Tal como han resuelto varios tribunales de inversión⁴⁰⁶, la referencia a “los principios del derecho internacional” no restringe el Artículo II(2)(a) al NMT según el derecho consuetudinario⁴⁰⁷. Basándose en *Vivendi II*, la Demandante advierte que no hay “ninguna base para equiparar los principios del derecho internacional con el estándar mínimo de tratamiento”⁴⁰⁸. Por el contrario, las decisiones citadas por la Demandada carecen de relevancia, puesto que no explican el motivo por el cual la expresión “principios del derecho internacional” debería interpretarse como una referencia implícita al NMT⁴⁰⁹.
297. En segundo lugar, el hecho de que el Tratado pueda haberse basado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“**TLCAN**”) no significa que deba interpretarse de la misma manera⁴¹⁰. La redacción de estos tratados y sus medios de interpretación complementarios son diferentes. El Artículo 1105 del TLCAN hace referencia explícita al NMT, y las Notas Interpretativas vinculantes de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN despejaron toda duda al confirmar que el Artículo 1105 comprende solo el NMT⁴¹¹. Por el contrario, el Tratado no se refiere al NMT, y no existen lineamientos vinculantes acerca de su interpretación que brinden sustento a la lectura que la Demandada hace del Artículo II(2)(a)⁴¹².

⁴⁰⁴ C-Réplica Fondo, ¶¶ 502-503.

⁴⁰⁵ C-Réplica Fondo, ¶¶ 504-506.

⁴⁰⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 507, que cita *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 (“**Total**”), ¶ 125, **CL-0088**; *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (“**Crystallex**”), ¶ 530, **CL-0131**; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 (“**Vivendi II**”), ¶¶ 7.4.5-7.4.7, **CL-0029**; *Arif*, ¶ 529, **CL-0014**; *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo, 11 de junio de 2012 (“**EDF**”), ¶¶ 1001-1003, **CL-0034**; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (“**Tecmed**”), ¶ 155, **CL-0085**; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 (“**Gold Reserve**”), ¶ 567, **CL-0042**.

⁴⁰⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 506.

⁴⁰⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 507, que cita *Vivendi II*, ¶ 7.4.7, **CL-0029** [Traducción de la Demandante].

⁴⁰⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 508.

⁴¹⁰ C-Réplica Fondo, ¶¶ 509-511.

⁴¹¹ C-Réplica Fondo, ¶ 514, que citan Notas Interpretativas del Capítulo 11 del TLCAN de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, 31 de julio de 2011, **RL-0097**.

⁴¹² C-Réplica Fondo, ¶ 514.

298. En tercer lugar, según asevera la Demandante, ninguno de los documentos en que se basa Costa Rica son parte del contexto del Tratado en el sentido del Artículo 31(2) de la CVDT, en tanto no son el texto, el preámbulo o los anexos del TBI ni constituyen acuerdos o instrumentos relacionados con el TBI⁴¹³. Costa Rica no identificó ningún acuerdo subsiguiente entre los Estados Contratantes del TBI ni ninguna práctica en la aplicación del TBI⁴¹⁴. Los escritos presentados por Canadá en diferencias no relacionadas que invoca la Demandada no obligan a los Estados Contratantes y no reflejan su intención en el momento de firmar el TBI⁴¹⁵.
299. En cuarto lugar, Infinito alega que no resulta necesario utilizar medios de interpretación complementarios en el sentido del Artículo 32 de la CVDT, ya que el lenguaje del Tratado es claro. Invocando la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal, la Demandante sostiene que los medios de interpretación complementarios solo pueden utilizarse cuando “la interpretación [...] deja el significado ‘ambiguo u oscuro’ o conduce a un resultado que es ‘manifiestamente absurdo o irrazonable’ o para confirmar la interpretación que surgió”⁴¹⁶.
300. En cualquier caso, la Demandante arguye que Costa Rica no ha presentado prueba alguna que pueda calificar como medio de interpretación complementario en el sentido del Artículo 32 de la CVDT. Para la Demandante, el Artículo 32 “limita los ‘medios complementarios de interpretación’ a las pruebas que permiten comprender mejor las negociaciones y los acontecimientos que condujeron a la firma del TBI [...]”⁴¹⁷. No obstante, la Demandada no ha señalado nada en los *travaux préparatoires* que apoye su interpretación restrictiva del Artículo II(2)(a). En cambio, las pruebas aportadas por la Demandada (que incluyen escritos académicos, declaraciones hechas por Infinito y declaraciones unilaterales hechas por funcionarios costarricenses) no califican como medios de interpretación complementarios, en tanto son posteriores a la firma del TBI y no demuestran la intención de los Estados Contratantes⁴¹⁸.

(ii) El Contenido del Estándar de TJE Es el Mismo en Virtud del Estándar Autónomo o del NMT

301. Infinito sostiene que el contenido del NMT y del estándar de TJE autónomo es prácticamente el mismo⁴¹⁹. Amparándose en *Rusoro*, alega que “[el NMT] se ha desarrollado y hoy en día es indistinguible de la norma FET y otorga a los inversores un nivel de protección equivalente al de esta última”⁴²⁰. En la misma línea, el tribunal

⁴¹³ C-Réplica Fondo, ¶ 516.

⁴¹⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 517.

⁴¹⁵ C-Réplica Fondo, ¶¶ 518-519.

⁴¹⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 520, que cita Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 288.

⁴¹⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 522.

⁴¹⁸ C-Réplica Fondo, ¶¶ 523-526.

⁴¹⁹ C-Réplica Fondo, ¶¶ 523, 528-530.

⁴²⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 530, que cita *Rusoro*, ¶ 520, **RL-0181** [Traducción de la Demandante].

de *Waste Management II* resolvió que el NMT ofrece el mismo nivel de protección que el estándar autónomo⁴²¹.

302. La Demandante sostiene además que el estándar requiere un enfoque pragmático y fáctico⁴²²: “[p]or lo tanto, el alcance preciso de la norma se deja a la determinación del Tribunal de decidir si, en todas las circunstancias, la conducta en cuestión es justa y equitativa o injusta e inequitativa”⁴²³. Como quiera que sea, ambos estándares protegen a los inversionistas de la “arbitrariedad, injusticia grave, discriminación, falta total de transparencia”⁴²⁴, incluso de las medidas que frustran sus expectativas legítimas⁴²⁵. Invocando los casos *Mobil* y *Bilcon*, la Demandante alega que las expectativas legítimas de un inversionista son “consideraciones pertinentes” para determinar la existencia de una violación del NMT⁴²⁶. En el mismo sentido, el tribunal de *Glamis Gold* resolvió que “un Estado puede estar atado a las expectativas objetivas que crea **para inducir** a la inversión”⁴²⁷. La Demandante también plantea que la legislación de Costa Rica contiene “el principio de que un ciudadano puede confiar en las expectativas legítimas creadas por las acciones del Gobierno”⁴²⁸.
303. Asimismo, la Demandante disiente de la posición de la Demandada de que las expectativas legítimas solo pueden surgir de promesas o garantías específicas del Estado receptor de que el Estado no cambiaría su marco legal⁴²⁹. Sostiene que las expectativas legítimas también pueden surgir de “compromisos y declaraciones explícitas e implícitas del Estado anfitrión, o [de] las circunstancias que rodean la inversión”⁴³⁰. Invocando *Frontier Petroleum*, Infinito arguye que “[e]l inversionista puede confiar en [el] marco jurídico [del Estado anfitrión], así como en las declaraciones y compromisos del Estado anfitrión, incluidas las que figuran en la legislación, los tratados, los decretos, las licencias y los contratos. Por consiguiente, la

⁴²¹ C-Réplica Fondo, ¶ 531, que cita *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (“**Waste Management II**”), ¶ 98, **CL-0090**.

⁴²² C-Réplica Fondo, ¶ 534.

⁴²³ C-Réplica Fondo, ¶ 535.

⁴²⁴ C-Réplica Fondo, ¶¶ 531-532.

⁴²⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 537.

⁴²⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 539, que cita *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corp. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Quantum (22 de mayo de 2012) (“**Mobil**”), ¶ 152, **RL-0023**; *Clayton & Bilcon*, ¶¶ 445-454, **CL-0172**.

⁴²⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 541, que cita *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (“**Glamis Gold**”), ¶ 621, **RL-0105** (énfasis en el original) [Traducción de la Demandante].

⁴²⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 543.

⁴²⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 544.

⁴³⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 544.

revocación arbitra[ría] de esos compromisos constituirá una violación del principio de tratamiento justo y equitativo”⁴³¹.

304. Por último, la Demandante observa que la denegación de justicia no es la única forma en que las medidas judiciales pueden violar el estándar de TJE⁴³². Señala que el TBI no distingue entre las medidas del poder legislativo, ejecutivo o judicial⁴³³, y considera que la posición de la Demandada es inconsistente con “el principio de que un Estado es responsable internacionalmente por la conducta de todos sus órganos por igual” tal como se define en el Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado y se reconoce en la decisión del caso *Azinian*⁴³⁴. La Demandante también advierte que su posición ha sido respaldada por varias decisiones arbitrales, incluyendo las de *Vivendi II*, *Arif* y *ATA*⁴³⁵. En cualquier caso, la Demandada no solo impugna la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011; su posición es que “Costa Rica ha violado el estándar [TJE] basado en el efecto compuesto de todas las medidas impugnadas, y en particular las acciones (y omisiones) de la legislatura y el ejecutivo antes y después de la decisión de la Sala Administrativa”, puesto que “[e]s como resultado de estas acciones que el proyecto Crucitas no pudo continuar y la inversión de Infinito quedó sin valor”⁴³⁶.

b. La Posición de la Demandada

(i) El Estándar de TJE se Limita al NMT

305. Para la Demandada, el estándar jurídico del Artículo II(2)(a) del TBI es el NMT conforme al derecho internacional consuetudinario. La referencia del Artículo II(2)(a) a los “principios del derecho internacional” implica que el estándar está enlazado al NMT⁴³⁷.
306. Según Costa Rica, su posición es consistente con las reglas interpretativas establecidas en el Artículo 31 de la CVDT. En efecto, una lectura del Artículo II(2)(a) a la luz del sentido corriente de sus términos y de su contexto demuestra que se excluye la aplicación de un estándar autónomo⁴³⁸. Los Estados Contratantes no habrían

⁴³¹ C-Réplica Fondo, ¶ 545, que cita *Frontier Petroleum Services Ltd. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Final, 12 de noviembre de 2010 (“*Frontier Petroleum*”), ¶ 285, **CL-0039** [Traducción de la Demandante].

⁴³² C-Réplica Fondo, ¶ 550.

⁴³³ C-Réplica Fondo, ¶ 553.

⁴³⁴ C-Réplica Fondo, ¶¶ 554-555, que cita *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999 (“*Azinian*”), ¶ 98, **CL-0017**.

⁴³⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 556; *Vivendi II*, ¶¶ 7.4.10-7.4.11, **CL-0029**; *Arif*, ¶¶ 445, 454, 547, **CL-0014**; *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010 (“*ATA*”), ¶¶ 73, 123, 125, **CL-0016**.

⁴³⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 551.

⁴³⁷ R-CM Fondo, ¶¶ 366-368.

⁴³⁸ R-CM Fondo, ¶ 368; R-Dúp. Fondo, ¶ 440 [¶ 429 (español)].

definido el estándar de TJE mediante una referencia a los “principios del derecho internacional” si hubieran tenido la intención de proporcionar un estándar autónomo⁴³⁹. La opinión contraria de la Demandante no resulta susceptible de reconciliación con el principio fundamental de interpretación de los tratados de *effet utile* o efectividad⁴⁴⁰.

307. La Demandada disputa que la mayoría de los laudos de inversión hayan concluido que la referencia a los “principios del derecho internacional” no circunscribe el estándar de TJE al NMT. A modo de ejemplo, en *UPS, Chemtura* y *ADF*, los tribunales rechazaron el intento de los inversionistas de importar los supuestos estándares de TJE más amplios de otros tratados, con inclusión del TBI Canadá-Costa Rica, a través de la cláusula de NMF provista en el TLCAN. Más específicamente, estos tribunales sostuvieron que las cláusulas de TJE invocadas por los inversionistas ofrecían la misma protección sustantiva de la cláusula de TJE en el TLCAN, a saber, el NMT⁴⁴¹. Además, *Koch, Rusoro* y *OI* concluyeron que la referencia a los “principios del derecho internacional” o el “derecho internacional” en una cláusula de TJE implicaba una restricción al NMT en virtud del derecho internacional consuetudinario⁴⁴².
308. La Demandada subraya que ha aportado evidencia abundante que confirma su interpretación, tal como declaraciones expresas de Canadá⁴⁴³, trabajos contemporáneos de doctrina canadiense⁴⁴⁴ y las afirmaciones de la propia

⁴³⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 442 [¶ 431 (español)].

⁴⁴⁰ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 443-445 [¶¶ 432-434 (español)].

⁴⁴¹ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 457-461 [¶¶ 446-450 (español)], que cita *Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010 (“*Chemtura*”), ¶¶ 235, 236, **CL-0025**; *UPS* Laudo, ¶¶ 182-184, **RL-0227**; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 (“*ADF*”), ¶ 194, **RL-0014**.

⁴⁴² R-Dúp. Fondo, ¶¶ 467-468 [¶¶ 456-457 (español)], que cita *Koch Minerals Sàrl y Koch Nitrogen International Sàrl c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/19, Laudo, 30 de octubre de 2017 (“*Koch*”), ¶ 8.44, **RL-0200**; *Rusoro*, ¶ 520, **RL-0181**; *OI European Group B. V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015, ¶ 482 (“*OI*”), **CAN-0006**.

⁴⁴³ R-CM Fondo, ¶ 371, que hace referencia a manifestaciones hechas por Canadá en *UPS* que confirmaron que los acuerdos de protección de las inversiones extranjeras (tales como el TBI) se basaron en el TLCAN. *United Parcel Service of America, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/02/1, Memorial de Contestación sobre el Fondo de la Demandada, 22 de junio de 2005, ¶ 1011 (“*Memorial de Contestación UPS*”), **RL-0172**.

⁴⁴⁴ R-CM Fondo, ¶ 372, que hace referencia a L. Reif, *Canada and Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean: Evolution of an International Investment Agreement Framework*, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 13 (2010) 86, pág. 98, **RL-0006** (que describe el estándar del TBI Costa Rica-Canadá y otros TBI de Canadá sobre la base del mismo modelo como “[t]he minimum standard of treatment (or fair and equitable treatment) [...] under customary international law [...]”) [Original inglés]; C. Wilkie, *The Origins of NAFTA Investment Provisions: Economic and Policy Considerations*, *NAFTA Chapter Eleven Reports* (Kluwer Law International, 2006), pág. 14, **RL-0163**; T. Weiler, *NAFTA Article 1105 and the Principles of International Economic Law*, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42. No. 1 (2004) 35, pág. 76, **RL-0100** (que describe al Artículo II del TBI como “*minimum standard provision*”) que es “*even more explicit*” que el Artículo 1105 del TLCAN); A. Newcombe, *Canada’s New Model Foreign Investment Protection Agreement*, *Investment Treaty Arbitration* (2004), pág. 1, **RL-0176** (“*Canada has signed 23 BITs since 1989, when it first began negotiating investment treaties. Five of these BITs were concluded before 1995 and are based on the OECD model. The remaining 18 are based on NAFTA Chapter 11*”) [Original inglés];

Demandante en sus presentaciones ante las autoridades regulatorias estadounidenses⁴⁴⁵, así como el entendimiento contemporáneo de Costa Rica del Artículo II(2)(a)⁴⁴⁶. De esta prueba se deduce, alega la Demandada, que el estándar de TJE del TBI, tal como aquel en el TLCAN “está unido al nivel mínimo de trato”⁴⁴⁷. Según la Demandada, esta evidencia demuestra que los Estados Contratantes “eran conscientes de que la mención de ‘principios del derecho internacional’ se refería al nivel mínimo de trato con arreglo al derecho internacional consuetudinario”⁴⁴⁸.

309. Incluso si el sentido corriente del Artículo II(2)(a) del TBI no fuera claro, los medios complementarios de interpretación, sostiene Costa Rica, demuestran que el estándar de TJE del TBI se encuentra limitado al NMT según el derecho internacional consuetudinario⁴⁴⁹. En primer lugar, no hay pruebas que demuestren que los Estados Contratantes estuvieran dispuestos a conceder a los inversionistas un estándar de TJE que fuera más allá del NMT. Por el contrario, cuando se firmó el TBI, no se había dictado ninguna decisión arbitral sobre un estándar de TJE autónomo que ofreciera una protección más amplia que aquella requerida conforme al NMT⁴⁵⁰. En otras palabras, los Estados Contratantes no podrían haber querido otorgar un estándar de TJE autónomo cuando el debate del cual surgió dicho estándar ni siquiera había empezado⁴⁵¹. En segundo lugar, la práctica de Canadá en materia de tratados confirma que el Artículo II(2)(a) del TBI se encuentra limitado al estándar de trato del derecho internacional consuetudinario⁴⁵².

Transcripción de la Sesión Informativa de los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (TBI), Gobierno de Canadá, Asuntos Exteriores, Comercio y Desarrollo (22 de septiembre de 2015), pág. 2, **R-0138** (“*All core obligations found in Canada’s FIPA are essentially identical to those found in NAFTA Chapter Eleven. Moreover, the core obligations in Canada’s FIPAs and investment chapters have been essentially the same since the initiation of the FIPA program 24 years ago*”) [Original inglés]; C. Cherniak, *Canada Will Pursue Bilateral and Regional Trade Arrangements if Doha Round Ends*, Trade Lawyers Blog (29 de julio de 2008), pág. 1, **R-0139** (que enumera el TBI de Canadá-Costa Rica como “*based on Chapter 11 of the NAFTA*”) [Original inglés].

⁴⁴⁵ R-CM Fondo, ¶ 373, que cita el Informe Anual de 2007, Formulario 20-F, Infinito Gold Ltd., ante la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos, para el Ejercicio Fiscal finalizado el 31 de marzo de 2007 (12 de octubre de 2007), **R-0045**.

⁴⁴⁶ R-CM Fondo, ¶ 374, que hace referencia al Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, Memorandum No. DVI 279-98 (29 de septiembre de 1998), pág. 7 (español), **R-0142** (“Trato justo y equitativo: Es generalmente aceptado que el propósito fundamental de este tipo de cláusula es el ofrecerle a la inversión un estándar de protección mínimo de acuerdo a los principios del derecho internacional.”); Rafael Acosta y Rafael Matamoros, Informe Económico No. 473.98 de la Asamblea Legislativa de Costa Rica (28 de julio de 1998), **RL-0164** (que explica que el TBI se basó en el modelo de TBI de Canadá de 1994, que, a su vez, se basaba en el TLCAN).

⁴⁴⁷ R-Réplica Jur., ¶¶ 197-199; R-CM Fondo, ¶¶ 370-374.

⁴⁴⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 450 [¶ 439 (español)].

⁴⁴⁹ R-CM Fondo, ¶ 381.

⁴⁵⁰ R-CM Fondo, ¶ 381.

⁴⁵¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 448 [¶ 437 (español)].

⁴⁵² R-Réplica Jur., ¶ 198; R-CM Fondo, ¶ 382; R-Mem. Jur., ¶ 212; Departamento de Asuntos Exteriores, TLCAN: Declaración de Implementación de Canadá, Boletín Oficial de Canadá (1

310. Por último, Costa Rica y Canadá, según alega la primera, confirmaron en el procedimiento que nos ocupa que el Artículo II(2)(a) del TBI se circunscribía al nivel mínimo⁴⁵³. En efecto, Canadá ha sostenido que “[l]a redacción del Artículo II(2)(a) garantiza un TJE de conformidad con el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario”⁴⁵⁴. Según la Demandada, ello constituye un “acuerdo ulterior entre las partes” (es decir, las partes del TBI) en los términos del Artículo 31(3) de la CVDT, que demuestra la intención de los Estados Contratantes. La Demandada sostiene, además, que el Artículo 31(3) de la CVDT no requiere un acuerdo formal para que sea efectivo⁴⁵⁵.

(ii) El Contenido del Estándar Autónomo del TJE Resulta Diferente del Contenido del NMT

311. La Demandada no comparte el criterio de la Demandante de que el contenido del estándar autónomo de TJE y el del NMT es el mismo⁴⁵⁶. Incluso suponiendo que el NMT es un concepto flexible, “no ha evolucionado hasta el punto de equipararse o confundirse con el así llamado nivel autónomo del tratado”⁴⁵⁷ y la Demandante no ha cumplido su carga de probar la existencia de dicha evolución⁴⁵⁸. Más precisamente, el estándar de NMT no protege a las expectativas legítimas de los inversionistas y es más restringido con relación a las medidas judiciales.

312. En primer lugar, la Demandada sostiene que las expectativas legítimas de los inversionistas no se hallan protegidas según el estándar de NMT⁴⁵⁹. Ninguna autoridad legal ha sostenido que un Estado receptor se encuentre obligado a proteger las expectativas legítimas de un inversionista en virtud del derecho internacional consuetudinario⁴⁶⁰.

de enero de 1994), pág. 149, **RL-0098** (que expone la posición de Canadá de que el Artículo 1105 del TLCAN, que establece “*fair and equitable treatment*” y “*full protection and security*” “*provides for a minimum absolute standard of treatment, based on long-standing principles of customary international law*”) [Original inglés]; *United Parcel Service of America, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/02/1, Memorial del Fondo de la Demandante, 23 de marzo de 2005 (“**Memorial UPS**”), ¶¶ 700-702 y nota al pie 695, **RL-0171** y respuesta de Canadá, en la que confirmó que “*Canada has been consistent in its statements that these FIPAs are based on the NAFTA. They are referred to as Agreements Based on new Model (NAFTA based) on the website of International Trade Canada*”, Memorial de Contestación UPS, **RL-0172** [Original inglés]; Lista de Tratados de Protección y Promoción de las Inversiones Extranjeras (TBI) (www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/fipa-e.asp al 5 de enero de 2001), **R-0136** (que incluye al TBI en la lista de los “*Agreements Based on new Model (NAFTA based)*”). [Original inglés].

⁴⁵³ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 471, 474 [¶¶ 460, 463 (español)].

⁴⁵⁴ Escrito de Canadá, ¶ 20 [Traducción del Tribunal].

⁴⁵⁵ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 475-477 [¶¶ 464-466 (español)].

⁴⁵⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 482 [¶ 471 (español)].

⁴⁵⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 484 [¶ 473 (español)].

⁴⁵⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 485 [¶ 474 (español)].

⁴⁵⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 490 [¶ 479 (español)].

⁴⁶⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 490 [¶ 479 (español)].

313. Sobre la base de las presentaciones de Canadá en *Mesa Power*, la Demandada sostiene que “no existe ninguna práctica ni *opinio iuris* de carácter general y constante que cree una obligación en virtud del nivel mínimo de trato [de] que no [se] frustre las ‘expectativas’ de los inversionistas”⁴⁶¹. La posición en el arbitraje de inversión resulta consistente con la jurisprudencia de la CIJ, según la cual “[n]o se sigue de estas referencias [a decisiones dictadas en arbitrajes de inversión] que exista en el derecho internacional general un principio que dé lugar a una obligación en base a lo que puede ser considerado una legítima expectativa”⁴⁶². Sobre la base de *Glamis Gold*, la Demandada sostiene que “[c]omo mucho, las expectativas de los inversionistas podrían tenerse en cuenta al analizar si otros componentes del [A]rtículo II(2)(a) han sido infringidos”⁴⁶³.
314. Incluso en el estándar de TJE autónomo, la Demandada sostiene que solo las expectativas objetivamente legítimas y razonables clasifican para ser objeto de protección⁴⁶⁴. Específicamente, dichas expectativas deben cumplir los siguientes requisitos: “(i) deben derivarse de las manifestaciones o garantías que indujeron al inversionista a invertir; (ii) deben ser legítimas y razonables a la luz de la totalidad de las circunstancias del caso; (iii) su origen exacto debe ser claramente identificable; y (iv) no pueden afectar el derecho del Estado a regular en su propio territorio (salvo que el Estado haya acordado, a favor del inversionista, mantener la estabilidad regulatoria)”⁴⁶⁵. En contraste, “en ausencia de una cláusula de estabilización, las expectativas legítimas ni aseguran que el entorno jurídico en el que invirtió la Demandante no se verá afectado por cambios ni implican que el Estado renuncie a su derecho a regular en el interés público”⁴⁶⁶.
315. Aun más, un inversionista no puede esperar que un Estado receptor se abstenga de revocar decisiones preexistentes bajo cualquier circunstancia⁴⁶⁷. La Demandada subraya que “[u]no de los pilares de un Estado democrático es el principio de separación de poderes” y “[u]n inversionista no puede tener expectativas legítimas de que las decisiones del Poder Ejecutivo no puedan ser revisadas y anuladas por tribunales municipales independientes” cuando dichas decisiones “no se ajusten a derecho”⁴⁶⁸.

⁴⁶¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 491 [¶ 480 (español)], que cita *Mesa Power Group, LCC. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Respuesta de Canadá a Presentaciones 1128, 26 de junio de 2015, ¶ 12, **RL-0246** [Traducción de la Demandada].

⁴⁶² R-Dúp. Fondo, ¶ 493 [¶ 482 (español)] que cita *Obligación de Negociar un Acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Fallo, 1 de octubre de 2018, 2018 ICJ Rep. 507, ¶ 162, **RL-0245** [Traducción de la Demandada].

⁴⁶³ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 492, 498 [¶¶ 481, 487 (español)], que cita *Glamis Gold*, ¶ 620, **RL-0105**.

⁴⁶⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 500 [¶ 489 (español)].

⁴⁶⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 500 [¶ 489 (español)].

⁴⁶⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 501 [¶ 490 (español)].

⁴⁶⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 504 [¶ 493 (español)].

⁴⁶⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 504 [¶ 493 (español)].

316. En segundo lugar, la Demandada afirma que “las medidas judiciales solo pueden vulnerar el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario si constituyen una denegación de justicia”⁴⁶⁹. Sobre la base de *Swisslion, Parkerings, Bosh* y *Jan de Nul*, la Demandada sostiene que esta regla aplica tanto para el NMT como para el estándar de TJE autónomo⁴⁷⁰.
317. La Demandada explica que las medidas judiciales no pueden ser evaluadas a la luz de un estándar más bajo que el de denegación de justicia, que requiere que el inversionista demuestre que el sistema judicial del Estado receptor falló como un todo en brindar justicia⁴⁷¹. La solución contraria permitiría a los inversionistas burlar “el elevado umbral de la denegación de justicia simplemente alegando que la medida judicial impugnada es ‘injusta y poco equitativa’, incluso en el caso de que no reuniera los requisitos para constituir la denegación de justicia”⁴⁷².
318. La Demandada niega que su interpretación entre en conflicto con el principio de que un Estado es responsable internacionalmente por los actos de todos sus órganos de la misma manera. El Artículo 4 de los Artículos de la CDI (sobre los cuales se basa la Demandante para sustentar su argumento) se refiere al principio de atribución, conforme al cual el comportamiento de todo órgano del Estado debe entenderse como un acto del Estado. Si bien la Demandada reconoce que es responsable internacionalmente por el comportamiento de todos sus órganos, con inclusión de sus tribunales, la atribución solo es uno de los elementos de la responsabilidad del Estado. Si bien una decisión de un órgano judicial es un acto del Estado a efectos del Artículo 4, puede no constituir necesariamente una violación del derecho internacional⁴⁷³.
319. Por consiguiente, la Demandada sostiene que tres de las cinco medidas que la Demandante impugna – la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 y el Procedimiento de Perjuicios del TCA – deben evaluarse a la luz del estándar de denegación de justicia⁴⁷⁴.
320. En síntesis, Costa Rica sostiene que el estándar de TJE y el estándar de NMT no son idénticos. Sin embargo, incluso si lo fueran, la reclamación tampoco prosperaría puesto que “ambos niveles establecen un umbral elevado con el que la Demandante

⁴⁶⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 510 [¶ 499 (español)].

⁴⁷⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 524 [¶ 513 (español)], que cita *Swisslion DOO Skopje c. Antigua República Yugoslavia de Macedonia.*, Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo, 6 de julio de 2012 (“*Swisslion*”), ¶ 264, **RL-0112**; *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007 (“*Parkerings*”), ¶ 313, **CL-0068**; *Bosh International, Inc. y B&P Ltd Foreign Investments Enterprise c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/11, Laudo, 25 de octubre de 2012 (“*Bosh*”), ¶ 280; **RL-0120**; *Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008 (“*Jan de Nul Laudo*”), ¶ 191, **RL-0091**.

⁴⁷¹ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 512-518 [¶¶ 501-507 (español)].

⁴⁷² R-Dúp. Fondo, ¶ 519 [¶ 508 (español)].

⁴⁷³ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 520-521 [¶¶ 509-510 (español)].

⁴⁷⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 525 [¶ 514 (español)].

tiene que cumplir si desea convencer a este Tribunal de que Costa Rica ha incumplido dicho nivel que establece el TBI”⁴⁷⁵.

c. La Posición de Canadá

321. El Escrito de Parte No Contendiente de Canadá ofrece comentarios, entre otros, sobre el contenido del Artículo II(2)(a) del TBI.
322. En esencia, Canadá sostiene que el Artículo II(2)(a) garantiza el TJE de conformidad con el NMT en virtud del derecho internacional consuetudinario. Canadá sostiene que la frase “de acuerdo con los principios del derecho internacional” es una referencia al NMT. De conformidad con el principio de *effet utile*, debe darse sentido a esta frase. Esta interpretación se ve confirmada por las Notas Interpretativas emitidas junto a algunos tratados de Canadá, tales como aquella en virtud del TLCAN⁴⁷⁶.
323. Según Canadá, “[n]o hay diferencia entre el estándar de TJE del Artículo 1105(1) del TLCAN y del Artículo II(2)(a) del TBI Canadá-Costa Rica”⁴⁷⁷. Canadá ha expresado de forma consistente la posición de que sus TBI posteriores al TLCAN, con inclusión del TBI Canadá-Costa Rica, se basan en el TLCAN. Canadá sostiene, asimismo, que “al aclarar y reafirmar el sentido de las disposiciones, las Notas Interpretativas de otros tratados de Canadá no modifican ni alteran la obligación sustantiva”⁴⁷⁸. Como consecuencia de ello, “los tribunales han rechazado los intentos por distinguir el Artículo 1105(1) del TLCAN de las obligaciones de TJE de los TBI celebrados por Canadá con posterioridad al TLCAN, con inclusión del Artículo II(2)(a) del TBI Canadá-Costa Rica”⁴⁷⁹.
324. Canadá sostiene, además, que “la parte contendiente que alega la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario tiene la carga de probarla” y que “[e]ste elevado umbral para probar una violación al TJE con arreglo al derecho internacional consuetudinario es lo que distingue a la obligación en el Artículo II(2)(a) del estándar de TJE autónomo”⁴⁸⁰. A efectos de determinar el contenido del estándar de TJE en virtud del derecho internacional consuetudinario, el inversionista debe aducir prueba de prácticas estatales y *opinio juris*, es decir, “pruebas que evidencien una práctica consistente y general entre Estados que esté respaldada por una convicción de los Estados de que dicha práctica es exigible legalmente por ellos en virtud del derecho internacional”⁴⁸¹. A este fin, el inversionista debe señalar actos de Estado, no a decisiones de tribunales de arbitraje. Canadá invoca *Glamis Gold* y *Cargill*, para

⁴⁷⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 507 [¶ 496 (español)].

⁴⁷⁶ Escrito de Canadá, ¶¶ 18-21.

⁴⁷⁷ Escrito de Canadá, ¶ 22 [Traducción del Tribunal].

⁴⁷⁸ Escrito de Canadá, ¶ 22 [Traducción del Tribunal].

⁴⁷⁹ Escrito de Canadá, ¶ 22 [Traducción del Tribunal], que cita *Chemtura*, ¶¶ 235-236, **CL-0025**; *UPS* Laudo, ¶¶ 182-284, **RL-0227**; *ADF*, ¶ 194, **RL-0014**.

⁴⁸⁰ Escrito de Canadá, ¶ 23 [Traducción del Tribunal].

⁴⁸¹ Escrito de Canadá, ¶ 24 [Traducción del Tribunal].

sostener que “[l]as decisiones arbitrales pasadas solo resultan relevantes en la medida en que incluyen una revisión de la práctica estatal y de la *opinio juris*”⁴⁸²; “*arbitral decisions that apply an autonomous standard provide no guidance inasmuch as the entire method of reasoning does not bear on an inquiry into custom*”⁴⁸³.

325. En cuanto al contenido del estándar de TJE en virtud del derecho internacional consuetudinario (y, por consiguiente, del Artículo II(2)(a) del TBI), Canadá sostiene lo siguiente:

- a. Este no permite a los tribunales cuestionar políticas y decisiones gubernamentales, puesto que “el derecho internacional generalmente otorga un nivel elevado de deferencia a los Estados con respecto a sus elecciones de política doméstica y al equilibrio del interés público y de los derechos individuales”⁴⁸⁴
- b. No protege a las expectativas legítimas de un inversionista. Según Canadá, “[e]l mero incumplimiento de un compromiso, por sí solo, no recae por debajo del nivel de trato del derecho internacional consuetudinario”⁴⁸⁵.
- c. La denegación de justicia es la única base sobre la cual las decisiones de un tribunal nacional podrían resultar violatorias del estándar de TJE al amparo del derecho internacional consuetudinario. La “posición consistentemente sostenida” por Canadá es que (i) si no hay denegación de justicia, las medidas judiciales no pueden resultar violatorias del NMT, y (ii) “las reclamaciones de arbitrariedad o injusticia en el contexto de decisiones judiciales deben verse a través del lente de la denegación de justicia”⁴⁸⁶. Para que ocurra una denegación de justicia, debe haber una falla muy grave en la administración de justicia. La aplicación errónea del derecho no resulta suficiente; debe haber una injusticia manifiesta o una grave inequidad. Según Canadá, “[e]sta regla surge del reconocimiento de la independencia del poder judicial y de la gran deferencia que se les concede a los tribunales nacionales que actúan de buena fe en su rol de adjudicar e interpretar el derecho interno de un Estado”⁴⁸⁷.

d. Análisis

326. El Tribunal determinará primero si el estándar de TJE del Artículo II(2)(a) del TBI se limita al NMT en virtud del derecho internacional consuetudinario (i). Luego, delineará el contenido del estándar de TJE en virtud del Artículo II(2)(a) (ii). Luego el Tribunal abordará la cuestión de si las decisiones judiciales pueden resultar violatorias del

⁴⁸² Escrito de Canadá, ¶ 25 [Traducción del Tribunal], que hace referencia a *Glamis Gold*, ¶¶ 605-607, **RL-0105**. Véase también *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (“*Cargill México*”), ¶ 277, **RL-0115**.

⁴⁸³ *Glamis Gold*, ¶ 608, **RL-0105** [Original inglés].

⁴⁸⁴ Escrito de Canadá, ¶ 26 [Traducción del Tribunal].

⁴⁸⁵ Escrito de Canadá, ¶ 27 [Traducción del Tribunal].

⁴⁸⁶ Escrito de Canadá, ¶ 31 [Traducción del Tribunal].

⁴⁸⁷ Escrito de Canadá, ¶ 30 [Traducción del Tribunal].

estándar de TJE solamente a raíz de una denegación de justicia (iii). La presente Sección contiene el análisis y conclusiones de la mayoría del Tribunal, incluso cuando ello no se manifiesta expresamente. La Árbitro Stern desarrollará sus opiniones en su Opinión Separada sobre Jurisdicción y Fondo.

(i) ¿La Protección del Artículo II(2)(a) se Limita al NMT?

327. El Artículo II(2)(a) del TBI establece que “[c]ada Parte Contratante le otorgará a las inversiones de la otra Parte Contratante: (a) trato justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional; [...]”⁴⁸⁸.
328. La Demandante sostiene que esta disposición establece un estándar de TJE autónomo, mientras que la Demandada considera que se encuentra limitada al NMT en virtud del derecho internacional.
329. La Demandada ha señalado múltiples laudos cuyos tribunales han sostenido que la referencia a los “principios del derecho internacional” o al “derecho internacional” resulta equivalente al “derecho internacional consuetudinario”⁴⁸⁹. A su turno, la Demandante ha invocado otros laudos que arriban a la conclusión contraria⁴⁹⁰. Si bien

⁴⁸⁸ TBI, Artículo II(2)(a), **C-0001 / RL-0005**.

⁴⁸⁹ *Koch*, ¶ 8.44, **RL-0200** (“*The FET and FPS standards in this Treaty are prefaced with the express qualification: ‘in accordance the rules and principles of international law.’ In the Tribunal’s view, this additional express wording is conclusive in confirming the meaning of the FET and FPS standards as the duties imposed by customary international law and in precluding an independent or autonomous meaning*”) [Original inglés]; *Rusoro*, ¶ 520, **RL-0181** (“[As] *the BIT qualifies Venezuela’s commitment to accord FET (and FPS) treatment ‘in accordance with the principles of international law’, the rule is referring to the CIM [or customary international minimum] Standard*”) [Original inglés]; *OI*, ¶ 482, **CAN-0006** (“[N]o es cierto que el Tratado con el Reino Unido ofrezca un trato superior al estándar mínimo consuetudinario, pues en realidad solo ofrece a los inversores protegidos un TJE ‘de conformidad con el Derecho internacional’. El Tratado no garantiza por lo tanto un TJE en abstracto, sino únicamente aquel reconocido por el Derecho internacional. Y el nivel de protección que ofrece y garantiza el Derecho internacional a los extranjeros es precisamente lo que se conoce como estándar mínimo consuetudinario”).

⁴⁹⁰ *Vivendi II*, ¶¶ 7.4.5-7.4.7, **CL-0029** (“Al abordar primero el argumento de la Demandada, en el sentido de que el trato justo y equitativo se limita al denominado nivel mínimo de trato del derecho internacional y que debe ponderarse frente a ésta, el Tribunal llega a la conclusión de que no hay fundamento para dicha limitación y que dicha interpretación es contraria al significado ordinario del texto del Artículo 3. El Artículo 3 se refiere al tratamiento justo y equitativo conforme a los principios del derecho internacional, y no a la norma mínima de trato. [...] El Tribunal no encuentra fundamento para equiparar los principios del derecho internacional a la norma mínima de trato. Primero, la referencia a los principios del derecho internacional respalda una interpretación más amplia que implica considerar un margen de principios de derecho internacional más amplios que tan sólo la norma mínima. Segundo, según la redacción del Artículo 3, el trato justo y equitativo debe ser conforme a los principios del derecho internacional, pero este requisito de conformidad puede servir tanto de límite mínimo como máximo de la norma de trato justo y equitativo del Tratado. Tercero, las palabras de la disposición indican que se debe atender también a los principios contemporáneos del derecho internacional, no sólo a los principios de hace casi un siglo.”) *Total*, ¶ 125, **CL-0088** (“[...] la frase ‘justo y equitativo conforme a los principios de Derecho Internacional’ no puede leerse como el ‘tratamiento requerido por el mínimo estándar de tratamiento de extranjeros/inversores conforme al Derecho Internacional’”); *Crystalex*, ¶ 530, **CL-0131** (“[E]l Tribunal comienza con el análisis de la fórmula ‘de acuerdo con los principios de derecho internacional’, que se

estas decisiones pueden servir de guía, el Tribunal debe realizar su propia interpretación del Artículo II(2)(a) del TBI de conformidad con las reglas de interpretación de los tratados establecidas en la CVDT.

330. La Demandada arguye además que el texto del Artículo II(2)(a) del TBI es bastante similar al del Artículo 1105(1) del TLCAN, que establece que “[c]ada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato **acorde con el derecho internacional**, incluido trato justo y equitativo [...]”⁴⁹¹. No obstante, el Artículo 1105 se intitula expresamente “Nivel mínimo de trato”, referencia que no está presente en el Artículo II(2)(a) del TBI. Además, en sus Notas Interpretativas emitidas en 2001, los Estados Contratantes del TLCAN aclararon que el Artículo 1105(1) establece “el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte” y que “[l]os conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridades plenas’ no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste”⁴⁹². Ninguna nota interpretativa como esta ha sido emitida por las Partes Contratantes del TBI.
331. Aplicando la regla general de interpretación establecida en el Artículo 31 de la CVDT⁴⁹³, la mayoría del Tribunal no puede concluir que el contenido del Artículo II(2)(a) del TBI está limitado al NMT según el derecho internacional consuetudinario.

encuentra en el Artículo II(2) del Tratado [...]. El Tribunal considera que el estándar de TJE receptado en el Tratado no puede – sea en virtud de aquella fórmula o de otro modo – equipararse al ‘nivel mínimo de trato internacional’ conforme al derecho internacional consuetudinario, sino que constituye un estándar autónomo del tratado. A diferencia de los tratados como el TLCAN, que incluye en forma expresa el nivel mínimo de trato, el TBI Canadá-Venezuela no se refiere a ese nivel mínimo en ninguna parte”); EDF, ¶ 1001, **CL-0034** (“*Article 3 nowhere mentions ‘minimum standard’ as such, but rather speaks simply of principles of international law. The treaty thus invites consideration of a wider range of principles related to fairness and equity.*”) [Original inglés].

⁴⁹¹ TLCAN, Artículo 1105(1) (énfasis agregado).

⁴⁹² Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas Interpretativas de Ciertas Disposiciones del Capítulo Once, 31 de julio de 2001, Sección B(1)-(2), **RL-0097**.

⁴⁹³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (27 de enero de 1980) (“**CVDT**”), Artículo 31, **CL-0198**. El Artículo 31 dispone:

“Artículo 31. REGLA GENERAL DE INTERPRETACIÓN

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - (a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - (b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

332. Comenzando en primer lugar con el sentido corriente de los términos, no hay nada en la redacción del TBI que limite el estándar de TJE al derecho internacional *consuetudinario*. El Artículo II(2)(a) establece que las Partes Contratantes deben otorgar a las inversiones trato justo y equitativo “de acuerdo con los principios del derecho internacional”. Los términos “principios del derecho internacional” podrían entenderse como una referencia a los principios generales de derecho que se citan en el Artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ (“PGD”). En la actualidad se acepta ampliamente que los PGD incluyen los principios generales que emanan del derecho nacional (foro doméstico) y que se trasladan al derecho internacional luego de un proceso de destilación adecuado, así como los principios generales de derecho internacional que han surgido directamente en la esfera internacional⁴⁹⁴. Alternativamente, la referencia a los “principios del derecho internacional” podría aludir a las distintas fuentes de derecho internacional establecidas en el Artículo 38(1) del Estatuto de la CIJ⁴⁹⁵. Por el contrario, la expresión “principios del derecho internacional” no puede considerarse como una referencia al derecho internacional consuetudinario, que constituye solo una fuente del derecho internacional y es distinto de los principios generales. Dicha interpretación implicaría agregar una redacción limitante al Artículo II(2)(a) del TBI que la referida disposición no contiene. Tal como

-
- (a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - (b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - (c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

⁴⁹⁴ El Tribunal encuentra confirmación de su interpretación por ejemplo en Relator Especial Marcelo Vázquez-Bermúdez, Primer Informe sobre los Principios Generales del Derecho del Relator Especial, Sesión Setenta y Uno de la Comisión de Derecho Internacional (Ginebra, 29 de abril – 7 de junio y 8 de julio – 9 de agosto de 2019) (“**Primer Informe sobre PGD**”), ¶ 22 (“Entre las categorías de principios generales del derecho que pueden estar comprendidas en el Artículo 38, párrafo 1 (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia parecen destacarse: a) los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales; y b) los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional”); Proyecto de Conclusión 3 (“Los principios generales del derecho comprenden: a) los derivados de los sistemas jurídicos nacionales; b) los formados en el sistema jurídico internacional”); y en Patrick Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford University Press 2020) (“**Dumberry, A Guide to GPL**”), ¶¶ 1.27; 1.44-1.53.

⁴⁹⁵ El Artículo 38(1) del Estatuto de la CIJ dispone lo siguiente:

“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”.

observara el tribunal en *Vivendi II*, “la referencia a los principios del derecho internacional respalda una interpretación más amplia que implica considerar un margen de principios de derecho internacional más amplios que tan sólo la norma mínima”⁴⁹⁶.

333. Más concretamente, los PGD (incluyendo los principios que surgen del derecho nacional y los principios generales de derecho internacional) constituyen una fuente de derecho internacional diferente de la costumbre⁴⁹⁷. Para que surja una norma del derecho internacional consuetudinario se requiere una práctica uniforme y consistente por parte de los Estados y la aceptación de esta práctica como derecho (*opinio juris*)⁴⁹⁸. Por el contrario, los PGD constituyen un concepto más flexible; pueden surgir de diversas formas (incluso a partir de tratados, de la jurisprudencia de cortes y tribunales internacionales, y la costumbre⁴⁹⁹) y se requiere su “reconocimiento” por los Estados⁵⁰⁰, en lugar de su aceptación como derecho⁵⁰¹.
334. El Tribunal por lo tanto concluye que, de conformidad con su sentido corriente, los términos utilizados en el Artículo II(2)(a) no pueden interpretarse como una referencia al derecho internacional consuetudinario en general o al NMT en particular.
335. Del mismo modo, no hay ningún elemento en el contexto de la disposición que conlleve a la restricción del estándar de TJE al NMT. Ni la redacción de otras disposiciones del TBI, ni su preámbulo o anexos, limitan el estándar de TJE al derecho internacional consuetudinario. Por el contrario, al elegir el derecho aplicable, las Partes Contratantes del TBI hicieron una distinción entre “reglas del derecho internacional” y “principios del derecho internacional”, distinción que es de escasa utilidad para determinar si el Artículo II(2)(a) se refiere al derecho internacional consuetudinario solamente o al derecho internacional en su integridad.
336. Tampoco hay un “acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado” o un “instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”⁵⁰² que establezca que el Artículo II(2)(a) del TBI debe interpretarse como que limita el estándar de TJE al NMT conforme al derecho internacional consuetudinario.

⁴⁹⁶ *Vivendi II*, ¶ 7.4.7, **CL-0029**.

⁴⁹⁷ Dumberry, *A Guide to GPL*, ¶¶ 1.14-1.15.

⁴⁹⁸ Relator Especial Vázquez-Bermúdez, Primer Informe sobre PGD, ¶ 164; *A Guide to GPL*, ¶¶ 1.14-1.15.

⁴⁹⁹ Dumberry, *A Guide to GPL*, ¶¶ 1.49; 1.52.

⁵⁰⁰ En la actualidad existe un amplio consenso respecto de que no resulta necesario atribuir algún significado particular al término “civilizadas” contenido en el Artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ. Relator Especial Vázquez-Bermúdez, Primer Informe sobre PGD, ¶¶ 178, 185-187.

⁵⁰¹ Relator Especial Vázquez-Bermúdez, Primer Informe sobre PGD, ¶¶ 163-175.

⁵⁰² CVDT, Artículo 31(2), **CL-0198**.

337. El Artículo 31(3) de la CVDT dispone, además, que el intérprete habrá de tener en cuenta junto con el contexto, “(a) [t]odo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; (b) [t]oda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; [y] (c) [t]oda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”⁵⁰³. La Demandada sostiene en este sentido que tanto Costa Rica como Canadá han confirmado en este arbitraje que el Artículo II(2)(a) del TBI se limita al NMT, y que ello constituye un “acuerdo ulterior entre las partes” en los términos del Artículo 31(3) de la CVDT que demuestra la intención de los Estados Contratantes del Tratado. Según la Demandada, el Artículo 31(3) de la CVDT no requiere ningún acuerdo formal en “forma [...] de tratado” para ser efectivo⁵⁰⁴.
338. En opinión del Tribunal, las posiciones concurrentes de Costa Rica y Canadá en el presente arbitraje no constituyen un acuerdo en los términos del Artículo 31(3) de la CVDT. Tal como lo explica Roberts, los acuerdos sobre interpretación de los tratados “*need not be in binding or treaty form but must demonstrate that the parties intended their understanding to constitute an agreed basis for interpretation*”⁵⁰⁵. La obra de Derecho Internacional de Oppenheim también observa, que las partes del tratado “*may in some other way and before, during, or after the conclusion of the treaty, agree upon the interpretation of a term, either informally (and executing the treaty accordingly) or by a more formal procedure, as by an interpretative declaration or protocol or a supplementary treaty*”⁵⁰⁶. No obstante, las Partes Contratantes deben haber *acordado* una interpretación particular. Ello requiere una manifestación conjunta del consentimiento de las Partes Contratantes, o al menos una oferta y una aceptación, que demuestren su intención común de que el Artículo II(2)(a) del TBI refleja el NMT conforme al derecho internacional consuetudinario.
339. En este caso, no existe dicho consentimiento. Las presentaciones realizadas por Costa Rica y Canadá en este arbitraje reflejan argumentos jurídicos planteados en el contexto de esta diferencia para promover sus respectivos intereses. Si bien resulta que coinciden, no reflejan un *acuerdo* tal como se acaba de describir en la interpretación del TBI. Incluso si el Tribunal pudiera inferir la existencia de un “acuerdo” a partir de las presentaciones de los Estados Contratantes, *quod non*, dicho acuerdo sería posterior al comienzo de este arbitraje y el Tribunal no lo podría considerar a favor de un litigante en detrimento del otro sin correr el riesgo de violar los derechos al debido proceso del último.

⁵⁰³ CVDT, Artículo 31(3), **CL-0198**.

⁵⁰⁴ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 475-477 [¶¶ 464-466 (español)].

⁵⁰⁵ A. Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation*, The American Journal of International Law, Vol. 104, No. 2 (2010), pág. 199, **RL-0275** [Original inglés].

⁵⁰⁶ R. Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law* (9th ed., Oxford University Press, 1992), Vol. 1, Sección 630, que se invoca en *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 3 de agosto de 2005 (“*Methanex*”), Parte II, Capítulo H, ¶ 23, **CL-0059** [Original inglés].

340. Por último, el Artículo 31(4) de la CVDT requiere que el intérprete le dé a un término del tratado “un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”⁵⁰⁷. El Tribunal considera que la Demandada no ha cumplido su carga de probar que las Partes Contratantes tuvieron la intención de que los términos “trato justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional” signifiquen “el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario”.
341. La Demandada y Canadá también se basan en el principio de efectividad o *effet utile*, que, según alega la Demandada, resulta “ampliamente aceptado como uno de los principios fundamentales de interpretación de tratados”⁵⁰⁸. Sostienen que, si la interpretación de la Demandante del Artículo II(2)(a) del TBI fuera correcta, los términos “de acuerdo con los principios del derecho internacional” perderían su sentido⁵⁰⁹. El Tribunal no está de acuerdo. Al determinar la protección debida en virtud del Artículo II(2)(a), el Tribunal debe guiarse por el derecho internacional (bien sea los PGD o las fuentes del derecho internacional en general) y no por nociones subjetivas de justicia y equidad. El TBI se suscribió en 1998, antes de que hubiese tenido lugar cualquier debate significativo sobre el significado del TJE y antes de que el tribunal de *Mondev* aclarara célebremente que un tribunal “*may not simply adopt its own idiosyncratic standard of what is ‘fair’ or ‘equitable’, without reference to established sources of law*”⁵¹⁰.
342. La Serie de la UNCTAD sobre el estándar de TJE, sobre la que se basa la Demandada, confirma esta interpretación⁵¹¹:

This formulation [provisions stating that investments ‘shall be accorded fair and equitable treatment in accordance with international law’] prevents the use of a purely semantic approach to the interpretation of the FET standard and is meant to ensure that the interpreter uses principles of international law, including, but not limited to, customary international law. Indeed a tribunal faced with such language may not go beyond what the sources of international law dictate the scope and meaning of FET to be. It requires a review of the sources to ascertain whether a specific claim that a State’s conduct breaches fair and equitable treatment is justified. General principles of law derived from national legal systems may prove useful in analysing the scope of the relevant FET obligations (Schill, 2010). The process of discerning such principles can be laborious, but it will advance the understanding of the FET content.

⁵⁰⁷ CVDT, Artículo 31(4), **CL-0198**.

⁵⁰⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 445 [¶ 434 (español)], que cita *The Renco Group, Inc. c. República del Perú*, CNUDMI, Decisión sobre el Alcance de las Objeciones Preliminares de la Demandada bajo el Artículo 10.20.4, 18 de diciembre de 2014 (“**Renco**”), ¶ 177, **CL-0223** [Traducción de la Demandada]; *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008 (“**Wintershall**”), ¶ 165, **RL-0070**.

⁵⁰⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 445 [¶ 434 (español)]; Escrito de Canadá, ¶ 19.

⁵¹⁰ *Mondev*, ¶ 119, **CL-0062** [Original inglés].

⁵¹¹ Trato Justo y Equitativo, Serie de la UNCTAD sobre los Tratados de Inversión Internacionales II, 2012, págs. 22-23 (pág. 41, PDF), **RL-0266** [Original inglés].

343. Es cierto que la Demandada ha señalado varias fuentes que sugieren que el Artículo II(2)(a) del TBI debe interpretarse de la misma manera que el 1105 del TLCAN, y que fue la intención de las Partes Contratantes que el Artículo II(2)(a) del TBI se refiriese al NMT. El Tribunal no puede basarse en estas fuentes puesto que ellas no califican como fuentes de interpretación según la regla general del Artículo 31 de la CVDT, ni tampoco hay motivos que justifiquen recurrir a los medios de interpretación complementarios, puesto que la aplicación del Artículo 31 no resulta en un sentido que sea “ambiguo u obscuro” o “manifiestamente absurdo o irrazonable”. Incluso en el supuesto de que el Tribunal se inclinara por utilizar medios complementarios para “confirmar el sentido resultante de la aplicación del [A]rtículo 31”, las fuentes invocadas por Costa Rica no constituirían dichos medios puesto que no se relacionan con los “trabajos preparatorios del tratado y [...] las circunstancias de su celebración”.
344. La Demandada se refiere, en primer lugar, a “declaraciones expresas de Canadá” que confirmarían que el TBI está basado en el TLCAN⁵¹². Sin embargo, estas declaraciones son argumentos planteados por Canadá en *UPS c. Canadá* que sostienen que los acuerdos de protección de las inversiones extranjeras se basaban en el TLCAN⁵¹³. De manera similar, la Demandada sostiene que, al igual que Canadá, Costa Rica “ha sostenido en todo momento que la obligación de trato justo y equitativo, derivada de los tratados de protección de inversiones que ha suscrito, no crea un nivel autónomo”⁵¹⁴. En respaldo de ello, la Demandada señala su defensa en escritos presentados en procedimientos de arbitraje⁵¹⁵. Estas fuentes reflejan la estrategia de litigio de Canadá y Costa Rica y no califican como medio de interpretación de los tratados según el Artículo 31 de la CVDT. Más específicamente, ninguno de estos casos se basó en el Tratado y, por ello, estas declaraciones no pueden establecer una “práctica [...] en la aplicación del tratado” en el sentido del Artículo 31(3)(b) de la CVDT.
345. La Demandada también se ha referido a los escritos contemporáneos de juristas canadienses que explican que los tratados de protección de las inversiones extranjeras de Canadá (“**TIPE**”) posteriores a la fecha de entrada en vigor del TLCAN se basan en el Capítulo 11 del TLCAN y las obligaciones allí contenidas deberían interpretarse de la misma manera⁵¹⁶. No obstante, no resulta clara la manera en que los escritos de doctrina podrían considerarse parte del contexto del TBI según el Artículo 31 de la CVDT; y tampoco constituyen un acuerdo o práctica posterior de los Estados Contratantes o normas del derecho internacional aplicable a ellos. Por último, no son

⁵¹² R-CM Fondo, ¶ 370.

⁵¹³ Memorial de Contestación *UPS*, ¶ 1011, **RL-0172**.

⁵¹⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 454 [¶ 443 (español)].

⁵¹⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 454 [¶ 443 español] que cita *Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/13/2, Decisión sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2014 (“**Cervin**”), ¶ 337, **RL-0101**; *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI Nos. ARB/08/1 y ARB/09/20, Laudo, 16 de mayo de 2012 (“**Unglaube**”), ¶ 242, **RL-0102**.

⁵¹⁶ Para ver la lista de textos doctrinarios a que se refiere la Demandada ver la nota al pie 444, *supra*.

medios de interpretación complementarios conforme al Artículo 32 de la CVDT, puesto que no sirven para determinar la intención de los Estados Contratantes.

346. Por los mismos motivos, el Tribunal no puede dar peso a las presentaciones en materia regulatoria de la Demandante ante las autoridades de los Estados Unidos, en las que Infinito declaró que los TPIE, tales como el TBI, “[were] based on the investment protection standards of the NAFTA investment chapter”⁵¹⁷. Las declaraciones realizadas por un inversionista que no es parte del Tratado no califican como medio de interpretación según la CVDT.
347. La Demandada ha presentado, asimismo, dos documentos que supuestamente evidencian su entendimiento del Artículo II(2)(a) al momento en que se concluyó el TBI. El primero es un Memorándum del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica al Presidente del Comité Permanente de Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa, que se envió en conexión con la aprobación de los tratados bilaterales de inversión celebrados por Costa Rica con Canadá, Paraguay, España y Argentina explicando el alcance y contenido de los tratados bilaterales de inversión de forma general⁵¹⁸. En cuanto al “trato justo y equitativo”, el memorándum sostiene que “[e]s generalmente aceptado que el propósito fundamental de este tipo de cláusula es el ofrecerle a la inversión un estándar de protección mínimo de acuerdo a los principios del derecho internacional”⁵¹⁹. Si bien este memorándum podría reflejar el entendimiento de Costa Rica, no constituye un medio de interpretación complementario, puesto que no es un “trabajo preparatorio del tratado” ni brinda información respecto de las “circunstancias de su celebración”⁵²⁰. Y tampoco se puede caracterizar como un “instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado” en los términos del Artículo 31(2)(b) de la CVDT, puesto que no hay pruebas de que Canadá lo haya aceptado como relativo al TBI.
348. El segundo documento citado por la Demandada es un informe económico sobre el TBI presentado ante la Asamblea Legislativa en julio de 1998, que sostiene que el TBI se basó en el modelo de TPIE de Canadá de 1994, que, a su vez, se basaba, entre otros, en el TLCAN⁵²¹. No resulta claro del propio documento si los autores eran

⁵¹⁷ Informe Anual de 2007, Formulario 20-F, Infinito Gold Ltd., ante la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos, para el Ejercicio Fiscal finalizado el 31 de marzo de 2007, pág. 28, **R-0045** [Original inglés].

⁵¹⁸ Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, Memorándum No. DVI 279-98 sobre los Términos y el Alcance de los TBI, 29 de septiembre de 1998, **R-0142**.

⁵¹⁹ Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, Memorándum No. DVI 279-98 sobre los Términos y el Alcance de los TBI, 29 de septiembre de 1998, pág. 8 (español), **R-0142**.

⁵²⁰ CVDT, Artículo 32, **CL-0198**.

⁵²¹ R. Acosta y R. Matamoros, Informe Económico No. 473.98 para la Asamblea Legislativa de Costa Rica (julio de 1998), pág. 4, **RL-0164** (“Para 1994 el modelo de acuerdos FIPA había sido revisado y adecuado, tomando en cuenta los aspectos de protección y obligaciones que en forma reciente, a ese año, se habían dado en acuerdos de inversión internacional; en particular lo relativo al NAFTA y a nuevos compromisos con la WTO, y en general con la regulación vigente en materia de inversiones internacionales. Basados en el nuevo modelo

funcionarios públicos⁵²² (en efecto, la Demandada lo ha presentado como una autoridad legal y no como un anexo documental). Incluso si lo hubieran sido, por los motivos brindados en el párrafo anterior, ello no puede calificar como parte del contexto del tratado según el Artículo 31(2)(b) de la CVDT ni constituir un medio de interpretación complementario de conformidad con el Artículo 32 de la CVDT.

349. Incluso aceptando que el TBI se redactó sobre la base del modelo de TPIE de Canadá, que, a su vez, fue basado o inspirado en el Capítulo 11 del TLCAN, ello no significa, necesariamente, que ofrece a los inversionistas protecciones idénticas a las del TLCAN. Cuando se enfrenta a una disposición de un tratado, el Tribunal debe interpretarla de conformidad con las reglas de interpretación de la CVDT, en particular, su texto y contexto; no puede abstenerse de hacerlo solo porque una disposición podría haberse inspirado en otro tratado.
350. La mayoría del Tribunal concluye, por consiguiente, que el Artículo II(2)(a) del TBI establece un estándar autónomo de TJE y no se limita al NMT en virtud del derecho internacional consuetudinario.

(ii) Contenido del Estándar de TJE

351. En aras de determinar el contenido del estándar de TJE, el Tribunal debe una vez más comenzar mediante la evaluación del sentido corriente de las palabras. No obstante, la utilidad del sentido corriente de “trato justo y equitativo” es de asistencia limitada⁵²³. Estas nociones “*can only be defined by terms of almost equal vagueness*”⁵²⁴ tales como “*just*”, “*even-handed*”, “*unbiased*” y “*legitimate*”⁵²⁵. El tribunal de *S.D. Myers*, por ejemplo, sostuvo que, el trato injusto e inequitativo significa “*treat[ment] in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective*”⁵²⁶. Tal como se observó en *Saluka* “[t]his is probably as

comentado, a partir de 1994 Canadá ha suscrito convenios con Armenia, Croacia, Rumania, Ucrania, Barbados, Trinidad y Tobago, Panamá, Ecuador, Venezuela, Uruguay, Egipto, Líbano, Sur África, Filipinas, Tailandia y Costa Rica”) (presentado por la Demandada únicamente en español)

⁵²² **RL-0164** se encuentra en papel con membrete del “Departamento de Servicios Técnicos” de la “Asamblea Legislativa”, y los autores parecen ser miembros de la “Unidad de Estudios Económicos”. Véase **RL-0164**, pág. 3, nota al pie 1. Si bien esto sugiere que se trata de una unidad dentro de la Asamblea Legislativa, su estatus exacto no es claro. De hecho, la Demandada caracteriza este documento como un “informe remitido al Poder Legislativo de Costa Rica en julio de 1998 a efectos de la ratificación del TBI [...]”. R-Dúp. Fondo, ¶ 464 [¶ 453 (español)].

⁵²³ Véase, por ejemplo, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L y S.C. Multipack S.R.L. c. Romania*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Laudo, 11 de diciembre de 2013 (“*Micula*”), ¶ 504, **CL-0060**.

⁵²⁴ *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (“*Saluka*”), ¶ 297, **CL-0077** [Original inglés].

⁵²⁵ *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 (“*MTD*”), ¶ 113, **CL-0063** [Original inglés].

⁵²⁶ *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (“*SD Myers*”), ¶ 263, **CL-0078** [Original inglés].

far as one can get by looking at the ‘ordinary meaning’ of the terms of Article 3.1 of the Treaty”⁵²⁷.

352. Dicho esto, si bien los términos “justo y equitativo” son vagos, “*they[...] are susceptible of specification through judicial practice and do in fact have sufficient legal content to allow the case to be decided on the basis of law*”⁵²⁸ y, más concretamente, sobre la base de los principios de derecho internacional tal como manda el Artículo II(2)(a) del TBI. En efecto, al elucidar el contenido del estándar autónomo de TJE, los tribunales de inversión han extraído un número de elementos inherentes, los cuales son implícitamente si no expresamente derivados de PGD y han sido reflejados en las decisiones de tribunales arbitrales. A modo de ejemplo, el tribunal de *Rumeli* sostuvo lo siguiente:

*The parties rightly agree that the fair and equitable treatment standard encompasses inter alia the following concrete principles: - the State must act in a transparent manner; - the State is obliged to act in good faith; - the State’s conduct cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, or lacking in due process; - the State must respect procedural propriety and due process. The case law also confirms that to comply with the standard, the State must respect the investor’s reasonable and legitimate expectations*⁵²⁹.

353. De forma similar, el tribunal de *Lemire* identificó los siguientes elementos del estándar de TJE:

*[W]hether the State has failed to offer a stable and predictable legal framework; - whether the State made specific representations to the investor; - whether due process has been denied to the investor; - whether there is an absence of transparency in the legal procedure or in the actions of the State; - whether there has been harassment, coercion, abuse of power or other bad faith conduct by the host State; - whether any of the actions of the State can be labeled as arbitrary, discriminatory or inconsistent*⁵³⁰.

354. En esa misma línea, el tribunal de *Electrabel* describió el contenido del estándar de TJE de la siguiente manera:

[T]he obligation to provide fair and equitable treatment comprises several elements, including an obligation to act transparently and with due process; and to refrain from taking arbitrary or discriminatory measures or

⁵²⁷ *Saluka*, ¶ 297, **CL-0077** [Original inglés].

⁵²⁸ *Saluka*, ¶ 284, **CL-0077** [Original inglés]; véase también *MTD*, ¶ 113, **CL-0063**; *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 (“*Azurix*”), ¶ 360, **CL-0018**; *Siemens A. G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (“*Siemens*”), ¶ 290, **CL-0081**.

⁵²⁹ *Rumeli*, ¶ 609, **CL-0075** [Original inglés]

⁵³⁰ *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 (“*Lemire*”), ¶ 284, **CL-0051** [Original inglés].

*from frustrating the investor's reasonable expectations with respect to the legal framework adversely affecting its investment*⁵³¹.

355. Si bien la redacción varía de laudo en laudo, ha surgido un consenso en cuanto a los componentes principales del TJE, que comprende la protección de las expectativas legítimas, la protección en contra de la conducta que es arbitraria, irrazonable, desproporcionada y carente de buena fe, de principios del debido proceso y de transparencia. El TJE también incluye una protección en contra de la denegación de justicia.

(iii) ¿Pueden Las Medidas Judiciales Ser Violatorias del Estándar de TJE Fuera de Una Denegación de Justicia?

356. Tres de las medidas impugnadas por la Demandante – la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 y el Procedimiento de Perjuicios del TCA – son medidas judiciales. La Demandada y Canadá sostienen que las medidas judiciales solo pueden generar responsabilidad internacional del Estado si configuran una denegación de justicia. La Demandante cuestiona esta posición y arguye que ni el TBI ni los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado precluyen la responsabilidad internacional del Estado por actos de órganos judiciales que no equivalen a una denegación de justicia.
357. Costa Rica y Canadá sostienen, fundamentalmente, que, a falta de una denegación de justicia, las decisiones judiciales que interpretan el derecho interno no pueden violar el derecho internacional y que las “reclamaciones de arbitrariedad o injusticia en el contexto de decisiones judiciales deben verse a través del lente de la denegación de justicia”⁵³². El Tribunal coincide en que ese es el razonamiento al amparo del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, la cuestión ante Tribunal consiste en determinar si las medidas judiciales resultan violatorias del estándar de TJE del TBI, que el Tribunal ha sostenido no se limita al NMT en virtud del derecho internacional consuetudinario.
358. Para cumplir con su función, que consiste en determinar si Costa Rica ha violado el TBI, el Tribunal debe analizar si la conducta del Estado es contraria a las obligaciones que Costa Rica asumió en virtud del TBI. Las medidas judiciales “emana[n] de un órgano del Estado del mismo modo que una ley promulgada por el legislativo o una resolución adoptada por el ejecutivo”⁵³³. El TBI no traza distinción respecto de los actos emanados de los diferentes poderes del Estado. Cuando Costa Rica se comprometió a otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de la Demandante, no excluyó a los actos del poder judicial de esta obligación⁵³⁴. Tampoco especificó que las

⁵³¹ *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012 (“*Electrabel*”), ¶ 7.74, **RL-0126** [Original inglés].

⁵³² Escrito de Canadá, ¶¶ 28, 31 [Traducción del Tribunal].

⁵³³ *Azinian*, ¶ 98, **CL-0017**.

⁵³⁴ Véase, por ejemplo, *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Fragmentos del Laudo, 22 de junio de 2010 (“*Liman*”),

violaciones del estándar de TJE se encontraban limitadas a instancias de denegación de justicia u otra forma de arbitrariedad manifiesta o falta de debido proceso.

359. En opinión de la mayoría del Tribunal, no hay razón de principio para limitar la responsabilidad del Estado emanada de decisiones judiciales a instancias de denegación de justicia. Sostener la posición contraria implicaría que parte de la actividad del Estado no sería susceptible de ser causal de responsabilidad incluso si fuese contraria a los estándares protegidos al amparo de un tratado de inversión. Si bien el Tribunal coincide con que se debe otorgar deferencia a los tribunales domésticos en cuanto a la aplicación del derecho interno, ello no implica que sus decisiones sean inmunes al escrutinio a nivel internacional. Tal como lo observara el tribunal de *Sistem*, las decisiones judiciales pueden privar a los inversionistas de sus derechos de propiedad “*just as surely as if the State had expropriated [them] by decree*”⁵³⁵. En el mismo sentido, las decisiones judiciales que son arbitrarias, injustas o que truncan las expectativas legítimas de los inversionistas también podrían incumplir el estándar de TJE incluso si no constituyen una denegación de justicia⁵³⁶.
360. Crucialmente, la cuestión ante los tribunales de inversión no es si los tribunales domésticos aplicaron incorrectamente su propio derecho interno. La cuestión reside en sí, en su aplicación del derecho interno, el tribunal ha violado el derecho *internacional*, y, más específicamente, los estándares de protección contenidos en el tratado pertinente⁵³⁷. En palabras del tribunal de *Azinian*, “[l]o que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado”⁵³⁸. Ello puede suceder si el tribunal efectúa una aplicación incorrecta del derecho interno, pero también cuando lo aplica correctamente, si ello conlleva a un resultado que es incompatible con el derecho internacional. En el último caso, podría decirse que es la ley subyacente la que viola el tratado. No obstante, si el tribunal es el primer órgano estatal en aplicar dicha ley al inversionista, la decisión judicial es la causal de violación del tratado.
361. La mayoría del Tribunal concluye, por consiguiente, que la denegación de justicia es solo una de las maneras en las que las decisiones judiciales pueden incumplir el TBI. Incluso si una decisión no constituye una denegación de justicia, ella podría ser

¶ 268, **CL-0054** (“*The Tribunal does see merit in Claimants’ argument that the two standards are not synonymous with regard to acts of courts because this would introduce a distinction between acts of courts and acts of other State entities for which no support is provided by the ECT*”) [Original inglés]. Véase también, H. Gharavi, *Discord Over Judicial Expropriation*, ICSID Review, Vol. 33, No. 2 (2018), pág. 353; J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press, 2005), pág. 71, 98, **CL-0205**.

⁵³⁵ *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. c. República de Kirguistán*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo, 9 de septiembre de 2009, (“**Sistem**”), ¶ 118, **CL-0082** [Original inglés]. Véase también, *Rumeli*, ¶ 702, **CL-0075** (“*a taking by the judicial arm of the State may also amount to an expropriation*”) [Original inglés].

⁵³⁶ Véase, por ejemplo, *Arif*, ¶¶ 445, 454, 547, **CL-0014**; *Frontier Petroleum*, ¶¶ 284, 525, **CL-0039**.

⁵³⁷ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 217 (que dispone que “es obligación del Tribunal verificar si las medidas denunciadas han violado el TBI”).

⁵³⁸ *Azinian*, ¶ 99, **CL-0017**.

violatoria de otros estándares del tratado (tales como el de TJE o el de expropiación), siempre que se cumplan los requisitos para estas violaciones.

362. Es cierto que hay autoridades que sostienen la visión contraria. Para estos autores⁵³⁹ y tribunales⁵⁴⁰, el motivo principal para restringir la responsabilidad por las actuaciones judiciales a la denegación de justicia pareciera residir en la naturaleza de la función judicial y, tal como expresó la Demandada, en el “reconocimiento de la independencia del poder judicial y la gran deferencia que se les confiere a los tribunales internos que actúan en su función de buena fe de juzgamiento e interpretación del derecho interno del Estado”⁵⁴¹. Esa deferencia pareciera estar ligada al proceso de toma de decisiones de los tribunales, que radica en la resolución de cuestiones jurídicas complejas e involucra una elección entre alternativas plausibles⁵⁴². Si bien estas consideraciones ciertamente justifican la moderación cuando los tribunales internacionales analizan la aplicación del derecho *interno* por los tribunales domésticos, en opinión del Tribunal,

⁵³⁹ Véase, por ejemplo, G. Fitzmaurice, *The Meaning of the Term ‘Denial of Justice,’* 13 Brit. Y.B Int’l L. (1932) 93, pág. 110, **CAN-0013** (“[t]he rule may be stated that the merely erroneous or unjust decision of a court, even though it may involve what amounts to a miscarriage of justice, is not a denial of justice, and, moreover, does not involve the responsibility of the state.”) [Original inglés]; C. Greenwood, *State Responsibility for the Decisions of National Courts*, en M. Fitzmaurice y D. Sarooshi (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, (Oxford, 2004), pág. 61, **CAN-0011** (“it is well established that a mistake on the part of the court or an irregularity in procedure is not in itself sufficient to amount to a violation of international law; there must be a denial of justice.”) [Original inglés]; Z. Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Reconstructed*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, No.4 (2014), pág. 34, **RL-0109**.

⁵⁴⁰ Véase en particular *Mondev*, ¶ 126, **CL-0062** (“It is one thing to deal with unremedied acts of the local constabulary and another to second-guess the reasoned decisions of the highest courts of a State. Under NAFTA, parties have the option to seek local remedies. If they do so and lose on the merits, it is not the function of NAFTA tribunals to act as courts of appeal.”) [Original inglés]; *Parkerings*, ¶ 313, **CL-0068** (“subject to denial of justice, which is not at issue here, an erroneous judgment [...] shall not in itself run against international law, including the Treaty”) [Original inglés]; *Bosh*, ¶ 280, **RL-0120** (“It is only in a situation where those proceedings would ‘offend a sense of judicial propriety’ that it would be open to the Tribunal to find that those proceedings did not meet international standards.”) [Original inglés]. El Tribunal observa que la Demandada también ha invocado otros casos que supuestamente confirman dicha decisión, incluyendo *Swisslion*. No obstante, en ese caso, el tribunal solo sostuvo que “ICSID tribunals are not directly concerned with the question whether national judgments have been rendered in conformity with the applicable domestic law. They only have to consider whether they constitute a violation of international law, and in particular whether they amount to a denial of justice” (*Swisslion*, ¶ 264, **RL-0112** [Original inglés]), una declaración que no limita la responsabilidad por actos judiciales a casos de denegación de justicia.

⁵⁴¹ R-Mem. Jur., ¶ 224; véase también Z. Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Reconstructed*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, No.4 (2014), págs. 6-7, 28, **RL-0109**.

⁵⁴² Véanse, en particular, J. Brierly, *The Law of Nations* (Oxford: Clarendon Press, 1963), pág. 287, **CAN-0012**; Z. Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Reconstructed*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, No.4 (2014), págs. 10-11, **RL-0109**.

no pueden ser un obstáculo para juzgar cuestiones relativas a violaciones del derecho internacional⁵⁴³.

363. Así las cosas, la conclusión de la mayoría del Tribunal es respaldada por múltiples académicos y tribunales de inversión. Paulsson sostiene que “[a] *national court’s breach of other [non-procedural] rules of international law, or of treaties, is not a denial of justice, but a direct violation of the relevant obligation imputable to the state like any acts or omissions by its agents*”⁵⁴⁴. Del mismo modo, Gharavi sostiene que “[t]he acts or measures of the judiciary can [...] be found in violation of the FET standard irrespective of a finding of a denial of justice”⁵⁴⁵.
364. Esta posición no se limita a las autoridades contemporáneas. El ex Presidente de la CIJ, Eduardo Jiménez de Aréchaga, consideró que la denegación de justicia no era la única causa de acción que podría dar lugar a responsabilidad internacional por los actos del poder judicial:

No obstante, en este siglo se ha reconocido finalmente la responsabilidad del Estado por los actos de los órganos judiciales. Aunque es independiente del Gobierno, el poder judicial no lo es respecto del Estado: la sentencia de un órgano judicial emana de un órgano del Estado del mismo modo que una ley promulgada por el legislativo o una resolución adoptada por el ejecutivo.

La responsabilidad del Estado por los actos de las autoridades judiciales puede ser consecuencia de tres tipos diferentes de resoluciones judiciales.

La primera es una resolución de un tribunal nacional claramente incompatible con las normas de derecho internacional.

La segunda es lo que habitualmente se conoce como ‘denegación de justicia’.

La tercera se produce cuando, en determinadas circunstancias excepcionales y concretas, un Estado es responsable de una decisión judicial contraria a la legislación municipal⁵⁴⁶.

365. Las cortes y los tribunales internacionales también han aceptado que una decisión judicial puede constituir una violación de un tratado en ausencia de una denegación

⁵⁴³ Ello es así con respecto a la violación de normas emanadas de tratados de inversión, así como tratados de otras áreas del derecho, por ejemplo, la violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Caso Relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Fallo de la CIJ, 30 de noviembre de 2010, ¶¶ 75-82, **RL-0015**).

⁵⁴⁴ Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press, 2005), pág. 98, **CL-0205** [Original inglés]. Véase también, B. Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration* (Cambridge University Press, 2017), pág. 24, para quien “[t]he current approach accepts that wrongful acts other than denial of justice can be committed in the exercise of judicial function.” [Original inglés].

⁵⁴⁵ H. Gharavi, *Discord Over Judicial Expropriation*, ICSID Review, Vol. 33, No. 2 (2018), pág. 355 [Original inglés].

⁵⁴⁶ E. J. de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, 159-1 Recueil des cours (Curso General de Derecho Internacional Público, La Haya, 1978), citado en Azinian, ¶ 98, **CL-0017** (énfasis agregado).

de justicia. La mayoría de los tribunales ha abordado esto desde la perspectiva de la expropiación. Por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. admitió que “*it is well established in international law that the decision of a court in fact depriving an owner of the use of his property may amount to an expropriation of such property [...]*”⁵⁴⁷. Asimismo, en *Karkey*, el tribunal sostuvo que “*an international tribunal may decide not to defer to an arbitrary judicial decision which is, as such, incompatible with international law*”⁵⁴⁸. Ese tribunal determinó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que había declarado nulo *ab initio* el contrato pertinente había sido arbitraria y había constituido una expropiación de los derechos contractuales del inversionista⁵⁴⁹. En *Saipem*, el tribunal sostuvo que los tribunales bangladesíes habían expropiado el derecho de la demandante a un laudo de la CCI puesto que habían “*exercised their supervisory jurisdiction for an end which was different from that for which it was instituted and thus violated the internationally accepted principle of prohibition of abuse of rights*”⁵⁵⁰.

366. Otros tribunales de inversión han determinado que las decisiones judiciales podrían incumplir el TJE incluso si no constituyeran denegaciones de justicia. En *Tatneft*, el tribunal analizó las decisiones de los tribunales domésticos ucranianos frente a un estándar de TJE amplio y observó que “[t]he discussion about whether these various decisions amounted to a denial of justice is immaterial because what this Tribunal has to determine in the end is whether they were manifestly unfair and unreasonable”⁵⁵¹. Observó, asimismo, que “[a] predictable, consistent and stable legal framework is a FET requirement which ought to be safeguarded in its integrity irrespective of which organ of the State might compromise its availability as is well recognized under international law in the context of attribution of wrongful acts”⁵⁵². Del mismo modo, el tribunal de *Eli Lilly* manifestó estar “*unwilling to shut the door*” a reclamaciones respecto de medidas judiciales que no constituían una denegación de justicia, tales como cuando las decisiones de los tribunales son manifiestamente arbitrarias o evidentemente injustas⁵⁵³. El Tribunal de *Frontier Petroleum* igualmente evaluó una

⁵⁴⁷ *Oil Field of Texas, Inc. c. Irán y la Compañía Nacional de Petróleo de Irán*, IUSCT Caso No. 43, Laudo, 8 de octubre de 1986 (1986/III), 12 Irán-US CTR 308, 318, **CL-0151** [Original inglés].

⁵⁴⁸ *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo, 22 de agosto de 2017 (“**Karkey**”), ¶ 550 [Original inglés].

⁵⁴⁹ *Karkey*, ¶¶ 645, 648.

⁵⁵⁰ *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo, 30 de junio de 2009 (“**Saipem**”), ¶¶ 161, 181, **CL-0076** [Original inglés]. Véase también *Sistem*, ¶¶ 118-119, **CL-0082**; *Rumeli*, ¶¶ 702, 705-706, 619, **CL-0075**; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/99/6, Laudo, 12 de abril de 2002 (“**Middle East Cement**”), ¶ 139, **CL-0061**.

⁵⁵¹ *OAO Tatneft c. Ucrania*, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo, 29 de julio de 2014 (“**Tafnet**”), ¶¶ 394-395, 405, **RL-0212** [Original inglés].

⁵⁵² *Tafnet*, ¶ 407, **RL-0212** [Original inglés].

⁵⁵³ *Eli Lilly*, ¶ 223, **CL-0266** (“[I]t is evident that there are distinctions to be made between conduct that may amount to a denial (or gross denial) of justice and other conduct that may also be sufficiently egregious and shocking, such as manifest arbitrariness or blatant unfairness. It is also apparent, in the Tribunal’s view, that concepts of manifest arbitrariness and blatant unfairness are capable, as a matter of hypothesis, of attaching to the conduct or decisions of

decisión de los tribunales checos frente a un estándar de TJE amplio⁵⁵⁴. Por último, el tribunal de *Arif* aceptó la posibilidad de que una decisión judicial que frustrase las expectativas legítimas de un inversionista pudiera constituir una violación del TJE⁵⁵⁵.

367. Las autoridades citadas *supra* confirman la conclusión de la mayoría del Tribunal de que Costa Rica puede incurrir en responsabilidad internacional como resultado de las decisiones de sus tribunales incluso si no se hubiese configurado una denegación de justicia. La existencia de dicha responsabilidad dependerá de si se cumplen los requisitos de los distintos estándares del tratado, tales como el de TJE o el de expropiación.

2. ¿La Demandada Violó el Estándar de TJE?

a. La Posición de la Demandante

(i) ***La Demandada Frustró las Expectativas Legítimas de la Demandante y la Trato de Forma Arbitraria e Incoherente***

368. Sobre la base del marco jurídico vigente al momento en que invirtió, Infinito reclama que tenía una expectativa razonable y legítima de que podría proceder con el Proyecto Crucitas de conformidad con las disposiciones establecidas en el Código de Minería, que no contenía moratoria alguna en ese momento⁵⁵⁶. Más específicamente, las expectativas de Infinito incluían la obtención de una concesión para la explotación cuando se cumplieran las precondiciones legales, teniendo la oportunidad de solicitar y ser tratada justamente con respecto a las aprobaciones remanentes y, por último, la

courts. It follows, in the Tribunal's view, that a claimed breach of the customary international law minimum standard of treatment requirement of NAFTA Article 1105(1) may be properly a basis for a claim under NAFTA Article 1105 notwithstanding that it is not cast in denial of justice terms. As noted above, the conduct of the judiciary will in principle be attributable to the State by reference to uncontroversial principles of State responsibility. As a matter of principle, therefore, having regard to the content of the customary international law minimum standard of treatment, the Tribunal is unwilling to shut the door to the possibility that judicial conduct characterized other than as a denial of justice may engage a respondent's obligations under NAFTA Article 1105, within the standard articulated in the award in Glamis." [Original inglés].

⁵⁵⁴ *Frontier Petroleum*, ¶ 525, **CL-0039** (“[T]he Tribunal rejects Respondent’s argument that this Tribunal does not have the power to review the decision of a national court’s conception of the public policy exception under the New York Convention. The Tribunal’s role under this claim is to determine whether the refusal of the Czech courts to recognise and enforce the Final Award in full violates Article III(1) of the BIT. In order to answer this question, the Tribunal must ask whether the Czech courts’ refusal amounts to an abuse of rights contrary to the international principle of good faith, i.e. was the interpretation given by the Czech courts to the public policy exception in Article V(2)(b) of the New York Convention made in an arbitrary or discriminatory manner or did it otherwise amount to a breach of the fair and equitable treatment standard”). [Original inglés].

⁵⁵⁵ *Arif*, ¶ 555(g), **CL-0014**.

⁵⁵⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 561.

construcción y operación de la mina Crucitas una vez que esos procesos administrativos se hubieran completado⁵⁵⁷.

369. La Demandante sostiene que decidió invertir en Costa Rica puesto que el Gobierno alentó enfáticamente las inversiones en la exploración minera como medio para promover el desarrollo de la región norte del país, deprimida económicamente, y confirmó en reiteradas oportunidades que la minería era un factor fundamental para el desarrollo económico de Costa Rica. En 1997, el Presidente fue tan lejos como que declaró que la industria minera era una industria de conveniencia nacional⁵⁵⁸.
370. Según Infinito, Costa Rica creó un marco jurídico claro para inversiones en el campo de la minería. Según el Código de Minería, el primer paso en la adquisición de derechos en un proyecto minero consiste en la obtención de un permiso de exploración. Si el titular del permiso de exploración demuestra exitosamente la existencia de un depósito mineral, se le debe una concesión para la explotación – de pleno derecho⁵⁵⁹. Una vez otorgada dicha concesión de explotación, la misma solo podrá ser anulada o revocada sobre la base de fundamentos muy limitados, que se encuentran enumerados en el Código de Minería y a través de un procedimiento establecido⁵⁶⁰.
371. La Demandante sostiene que su expectativa de que se le permitiría proseguir con el Proyecto Crucitas surgió directamente de la conducta del Gobierno. Costa Rica confirmó esta expectativa al tratar a Industrias Infinito consistentemente con su esquema legislativo: tras haber probado la existencia de minas de oro en Crucitas, el Presidente de Costa Rica otorgó una concesión para su explotación a Industrias Infinito por un periodo de diez años⁵⁶¹. Costa Rica continuó avanzando con el Proyecto Crucitas, incluso teniendo que sortear obstáculos⁵⁶².
372. Tras haber obtenido una concesión para la explotación, la Demandante sostiene que tenía la expectativa de que se le permitiría construir y operar la mina Crucitas y vender el oro y otros minerales de la mina, si se le concedían los permisos ambientales necesarios. Cuando invirtió en Costa Rica, no se pudo imaginar que este derecho le

⁵⁵⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 568.

⁵⁵⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 563.

⁵⁵⁹ Código de Minería, Ley No. 6797 (4 de octubre de 1982), Artículo 23, **C-0015** (“El titular de un permiso de exploración tendrá derecho especialmente a lo siguiente: [...] b) A la obtención de una o varias concesiones de explotación, si justificara la existencia de uno o varios yacimientos explotables de sustancias minerales, situados en el interior del perímetro de su permiso de exploración”), y Artículo 26 (“Durante la vigencia de un permiso de exploración y hasta los sesenta días siguientes al vencimiento del plazo o de la prórroga, el titular tendrá el derecho de obtener una concesión de explotación, siempre que haya cumplido con las obligaciones y requerimientos de esta ley y su reglamento.”)

⁵⁶⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 564.

⁵⁶¹ C-Mem. Fondo, ¶ 308.

⁵⁶² C-Réplica Fondo, ¶ 573.

sería negado mediante la imposición de una moratoria sobre la minería a cielo abierto⁵⁶³.

373. Según la Demandante, no temía que el Proyecto Crucitas se viera afectado por la Moratoria del Presidente Pacheco de 2002, puesto que dicha Moratoria exceptuaba a los proyectos con derechos adquiridos de su aplicación⁵⁶⁴. Agrega que no habría invertido en el Proyecto si su derecho a una concesión para la explotación y la concesión en sí misma podría revocarse en cualquier momento. Esta expectativa se vio reforzada por la Constitución Política de Costa Rica, que declara que “[a] ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas”⁵⁶⁵. Ella se veía igualmente reforzada por las inequívocas declaraciones del Gobierno. La Demandante hace énfasis, en particular, en que en 2002 el Ministro de Medio Ambiente Rodríguez aseguró que la Moratoria de 2002 no se aplicaría al Proyecto de Crucitas, lo cual también fue confirmado por la Sentencia de la Sala Constitucional de 2002⁵⁶⁶.
374. Infinito por tanto continuó invirtiendo en el Proyecto Crucitas, sobre la base del entendimiento de que la concesión de explotación era válida y de que la Moratoria de 2002 no resultaba aplicable. Sostiene que no podría haber previsto que, mediante una serie de complejas decisiones judiciales y de acción e inacción gubernamentales, Costa Rica terminaría aplicando retroactivamente la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas, “nueve años después de su [decreto] y tres años después de su derogación”⁵⁶⁷.
375. La Demandante sostiene, además, que su expectativa se vio reforzada por los continuos actos del Gobierno que promovían el Proyecto Crucitas, incluso después de que la Sala Constitucional anulase la resolución que otorgaba a Industrias Infinito la concesión de explotación en el 2004. Para la Demandante, estos actos en favor del Proyecto Crucitas incluían lo siguiente⁵⁶⁸:
- a. El reconocimiento de la legalidad del Proyecto Crucitas por parte del Presidente Pacheco y su Ministro de Medio Ambiente y la obligación de permitirle proceder tras la decisión de la Sala Constitucional de 2004.
 - b. El examen por la SETENA del EIA de Industrias Infinito, que abarcó 22 meses, y que incluyó conversaciones con representantes de Industrias Infinito, visitas al lugar del proyecto y la audiencia pública más grande en la historia de Costa Rica.

⁵⁶³ C-Mem. Fondo, ¶ 308.

⁵⁶⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 571.

⁵⁶⁵ C-Réplica Fondo, ¶¶ 571-572, que cita la Constitución Política de la República de Costa Rica, Artículo 34, **C-0013** (español).

⁵⁶⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 572.

⁵⁶⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 572.

⁵⁶⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 575.

- c. La aprobación de SETENA del EIA para el Proyecto en 2005, y la declaración por parte de SETENA de que el Proyecto era ambientalmente viable.
 - d. La aclaración de la Sala Constitucional de 2007 de que solo requería la aprobación del EIA antes de la adjudicación de una concesión de explotación. Si bien dicha aclaración dejaba en el Ministro de Medio Ambiente la tarea de definir tanto el mecanismo legal como la forma en que la concesión de explotación podría ser otorgada o restaurada a Industrias Infinito, nunca sugirió que la concesión de explotación no podría ser restaurada.
 - e. El examen por la SETENA de la modificación del EIA y su declaración de que el Proyecto modificado era ambientalmente viable en febrero de 2008.
 - f. La decisión del Presidente Arias de derogar la Moratoria de 2002 en marzo de 2008, como parte de un decreto que salvaguarda el medio ambiente minero en Costa Rica.
 - g. La decisión del Presidente Arias y del Ministro Dobles de restablecer la concesión de explotación de Industrias Infinito en abril de 2008.
 - h. El Decreto ejecutivo del Presidente Arias y del Ministro Dobles, de octubre de 2008, por el que se declara que el Proyecto Crucitas es de interés público y de conveniencia nacional.
 - i. La comparecencia del Ministro Dobles ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica, en la que explicó los beneficios del proyecto y señaló que éste había sido aprobado de conformidad con la legislación costarricense, incluidas las leyes ambientales. No sugirió en absoluto que la Moratoria de 2002 pudiera haberse aplicado para invalidar la concesión de explotación o la declaración de interés público y conveniencia nacional.
 - j. La concesión por el SINAC de un permiso para el cambio de uso de la tierra en octubre de 2008, que era el último permiso necesario antes de que pudiera completarse la construcción de la mina.
 - k. La Sentencia de la Sala Constitucional de 2010, que concluyó que el proyecto era ambientalmente sano, de conformidad con el Artículo 50 de la Constitución Política y que la concesión de explotación y otras aprobaciones del Proyecto eran constitucionales y legales.
376. Sobre la base de lo que antecede, la Demandante sostiene que “tras la decisión de la Sala Constitucional de 2004, todos los órganos pertinentes del Gobierno de Costa Rica – SETENA, SINAC, DGM, MINAE, el Ministro de Ambiente y Energía, el Presidente de Costa Rica y la Sala Constitucional de la Corte Suprema, entre otros – trabajaron para impulsar el proyecto Crucitas a través del proceso administrativo”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁹

C-Réplica Fondo, ¶ 576.

377. La Demandante sostiene, asimismo, que confió en que el Gobierno aplicaría correctamente la legislación costarricense e, incluso, que tenía derecho a invocar la validez de los actos del propio Gobierno mediante el principio del derecho costarricense de confianza legítima y de la obligación del Gobierno de impulsar el proceso administrativo (impulso de oficio). Infinito no podría haber sabido que la Moratoria de 2002 “se aplicaba secretamente” al Proyecto, cuando el propio Gobierno consideraba que no resultaba aplicable⁵⁷⁰.
378. La Demandante arguye que sus expectativas eran objetivamente razonables, y que dicha naturaleza “debe evaluarse a través de la comprensión contemporánea **en el momento en que se realizó la inversión**, y no mediante una reinterpretación retrospectiva”⁵⁷¹. Aplicando este test, resulta que era razonable esperar que:
- a. Infinito tendría derecho a proceder de acuerdo con el proceso administrativo bajo el Código de Minería.
 - b. El Gobierno aplicaría correctamente la ley costarricense y otorgaría a Industrias Infinito permisos válidos.
 - c. Si había problemas que necesitaban ser resueltos, Industrias Infinito tendría la oportunidad de remediar esos defectos, especialmente si éstos eran el resultado de errores del Gobierno⁵⁷².
379. En respuesta al argumento de la Demandada de que Infinito no podría tener expectativas de que el poder judicial no declarararía inválida la concesión de explotación, la Demandante aclara que su expectativa no consistía en que el poder judicial no encontraría culpa en un acto “manifiestamente ilegal”; sino que consistía en que el Gobierno aplicaría su propia ley correctamente, trataría a Infinito de acuerdo con el Código de Minería y que sus aprobaciones no serían declaradas inválidas años después sobre la base de la Moratoria de 2002 puesto que múltiples brazos del Gobierno habían asegurado a Infinito que dicha Moratoria no era aplicable⁵⁷³.
380. La Demandante afirma, además, que el Gobierno es responsable por haber otorgado permisos defectuosos, un error que Infinito solo llegó a descubrir con la Sentencia del TCA de 2010⁵⁷⁴. La Demandante argumenta que fue la administración de Arias la que seleccionó el mecanismo de conversión, pese a que Industrias Infinito había solicitado que llevase a cabo un proceso de “convalidación”⁵⁷⁵.
381. Para la Demandante, no resulta determinante con respecto a la obligación de TJE de Costa Rica si la Sala Administrativa aplicó correctamente el derecho costarricense o si

⁵⁷⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 578.

⁵⁷¹ C-Réplica Fondo, ¶ 580 (énfasis en el original inglés).

⁵⁷² C-Réplica Fondo, ¶ 581.

⁵⁷³ C-Réplica Fondo, ¶¶ 582-583.

⁵⁷⁴ C-Réplica Fondo, ¶¶ 585-586.

⁵⁷⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 240; Tr. Fondo Día 1 (ESP), 35:14-17 (Sr. Terry).

anuló acertadamente la resolución mediante la que se había otorgado la concesión de explotación. Sobre la base de *Arif* y *SPP*, la Demandante sostiene que la Demandada no se puede basar en su propio derecho interno para justificar un hecho internacionalmente ilícito, y, en consecuencia, ella no puede referirse a las decisiones del poder judicial con el fin de evadir su responsabilidad internacional⁵⁷⁶.

382. Infinito asevera que, mediante las siguientes medidas, la Demandada frustró sus expectativas legítimas y le otorgó un trato arbitrario e incoherente:
- a. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 que confirmó parcialmente la Sentencia del TCA de 2010, “y de ese modo interpreta como definitiva e irreversible la anulación de la concesión de explotación, las autorizaciones ambientales, la declaración de interés público y de conveniencia nacional y el permiso de cambio de uso de la tierra”⁵⁷⁷.
 - b. La Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, que rechazó resolver el conflicto existente entre su fallo anterior que sostuvo la constitucionalidad de las autorizaciones del Proyecto Crucitas y la Sentencia del TCA de 2010⁵⁷⁸.
 - c. La Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 que proscribió la minería a cielo abierto indefinidamente excepto para aquellos que ostentaran concesiones de explotación y que impidió que Industrias Infinito solicitase nuevos permisos⁵⁷⁹.
 - d. La Resolución del MINAET de 2012, que canceló la Concesión de 2008 y eliminó todos los derechos mineros de Industrias Infinito del registro minero, yendo más allá de lo ordenado por la Sala Administrativa⁵⁸⁰.
383. Según la Demandante, el “efecto combinado” de estas medidas violó el estándar de TJE⁵⁸¹, lo cual resultó en que Industrias Infinito “se quedó sin derechos, o sin ninguna oportunidad para corregir los defectos identificados por la Sala Administrativa y obtener nuevos derechos”⁵⁸².
384. Para la Demandante, es de crucial importancia que “el destino del proyecto Crucitas fue facilitado por la decisión de la Sala Administrativa, pero el resultado final fue la

⁵⁷⁶ C-Réplica Fondo, ¶¶ 587-588; *Arif*, ¶ 547(c), **CL-0014**; *SPP*, ¶ 83, **CL-0249**.

⁵⁷⁷ C-CM Jur., ¶ 56(a); Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), **C-0261**.

⁵⁷⁸ C-CM Jur., ¶ 56(b); Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (19 de junio de 2013), **C-0283**.

⁵⁷⁹ C-CM Jur., ¶ 56(d); C-Réplica Fondo, ¶ 599; Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), **C-0238**.

⁵⁸⁰ C-CM Jur., ¶ 56(c); Resolución No. 0037, MINAET, Expediente No. 2594 (9 de enero de 2012), **C-0268**. Infinito también hace referencia a esta última como la Resolución DGM de 2012.

⁵⁸¹ C-Réplica Fondo, ¶ 590.

⁵⁸² C-Réplica Fondo, ¶ 592.

elección del Gobierno de Costa Rica”⁵⁸³. Por consiguiente, “el resultado final fue la elección de la política del Gobierno” que “[n]o estaba predestinada ni era necesaria, y era incompatible con la conducta anterior del Gobierno”⁵⁸⁴.

385. A mayor especificidad, la Demandante esgrime los siguientes argumentos respecto de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011:
- a. Antes de la Sentencia del TCA de 2010, nunca hubo ninguna sugerencia de que la Moratoria de 2002 se aplicara al Proyecto. Por ende, su aplicación en la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 violó las expectativas legítimas de la Demandante de que el Proyecto Crucitas seguiría adelante de conformidad con el Código de Minería y de que el Gobierno actuaría de manera coherente, transparente y aplicaría su propia ley⁵⁸⁵.
 - b. El argumento de Costa Rica de que era evidente que la Moratoria de 2002 se aplicaba desde el 2004 es retrospectivo y no es creíble teniendo en cuenta la conducta del Gobierno en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2010⁵⁸⁶.
 - c. Si la Moratoria del 2002 hubiera sido aplicada al Proyecto Crucitas en 2002, habría violado la obligación de Costa Rica de TJE, ya que habría eviscerado el marco legal sobre el cual Infinito fue inducida a invertir. La aplicación de la Moratoria de 2002 por parte de la Sala de Administrativa nueve años más tarde no deja de ser una violación⁵⁸⁷.
 - d. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 aplicó la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas aun cuando dicha Moratoria había sido derogada por el Gobierno en marzo de 2008. La aplicación de la Moratoria de 2002 al Proyecto no servía un fin racional y, por ende, fue arbitraria y violatoria del estándar de TJE⁵⁸⁸.
 - e. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 también viola el TJE porque no otorga a Infinito un trato consistente y predecible a Infinito. La Sala Administrativa aplicó la Moratoria de 2002 años después de que Infinito hiciera una inversión significativa y contradujo varias decisiones de la Sala Constitucional y compromisos específicos de otras ramas del Gobierno⁵⁸⁹.
386. Tras la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Demandante sostiene que la violación del TJE de Costa Rica culminó con el efecto combinado de dicha Sentencia, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, la Resolución del MINAET de 2012, la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 y la inacción del Gobierno de

⁵⁸³ C-Réplica Fondo, ¶ 593.

⁵⁸⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 593.

⁵⁸⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 594.

⁵⁸⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 595.

⁵⁸⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 596.

⁵⁸⁸ C-Mem. Fondo, ¶ 335.

⁵⁸⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 597.

Chinchilla⁵⁹⁰. Costa Rica simplemente “se lavó las manos” del Proyecto Crucitas⁵⁹¹. En este contexto, Infinito sostiene que el Artículo IV del TBI permite al Tribunal importar el estándar contenido en el TBI Costa Rica-Francia que requiere que el Estado haga “lo necesario” para proteger las inversiones de Infinito. No obstante, Costa Rica no hizo nada para contrarrestar la manera injusta en la que se trató a Infinito⁵⁹².

387. Con respecto a la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, la Demandante hace hincapié en que, en contraste con la moratoria anterior, la Prohibición era de carácter permanente, cancelaba todos los procedimientos pendientes (en lugar de suspenderlos) y prohibía a perpetuidad la renovación o extensión de todas las concesiones de explotación⁵⁹³. La Demandante caracteriza a la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 como un “un cambio sin precedentes en el marco legal aplicable” que violó sus expectativas legítimas⁵⁹⁴. También arguye que la elección de cambiar el régimen previamente consagrado en el Código de Minería mediante la prohibición de nuevas concesiones de explotación fue arbitraria, caprichosa y carente de transparencia⁵⁹⁵.
388. La Demandante sostiene además que no hubo un motivo racional que justificase la aplicación de la Prohibición Legislativa de la Minería al Proyecto Crucitas. No hay pruebas, según la Demandante, de que el Proyecto Crucitas haya amenazado al medioambiente o a la biodiversidad. Por el contrario, el Proyecto había obtenido todos los permisos ambientales y la Sala Constitucional había determinado que era ambientalmente sano⁵⁹⁶.
389. En cuanto a la Resolución del MINAET de 2012, la Demandante sostiene que fue más allá de lo ordenado por la Sala Administrativa y canceló la totalidad de los derechos mineros preexistentes de Industrias Infinito, al eliminarlos del Registro de la Minería. La Demandante especula con que “[e]sto probablemente se hizo de conformidad con los términos de la [P]rohibición [L]egislativa [M]inera de 2011, que, a diferencia de las moratorias anteriores, requería que todos los procesos administrativos bajo el Código de Minería sin una concesión de explotación válida fueran archivados”⁵⁹⁷. La Demandante también sostiene que esta cancelación no servía un fin racional y, en consecuencia, fue arbitraria⁵⁹⁸.

⁵⁹⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 598.

⁵⁹¹ C-Réplica Fondo, ¶ 598.

⁵⁹² C-Réplica Fondo, ¶¶ 598, 600, nota al pie 1082.

⁵⁹³ Tr. Fondo Día 1 (ESP), 44:16-22 (Sr. Terry).

⁵⁹⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 599.

⁵⁹⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 601.

⁵⁹⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 604.

⁵⁹⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 600.

⁵⁹⁸ C-Mem. Fondo, ¶ 336.

390. Por último, la Demandante sostiene que Costa Rica transformó el ambiente jurídico y de negocios de la inversión⁵⁹⁹. Cuando Infinito adquirió Industrias Infinito en el año 2000, lo hizo sobre la base del apoyo del Gobierno a la inversión en minería y del Código de Minería⁶⁰⁰. Comenzando por la Moratoria de 2002, Costa Rica evisceró el marco legal del Código de Minería que sentó las bases para la inversión de Infinito, mediante modificaciones legislativas y decisiones judiciales. En 2011, la Sala Administrativa anuló las resoluciones que otorgaban a Infinito permisos y aprobaciones clave sobre bases novedosas⁶⁰¹.
391. Infinito, según sostiene, se vio entonces privada de la posibilidad de remediar los defectos identificados por la Sala Administrativa como resultado de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011. La Demandante subraya que “[e]s imposible ver estos cambios como algo más que un repudio total del esquema estatutario que subyace a la inversión de Infinito y que hizo imposible que el [P]royecto Crucitas siguiera adelante”⁶⁰².
392. La Demandante sostiene, además, que el trato injusto e inequitativo de Costa Rica respecto de sus inversiones no se detuvo con las medidas impugnadas en este arbitraje⁶⁰³. Menciona que, en el año 2015, el TCA ordenó a Industrias Infinito, al SINAC y al Gobierno que paguen para restaurar el sitio de Las Crucitas a su estado anterior al proyecto⁶⁰⁴. Esta decisión, que fue contraria a la conclusión de la Sala Constitucional de que las actividades de Industrias Infinito no causaban ningún riesgo ambiental, fue anulada por la Sala Administrativa y devuelta al TCA en el mes de diciembre de 2017⁶⁰⁵.
393. La Demandante subraya que, dos semanas antes de la presentación de la Réplica, Costa Rica reinició este procedimiento inactivo⁶⁰⁶. Para la Demandante, “[l]a continuación de este procedimiento continúa el incumplimiento de Costa Rica de la norma justa y equitativa, y cualquier daño y costo (incluyendo los costos de defensa) asociados con este procedimiento son daños adicionales a Infinito que resulten de dicho incumplimiento”⁶⁰⁷. En efecto, un tribunal razonable no podría declarar civilmente responsable a Industrias Infinito y ordenar que pague para retornar el sitio a su estado

⁵⁹⁹ C-Réplica Fondo, ¶¶ 607-610.

⁶⁰⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 607.

⁶⁰¹ C-Réplica Fondo, ¶ 609.

⁶⁰² C-Réplica Fondo, ¶ 610.

⁶⁰³ C-Réplica Fondo, ¶¶ 611-614.

⁶⁰⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 612.

⁶⁰⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 612.

⁶⁰⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 611.

⁶⁰⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 613.

anterior al proyecto, puesto que el sitio ha sido afectado por la minería ilegal y el huracán Otto en el año 2016⁶⁰⁸.

394. Por consiguiente, la Demandante solicita “una declaración de que Costa Rica es responsable de indemnizar a Infinito por cualquier cantidad que Infinito o [Industrias Infinito] estén obligados a pagar como resultado de, o en relación con, este procedimiento de última hora”⁶⁰⁹.

(ii) Costa Rica Denegó Justicia a Infinito

395. La Demandante agrega que Costa Rica incurrió en una denegación de justicia al no haber provisto un sistema legal capaz de proteger sus inversiones. Más en concreto, sostiene que se le negó a Infinito el acceso a la justicia procesal y sustantiva⁶¹⁰.
396. En primer lugar, Infinito se queja respecto de una denegación de justicia procesal, que, en sus palabras, “se debe a cuestiones sistémicas con respecto al funcionamiento de un sistema de justicia ‘en su totalidad’”⁶¹¹, que “no es causada por el ‘fallo abusivo de un funcionario menor’ sino por la falta de un ‘mecanismo nacional al que razonablemente pueda acudir para enmendar la acción imputada’ cuando los procedimientos de apelación son ‘disfuncionales’, o porque ‘una falla de un sistema judicial [...] no puede ser enmendada por los recursos existentes’”⁶¹².
397. Para la Demandante, los elementos de una denegación de justicia procesal se cumplen en este caso. El sistema judicial costarricense falló, puesto que resultó en dos decisiones fundamentalmente incoherentes de dos Salas distintas de la misma Corte Suprema de Justicia⁶¹³. La Sala Administrativa no respetó las Sentencias de la Sala Constitucional, que tenían efectos de *res judicata* y *erga omnes*, y el sistema judicial de Costa Rica no previó ningún mecanismo para resolver este conflicto⁶¹⁴.
398. Más precisamente, la Demandante aduce que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 es incoherente con decisiones anteriores de la Sala Constitucional que declaran que Industrias Infinito obtuvo la Concesión en observancia del derecho costarricense:

⁶⁰⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 611.

⁶⁰⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 613.

⁶¹⁰ C-Réplica Fondo, ¶¶ 615-616.

⁶¹¹ C-CM Jur., ¶ 397.

⁶¹² C-CM Jur., ¶ 397, que cita *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003 (“**Loewen**”), ¶ 153, **CL-0055**; J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press, 2005), pág. 100, **CL-0205**; *Jan de Nul Laudo*, ¶ 260, **RL-0091**; *Renée Rose Levy de Levi c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 26 de febrero de 2014 (“**Renée Rose Levy**”) ¶ 424, **CL-0159**.

⁶¹³ C-Mem. Fondo, ¶¶ 342-343.

⁶¹⁴ C-Mem. Fondo, ¶ 344.

- a. En 2002, la Sala Constitucional determinó que la Moratoria de 2002 no aplicaba al Proyecto Crucitas⁶¹⁵.
 - b. En 2004, la Sala Constitucional determinó que el Proyecto Crucitas podría seguir adelante con el proceso de aprobación del EIA⁶¹⁶.
 - c. En 2007, la Sala Constitucional determinó que solo se necesitaba la aprobación del EIA para que la Concesión fuese adjudicada a Industrias Infinito⁶¹⁷.
 - d. En 2010, la Sala Constitucional convalidó la Concesión y las aprobaciones relacionadas sobre la base de que el Proyecto era constitucional y lícito⁶¹⁸.
399. La Demandante argumenta que la emergencia de dicho conflicto de decisiones de la Corte Suprema de Justicia se suscitó por la creación del TCA en 2008⁶¹⁹. Antes de su creación, los legitimados con intereses difusos solo podían plantear la inconstitucionalidad de un acto administrativo ante la Sala Constitucional. Luego, fue posible también hacerlo ante los tribunales administrativos. La Demandante concede que pudo buscar una declaración por parte de la Sala Constitucional de que la Sentencia del TCA de 2010 era inconstitucional. Sin embargo, cuando la Sala Administrativa confirmó la Sentencia del TCA de 2010, la Sala Constitucional rechazó la acción por ser inadmisibles⁶²⁰. En esa etapa, no había mecanismos disponibles para resolver el conflicto entre la Sala Constitucional y la confirmación de la Sala Administrativa de la Sentencia del TCA de 2010.
400. Sobre la base de *Dan Cake*, la Demandante sostiene que “[l]a ausencia de otro recurso al que razonablemente se pueda acudir es tal, en las circunstancias de este caso, que la falla debe considerarse ‘sistémica’”⁶²¹.
401. En segundo lugar, la Demandante sostiene que se le denegó la justicia sustantiva puesto que la Sala Administrativa le aplicó la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas de manera incorrecta⁶²². Para la Demandante, la Sala Administrativa incurrió en “un error craso e ilícito” al aplicar la Moratoria de 2002 a la Concesión. Efectivamente, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 anuló la Concesión pese al hecho de que

⁶¹⁵ C-Mem. Fondo, ¶ 342, que cita Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (20 de agosto de 2002), **C-0085**.

⁶¹⁶ C-Mem. Fondo, ¶ 342, que cita Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (24 de noviembre de 2004), **C-0116**.

⁶¹⁷ C-Mem. Fondo, ¶ 342, que cita Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), Considerando II, **C-0164**.

⁶¹⁸ C-Mem. Fondo, ¶ 342, que cita Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), **C-0225**.

⁶¹⁹ C-CM Jur., ¶ 402.

⁶²⁰ C-Mem. Fondo, ¶ 344.

⁶²¹ C-CM Jur., ¶ 398, que cita *Dan Cake S.A. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/9, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 24 de agosto de 2015 (“*Dan Cake*”), ¶ 154, **CL-0031** [Traducción de la Demandante].

⁶²² C-CM Jur., ¶ 403; C-Réplica Fondo, ¶ 628.

(i) la Constitución de Costa Rica prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes, (ii) la Moratoria de 2002 estableció expresamente que no sería aplicable a ningún derecho adquirido antes de su promulgación, (iii) la decisión de la Sala Constitucional de 2004 anuló la Concesión sobre una base relativa (más no sobre una absoluta) y “sin perjuicio de las conclusiones del Estudio de Impacto Ambiental” y (iv) la Sala Constitucional declaró en varias decisiones que el Proyecto Crucitas se ajustaba al derecho de Costa Rica⁶²³.

402. La Demandante explica que la aplicación “abusiva e incorrecta” del derecho costarricense constituye una denegación de justicia⁶²⁴. También sostiene que la aplicación retroactiva de las leyes puede constituir una denegación de justicia, particularmente cuando la nueva ley equivale a una repudiación del marco legal preexistente. La Demandante invoca *Bilcon* y sostiene que los “incumplimientos a los estándares mínimos internacionales pueden presentarse en circunstancias especiales, como los cambios en un marco jurídico y de políticas que tienen efectos retroactivos, los que no se llevan a cabo sin aviso prudencial, los que tienen la intención de aplicarse o se aplican de una manera discriminatoria o los que van en contravía de las garantías concretas previamente hechas por las autoridades del estado de que el marco jurídico no se modificaría en perjuicio del inversor”⁶²⁵. En la misma línea, el tribunal de ATA sostuvo que la aplicación retroactiva del derecho arbitral de Jordania por los tribunales locales violó las obligaciones internacionales del Estado para con el inversionista⁶²⁶.

b. La Posición de la Demandada

403. La Demandada asevera que no hubo una violación de las expectativas legítimas (i), ni tampoco las acciones de Costa Rica implicaron de algún otro modo una violación del TJE (ii). Arguye, asimismo, que tampoco se ha producido una denegación de justicia (iii).

(i) No se Vulneraron las Expectativas Legítimas

404. La Demandada argumenta que, aun si las expectativas legítimas estuvieran amparadas por el Artículo II(2)(a) del TBI, Costa Rica no ha vulnerado ninguna de las expectativas legítimas de la Demandante. El argumento de la Demandada se basa, esencialmente, en que las expectativas de la Demandante no fueron legítimas ni razonables (a)⁶²⁷; y que las medidas impugnadas no vulneraron ninguna de las expectativas de la Demandante (b)⁶²⁸.

⁶²³ C-CM Jur., ¶¶ 408, 410.

⁶²⁴ C-CM Jur., ¶ 408.

⁶²⁵ C-CM Jur., ¶ 405, que cita *Clayton & Bilcon*, ¶ 572, **CL-0172** [Traducción de la Demandante].

⁶²⁶ C-CM Jur., ¶ 407, que cita ATA, ¶¶ 125-126, 128, **CL-0016**.

⁶²⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 527 [¶ 516 (español)]

⁶²⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 532 [¶ 521 (español)]

a. *Las Expectativas de la Demandante No Fueron Legítimas Ni Razonables*

405. La Demandada asevera que ni el marco jurídico establecido por el Código de Minería al momento de la inversión de la Demandante, ni el apoyo del Gobierno a la inversión en el sector minero, significaron garantías específicas o promesas al inversionista que pudieran servir de base para una expectativa legítima⁶²⁹. En la medida que la Demandante se basa en declaraciones de funcionarios gubernamentales, dichas declaraciones (i) no se dirigían directamente a la Demandante o a Industrias Infinito; (ii) no eran específicas; y (iii) no se relacionaban con el Proyecto Minero Crucitas⁶³⁰.
406. En lo que atañe a la alegada expectativa de la Demandante de que obtendría una concesión de explotación y podría operar el Proyecto Crucitas, la Demandada alega que la Demandante tergiversa el Código de Minería⁶³¹. En primer lugar, un titular de un permiso de exploración no adquiere automáticamente el derecho de obtener una concesión de explotación, tal como lo confirma el TCA en forma expresa⁶³². En segundo lugar, el Artículo 61 del Código de Minería no prevé una enumeración taxativa de los motivos por los que se podría cancelar o anular una concesión⁶³³. En tercer lugar, amparándose en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y en el informe pericial de la Dra. León, la Demandada subraya que la aprobación del EIA es una condición previa para obtener una concesión de explotación desde 1993⁶³⁴.
407. Asimismo, la Demandada niega que la Demandante o algún otro inversionista “p[udieran] haber tenido expectativas legítimas de que la legislación o las políticas de inversión de Costa Rica no cambiarían”⁶³⁵. Amparándose en *Micula*, la Demandada asevera que en ausencia de una cláusula de estabilización o de otra garantía específica, un inversionista no puede albergar la expectativa legítima de que el marco jurídico no será modificado luego del establecimiento de la inversión⁶³⁶. De hecho, incluso antes de que la Demandante realizara su inversión, el marco regulatorio ambiental costarricense estaba evolucionando⁶³⁷.
408. La Demandada rebate el argumento de que la conducta de Costa Rica haya reafirmado las expectativas de la Demandante para llevar a cabo el Proyecto Crucitas. Infinito

⁶²⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 547 [¶ 536 (español)].

⁶³⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 535 [¶ 524 (español)].

⁶³¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 538 [¶ 527 (español)].

⁶³² R-Dúp. Fondo, ¶ 538 [¶ 527 (español)].

⁶³³ R-Dúp. Fondo, ¶ 539 [¶ 528 (español)].

⁶³⁴ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 541-543 [¶¶ 530-532 (español)], que cita a RER-León 1, ¶¶ 141-143, 182; Decreto No. 29300-MINAE (marzo 2001), Reglamento al Código de Minería, Artículo 9, **C-0059**; Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (24 de noviembre de 2004), págs. 24-25, **C-0116**.

⁶³⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 536 [¶ 525 (español)].

⁶³⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 545 [¶ 534 (español)], que cita *Micula*, ¶ 666, **CL-0060**.

⁶³⁷ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 536-537 [¶¶ 525-526 (español)], que cita a RER-León 2, ¶ 69; Tabla 3; RER-Ubico 1, ¶ 67.

“podía y debía haber sido consciente de que en un Estado de derecho como Costa Rica, los permisos y las concesiones otorgados por el Poder Ejecutivo deben estar en concordancia con la ley y que no están protegidos ni son inmunes a impugnaciones judiciales de terceros”⁶³⁸.

409. Según la Demandada, Costa Rica nunca manifestó ni sugirió que la Moratoria de 2002 no se aplicaría al Proyecto. En primer lugar, el argumento de la Demandante de que el Ministro del Ambiente Rodríguez manifestó en 2002 que la Moratoria de 2002 no se aplicaba al Proyecto Crucitas no tiene asidero en prueba alguna. En todo caso, el Ministro no pudo haber hecho ninguna declaración que se relacione con la Concesión de 2008 en ese entonces⁶³⁹. En segundo lugar, los recursos de amparo presentados ante la Sala Constitucional no involucraban a la Demandante, sino a sociedades que no guardaban relación con ella, y la sentencia no “verific[a], analiz[a] ni valid[a] el proceso mediante el cual Industrias Infinito obtuvo la concesión [de 2002] ni su legalidad”⁶⁴⁰. La Demandada también niega que la Sentencia del TCA de 2010 haya aplicado la Moratoria de 2002 en forma retroactiva respecto de la Concesión, puesto que a la Demandante no le tenía ningún derecho adquirido luego de la anulación *ab initio* de la Concesión de 2002⁶⁴¹.
410. Más aun, la Demandada niega que las alegadas expectativas de la Demandante hayan sido reafirmadas por los actos continuos del Gobierno tendientes a promover el Proyecto Crucitas, incluso cuando el Proyecto afrontó dificultades. La Demandada arguye que “el Poder Ejecutivo nunca manifestó a la Demandante (la Demandante tampoco alega que lo hiciera) que i) la concesión minera estuviera exenta del control legal o de la revisión judicial, y ii) que el Poder Judicial confirmaría o ratificaría la legalidad de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo, incluida la Concesión de 2008”⁶⁴².
411. La Demandada asevera que la Demandante no puede invocar fallos de la Sala Constitucional de 2007 y 2010 como base de su expectativa de que la Concesión de 2008 era válida. La Sala Constitucional declaró en sus fallos que la Sala Administrativa era el único foro competente para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, tales como la Concesión de 2008. Por ende, la Demandada concluye que “no existe ninguna sentencia judicial ni ninguna otra resolución de los órganos judiciales de Costa Rica que la Demandante pueda invocar que hubiera creado expectativas legítimas”⁶⁴³.
412. Por último, la Demandada afirma que el hecho de que la Demandante se base en los conceptos jurídicos costarricenses de confianza legítima e impulso de oficio no es

⁶³⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 548 [¶ 537 (español)].

⁶³⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 549 [¶ 538 (español)].

⁶⁴⁰ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 550-551 [¶¶ 539-540 (español)] que cita a RER-León 1, ¶ 113.

⁶⁴¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 552 [¶ 541 (español)].

⁶⁴² R-Dúp. Fondo, ¶ 555 [¶ 544 (español)].

⁶⁴³ R-Dúp. Fondo, ¶ 556 [¶ 545 (español)].

relevante en el caso que nos ocupa. El primer principio exige la buena fe del recurrente, la cual no se configura en este caso, habida cuenta de que la Demandante engañó a la administración de Costa Rica para obtener la Concesión de 2008. A su vez, el concepto de impulso de oficio no constituye ninguna garantía ni póliza de seguro. La Demandante no podía esperar basada en este concepto que las decisiones del Poder Ejecutivo estarían libres de defecto jurídico alguno⁶⁴⁴.

413. La Demandada alega que las expectativas de la Demandante no eran objetivamente razonables, por los siguientes motivos:
- a. En primer lugar, era evidente que la Concesión de 2008 no era válida⁶⁴⁵. En consecuencia, la Demandante “no podía esperar razonablemente, ni en el momento en el que realizó su inversión ni en ningún otro momento, que la Concesión y los permisos relacionados serían inmunes a la revisión judicial y que no serían pasibles de anulación”⁶⁴⁶.
 - b. En segundo lugar, la Demandante no pudo haber albergado expectativas razonables de que la Concesión de 2008 estaría exenta de defectos y revisión judicial, dado que ya había tenido una experiencia similar con la Concesión de 2002, que fue anulada por la Sala Constitucional en el año 2004⁶⁴⁷.
 - c. En tercer lugar, la Demandante no pudo haber albergado la expectativa razonable de que el Poder Ejecutivo ignoraría las resoluciones de los órganos judiciales de Costa Rica; lo único que la Demandante pudo haber esperado era que el Poder Ejecutivo defendiera la legalidad de los derechos de Industrias Infinito en el proceso administrativo. La Demandante no niega que así haya actuado el Poder Ejecutivo⁶⁴⁸.
 - d. En cuarto lugar, la Demandada recuerda que, incluso durante el gobierno de Arias, había una oposición feroz a la minería a cielo abierto e impugnaciones judiciales contra la Concesión de Industrias Infinito⁶⁴⁹.
 - e. Por último, la Demandada subraya que la Demandante engañó a la administración de Costa Rica y, por ello, no puede invocar válidamente el principio de confianza legítima⁶⁵⁰.

⁶⁴⁴ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 560-561 [¶¶ 549-550 (español)].

⁶⁴⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 563 [¶ 552 (español)].

⁶⁴⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 569 [¶ 558 (español)].

⁶⁴⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 565 [¶ 554 (español)].

⁶⁴⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 566 [¶ 555 (español)].

⁶⁴⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 567 [¶ 556 (español)].

⁶⁵⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 568 [¶ 557 (español)].

b. Las Medidas de la Demandada No Vulneraron Ninguna Expectativa Legítima

414. La Demandada sostiene que ninguna de las cuatro medidas impugnadas por la Demandante, analizadas ya sea individual o conjuntamente, vulneraron las expectativas legítimas de la Demandante.
415. En primer lugar, la Demandada sostiene que Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no frustró la expectativa de la Demandante de que el Proyecto Crucitas podría avanzar a través del proceso administrativo establecido en el Código de Minería⁶⁵¹. La Demandada también hace hincapié en que “[s]i los órganos judiciales costarricenses anulan un permiso o concesión porque estos son contrarios al derecho costarricense, como lo hicieron en el caso que nos ocupa, no podemos considerarlo como un trato incoherente que vulnere las expectativas legítimas de los inversionistas” y que ello “tan solo refleja el correcto funcionamiento de un Poder Judicial independiente”⁶⁵².
416. En segundo lugar, la Demandada afirma que una medida solo puede violar las expectativas legítimas de un inversionista, si dicha medida ha transformado el entorno jurídico y comercial existente al momento en que se realizó la inversión⁶⁵³. Según la Demandada, ninguna de las medidas impugnadas por la Demandante tuvo el efecto de transformar el entorno jurídico y comercial existente al momento de la inversión:
- a. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 se limitó a ratificar la Sentencia del TCA de 2010⁶⁵⁴; no hizo una nueva interpretación de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004, como aduce la Demandante. La Sala Constitucional anuló la Concesión de 2002 porque ésta era inconstitucional, pero se abstuvo de pronunciarse sobre su legalidad, puesto que las cuestiones de cumplimiento del derecho administrativo quedaban por fuera de su ámbito competencial⁶⁵⁵.
 - b. La Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 no afectó a la Demandante, dado que la Moratoria Ejecutiva de 2010 ya había impedido que Industrias Infinito adquiriera nuevos derechos mineros⁶⁵⁶.
 - c. La Resolución del MINAET de 2012 tan solo implementó lo ordenado en la Sentencia del TCA de 2010⁶⁵⁷.

⁶⁵¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 572 [¶ 561 (español)].

⁶⁵² R-Dúp. Fondo, ¶ 579 [¶ 568 (español)].

⁶⁵³ R-CM Fondo, ¶ 395; R-Dúp. Fondo, ¶ 591 [¶ 580 (español)].

⁶⁵⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 593 [¶ 582 (español)].

⁶⁵⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 594 [¶ 583 (español)].

⁶⁵⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 595 [¶ 584 (español)].

⁶⁵⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 596 [¶ 585 (español)].

- d. La Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 simplemente desestimó la impugnación de constitucionalidad presentada por Industrias Infinito por causales procesales⁶⁵⁸.

(ii) Las Medidas Impugnadas No Son Arbitrarias, Irrazonables o Contrarias al Estándar de TJE

417. Según sostiene la Demandada, ninguna de las medidas impugnadas ha incumplido el Artículo II(2)(a) del TBI de algún otro modo.
418. Comenzando por la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Demandada arguye que no trató a la Demandante de modo arbitrario, irrazonable, gravemente injusto, injusto, discriminatorio o desproporcionado⁶⁵⁹. El TCA aplicó la Moratoria de 2002 a Industrias Infinito sobre la base de un análisis profundo, razonable y justo, así como de una evaluación objetiva, de todas las pruebas relativas a la legalidad de la Concesión⁶⁶⁰. Más concretamente, el TCA concluyó que Industrias Infinito perdió todos los derechos relativos al Proyecto Crucitas como resultado de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 que anuló la Concesión de 2002 y, por ende, no tenía “derechos adquiridos” en el sentido de la disposición de exención (“*grandfathering*”) de la Moratoria de 2002⁶⁶¹. La Demandada arguye, además, que la Demandante “podía y debía haber esperado que la Moratoria de 2002 fuera de aplicación a partir del momento en el que [se] anuló la Concesión de 2002”⁶⁶². Para la Demandada, el hecho de que la Demandante haya tratado de obtener la anulación de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 y solicitado la confirmación de que la anulación de la Concesión de 2002 fue relativa únicamente demuestra que era consciente del impacto de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 en sus derechos⁶⁶³.
419. Asimismo, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no les dio un trato incoherente e imprevisible a las inversiones de la Demandante, puesto que dicho pronunciamiento es coherente con las decisiones anteriores de la Sala Constitucional en torno a la Concesión⁶⁶⁴. De hecho, la Sala Constitucional afirmó carecer de competencia para resolver sobre la legalidad de un proyecto minero y se abstuvo de pronunciarse sobre las cuestiones puestas a consideración de los tribunales administrativos⁶⁶⁵.
420. Con respecto a la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 (que la Demandada denomina “Moratoria Legislativa”), ésta no estaba dirigida específicamente al Proyecto

⁶⁵⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 597 [¶ 586 (español)].

⁶⁵⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 574 [¶ 563 (español)].

⁶⁶⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 574 [¶ 563 (español)].

⁶⁶¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 573 [¶ 562. Véase también, *id.*, ¶ 182.

⁶⁶² R-Dúp. Fondo, ¶ 575 [¶ 564 (español)].

⁶⁶³ R-Dúp. Fondo, ¶ 575 [¶ 564 (español)].

⁶⁶⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 578 [¶ 567 (español)].

⁶⁶⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 578 [¶ 567 (español)].

Crucitas, sino que reflejaba la intención del Gobierno de prohibir una actividad que consideraba perjudicial para el medio ambiente⁶⁶⁶. En cualquier caso, no afectó a la Demandante porque la Moratoria de 2002 y la Moratoria Ejecutiva de 2010 ya habían prohibido la minería a cielo abierto entre los años 2002 y 2010⁶⁶⁷.

421. La Demandada también rebate que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 haya impedido que Industrias Infinito pudiera obtener una nueva concesión con posterioridad a la anulación de la Concesión de 2008 dado que la empresa ya había perdido su derecho a obtener una concesión cuando la Prohibición entró en vigor⁶⁶⁸. En efecto, el permiso de exploración de Industrias Infinito y los presuntos “derechos mineros preexistentes” relacionados caducaron en el mes septiembre de 1999. Así, la Demandante yerra al argüir que, dado que sus derechos mineros volvieron a tener la condición anterior a la anulación de la Concesión de 2008, podría haber solicitado una nueva concesión para explotar la mina Las Crucitas de no haber existido la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011. Industrias Infinito ya no era titular de ningún derecho válido o preexistente cuando la Concesión de 2008 fue anulada en el mes de noviembre de 2010⁶⁶⁹.
422. En contra de las afirmaciones de la Demandante, la aplicación de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y su implementación a través de la Resolución del MINAET de 2012 perseguían un fin racional. Las impugnaciones presentadas en contra de las concesiones de Industrias Infinito, así como las prohibiciones a la minería a cielo abierto, se fundaron en preocupaciones de carácter ambiental. En cualquier caso, la Demandada sostiene que “Costa Rica no tiene ninguna obligación de demostrar en el presente procedimiento que el proyecto de la Demandante habría causado daños; lo que Costa Rica tiene que demostrar es que aplicó las leyes y los reglamentos de forma correcta”⁶⁷⁰.
423. La Demandada también sugiere que la Resolución del MINAET de 2012 no contradujo el estándar de TJE. La Demandante no podía esperar que el MINAET ignorara la Sentencia del TCA de 2010 ni la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 negándose a cancelar la Concesión y extinguir los derechos mineros relacionados. El poder ejecutivo empleó sus mejores esfuerzos dentro de los límites de sus prerrogativas, más precisamente, apoyó en forma activa a Industrias Infinito durante el proceso legal ante los órganos jurisdiccionales costarricenses⁶⁷¹.
424. Con respecto a la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, la Demandada aduce que la Demandante “ni siquiera intentó explicar cómo [esta sentencia] presuntamente vulneró el nivel de trato justo y equitativo” y que “[n]i la Demandante ni sus peritos

⁶⁶⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 582 [¶ 571 (español)].

⁶⁶⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 581 [¶ 570 (español)].

⁶⁶⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 584 [¶ 573 (español)], que cita C-Réplica Fondo, ¶ 601.

⁶⁶⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 584 [¶ 573 (español)].

⁶⁷⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 587 [¶ 576 (español)].

⁶⁷¹ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 583, 586 [¶¶ 572, 575 (español)].

judiciales costarricenses han alegado que la Sentencia de 2013 de la Sala Constitucional no estuviera ajustada al derecho costarricense, y mucho menos que equivalga a una denegación de justicia conforme al derecho internacional, ni que sea extrema o manifiestamente arbitraria o injusta”⁶⁷². La Demandante “no puede alegar ningún defecto de procedimiento, irracionalidad legal o arbitrariedad en el obrar de la Sala Constitucional” cuando ésta dictó la decisión. En cualquier caso, la premisa que sustenta el reclamo contra este fallo – que la Sentencia del TCA de 2010 contradijo conclusiones anteriores de la Sala Constitucional – adolece de vicios, porque no hubo tal contradicción⁶⁷³.

425. La Demandada asevera que, incluso tomadas en su conjunto, las medidas impugnadas no vulneraron el Artículo II(2)(a) del TBI. Para Costa Rica, la Demandante no ha alegado ni probado una violación indirecta del estándar de TJE a través de una violación compuesta⁶⁷⁴. En particular, no ha demostrado que “las medidas en cuestión constituyen un patrón o un sistema que pretende alcanzar un fin específico”⁶⁷⁵.
426. Por último, en lo que atañe a la quinta medida impugnada por la Demandante, la Demandada niega que la reapertura del Procedimiento de Perjuicios del TCA equivalga a una violación del estándar de TJE. Dado que, a la fecha, no existe ninguna medida judicial por la que se exija a Industrias Infinito el pago de ninguna indemnización, la pretensión de la Demandante es prematura y manifiestamente carente de fundamentos jurídicos⁶⁷⁶. La Demandada hace hincapié en que la nueva pretensión de la Demandante surge a raíz de un aviso de traslado relacionado con el Procedimiento de Perjuicios del TCA. Sin embargo, la Demandante no alega haber sufrido pérdidas o daños como consecuencia de tal aviso de traslado. Según la Demandada, “[l]a Demandante no está afirmando que la mera iniciación del Procedimiento del TCA sobre daños y perjuicios constituya un acto internacionalmente ilícito”; “[e]stá intentando presentar una alegación por posibles pérdidas, aunque sea posible que tales pérdidas jamás se materialicen”⁶⁷⁷. Conforme lo alegado por la Demandada “[e]n este momento, el Tribunal no puede determinar si una futura resolución de un órgano judicial costarricense constituirá un incumplimiento del artículo II(2)(a) del TBI”⁶⁷⁸.
427. Asimismo, la Demandada niega que el caso que nos ocupa sea equiparable a *Chevron II*, en el cual el Tribunal le otorgó al inversionista una reparación declarativa similar a la que aquí se pretende. Ello se debió a que, en *Chevron II*, la reparación se

⁶⁷² R-Dúp. Fondo, ¶ 588 [¶ 577 (español)].

⁶⁷³ R-Dúp. Fondo, ¶ 588 [¶ 577 (español)].

⁶⁷⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 590 [¶ 579 (español)].

⁶⁷⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 590 [¶ 579 (español)].

⁶⁷⁶ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 598-601 [¶¶ 587-590 (español)].

⁶⁷⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 599 [¶ 588 (español)].

⁶⁷⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 599 [¶ 588 (español)].

relacionaba con una resolución judicial por daños que ya se había emitido contra éste⁶⁷⁹.

(iii) No se ha Producido Denegación de Justicia

428. La Demandada asevera que no le ha denegado justicia a la Demandante. El umbral para determinar la denegación de justicia es alto y va más allá de la mera aplicación indebida de la ley nacional⁶⁸⁰. Basándose en *Azinian y Pantechniki*, la Demandada sostiene que “[p]odría declararse denegación de justicia si los tribunales pertinentes se negaran a considerar un juicio, si lo sometieran a demora indebida, o si administraran justicia de una manera gravemente inadecuada”⁶⁸¹ y que “el error debe ser de tal magnitud que ningún ‘juez competente razonablemente hubiera podido cometerlo’”⁶⁸².
429. La Demandada subraya que meras alegaciones en cuanto a que una sentencia judicial es incorrecta no son suficientes para constituir una violación por vía de denegación de justicia, salvo que también se demuestre que la decisión fue “claramente inadecuada o ignominiosa”⁶⁸³. Para demostrar que Costa Rica le denegó justicia, la Demandante debe establecer que “las medidas judiciales que está impugnando constituyen una falla estructural del sistema judicial interno de Costa Rica en su conjunto, una injusticia manifiesta o una parcialidad grave, una infracción flagrante e inexcusable en la que el protagonista sea mala fe, no un mero error judicial, y que haya habido una falla en el sistema judicial en su conjunto”⁶⁸⁴.
430. A juicio de la Demandada, la Demandante no ha cumplido este criterio. No se ha producido denegación de justicia procesal (i) ni sustantiva (ii).

a. No se ha Producido Denegación de Justicia Procesal

431. La Demandada asevera que no se ha producido denegación de justicia procesal. Más concretamente, niega que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 sea incoherente con las sentencias de la Sala Constitucional de los años 2002, 2004, 2007 y 2010, o que el sistema judicial costarricense no haya resuelto la presunta incoherencia.

⁶⁷⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 600 [¶ 589 (español)], que cita *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República de Ecuador II*, Caso CPA No. 2009-23, Segundo Laudo Parcial por Vía II, 30 de agosto de 2018 (“**Chevron Segundo Laudo Parcial por Vía II**”); ¶ 9.36, **CL-0268**.

⁶⁸⁰ R-CM Fondo, ¶ 462.

⁶⁸¹ R-CM Fondo, ¶ 462, que cita *Azinian*, ¶¶ 102-103, **CL-0017** [Traducción de la Demandada].

⁶⁸² R-CM Fondo, ¶ 463, que cita *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009 (“**Pantechniki**”), ¶ 94, **RL-0027** [Traducción de la Demandada].

⁶⁸³ R-CM Fondo, ¶ 464, que cita *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo, 17 de agosto de 2012 (“**Iberdrola**”), ¶ 492, **RL-0024** [Traducción de la Demandada].

⁶⁸⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 603 [¶ 592 (español)].

- a. En primer lugar, no hay incongruencia alguna con las sentencias de la Sala Constitucional de los meses de abril y agosto de 2010 porque dicha sala no se pronunció sobre la legalidad del Proyecto Crucitas; se limitó a pronunciarse sobre su constitucionalidad. En efecto, “reconoció la propia Sala Constitucional en sus decisiones de abril y agosto de 2010 [que] no tenía jurisdicción para dictaminar de forma definitiva sobre la legalidad del [P]royecto, ya que era una cuestión que recaería dentro de la jurisdicción de la rama administrativa del sistema judicial”⁶⁸⁵. En consecuencia, los argumentos de la Demandante de que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 incumplió el principio de *res judicata* y dictó una sentencia incoherente con las sentencias de la Sala Constitucional de 2010 carecen de fundamento⁶⁸⁶. Industrias Infinito ya había invocado estos argumentos cuando impugnó la Sentencia del TCA de 2010, y la Sala Administrativa los desestimó en forma expresa en su Sentencia de 2011⁶⁸⁷.
 - b. En segundo lugar, no hay incoherencia con la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004, puesto que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 analizó la legalidad de la Concesión de 2008, mientras que la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 anuló la Concesión de 2002⁶⁸⁸.
 - c. En tercer lugar, no hay incoherencia con la Sentencia de la Sala Constitucional de 2002, puesto que la Sala Constitucional no se pronunció sobre la legalidad de la Concesión de 2002 ni sobre la aplicabilidad de la Moratoria de 2002⁶⁸⁹.
432. Según la Demandada, “[a]l hacer sus alegaciones de incoherencia, [la] Demandante traiciona un malentendido fundamental del sistema judicial costarricense”⁶⁹⁰. La Demandada explica que cada sala de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica tiene sus propias áreas de competencia. En los casos bajo análisis, tanto la Sala Administrativa como la Sala Constitucional abordaron la cuestión de su competencia y llegaron a la conclusión de que no había conflicto alguno entre sus fallos en relación con el Proyecto Crucitas porque “[c]ada Sala dictaminó sobre la base de su jurisdicción independiente, y de forma explícita reconoció y respetó la jurisdicción de la otra Sala”⁶⁹¹. Más aún, la Demandada hace hincapié en que la Demandante invocó estos argumentos ante los tribunales costarricenses, donde fueron rechazados⁶⁹².

⁶⁸⁵ R-CM Fondo, ¶ 467; R-Dúp. Fondo, ¶ 605 [¶ 594 (español)].

⁶⁸⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 605 [¶ 594 (español)].

⁶⁸⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 606 [¶ 595 (español)].

⁶⁸⁸ R-CM Fondo, ¶ 468.

⁶⁸⁹ R-CM Fondo, ¶¶ 469-470.

⁶⁹⁰ R-CM Fondo, ¶ 470.

⁶⁹¹ R-CM Fondo, ¶ 470, que cita Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), **C-0225**, y Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), **C-0261**.

⁶⁹² R-CM Fondo, ¶ 470.

433. Por último, la Demandada niega que Costa Rica deba ser responsable porque la impugnación que planteó la Demandante ante la Sala Constitucional se quedó sin objeto cuando la Sala Administrativa dictó su pronunciamiento. Arguye la Demandada que “[a]l iniciar su recurso de revisión constitucional solo 19 días antes de que se dictara la Sentencia de la Sala Administrativa en 2011, Industrias Infinito fue quien hizo que fuera imposible que la Sala Constitucional abordara el recurso sobre los méritos”⁶⁹³.

b. No se ha Producido Denegación de Justicia Sustantiva

434. La Demandada también asevera que no se ha producido denegación de justicia sustantiva. En concreto, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no aplicó con retroactividad la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas, tal como asevera la Demandante⁶⁹⁴. La Corte Suprema de Justicia simplemente ratificó la Sentencia del TCA de 2010, que había determinado que el otorgamiento de la Concesión de 2008 violaba la Moratoria de 2002⁶⁹⁵. La Sala Administrativa no aplicó la Moratoria de 2002 en forma retroactiva, dado que ya se encontraba vigente cuando se otorgó la Concesión de 2008⁶⁹⁶.

435. La Demandada arguye, asimismo, que la Demandante no ha demostrado ninguna conducta ilegítima de parte de los órganos jurisdiccionales costarricenses que se equipare a una denegación de justicia⁶⁹⁷. En particular, la Demandante no ha hecho alegaciones de corrupción, influencia incorrecta o parcialidad de alguno de los jueces que dictó esas decisiones⁶⁹⁸. Por consiguiente, “los reclamos de [la] Demandante equivalen a un mero desacuerdo de este con las decisiones de los tribunales nacionales de Costa Rica y su aplicación del derecho interno a los hechos”⁶⁹⁹. Sobre la base de la conclusión del Tribunal de que “no es su función actuar como tribunal de segunda instancia con respecto a las sentencias de tribunales nacionales”⁷⁰⁰, la Demandada concluye que los argumentos de la Demandante no alcanzan el elevado umbral que se necesita para determinar la existencia de una denegación de justicia⁷⁰¹.

⁶⁹³ R- CM Fondo, ¶ 471.

⁶⁹⁴ R-CM Fondo, ¶ 473; R-Dúp. Fondo, ¶ 608 [¶ 597 (español)].

⁶⁹⁵ R- CM Fondo, ¶ 473.

⁶⁹⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 608 [¶ 597 (español)].

⁶⁹⁷ R-CM Fondo, ¶ 475.

⁶⁹⁸ R-CM Fondo, ¶ 475.

⁶⁹⁹ R-CM Fondo, ¶ 474.

⁷⁰⁰ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 217.

⁷⁰¹ R-CM Fondo, ¶ 474.

c. Análisis

436. El Tribunal procederá a evaluar si la Demandada denegó justicia a Infinito (i) o si le otorgó un trato injusto e inequitativo, incluso frustrando las expectativas legítimas, y mediante trato que fue arbitrario o incoherente (ii).

(i) ¿La Demandada Denegó Justicia a la Demandante?

a. El Estándar de Denegación de Justicia

437. Si bien el TBI no se refiere de forma expresa al concepto de denegación de justicia, las Partes concuerdan – y con razón – que se encuentra comprendido en el estándar de TJE previsto en el Artículo II(2)(a) del Tratado⁷⁰². Las autoridades son unánimes en que la denegación de justicia equivale a una violación del trato justo y equitativo⁷⁰³.
438. Diversos autores respaldan definiciones variadas de la denegación de justicia. Algunos sostienen que la denegación de justicia puede ser procesal (cuando se relaciona con falta de acceso a la justicia o violaciones del debido proceso) o sustantiva (cuando implica un fallo que es manifiestamente injusto o la aplicación incorrecta de la ley de forma maliciosa)⁷⁰⁴. Para Brownlie⁷⁰⁵, por ejemplo, la mejor guía para definir el concepto de denegación de justicia es el Harvard Research Draft, el cual prevé⁷⁰⁶:

Denial of justice exists when there is a denial, unwarranted delay or obstruction of access to courts, gross deficiency in the administration of judicial or remedial process, failure to provide those guarantees which are generally considered indispensable to the proper administration of justice, or a manifestly unjust judgment. An error of a national court which does not produce manifest injustice is not a denial of justice.

⁷⁰² C-Mem. Fondo, ¶ 301; C-Réplica Fondo, ¶ 615; R-CM Fondo, ¶ 401; R-Dúp. Fondo, ¶ 510 [¶ 499 (español)].

⁷⁰³ Véase, por ejemplo, *Vivendi II*, ¶ 7.4.11, **CL-0029**; *Jan de Nul* Laudo, ¶ 188, **RL-0091**; *Frontier Petroleum*, ¶ 293, **CL-0039**; *Oostergetel*, ¶ 272, **RL-0017**. Véase también, R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), pág. 142.

⁷⁰⁴ Véase, por ejemplo, R. Jennings y A. Watts, *Oppenheim's International Law* (9.^a ed., Oxford University Press, 1992), Vol. I, págs. 543-544 citado en C. Greenwood, *State Responsibility for the Decisions of National Courts*, en M. Fitzmaurice y D. Sarooshi (eds.) *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, (Oxford, 2004), pág. 61, **CAN-0011** (“*If the courts or other appropriate tribunals of a State refuse to entertain proceedings for the redress of injury suffered by an alien, or if the proceedings are subject to undue delay, or if there are serious inadequacies in the administration of justice, or if there occurs an obvious or malicious act of misapplication of the law by the courts which is injurious enough to a foreign State or its nationals, there will be a ‘denial of justice’ for which the State is responsible[.]*”) [Original inglés].

⁷⁰⁵ I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5.^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1998), pág. 532.

⁷⁰⁶ Harvard Research in International Law, *The Law of Responsibility of the States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners*, 23 AJIL 131 (Spec. Suppl. 1929), pág. 173 [Original inglés].

439. Para otros, como Paulsson, “[d]enial of justice is always procedural”, porque su objetivo es garantizar que se otorgue a los extranjeros “procedural fairness” medida por un estándar internacional⁷⁰⁷. Por consiguiente, un Estado receptor comete denegación de justicia si éste “administers justice to aliens in a fundamentally unfair manner”⁷⁰⁸. Los reclamos en contra de la sustancia de una decisión pueden ser equiparables a otras violaciones del tratado, pero no constituyen denegación de justicia⁷⁰⁹.
440. Para Douglas, la mejor opinión se encuentra en algún punto intermedio: si bien concuerda con que la denegación de justicia es, en esencia, procesal, argumenta que una teoría de justicia procesal debe estar ligada a derechos y resultados sustantivos, habida cuenta de que la finalidad del sistema judicial es dirimir casos y generar buenos resultados⁷¹⁰.
441. Un repaso de las decisiones de los tribunales de inversión demuestra variaciones similares. Algunos tribunales han considerado que la denegación de justicia implica una falla de procedimiento y han aceptado que un resultado manifiestamente injusto puede ser indicador de una falla procesal. Por ejemplo, el tribunal de *Loewen* definió denegación de justicia como “[m]anifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety”⁷¹¹. Citando a Fitzmaurice y de Visscher, *Pantechniki* abordó este tema un poco más:

*The general rule is that ‘mere error in the interpretation of the national law does not per se involve responsibility.’ Wrongful application of the law may nonetheless provide ‘elements of proof of a denial of justice.’ But that requires an extreme test: the error must be of a kind which no ‘competent judge could reasonably have made.’ Such a finding would mean that the state had not provided even a minimally adequate justice system*⁷¹².

442. El tribunal de *Liman* expresó una opinión similar:

[T]he Tribunal concludes that Respondent can only be held liable for denial of justice if Claimants are able to prove that the court system fundamentally failed. Such failure is mainly to be held established in cases of major procedural errors such as lack of due process. The substantive outcome

⁷⁰⁷ J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press, 2005), pág. 98, **CL-0205**. [Original inglés].

⁷⁰⁸ J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press, 2005), págs. 4, 62, **CL-0205**. [Original inglés].

⁷⁰⁹ J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Cambridge University Press, 2005), pág. 98, **CL-0205**.

⁷¹⁰ Z. Douglas, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Reconstructed*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, No. 4 (2014), págs. 4, 18, **RL-0109**.

⁷¹¹ *Loewen*, ¶ 132, **CL-0055** [Original inglés].

⁷¹² *Pantechniki*, ¶ 94, **RL-0027** [Original inglés], que cita G. Fitzmaurice, *The Meaning of the Term ‘Denial of Justice,’* *BYIL* (1932) 93, pág. 111, n. 1, y pág. 114; y C. de Visscher, *Le déni de justice en droit international* 34 *Recueil des cours* (1935) 370, pág. 376.

*of a case can be relevant as an indication of lack of due process and thus can be considered as an element to prove denial of justice*⁷¹³.

443. Otros tribunales se han inclinado por una opinión más amplia, según la cual una denegación de justicia también puede ser producto de la sustancia del fallo, en línea con lo que sostiene el Harvard Research Draft citado *supra*. Por ejemplo, el tribunal de *Azinian* sostuvo que “[p]odría alegarse una denegación de justicia si los tribunales competentes se negaran a conocer del asunto, si éste sufriera una demora indebida o si administraran la justicia de modo seriamente inadecuado” y subrayó, además, que “[h]ay un cuarto tipo de denegación de justicia, el de aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa”⁷¹⁴. Más recientemente, el tribunal de *Iberdrola* sintetizó el concepto de denegación de justicia en los siguientes términos:

[S]egún el derecho internacional podría constituir denegación de justicia: (i) la negativa injustificada de un tribunal para conocer un asunto de su competencia o cualquier otra actuación del Estado que tenga por efecto impedir el acceso a la justicia; (ii) una demora indebida en la administración de justicia; y (iii) las decisiones o actuaciones de órganos del Estado que sean evidentemente arbitrarias, injustas, idiosincráticas o tardías⁷¹⁵.

444. En estos últimos casos, los tribunales han insistido en que la injusticia sustantiva de la decisión debe ser flagrante. A juicio del tribunal de *Azinian*, las pruebas que soportan la conclusión del tribunal nacional deben ser “de tal modo insustanciales o carentes de base legal” que permitan concluir que “las sentencias fueron arbitrarias o maliciosas”⁷¹⁶. El tribunal de *Iberdrola* añadió que “la denegación de justicia no es un mero error en la interpretación del derecho local, sino un error que ningún juez meramente competente puede haber cometido y que muestra que no se ha proporcionado un sistema de justicia mínimamente adecuado”⁷¹⁷. Según el tribunal de *Mondev*, el criterio aplicable fue:

[W]hether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable⁷¹⁸.

445. A partir de las autoridades citadas *supra*, el Tribunal concluye que la denegación de justicia se configura cuando se produce una falla fundamental en la administración de justicia del Estado receptor. Los siguientes elementos pueden conducir a esa conclusión: (i) el Estado le ha negado al inversionista acceso a la justicia nacional; (ii) los órganos judiciales han operado con demora injustificada; (iii) los órganos judiciales no han brindado aquellas garantías que generalmente se consideran indispensables

⁷¹³ Véase también *Liman*, ¶ 279, **CL-0054** [Original inglés].

⁷¹⁴ *Azinian*, ¶¶ 102, 103, **CL-0017**.

⁷¹⁵ *Iberdrola*, ¶ 432, **RL-0024**.

⁷¹⁶ *Azinian*, ¶ 105, **CL-0017**.

⁷¹⁷ *Iberdrola*, ¶ 432, **RL-0024**.

⁷¹⁸ *Mondev*, ¶ 127, **CL-0062** [Original inglés].

para la correcta administración de justicia (tales como la independencia e imparcialidad de los jueces, el debido proceso y el derecho a ser oído); o (iv) la decisión es manifiestamente arbitraria, injusta o idiosincrática. A la luz de lo anterior, el Tribunal concluye que la denegación de justicia puede ser procesal o sustantiva, y que, en ambas situaciones, la denegación de justicia es el producto de una falla sistémica del poder judicial del Estado receptor tomado en su conjunto⁷¹⁹. Este último punto explica que una pretensión de denegación de justicia presupone el agotamiento de los recursos locales, requisito que se cumple en el caso que nos ocupa, dado que el reclamo se centra en las sentencias de las cortes más altas.

b. *¿La Demandada Cometió Denegación de Justicia Procesal?*

446. Tal como se explicara en la Sección V.D.3.b(ii)b *supra*, la Demandante sostiene que su pretensión de denegación de justicia es “estructural”: se basa en que el sistema judicial de Costa Rica no ofrece un mecanismo para resolver las contradicciones entre las diversas salas de la Corte Suprema de Justicia en cuestiones de cosa juzgada constitucional⁷²⁰. Más en concreto, la Demandante asevera haber sufrido una denegación de justicia procesal porque (i) la Sala Administrativa no cumplió con los efectos *res judicata* y *erga omnes* de las decisiones anteriores de la Sala Constitucional y (ii) el sistema judicial costarricense carece de un mecanismo para resolver la incoherencia entre estas decisiones⁷²¹. Ello se confirmó cuando la Sala Constitucional desestimó la acción de la Demandante por la que pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la Sentencia del TCA de 2010 por causales de inadmisibilidad (a través de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013).
447. La Demandada objeta la posición de la Demandante sobre la base de que se fundamenta en una premisa falsa. Concretamente, Costa Rica asevera que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 es coherente con las sentencias de la Sala Constitucional habida cuenta de que ésta última nunca ha evaluado la *legalidad* de la Concesión, sino que se ha limitado a evaluar si cumplía con las normas constitucionales relevantes. La Demandada observa que Industrias Infinito invocó los mismos argumentos sobre *res judicata* ante el TCA y la Sala Administrativa, los cuales oyeron dichos argumentos y los desestimaron. Respecto de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013, explica la Demandada que “ese recurso [extraordinario] de revisión debe relacionarse con otras actuaciones en trámite, porque la Sala Constitucional no puede prohibir un proceso que ya se ha completado”⁷²². Según la Demandada, “[a]l iniciar su recurso de revisión constitucional solo 19 días antes de que se dictara la Sentencia de la Sala Administrativa en 2011, Industrias Infinito fue quien

⁷¹⁹ *Oostergetel*, ¶ 225, **RL-0017**; *Jan de Nul* Laudo, ¶ 209, **RL-0091**; *Corona*, ¶ 254, **CL-0130**.

⁷²⁰ Tr. Fondo Día 4 (ESP), 979:16-980:16; 1129:11-1130:15; 1130:21-1131:16 (Sra. Seers).

⁷²¹ C-CM Jur., ¶ 392.

⁷²² R-CM Fondo, ¶ 471.

hizo que fuera imposible que la Sala Constitucional abordara el recurso sobre los méritos”⁷²³.

(i) *¿La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 es Incoherente con las Sentencias Previas de la Sala Constitucional?*

448. La Demandante alega que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 es incoherente con las sentencias previas de la Sala Constitucional, en las que según alega dicha sala declaró que el Proyecto Crucitas cumplía con el derecho costarricense⁷²⁴.
449. El Tribunal entiende que ésta es la premisa fáctica de la reclamación de la Demandante por denegación de justicia procesal. El Tribunal entiende que la Demandante no está argumentando que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 representa una denegación de justicia procesal porque las decisiones de la Sala Administrativa y la Sala Constitucional eran supuestamente incoherentes; su argumento es que no hay ningún mecanismo para resolver la incoherencia entre las decisiones de estas dos Salas de la Corte Suprema o, más concretamente, para garantizar que los tribunales no constitucionales reconocerán los efectos *res judicata* y *erga omnes* de las decisiones anteriores de la Sala Constitucional⁷²⁵. En palabras de la Demandante, “Infinito ha sufrido una denegación de justicia debido a una falla institucional basada en el diseño del sistema judicial costarricense, la creación de brazos separados del poder judicial con superposición de jurisdicciones, cada uno con derechos difusos de

⁷²³ R-CM Fondo, ¶ 471.

⁷²⁴ C-Mem. Fondo, ¶¶ 341-343.

⁷²⁵ Tr. Fondo Día 4 (ESP), 1129:15-1131:16 (Sra. Seers):

“SRA. SEERS: “[...] Como les dije en la audiencia de jurisdicción la reclamación por denegación de justicia es estructural. Por estructural quiero decir que el hecho de que el orden jurídico costarricense no brindó un mecanismo [...] para resolver la falta de respeto de las cuestiones no constitucionales en cuanto a cosa juzgada. [...] No es la falta de debido proceso, no se trata de las decisiones arbitrarias en sí, eso no [es] lo estamos diciendo nosotros. Lo que estamos diciendo es que la Sala Administrativa no siguió la cosa juzgada constitucional, al igual que lo hizo el TCA. Se negaron a seguir la cosa juzgada constitucional. [...]

PRESIDENTA KAUFMANN-KOHLER: [...] Lo que nos está diciendo usted es que la denegación de justicia y la reclamación relativa a ella es de carácter estructural, es decir que hay una falta de mecanismo para resolver situaciones de fallos conflictivos entre sí. ¿Eso es lo que quiere decir usted?

SRA. SEERS: Una precisión. No cualquier tipo de fallo conflictivo, sino el hecho de que el Tribunal administrativo no ha seguido la cosa juzgada constitucional.

PRESIDENTA KAUFMANN-KOHLER: ¿El argumento de la cosa juzgada entonces es parte de su reclamación de que la denegación de justicia es estructural?

SRA. SEERS: Sí, es correcto”.

legitimación, sin un mecanismo para resolver los fallos contradictorios de la Sala Constitucional y la Sala Administrativa”⁷²⁶.

450. La Demandante dirige su argumento contra la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la cual confirmó la Sentencia del TCA de 2010. Asevera que la Sala Administrativa no revocó determinadas conclusiones del TCA que contradecían, en forma directa, los fallos previos de la Sala Constitucional en las siguientes sentencias:
- a. La Sentencia de la Sala Constitucional de 20 de agosto de 2002⁷²⁷, la cual según alega la Demandante, resolvió que la Moratoria de 2002 no era de aplicación al Proyecto Crucitas⁷²⁸.
 - b. La Sentencia de la Sala Constitucional de 24 de noviembre de 2004, la cual anuló la Concesión de 2002 “sin perjuicio de lo que determine el estudio de impacto ambiental”⁷²⁹. En opinión de la Demandante, el fallo había determinado que el Proyecto Crucitas podría proceder a través del proceso de aprobación del EIA⁷³⁰.
 - c. La Sentencia de la Sala Constitucional de 7 de junio de 2007⁷³¹, en la cual, según la Demandante, se decidió que solamente se requería la aprobación del EIA para que se otorgase la Concesión⁷³².
 - d. La Sentencia de la Sala Constitucional de 16 de abril de 2010⁷³³, la cual ratificó la Concesión y las autorizaciones relacionadas sobre la base de que el Proyecto era constitucional y (según la Demandante) lícito⁷³⁴.
451. Luego de una revisión minuciosa de la Sentencia del TCA de 2010 y la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, al Tribunal no considera que dichos fallos sean incoherentes con aquellos de la Sala Constitucional citados *supra*. El Tribunal también ha evaluado la conducta procesal y el razonamiento de dichos órganos jurisdiccionales, y arriba a la conclusión de que se basaron en las disposiciones pertinentes del derecho costarricense y no son objetables desde la óptica del derecho internacional.
452. Industrias Infinito planteó la objeción por *res judicata* tanto ante el TCA como ante la Sala Administrativa. Ambos órganos desestimaron esa objeción sobre la base de que

⁷²⁶ C-CM Jur., ¶ 398.

⁷²⁷ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (20 de agosto de 2002), **C-0085**.

⁷²⁸ C-Mem. Fondo, ¶ 342.

⁷²⁹ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (24 de noviembre de 2004), **C-0116** (traducido al inglés por la Demandada en el R-Mem. Jur., ¶ 62).

⁷³⁰ C-Mem. Fondo, ¶ 342.

⁷³¹ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), Considerando II, **C-0164**.

⁷³² C-Mem. Fondo, ¶ 342.

⁷³³ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), **C-0225**.

⁷³⁴ C-Mem. Fondo, ¶ 342.

la Sala Constitucional había declinado en forma expresa su competencia para entender en cuestiones de legalidad. Para llegar a esta conclusión, el TCA, en un razonamiento de trece páginas, comenzó destacando que los tribunales administrativos y constitucionales tienen distintas áreas de competencia en virtud del derecho de Costa Rica. Explicó que el recurso de amparo previsto en el Artículo 48 de la Constitución de Costa Rica⁷³⁵ y el Artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional⁷³⁶ solo tienen el propósito de garantizar la protección de los derechos fundamentales y constitucionales⁷³⁷. En contraste, de conformidad con el Artículo 49 de la Constitución de Costa Rica, la competencia para analizar la legalidad de los actos administrativos recae exclusivamente en los tribunales contencioso-administrativos⁷³⁸. Asimismo, el TCA señaló al Artículo 55 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual “[e]l rechazo del recurso de amparo no prejuzga sobre las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio. [...]”⁷³⁹. Sobre las bases anteriores, el TCA concluyó que, si bien la desestimación de un recurso de amparo podría significar que no hay una violación de derechos constitucionales, ello no implica que el demandado no pueda ser considerado responsable por otras causales⁷⁴⁰.

453. El TCA prosiguió entonces a analizar si la Sala Constitucional había llegado a alguna conclusión respecto de la legalidad de la Concesión de 2008. Observó que la Sala Constitucional había declinado su competencia en forma expresa para entender en

⁷³⁵ Constitución Política de la República de Costa Rica, Artículo 48, **C-0013** (“Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10”).

⁷³⁶ Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 (10 de octubre de 1989), Artículo 29, **C-0016** (“El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esta ley, salvo los protegidos por el de hábeas corpus. Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas”).

⁷³⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), págs. 45-46 (inglés), pág. 45 (español), **C-0239**.

⁷³⁸ Constitución Política de la República de Costa Rica, Artículo 49, **R-0269** (“Establécese la jurisdicción contencioso - administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”).

⁷³⁹ Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 (10 de octubre de 1989), Artículo 55, **C-0016** y **C-0786** (traducido al inglés en **C-0239**, p. 46 (inglés)).

⁷⁴⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), págs. 45-46 (inglés), pág. 45 (español), **C-0239**.

cuestiones relativas a la legalidad de la Concesión⁷⁴¹. Por ende, el TCA concluyó que “[l]o anterior, evidencia que la propia Sala Constitucional estuvo siempre consciente de sus competencias constitucionales y nunca incurrió en el ámbito de la legalidad del mismo a la hora de valorar el proyecto Minero Crucitas, sino que realizó su examen desde la perspectiva de la vulneración o no de derechos fundamentales que es lo que procede tratándose de un recurso de amparo”⁷⁴².

454. Además, observó el TCA que “desde la Constitución Política se marca una importante diferencia entre las competencias asignadas a la Jurisdicción Constitucional y a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. [...] Esta distinción en el ámbito competencial de cada uno de los órganos señalados, es lo que determina la inexistencia de identidad entre el objeto y la causa de lo conocido por la Sala Constitucional. En los recursos de amparo ya indicados y lo examinado por el Tribunal Contencioso Administrativo en este proceso”⁷⁴³. Por último, el TCA explicó que su conclusión era consistente con la jurisprudencia de la Sala Administrativa⁷⁴⁴.
455. Al conocer el recurso de casación, la Sala Administrativa ratificó la decisión del TCA. Hizo hincapié en que el principio de *res judicata* “implica el impedimento para discutir, en una nueva ocasión, la controversia ya resuelta por el órgano jurisdiccional competente [...] de manera que requiere coincidencia plena entre la controversia decidida y la ulteriormente planteada”⁷⁴⁵. La Sala Administrativa prosiguió explicando que únicamente los fallos de la Sala Constitucional que tienen carácter vinculante para la interpretación de derechos fundamentales y normas constitucionales tienen efectos *erga omnes*⁷⁴⁶. Amparándose en su propia jurisprudencia, la Sala Administrativa sostuvo que los efectos *erga omnes* de las sentencias de la Sala Constitucional no se extendían a las cuestiones de legalidad⁷⁴⁷.
456. Acto seguido la Sala Administrativa comparó las cuestiones resueltas por el TCA con aquellas resueltas por la Sala Constitucional en los fallos invocados por la Demandante⁷⁴⁸. Observó, en particular, que la Sala Constitucional había declarado

⁷⁴¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), págs. 53 y ss., (inglés), págs. 52 y ss. (español), **C-0239**.

⁷⁴² Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 54 (inglés), pág. 53 (español), **C-0239**.

⁷⁴³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), pág. 46 (inglés), pág. 46 (español), **C-0239**.

⁷⁴⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), págs. 50-51 (inglés), pág. 50-51 (español), **C-0239**.

⁷⁴⁵ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerando XVI, pág. 34 (PDF) (inglés), pág. 157 (PDF) (español), **C-0261**.

⁷⁴⁶ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerando XVI, págs. 35-36 (PDF) (inglés), págs. 158-159 (PDF) (español), **C-0261**.

⁷⁴⁷ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerando XVI, pág. 36 (PDF) (inglés), pág. 159 (PDF) (español), **C-0261**.

⁷⁴⁸ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerando XVII, págs. 37-38 (PDF) (inglés), págs. 162-164 (PDF) (español), **C-0261**.

que “no es asunto de constitucionalidad sino de legalidad el examinar y valorar si una concesión minera viola un decreto ejecutivo”⁷⁴⁹. A la luz de lo anterior, la Sala Administrativa rechazó la objeción que planteó Infinito en los siguientes términos:

De esta manera, al no haberse entrado a su análisis por la Sala Constitucional, en virtud de que estimó trataba de un punto de legalidad, no se configura la cosa juzgada ni hay vinculatoriedad de pronunciamiento alguno sobre este aspecto. Ahora bien, más allá de las razones de nulidad que esgrimió el Tribunal Contencioso respecto de la declaratoria de conveniencia nacional e interés público, así como del cambio de uso de suelo y autorización de tala de árboles [...], lo cierto es que su validez depende de la del acto de concesión [...] Por lo tanto, en lo que a ellos interesa, y desde esta perspectiva, tampoco puede existir cosa juzgada ni vinculatoriedad⁷⁵⁰.

457. Sobre esta base, el Tribunal concluye que tanto el TCA como la Sala Administrativa analizaron debidamente la objeción de *res judicata* de Industrias Infinito sobre la base del derecho aplicable, y que su razonamiento cumple con lo que cabría esperar de cualquier juez competente. Tal como explicaran los propios peritos de la Demandante, los Sres. Hernández y Rojas, el principio de *res judicata* tiene por objeto impedir que otro tribunal se pronuncie sobre una cuestión ya dirimida por la Sala Constitucional⁷⁵¹. El análisis del TCA y de la Sala Administrativa tuvo como finalidad precisamente determinar si esto era así: después de resumir las posiciones de las partes y definir el estándar jurídico aplicable conforme a la legislación costarricense, revisaron las Sentencias de la Sala Constitucional a fin de determinar si habían dirimido, de forma definitiva, la cuestión acerca de la validez de la Concesión de 2008. Concluyeron que no. Desde el punto de vista de procedimiento, el Tribunal no puede encontrar ninguna deficiencia en la conducta de ninguno de estos tribunales, ni considera que sus conclusiones sean irracionales.
458. En cualquier caso, el Tribunal ha confirmado por sí mismo que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no es incoherente con las decisiones anteriores de la Sala Constitucional identificadas por la Demandante en relación con la legalidad de la Concesión de 2008.
459. En esencia la Demandante alega que la Sala Constitucional sostuvo que (i) la Moratoria de 2002 no era aplicable al Proyecto Crucitas (Sentencia de la Sala Constitucional de 2002)⁷⁵²; (ii) el Proyecto Crucitas “podría proceder a través del proceso de aprobación del EIA” (Sentencia de la Sala Constitucional de 2004,

⁷⁴⁹ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2010-014009 (24 de agosto de 2010), Considerando V, **R-0028**. Véase también, Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), pág. 38 (PDF) (inglés), pág. 164 (PDF) (español), **C-0261**.

⁷⁵⁰ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerando XVIII, págs. 164-165 (PDF) (español), **C-0261**.

⁷⁵¹ CER-Hernández-Rojas 1, ¶¶ 42, 256.

⁷⁵² C-Mem. Fondo, ¶ 342, que hace referencia a Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (20 de agosto de 2002), **C-0085**.

ratificada por la Sentencia de la Sala Constitucional de 2007)⁷⁵³; y (iii) el Proyecto Crucitas era “ecológicamente racional, constitucional y legal, y confirmó la concesión de explotación y todas las aprobaciones del proyecto” (Sentencia de la Sala Constitucional de 2010)⁷⁵⁴. La Demandante sostiene que, al anular la Concesión de 2008 debido a que la Moratoria de 2002 aún estaba vigente cuando se otorgó dicha Concesión, la Sala Administrativa se pronunció sobre cuestiones que la Sala Constitucional ya había resuelto.

460. El Tribunal no puede coincidir con la posición de la Demandante. La interpretación que realiza la Demandante de las Sentencias de la Sala Constitucional es contraria a su lenguaje llano.
461. En primer lugar, la Sala Constitucional nunca determinó que la Moratoria de 2002 no se aplicaba al Proyecto Crucitas:
- a. En su Sentencia de 2002, la Sala Constitucional simplemente concluyó que la Moratoria de 2002 no infringió ninguno de los derechos constitucionales del recurrente (o Industrias Infinito⁷⁵⁵) porque incluía una disposición de exención (“*grandfathering*”) para proteger los derechos adquiridos⁷⁵⁶. En otras palabras, la Sala Constitucional dictó una sentencia *in abstracto* acerca de la constitucionalidad de la Moratoria de 2002. En cualquier caso, la Sala Constitucional no podría haber analizado en 2002 si la Moratoria de 2002 se aplicaba a la Concesión de 2008, que fue otorgada varios años después.
 - b. Además, en su Sentencia de agosto de 2010 en respuesta al Amparo Murillo, la Sala Constitucional se negó expresamente a determinar si la Moratoria de 2002 se aplicaba a la Concesión de 2008, aduciendo que “no es asunto de constitucionalidad sino de legalidad el examinar y valorar si una concesión minera viola un decreto ejecutivo”⁷⁵⁷. Como resultado, la Sala Constitucional se negó a

⁷⁵³ C-Mem. Fondo, ¶ 342, que hace referencia a Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (24 de noviembre de 2004), **C-0116**; y Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), **C-0164**.

⁷⁵⁴ C-Mem. Fondo, ¶ 342 y CER Hernández-Rojas 1, ¶¶ 84-85, que hacen referencia a Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), **C-0225**.

⁷⁵⁵ Si bien Industrias Infinito no fue parte de este procedimiento, la Sala Constitucional se refirió expresamente a ella en sus resultandos como una de las empresas potencialmente afectadas. Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (20 de agosto de 2002), Resultando 1, **C-0085**.

⁷⁵⁶ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (20 de agosto de 2002), Considerando Único, págs. 6-7 (PDF) (español), **C-0085** (“ningún derecho fundamental se ha violado –al menos, de manera directa– con la promulgación [de la Moratoria de 2002]. En efecto, si bien es cierto por medio de ese decreto el Poder Ejecutivo declara moratoria nacional por plazo indefinido para la actividad de minería metálica de oro a cielo abierto en el territorio nacional (artículo 1), también lo es que en el transitorio 1 expresamente se establece que todo ‘derecho adquirido antes de la publicación del presente decreto será respetado’”).

⁷⁵⁷ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2010-014009 (24 de agosto de 2010), Considerando V, **R-0028**.

entender de la reclamación del solicitante⁷⁵⁸. De ello se sigue que la Sala Constitucional no decidió si la Concesión de 2008 se había otorgado en violación de la Moratoria de 2002.

462. En segundo lugar, no existen motivos para concluir que la Sala Constitucional resolvió que la Concesión de 2002 podría proceder definitivamente a través del proceso de aprobación del EIA. No está en disputa que, en su Sentencia de 2004, la Sala Constitucional anuló la Concesión de 2002 porque se había otorgado sin un EIA previo⁷⁵⁹. Es cierto que la Sala Constitucional agregó que esta anulación era “sin perjuicio de lo que determine el estudio de impacto ambiental”⁷⁶⁰, lo cual sugiere que la Sala entendía que la Concesión podía ser restablecerse si se realizaba un EIA positivo. Sin embargo, aunque así hubiera sido, ello no cambia el hecho de que la Concesión de 2002 fue por esta vía anulada y dejada sin efecto.
463. La Demandante alega que la frase “sin perjuicio” de la Sala Constitucional equivalió a una declaración de nulidad relativa, en vez de una absoluta. Sostiene que, como resultado, la Concesión de 2002 pudo haber sido convalidada y pudo haber continuado vigente, con un derecho adquirido a explotar la mina a pesar de la Moratoria de 2002. Sin embargo, la Sala Constitucional rechazó expresamente su jurisdicción para especificar si la nulidad de la Concesión de 2002 era absoluta o relativa. De hecho, cuando Industrias Infinito solicitó a la Sala Constitucional que aclarase su Sentencia de 2004, esa Sala (mediante su Sentencia de 2007) resolvió que las cuestiones de si la aprobación de un EIA podría subsanar la anulación de la Concesión de 2002 o si la nulidad que había declarado era absoluta o relativa “no [eran] competencia de esta instancia” ya que estaban relacionadas con la legalidad de un acto administrativo y, por ende, eran de competencia exclusiva de los tribunales administrativos⁷⁶¹. Específicamente, la Sala Constitucional manifestó:

II.- En cuanto a la determinación de la naturaleza de la nulidad –si absoluta o relativa– de [la Concesión de 2002] [...], ello son aspectos relacionados con la validez de los elementos del acto administrativo, cuyo contenido y trascendencia no pueden ni deben ser discutidos o determinados por esta vía de amparo, toda vez que constituye una cuestión de naturaleza administrativa que excede la competencia de este Tribunal. [...] La posibilidad de sanear la concesión o la imposibilidad de hacerlo en virtud de que se trata de una nulidad absoluta o relativa, no forma parte del objeto de la acción de amparo, se trata de un tema que como se expresó supra, corresponde determinarse en el ámbito administrativo o en la jurisdicción ordinaria. [...] La sentencia que resuelve el amparo, conforme a sus presupuestos fácticos y a las normas jurídicas aplicables, no

⁷⁵⁸ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2010-014009 (24 de agosto de 2010), **R-0028**.

⁷⁵⁹ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Parte Operativa, pág. 32 (PDF) (inglés), págs. 66-67 (PDF) (español), **C-0116**.

⁷⁶⁰ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Parte Operativa, **C-0116**. (El Tribunal nota que utilizó la traducción al inglés de la Demandada en R-Mem. Jur., ¶ 62).

⁷⁶¹ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), Considerando II, **C-0164**.

contempla la determinación sobre la naturaleza absoluta o relativa de los yerros u omisiones que contiene la concesión; la determinación de ese extremo no es competencia de esta instancia, pues la posibilidad de corregir, sanear un vicio de trascendencia legal, o la imposibilidad de hacerlo, es un tema que debe resolverse conforme a las definiciones y límites que contiene la legislación ordinaria. La naturaleza de los vicios procesales, aplicando la terminología tradicional, según se trate de yerros relativos o absolutos, son categorías conceptuales cuya aplicación corresponde a los procesos que se desarrollan ante la jurisdicción ordinaria. Por lo expuesto, se debe rechazar la gestión formulada en todos sus extremos ⁷⁶².

464. En tercer lugar, si bien en el mes de abril de 2010 la Sala Constitucional sostuvo que la Concesión de 2008 no violó el derecho constitucional a un ambiente sano⁷⁶³, no declaró que cumplía con todos los requisitos de legalidad, como alega la Demandante. De hecho, la Sala Constitucional señaló, en reiteradas ocasiones, que carecía de competencia para pronunciarse respecto de los requisitos técnicos del EIA o de si los organismos del Gobierno los habían evaluado correctamente⁷⁶⁴. El análisis de la Sala se limitó a verificar si los organismos gubernamentales relevantes habían evaluado el Proyecto de conformidad con los procedimientos correspondientes, se basaron en las pruebas técnicas y cumplieron con otros requisitos relevantes, como la participación

⁷⁶² Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), Considerando II, **C-0164**.

⁷⁶³ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Considerando CXXI, **C-0225** y **R-0096**. Esta conclusión tenía una excepción, relacionada con la omisión por parte del Gobierno de solicitar la aprobación previa del SENARA, pero no anuló la concesión por esta causal. ("En definitiva, la Sala concluye que en el caso bajo estudio existe una violación constitucional en lo que respecta al otorgamiento de la viabilidad ambiental sin que el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento haya conocido y aprobado previamente los estudios hidrogeológicos de toda el área del proyecto minero Crucitas, sin que [...] tal declaratoria tenga el efecto de anular el Estudio de Impacto Ambiental ni de retrotraer los procedimientos al momento de presentación dicho Estudio, precisamente porque aún en forma extemporánea este órgano avaló los mismos. Del mismo modo, de acuerdo a las consideraciones dadas en esta sentencia, se descartan las demás violaciones aducidas al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en los términos reconocidos por el artículo 50 de la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional. De tal forma, el recurso debe ser declarado parcialmente con lugar, como en efecto se dispone, con las advertencias y disposiciones contenidas en los considerandos anteriores").

⁷⁶⁴ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Considerando XXX, **C-0225** y **R-0096** ("[E]ste Tribunal en forma unánime ha sido enfático en establecer en reiterados pronunciamientos, que no es una instancia técnica a la que compete determinar si el estudio de impacto ambiental se ajusta o no a los requerimientos profesionales [...] lo relevante a efectos de esta jurisdicción, es que se hayan realizado los estudios que establece nuestra legislación y que una vez revisados por los profesionales técnicos oficiales correspondientes se determine la viabilidad o no del proyecto, contemplando a priori los impactos que puedan producirse en el ambiente, su valoración, mitigación y compensación"); Considerando XLIII ("escapa al ámbito de competencias de esta jurisdicción detenerse en valorar si los estudios han sido bien realizados o si cumplen con la información necesaria, aspectos que de suyo deben ser dirimidos por las instancias técnicas que corresponde"); Considerando LXX (que señala, en relación con el riesgo de contaminación acuifera con cianuro, que "es claro que todos estos aspectos fueron aportados por la empresa, valorados y aprobados por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental al validar el Estudio de Impacto Ambiental y sus anexos, y otorgar la viabilidad ambiental al proyecto minero Crucitas").

de la comunidad⁷⁶⁵. Una vez verificado eso, la Sala se basó en la evaluación técnica del riesgo ambiental que realizó el Gobierno y se declaró incompetente para determinar si se habían cumplido los requisitos técnicos, señalando que toda infracción técnica debe remitirse a los órganos correspondientes⁷⁶⁶.

465. La Sala adoptó un estándar de evaluación similar para el decreto de conveniencia nacional⁷⁶⁷, que fue uno de los requisitos para el otorgamiento de la Concesión. En

⁷⁶⁵ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Considerando LIV, **C-0225** y **R-0096** (“una vez realizado el procedimiento correspondiente-incluyendo la socialización y participación de la comunidad- la Secretaría Técnica Nacional Ambiental otorgó la viabilidad ambiental al proyecto minero Crucitas, por lo que se tuvo por validados los estudios técnicos presentados y se tomó en consideración la percepción social de la actividad; asimismo, según se ha indicado, las autoridades técnicas refieren que no existe amenaza o riesgo para la pervivencia de especies como el almendro amarillo y la lapa verde, lo que aunado a los beneficios socio-económicos de la actividad productiva, llevaron a la administración a validar su desarrollo bajo los compromisos y mecanismos de control aprobados”); Considerando LX (“la Sala advierte que la entidad técnica competente en esta materia sí tuvo conocimiento tanto del contenido de la modificación propuesta, de los mecanismos de aplicación y utilización de explosivos, y de la difusión social que se realizó a estas modificaciones -uso de explosivos incluido-, todo lo cual llevó a la administración a considerar que el uso de explosivos no generaría impacto negativo sobre el entorno biológico, razón por la cual aprobó la solicitud planteada por la empresa recurrida”); Considerando LXXII (“es evidente que el tema del drenaje ácido de rocas sí fue considerado tanto en el Estudio de Impacto Ambiental como en la propuesta de modificación al proyecto, resultando finalmente que ambos documentos fueron debidamente validados por la autoridad administrativa competente”); Considerando LXXIV (“es claro que el Estudio de Impacto Ambiental sí consideró la sismicidad de la zona, la cual no fue valorada como un factor que impidiese la realización del proyecto porque tal Estudio fue en su momento aprobado por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental”; “las autoridades recurridas arriban a la misma conclusión ya establecida en el Estudio de Impacto Ambiental y su aprobación por SETENA, en el sentido que no habría afectación de la laguna de relaves ni su dique con motivo de eventos sísmicos en la zona”); Considerando LXXVIII (“es claro que el riesgo sísmico en la zona del proyecto minero Crucitas sí fue considerado en el Estudio de Impacto Ambiental y validado por la administración técnica”); Considerando LXXIX (“se evidencia que la situación de cambio climático sí fue considerada en los estudios ambientales del proyecto minero, concluyéndose un impacto mínimo de este proceso durante los años de operación del proyecto; así, resulta inexacto aducir la inexistencia de los mismos y que este factor no fue considerado por la administración técnica”); Considerando LXXXI (“es claro que la situación de un posible desbordamiento sí fue considerada dentro del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por SETENA, de donde resulta que la autoridad competente en la materia sí consideró y validó los aspectos técnicos relacionados”); Considerando LXXXII (“se evidencia que la situación con respecto a una posible afectación del entorno ante una ruptura o desbordamiento del agua de la laguna de relaves, sí fue tomado en cuenta en las valoraciones ambientales efectuadas y así validadas por las autoridades recurridas”).

⁷⁶⁶ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Considerando LX, **C-0225** y **R-0096** (“Debe reiterarse que el conocimiento técnico de las solicitudes y pretensiones como las aquí indicadas, son del resorte de entidades técnicas de la administración, por lo que si los órganos pertinentes han vertido su criterio científico sobre el particular, escapa al ámbito de competencias de la jurisdicción constitucional discutir si tal criterio se encuentra ajustado al carácter también técnico de los elementos tenidos en cuenta por la administración para la emisión de su pronunciamiento; en consecuencia, si los interesados consideran que existe alguna inconformidad al respecto, deberán interponer las acciones pertinentes ante los órganos que corresponda”).

⁷⁶⁷ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Considerando CIII, **C-0225** y **R-0096** (“la Sala advierte que el decreto de referencia sí demuestra la realización de un trabajo previo que permitió a la administración determinar la existencia de beneficios socioeconómicos mayores a los eventuales costos ambientales, determinación para la cual la

cuanto al análisis de la Sala sobre el cambio de uso de la tierra y la autorización para la tala de árboles, el principal objetivo de la evaluación de la Sala fue determinar si la autorización había sido arbitraria, no si había arribado a las conclusiones correctas⁷⁶⁸.

466. Como resultado de ello, el Tribunal no puede estar de acuerdo con los peritos de las Demandantes, los Sres. Hernández y Rojas, quienes aseveran que “[l]a sentencia en comentario [...] estableció que la concesión minera de Mina Crucitas se ajustaba completamente a derecho, tanto desde el punto de vista constitucional como legal”⁷⁶⁹. La Sala Constitucional expresamente limitó su competencia a determinar si el Proyecto Crucitas era constitucional. Es cierto que, para tal fin, tuvo que evaluar si Industrias Infinito y el Gobierno habían cumplido con los procedimientos relevantes y si las decisiones de los organismos gubernamentales se basaron en las pruebas. Sin embargo, llevó a cabo una evaluación *prima facie*, fundada en la apreciación técnica de esas pruebas por parte del Gobierno. La Sala no intentó pronunciarse sobre si se habían cumplido los criterios técnicos exigidos por ley y, de hecho, se rehusó explícitamente a hacerlo.
467. También es cierto que la Sala Constitucional llegó a varias conclusiones de hecho con respecto a la viabilidad ambiental del Proyecto⁷⁷⁰. Si bien el Tribunal no comprende

administración utilizó los instrumentos técnicos establecidos y disponibles al efecto, instrumentos que fueron exigidos, presentados y valorados por las instancias pertinentes dentro de sus ámbitos de competencia técnica -Dirección de Geología y Minas y SETENA-, por lo que tratándose de una determinación de carácter técnico se está ante un asunto de legalidad ordinaria ya definido por las entidades competentes en cada caso”); Considerando CIV (“la Sala concluye que el decreto 34801 sí se encuentra debidamente fundamentado y cumple con demostrar que en sede administrativa sí se realizó el procedimiento de balance entre costos y beneficios, cuyo resultado se plasma en el decreto de comentario, por lo que contrario a lo aducido por los recurrentes, sí existe una base científico-técnica objetiva para establecer los beneficios concretos que reportará la implementación del proyecto”).

⁷⁶⁸ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Considerando XLVII, **C-0225** y **R-0096** (“la administración recurrida autorizó el cambio de uso de suelo y la corta de árboles de almendro previa realización del procedimiento administrativo necesario, el cual consideró tanto la demostración técnica del impacto de la corta a realizar, como la declaratoria de conveniencia nacional del proyecto a ejecutar. Cumplidos estos requisitos, la administración autorizó la solicitud planteada, **por lo que debe descartarse que tal decisión administrativa sea arbitraria**, pues según se ha dicho, la administración tomó las previsiones necesarias para asegurar que lo propuesto no impactaría de manera negativa al ambiente”) (énfasis añadido); Considerando CXVI (“la resolución [...] por la cual se autoriza el cambio de uso de suelo, dista de ser una decisión arbitraria, pues para su dictado medió tanto la emisión del decreto de declaratoria de conveniencia nacional del proyecto, como la acreditación del tipo de árboles que se verían afectados con el cambio de uso de suelo”).

⁷⁶⁹ CER-Hernández-Rojas 1, ¶ 102.

⁷⁷⁰ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Considerando LXXX, **C-0225** y **R-0096** (“De tal forma, esta consideración técnica, así como el limitado impacto que el cambio climático tendría en la zona del proyecto durante su fase de ejecución y cierre, determina que deba atenuarse de manera significativa la preocupación que sobre este aspecto se planteó durante la vista, pues según lo dicho, los estudios técnicos determinan que el riesgo para el proyecto minero es mínimo, y con ello, eliminando el aducido riesgo de drenaje ácido con motivo del cambio climático”); Considerando LXXXIV (“De tal forma, tomando en consideración las valoraciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental, así como las indicadas en los demás documentos técnicos aportados, se evidencia que son mínimos los riesgos de ruptura del dique de la laguna de relaves o de desbordamiento de la misma laguna,

cuál fue el propósito de la Sala Constitucional al hacer esto, el hecho es que esta última dejó abierta la cuestión de la validez de la Concesión de 2008 y señaló expresamente que las alegaciones de incumplimiento debían presentarse ante las autoridades correspondientes, es decir, los tribunales administrativos. Sea como fuere, la Sala Administrativa no confirmó las conclusiones del TCA sobre viabilidad ambiental; se limitó a evaluar si la Concesión de 2008 fue válida a la luz de la Moratoria de 2002⁷⁷¹.

468. En conclusión, el Tribunal no considera que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 sea incoherente con decisiones anteriores de la Sala Constitucional.

(ii) *¿El Sistema Judicial Costarricense Presenta Fallas Estructurales?*

469. La Demandante alega que el sistema judicial costarricense presenta fallas estructurales, ya que no brinda ningún “mecanismo para enmendar la incapacidad de la Sala Administrativa de respetar el principio constitucional de la *cosa juzgada*”⁷⁷². Su argumento tiene dos partes. En primer lugar, la Demandante alega que, a diferencia de otros sistemas judiciales, en Costa Rica no hay ningún cuerpo encargado de resolver las incoherencias entre las decisiones de las distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia⁷⁷³. En segundo lugar, asevera que la única solución disponible para abordar la contradicción entre decisiones – la acción de inconstitucionalidad – resultó ineficaz⁷⁷⁴. La Demandante explica que impugnó la interpretación del TCA del principio constitucional de *res judicata* ante la Sala Constitucional, pero que dicha Sala

con limitados efectos sobre el entorno terrestre y acuático, que, en todo caso, serían de carácter temporal y reversibles. En este sentido, no se aprecia ninguna vulneración constitucional con respecto a la valoración efectuada”; Considerando LXXXVI (“[L]a prueba técnica allegada al expediente resulta altamente favorable a la utilización del sistema reportado por la empresa recurrida para el tratamiento y eliminación del cianuro, así como a los planes de manejo y seguridad que se implementarán a efectos de evitar un drenaje ácido de rocas como el temido por los recurrentes por causa de accidentes o producto de eventos sísmicos. La coincidencia y complementariedad de los informes referidos, permite a la Sala concluir que de manejarse el cianuro de la forma prevista ciertamente se aminora sustancialmente el riesgo de una contaminación por cianuro, tanto acuífera como general, pues técnicamente se ha demostrado que el cianuro será destruido y debidamente eliminado del material estéril”); Considerando CV (“A modo de conclusión [...] la Sala tiene por acreditado que se encuentra asegurada la pervivencia del almendro amarillo, toda vez que la corta autorizada carece de un impacto negativo determinante para la población de esta especie, así como tampoco se encuentra impedida esta corta de árboles por su falta de conexidad con los sitios de anidación y reproducción de la lapa verde”); Considerando CVI (“Asimismo, se ha demostrado que esta corta del almendro tampoco tiene el carácter de amenaza cierta para la existencia y supervivencia de la lapa verde, pues se ha comprobado que el ave no anida en árboles como los que se autorizó cortar, sino que solamente llegaba a la zona de Crucitas en época no reproductiva y cuando el almendro no está en fruto, por lo que en esa temporada su alimentación se basa en el fruto de más de treinta variedades de árboles de la zona”).

⁷⁷¹ RER-León 1, ¶¶ 285-286; Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerando LIII, pág. 243 (PDF) (español), pág. 79 (PDF) (inglés); Considerando LX, pág. 257 (PDF) (español), pág. 86 (PDF) (inglés), **C-0261**.

⁷⁷² C-CM Jur., ¶ 401.

⁷⁷³ C-Mem. Fondo, ¶ 344.

⁷⁷⁴ C-Mem. Fondo, ¶ 344.

desestimó la impugnación por motivos de admisibilidad⁷⁷⁵. A consecuencia de ello, Industrias Infinito no tuvo más opciones para intentar resolver las incoherencias entre la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y las Sentencias anteriores de la Sala Constitucional.

470. Para la Demandante, la falta de dicho mecanismo constituyó una denegación de justicia. El Tribunal no comparte esta conclusión por las razones siguientes.
471. Primero, la premisa del argumento de la Demandante ha fracasado. Tal como se explicó *supra*, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no está en conflicto con ninguna decisión de la Sala Constitucional. En particular, la Sala Constitucional sólo se pronunció sobre la constitucionalidad del Proyecto Crucitas; no se pronunció sobre la legalidad de la Concesión de 2008 o la aplicabilidad de la Moratoria de 2002 a esa Concesión. Por lo tanto, no existe conflicto de decisiones que requiera solución.
472. Segundo, dejando de lado la primera razón, el expediente demuestra que es poco probable que surjan esos conflictos de competencia. Según explicara la Dra. León, quien se desempeñó como Presidenta de la Sala Administrativa en 2010 y 2011, la Sala Constitucional no tiene competencia para analizar la legalidad de los actos administrativos conforme a la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional⁷⁷⁶. Esto es coherente con el razonamiento del TCA y de la Sala Administrativa en sus respectivas Sentencias de 2010 y 2011. También concuerda con las reiteradas afirmaciones de la Sala Constitucional de que no era competente para resolver cuestiones de legalidad, tal como se explicara en la sección precedente.
473. El Tribunal es consciente de que la Dra. Calzada, que fue Presidenta de la Sala Constitucional entre 2008 y 2012, declaró que la Sala Constitucional está facultada para definir su propia competencia y, por lo tanto, puede decidir abordar cuestiones de legalidad relevantes para determinar si ha habido violación de algún derecho constitucional⁷⁷⁷. La Dra. Calzada se refirió a esto como una “zonalímitrofe” que puede dar lugar a un conflicto de competencias⁷⁷⁸. Si bien esto puede ser así, el Tribunal no puede ignorar el hecho de que la Dra. Calzada presidía la Sala Constitucional cuando se dictó su Sentencia del mes de abril de 2010, cuando la Sala mencionó, en reiteradas ocasiones, que carecía de competencia para pronunciarse sobre cuestiones técnicas, que describió como “asunto[s] de legalidad ordinaria”⁷⁷⁹. En consecuencia, el Tribunal concluye que sólo podría surgir un conflicto de competencias, si acaso, en el evento de que la Sala Constitucional, al ejercer su facultad de definir su propia competencia, determinase que debe pronunciarse sobre alguna cuestión de legalidad para poder determinar si hubo violación de un derecho constitucional.

⁷⁷⁵ C-Mem. Fondo, ¶ 344.

⁷⁷⁶ RER-León 1, ¶¶ 62-63.

⁷⁷⁷ CER-Calzada 1, ¶¶ 87-98.

⁷⁷⁸ CER-Calzada 1, ¶ 90.

⁷⁷⁹ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), Considerando CIII, **C-0225** y **R-0096**.

474. Tercero, en el caso excepcional de que surgiese un conflicto de competencias de ese tipo, el Tribunal no está convencido que el sistema judicial costarricense no proveería un mecanismo para resolverlo. Tal como explicara la Dra. León, una parte puede presentar una acción contra la jurisprudencia si considera que un fallo judicial es inconstitucional⁷⁸⁰. De hecho, la Dra. Calzada cita una sentencia de la Sala Constitucional en la cual declaró que un fallo del TCA había violado el principio constitucional de cosa juzgada⁷⁸¹.
475. Sin embargo, conforme a los Artículos 75 y 77 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta acción debe estar relacionada con un procedimiento en curso para ser admisible⁷⁸²; la Sala Constitucional no puede prohibir un procedimiento que ya concluyó otra Sala de la Corte Suprema de Justicia⁷⁸³. Según la Dra. León, “[l]a Sala Constitucional solamente puede cursar la acción de inconstitucionalidad contra una línea jurisprudencial (o una ley), cuando sea un medio razonable para amparar el derecho o interés que se considera lesionado. Para que el fallo de la Sala Constitucional sea útil y aplicable al proceso base, es necesario que éste no haya sido resuelto”⁷⁸⁴.
476. En el presente caso, Industrias Infinito presentó su acción de inconstitucionalidad el 11 de noviembre de 2011, cuando el procedimiento ante la Sala Administrativa se encontraba pendiente de resolución. No obstante, la Sala Administrativa se pronunció sobre la impugnación de la Sentencia del TCA de 2010 el 30 de noviembre de 2011. Dado que el proceso subyacente había sido resuelto, la Sala Constitucional ya no podría pronunciarse sobre la cuestión y la consideró inadmisibile⁷⁸⁵. La Corte ofreció el siguiente razonamiento:

Debe recalcar que se trata aquí de un caso en el cual ya se agotó la discusión en sede jurisdiccional, es decir, en el cual se produjo una sentencia firme, por lo que es jurídicamente imposible que pueda desarrollar la acción de inconstitucionalidad, en algún contexto, su rol incidental. Si ella fuera decidida por el fondo no surtiría efecto alguno en las relaciones jurídicas reguladas por la sentencia de la vía contencioso

⁷⁸⁰ RER-León 1, ¶¶ 317-323.

⁷⁸¹ CER1-Calzada 1, ¶ 99, Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2014-128-25 (6 de agosto de 2014), Considerando IX, pág. 42 (PDF) (español), p. 4 (PDF) (inglés), **C-0415** (“[D]ebe de tomarse en cuenta que la posición sostenida en dicha resolución administrativa con respecto a la viabilidad ambiental, fue reiterada y sostenida por la Jueza recurrida en el informe rendido a esta Sala con ocasión del presente amparo. Dicha situación, sin duda alguna, en criterio de este Tribunal Constitucional, hace que se configure una clara violación al derecho fundamental a la autoridad de la cosa juzgada”).

⁷⁸² Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 (10 de octubre de 1989), Artículos 75 y 77, **C-0016**.

⁷⁸³ RER-León 1, ¶¶ 319-320.

⁷⁸⁴ RER-León 1, ¶ 323.

⁷⁸⁵ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (19 de junio de 2013), **C-0283**.

administrativa y se pierde el sentido básico de ese instrumento procesal⁷⁸⁶.

477. Los peritos de la Demandante, los Sres. Hernández y Rojas, no se oponen a la interpretación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional por parte de la Dra. León o a la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013. Por el contrario, alegan que “[l]a Sala I, sabiendo que Industrias Infinito S.A. presentaría la acción de inconstitucionalidad contra su jurisprudencia en materia de cosa juzgada de las sentencias de la Sala Constitucional pues en el escrito de interposición del recurso se alegó esa inconstitucionalidad, se apresuró a resolver el recurso de casación a fin de que la acción se quedara sin sustento procedimental y la Sala Constitucional se viera obligada, tal y como lo hizo, a rechazar la acción por falta de un requisito procesal. Con ello evitó que la Sala anulara su reiterada jurisprudencia en la materia y tuviera necesariamente que casar (anular) la sentencia del TCA”⁷⁸⁷.
478. Sin embargo, la Demandante no adujo pruebas que respaldaran estas declaraciones. No obra nada en el expediente (a excepción del informe de los Sres. Hernández y Rojas) que indique que la Sala Administrativa se apresuró intencionalmente a emitir su Sentencia con el solo objeto de dejar sin efecto la acción de inconstitucionalidad de Industrias Infinito.
479. En consecuencia, el Tribunal concluye que existe un mecanismo para resolver conflictos de competencia entre la Sala Constitucional y los tribunales administrativos que debe utilizarse mientras el proceso administrativo se encuentra en curso. Esto implica necesariamente que la parte perjudicada no puede cuestionar la inconstitucionalidad de una sentencia de la Sala Administrativa porque, dado que es el tribunal administrativo de mayor jerarquía, el asunto estará cerrado para cuando se pronuncie sobre una cuestión. Surge entonces la pregunta de si esta limitación del mecanismo de solución de conflictos constituye una denegación de justicia. Por los motivos que se exponen *infra*, el Tribunal considera que no.
480. Cuarto, y por último, el Tribunal concluye que la falta de un órgano específico a cargo de resolver los conflictos de competencia entre las salas de la Corte Suprema de Justicia no puede por sí misma constituir una denegación de justicia.
481. La Demandante, citando a Paulsson, alega que “[e]sta falta de un ‘mecanismo nacional razonablemente disponible para corregir la acción recusada’ representa una falla sistémica del sistema legal de Costa Rica”⁷⁸⁸. Sin embargo, la declaración completa de Paulsson (“[i]nternational law attaches state responsibility for judicial action only if it is shown that there was no reasonably available national mechanism to correct the

⁷⁸⁶ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (19 de junio de 2013), Considerando III, **C-0283**.

⁷⁸⁷ CER-Hernández-Rojas 1, ¶ 115.

⁷⁸⁸ C-Dúp. Jur., ¶ 319, que cita J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Oxford University Press, 2005), pág. 100, **CL-0205**.

challenged action”⁷⁸⁹) está relacionada con el requisito de agotamiento de los recursos internos, que es otra cuestión. Paulsson no dijo, como sugiere la Demandante, que la falta de un tribunal similar al *Tribunal des conflits* francés equivale a una denegación de justicia.

482. La Demandante también se basa en *Dan Cake* para afirmar que la denegación de justicia puede ocurrir cuando “[t]he absence of any reasonably available further recourse against the Court order is such that, in the circumstances of this case, the breakdown must be treated as ‘systemic’”⁷⁹⁰. En efecto, el tribunal de *Dan Cake* llegó a esta conclusión luego de identificar dos defectos fundamentales en el sistema judicial húngaro. En primer lugar, el tribunal local de quiebras se negó, sin la debida justificación, a convocar a una audiencia conciliatoria (a través de la cual el inversionista podría haber intentado llegar a un acuerdo con los acreedores). En segundo lugar, el sistema judicial húngaro no contemplaba ningún recurso para apelar la sentencia del tribunal de quiebras⁷⁹¹. Esta decisión no se puede aplicar por analogía al caso que nos ocupa, en el cual la Demandante tuvo acceso a una apelación (más específicamente, a un recurso de casación o acción de anulación) ante la Sala Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.
483. En opinión del Tribunal, solo equivaldría a denegación de justicia una falta de recursos dentro del sistema judicial del Estado receptor que prive al inversionista de una oportunidad justa de plantear su caso o implica que prácticamente no hay acceso a la justicia. No es lo que ocurre en este caso. Tal como se analizó en la sección precedente, Industrias Infinito interpuso la objeción de *res judicata* ante el TCA y luego otra vez ante la Sala Administrativa, y ambos tribunales la consideraron. Aun ante la falta de un tribunal como el *Tribunal des conflits* francés, el sistema judicial de la Demandada ofrecía a la Demandante varias instancias y recursos para abordar el conflicto de competencia.
484. La conclusión del Tribunal coincide con la decisión del caso *Philip Morris*, en el cual el tribunal sostuvo que la falta de un mecanismo para resolver los conflictos entre los tribunales administrativos y civiles no equivalía a denegación de justicia⁷⁹²:

En la opinión del Tribunal, es inusual que el sistema judicial uruguayo separe de esta manera los mecanismos de revisión, sin un sistema para resolver conflictos respecto al razonamiento. Sin embargo, el Tribunal cree que no sería apropiado concluir que existe una denegación de justicia debido a esta discrepancia. Las Demandantes pudieron gozar de su/s oportunidad/es de ser oídas por un tribunal, y hubo un órgano judicial disponible con competencia para examinar la impugnación de la Regulación del 80/80 y que emitió una decisión correctamente fundada. El

⁷⁸⁹ J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Oxford University Press, 2005), pág. 100, **CL-0205** [Original inglés].

⁷⁹⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 627, que cita *Dan Cake*, ¶ 154, **CL-0031** [Original inglés].

⁷⁹¹ *Dan Cake*, ¶¶ 54, 55, 150, **CL-0031**.

⁷⁹² *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016 (“*Philip Morris*”), ¶ 527, **RL-0222**.

hecho de que no exista otro recurso frente a la sentencia del TCA, que no siguió el razonamiento de la SCJ, parece ser una peculiaridad del sistema judicial.

485. En consecuencia, el Tribunal concluye que la Demandada no cometió denegación de justicia procesal.

(iii) *¿Hubo Violación del Debido Proceso?*

486. Antes de pasar al argumento de denegación de justicia sustantiva de la Demandante, el Tribunal observa que, en sus argumentos sobre expropiación, la Demandante sugiere que en el procedimiento ante el TCA no tuvo la oportunidad de defenderse plenamente frente a los argumentos relacionados con la aplicabilidad de la Moratoria de 2002⁷⁹³. Específicamente, la Demandante alega que la aplicación de la Moratoria de 2002 no fue parte de la demanda original que presentara APREFLOFAS y solo se incorporó en una etapa posterior. Como resultado de ello, Industrias Infinito no pudo responder a esta cuestión por escrito y, por lo tanto, “se le negó su mayor oportunidad para abordar la aplicación de la moratoria en detalle”⁷⁹⁴. La Demandante argumenta que “[e]sta falta de equidad procesal no se curó ante [la] Sala Administrativa, dado que el procedimiento de la Sala Administrativa fue una apelación en lugar de una audiencia en primera instancia”⁷⁹⁵. Si bien la Demandante ha presentado este argumento como parte de su reclamación sobre expropiación y no ha alegado expresamente que esto constituye una denegación de justicia, ya que se relaciona con una supuesta inequidad procesal, el Tribunal lo abordará aquí.
487. En opinión del Tribunal, la Demandante no ha demostrado que el TCA o la Sala Administrativa violaron norma alguna de debido proceso⁷⁹⁶. La Demandante no ha explicado de qué manera el TCA se apartó de la ley procesal costarricense, ni ha demostrado que fuera privada de la oportunidad de realizar presentaciones sobre esta cuestión. Por el contrario, el expediente sugiere que Industrias Infinito estaba al tanto de este argumento antes de la audiencia, puesto que ya había alegado que la Moratoria de 2002 no le era aplicable en su Contestación al pedido de APREFLOFAS’ ante el TCA⁷⁹⁷.
488. En cualquier caso, cualquier incumplimiento del debido proceso por parte del TCA se habría producido con anterioridad a la fecha de corte y el Tribunal carecería de jurisdicción al respecto. La pregunta clave es si la Sala Administrativa no subsanó esta supuesta violación del debido proceso. En opinión del Tribunal, no hay pruebas de ello.

⁷⁹³ C-Mem. Fondo, ¶ 283.

⁷⁹⁴ C-Mem. Fondo, ¶¶ 182, 283.

⁷⁹⁵ C-Mem. Fondo, ¶ 283.

⁷⁹⁶ Si bien el análisis del Tribunal se enfoca en la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, considera que cualquier violación del debido proceso por el TCA que pueda no haber sido abordada o remediada por la Sala Administrativa podría tener relevancia sobre si la Demandada denegó justicia a la Demandante.

⁷⁹⁷ Industrias Infinito, Contestación al Pedido de Anulación de Jorge Lobo (23 de agosto de 2010), pág. 35, **R-0030**.

De hecho, el expediente demuestra que Industrias Infinito realizó presentaciones integrales sobre la aplicabilidad de la Moratoria de 2002 ante la Sala Administrativa⁷⁹⁸, que la Sala abordó en su Sentencia⁷⁹⁹.

489. Sobre las bases anteriores, el Tribunal concluye que la Demandante no demostró la existencia de violación procesal alguna por parte del TCA o la Sala Administrativa que pudiera constituir denegación de justicia en relación con la aplicación de la Moratoria de 2002.

c. *¿La Demandada Cometió Denegación de Justicia Sustantiva?*

490. La Demandante asevera que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 equivale a una denegación de justicia sustantiva porque la corte aplicó la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas en violación de la ley costarricense⁸⁰⁰. Sobre la base del informe pericial de los Sres. Hernández y Rojas, la Demandante alega que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 es contraria a la ley costarricense porque⁸⁰¹:

- a. La Constitución de Costa Rica prohíbe la aplicación retroactiva de leyes a inversionistas con derechos adquiridos.
 - b. Según sus términos, la Moratoria de 2002 no se aplicaba a los derechos de Industrias Infinito, los que se adquirieron antes de que se decretara la Moratoria, tal como lo confirmara la Sala Constitucional en 2002 y 2010.
 - c. La Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 anuló la Concesión de 2002 de forma relativa, y no absoluta, “sin perjuicio de lo que determine el [E]studio de [I]mpacto [A]mbiental”, lo que significaba que los derechos adquiridos de Industrias Infinito no se habían extinguido.
 - d. La aplicación de la Moratoria de 2002 fue contraria a las decisiones vinculantes de la Sala Constitucional y, por ende, violó los principios de cosa juzgada y efectos *erga omnes*.
491. Sobre la base de los casos *Arif*, *Azinian* y *Oostergetel*, la Demandante sostiene que la cancelación de la Concesión de 2008 por parte de la Sala Administrativa cuando Industrias Infinito tenía derechos adquiridos en los términos del Código de Minería es

⁷⁹⁸ Presentaciones de Industrias Infinito S.A. ante la Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Expediente No. 08-1282-1027-CA (18 de enero de 2011), págs. 876-903, **C-0248**.

⁷⁹⁹ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerando IV, págs. 115-116 (PDF) (español), pág. 13 (PDF) (inglés), **C-0261**.

⁸⁰⁰ C-CM Jur., ¶¶ 403-411.

⁸⁰¹ C-CM Jur., ¶ 410. Véase también, CER-Hernández-Rojas 1, ¶¶ 199-212; CER-Hernández-Rojas 2, ¶¶ 43-49.

“una aplicación abusiva e incorrecta de la ley costarricense” que equivale a una denegación de justicia⁸⁰².

492. La Demandada cuestiona que haya habido denegación de justicia sustantiva. Alega que la Sala Administrativa “determinó correctamente que Industrias Infinito no tenía derechos adquiridos que hubiera que proteger conforme a la Disposición de exención de la Moratoria 2002”⁸⁰³. La Sala Administrativa resolvió que la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 anuló la Concesión de 2002 con efectos retroactivos (anulación *ab initio*) y que Industrias Infinito “no tenía un derecho automático a la concesión de explotación en virtud del permiso de exploración que tuvo en un momento”⁸⁰⁴.
493. La Demandada resalta que la Demandante no está cuestionando la conducta, independencia o buena fe de los tribunales costarricenses, sino que simplemente está en desacuerdo con las decisiones de los tribunales administrativos⁸⁰⁵. Según la Demandada, “[t]an solo porque [la] Demandante no está de acuerdo con la decisión tomada por la Sala Administrativa en 2011, no convierte la decisión en denegación de justicia”⁸⁰⁶. La Demandada concluye que “[l]os reclamos de [la] Demandante se encuentran tan lejos de cumplir con el umbral necesario para una denegación de justicia sustantiva, que pueden describirse correctamente como infundados”⁸⁰⁷.
494. Por los motivos expuestos a continuación, el Tribunal considera que la Demandada no incurrió en denegación de justicia sustantiva.
495. En primer lugar, tal como se analizó *supra*, la Sala Constitucional no efectuó conclusiones definitivas sobre la aplicabilidad de la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas. En su Sentencia de 2002, la Sala Constitucional meramente manifestó que la Moratoria de 2002 no era inconstitucional porque contenía una disposición de exención (“*grandfathering*”); en su Sentencia de 2004, no abordó la aplicabilidad de la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas y, en su Sentencia de agosto de 2010, se rehusó a determinar si la Moratoria de 2002 se aplicaba a la Concesión de 2008⁸⁰⁸. Por ende, el TCA fue la primera autoridad judicial en pronunciarse sobre esta cuestión. Por esta razón, no puede existir violación de los principios de cosa juzgada y efectos *erga omnes* en este sentido.
496. En segundo lugar, después de analizar detenidamente la Sentencia del TCA de 2010 y la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, el Tribunal no puede concluir que estos tribunales hayan aplicado la ley costarricense de manera incorrecta. La Sentencia del TCA de 2010, que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011

⁸⁰² C-CM Jur., ¶ 408; *Arif*, ¶ 442, **CL-0014**; *Azinian*, ¶ 103, **CL-0017**; *Oostergetel*, ¶ 274, **RL-0017**.

⁸⁰³ R-CM Fondo, ¶ 172.

⁸⁰⁴ R-CM Fondo, ¶ 173.

⁸⁰⁵ R-CM Fondo, ¶¶ 474-475.

⁸⁰⁶ R-CM Fondo, ¶ 474.

⁸⁰⁷ R-CM Fondo, ¶ 475.

⁸⁰⁸ *Supra*, ¶¶ 461-463.

confirmó e hizo irreversible, dedicó cinco páginas a la no aplicación de la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas por parte del Gobierno⁸⁰⁹. Invocando el Artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública⁸¹⁰, el TCA explicó que, según el principio de inderogabilidad singular de la norma, “la autoridad pública no puede dictar resoluciones para un caso concreto cuyo contenido desconozca o desaplique lo que, en sentido contrario, la misma autoridad pública había dispuesto previamente en un acto de carácter general”⁸¹¹. El TCA también señaló que, según el Artículo Transitorio I del Decreto de Moratoria de 2002, todos aquellos trámites relacionados con la exploración y explotación del mineral oro a cielo abierto que se encontrasen pendientes ante la DGM y la SETENA serían suspendidos, y todos los derechos adquiridos antes de la publicación de ese decreto serían respetados. Asimismo, el TCA advirtió que la Moratoria de 2002 se levantó el 4 de junio de 2008, por lo cual estuvo vigente desde el mes de junio de 2002 hasta el mes de junio de 2008⁸¹².

497. Luego, el TCA concluyó que la Concesión de 2002 había sido anulada por la Sala Constitucional en 2004. En opinión del TCA, esta nulidad fue absoluta y surtió efectos *ab initio*. Con la declaración de nulidad de la Sala Constitucional, el derecho de Industrias Infinito a la concesión de explotación desapareció. Por ende, cuando en el mes de abril de 2008 el Gobierno decidió “convertir” la concesión de Industrias Infinito, ésta última no tenía derechos adquiridos. En consecuencia, el TCA concluyó que la aprobación del EIA, la aprobación de las modificaciones del Proyecto y el otorgamiento de la Concesión de 2008 (todos los cuales habían ocurrido mientras la Moratoria de 2002 se encontraba vigente) habían violado el principio de inderogabilidad de las normas y, por ende, eran nulos⁸¹³.
498. El TCA desestimó el argumento de Industrias Infinito de que un permiso de exploración otorga automáticamente al titular del permiso el derecho a una concesión de explotación. Resolvió que, mediante una interpretación sistemática del Código de Minería, el derecho a explorar es distinto e independiente del derecho a explotar. Conforme a los Artículos 23(b) y 26 del Código de Minería, una concesión de explotación sólo se otorgará al titular de un permiso de exploración si se cumplen los

⁸⁰⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), Considerando XI, pág. 63 (inglés), pág. 63 (español), **C-0239**.

⁸¹⁰ Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 (5 de febrero de 1978), Artículo 13, **C-0014** (“1. La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos. 2. La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que estos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente”).

⁸¹¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), Considerando XI, pág. 64 (inglés), pág. 63 (español), **C-0239**.

⁸¹² Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), Considerando XI, pág. 64 (español), pág. 65 (inglés), **C-0239**.

⁸¹³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), Considerando XI, págs. 63-65 (español), págs. 63-66 (inglés), **C-0239**.

requisitos establecidos en los Artículos 8 y 9 del Reglamento del Código de Minería⁸¹⁴. En consecuencia, el TCA resolvió que los alegatos de Industrias Infinito de que había adquirido derechos de explotación como titular de un permiso de exploración eran “absolutamente infundados y, además, no se ajusta[ba]n a la realidad”⁸¹⁵. Por lo tanto, el TCA concluyó que Industrias Infinito no tenía derechos adquiridos en los términos del Código de Minería cuando solicitó la validación de su concesión el 30 de mayo de 2007.

499. El TCA consideró, asimismo, que la conversión de la Concesión de 2002 había sido ilícita, entre otros, porque dicho mecanismo no podía aplicarse a actos que habían sido declarados nulos por un tribunal, como ocurrió en este caso, puesto que una declaración tal implica que el acto ha sido eliminado del sistema jurídico. También resolvió que la frase “sin perjuicio” de la Sala Constitucional no significaba que dicha sala considerase la nulidad como relativa, o que fuese posible convertir la Concesión de 2002⁸¹⁶.
500. Por último, tal como se analizó en la sección anterior, el TCA evaluó y rechazó la objeción de *res judicata* de Industrias Infinito. Al abordar la aplicabilidad de la Moratoria de 2002, el TCA volvió a recalcar que la Sala Constitucional había remitido expresamente la aplicación de la Moratoria de 2002 y la conversión de la concesión a los tribunales administrativos, que eran las autoridades competentes para resolver estas cuestiones⁸¹⁷.
501. La Sala Administrativa confirmó el razonamiento del TCA en este sentido. Realizó un análisis profundo de la aplicabilidad de la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas, centrándose en el principio de inderogabilidad de las normas, y concluyó que (i) un permiso de exploración no garantiza a su titular, de manera automática, que se le otorgará una concesión de explotación, la cual está supeditada a requisitos distintos y separados; (ii) Industrias Infinito no tenía ningún derecho adquirido a explotar la mina Crucitas después de la anulación de la Concesión de 2002, y (iii) el mecanismo de conversión no era aplicable en este caso y, de cualquier manera, la conversión habría sido efectiva *ex nunc*, es decir, a partir de la fecha de la conversión. La Sala Administrativa también señaló que la Moratoria de 2002 había estado vigente desde el 12 de junio de 2002 hasta el 4 de junio de 2008. Por lo tanto, todo el proceso administrativo que culminó con el otorgamiento de la Concesión de 2008, como también el propio otorgamiento de esa Concesión, violó la Moratoria de 2002 y el

⁸¹⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), Considerando XI, págs. 65-67 (español), págs. 66-67 (inglés), **C-0239**.

⁸¹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), Considerando XI, pág. 65 (español), pág. 66 (inglés), **C-0239**.

⁸¹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), Considerando XIV, págs. 76-77 (español), págs. 76-77 (inglés), **C-0239**.

⁸¹⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), Considerando XI, pág. 67 (español), pág. 68 (inglés), **C-0239**.

principio de inderogabilidad de las normas⁸¹⁸. Dado que este era el principal elemento del cual dependía la validez de la Concesión, la Sala Administrativa consideró que no necesitaba analizar las otras impugnaciones contra la sentencia del TCA⁸¹⁹.

502. Al valorar una reclamación de denegación de justicia, el análisis del Tribunal debe centrarse en la sentencia de la corte que decidió sobre el último recurso, es decir, la Sentencia de la Sala Administrativa. Habiendo analizado esa sentencia, el Tribunal no puede discernir la existencia de denegación de justicia sustantiva. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 se basó en la ley costarricense y fue razonada. Si bien los motivos y las conclusiones de la Sala Administrativa podrían describirse como formalistas, no hubo aplicación incorrecta del derecho interno. Tal como fue analizado *supra*, la Sala Administrativa no violó el principio de *res judicata* con respecto a la aplicabilidad de la Moratoria de 2002 o la validez de la Concesión, porque la Sala Constitucional no había resuelto estas cuestiones.
503. Además, contrariamente al alegato de la Demandante, la Sala Administrativa no aplicó la Moratoria de 2002 de forma retroactiva. Si bien la Moratoria de 2002 había sido derogada cuando la Concesión de 2008 fue otorgada, esa derogatoria aún no había surtido efecto.
504. El argumento de Industrias Infinito era que tenía un derecho adquirido que se encontraba protegido frente a la aplicación de la Moratoria de 2002. La Sala Administrativa abordó este argumento y concluyó que Industrias Infinito no tenía ningún derecho adquirido el día en que entró en vigor la Moratoria de 2002, por lo cual no podía otorgársele válidamente una concesión de explotación mientras la Moratoria de 2002 estuviese vigente.
505. En conclusión, el Tribunal no está convencido de que la Sala Administrativa haya incurrido en denegación de justicia sustantiva.

(ii) ¿La Demandada Violó, de Algún Otro Modo, el Estándar de TJE?

506. El Tribunal procede ahora a considerar la cuestión de si la Demandada ha tratado las inversiones de la Demandante de manera injusta e inequitativa mediante una conducta que no constituye denegación de justicia.

⁸¹⁸ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerando LIII-LX, págs. 243-257 (PDF) (español), págs. 79-86 (PDF) (inglés), **C-0261** (“es claro que, desde el momento en que fue anulada la concesión en el 2004, se imponía la suspensión de todos los trámites administrativos iniciados por IISA con posterioridad, a efecto de obtener la concesión de explotación. No obstante, la Administración Pública, lejos de actuar de esa manera, continuó con su diligenciamiento hasta la emisión del acto R-217-2008-MINAE de las 15 horas del 21 de abril de 2008, aplicando la conversión del acto que aprobó originalmente la concesión. Con ese proceder conculcó lo preceptuado en dicha norma transitoria y, por ende, también el principio de inderogabilidad singular del reglamento o norma [...]”).

⁸¹⁹ Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerando LIII, pág. 243 (PDF) (español), pág. 79 (PDF) (inglés); Considerando LX, pág. 257 (PDF) (español), pág. 86 (PDF) (inglés), **C-0261**.

507. La Demandante sostiene que el “efecto combinado” de cuatro de las medidas impugnadas (es decir, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, la Resolución del MINAET de 2012 y la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013), junto con “la decisión del Gobierno de no permitir que el proyecto prosiguiera, violó el estándar [TJE] al violar las expectativas legítimas de Infinito, al no tratar la inversión de Infinito de manera consistente y predecible, y al no tratar a Infinito de manera arbitraria porque la medida fundacional no tenía un propósito racional”⁸²⁰. La Demandante también alega que, a través de la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015 y el procedimiento reiniciado con posterioridad, la Demandada siguió violando el TJE⁸²¹.
508. Para evaluar si las medidas impugnadas fueron injustas e inequitativas, el Tribunal debe analizar los hechos que desencadenaron esas medidas. Conforme al Artículo XII(3)(c) del TBI, las reclamaciones por violaciones y daños respecto de las cuales la Demandante tuvo conocimiento real o presunto antes del 6 de febrero de 2011 están prescritas. Sin embargo, para comprender el contexto y el razonamiento de las medidas impugnadas (tres de las cuales son decisiones judiciales que, por naturaleza, se basan en hechos anteriores para llegar a sus conclusiones), el Tribunal debe evaluar todos los hechos que desencadenaron las medidas impugnadas. La mayoría del Tribunal también ha resuelto que las reclamaciones relacionadas con la anulación de la Concesión por parte de la Sala Administrativa el 30 de noviembre de 2011 no están prescritas.
509. Según se analizó en la Sección V.D.3.b(ii)a *supra*, la reclamación sobre TJE de la Demandante comprende dos elementos, uno relacionado con la pérdida de la Concesión (a) y otro basado en la imposibilidad de reiniciar el proceso después de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 (b). Un tercer elemento está relacionado con la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015 y el procedimiento que se reinició con posterioridad (c), según se explicó en la Sección V.D.3.b(vi) *supra*. El Tribunal analizará estos elementos de forma separada.
- a. *¿La Demandada trató a la Demandante de Manera Injusta e Inequitativa en Relación con la Pérdida de la Concesión?*
510. La reclamación de TJE de Infinito en relación con la pérdida de la Concesión consta de tres partes. La Demandante sostiene que la Demandada violó sus expectativas legítimas, no la trató de forma coherente y predecible, y actuó de manera arbitraria.
511. En términos de expectativas legítimas, la Demandante alega que “[c]uando se considera la conducta del Gobierno en su conjunto, es evidente que Infinito tenía una expectativa legítima objetivamente razonable de que podría continuar con el proyecto Crucitas de conformidad con el Código de Minería, que no contenía ninguna moratoria en el momento de la inversión”⁸²². La Demandante fundó esta expectativa en dos

⁸²⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 590.

⁸²¹ C-Réplica Fondo, ¶¶ 612-613.

⁸²² C-Réplica Fondo, ¶ 561.

elementos: (i) el marco legal (y, en particular, el Código de Minería) vigente al momento de realizar la inversión inicial y (ii) la conducta del Gobierno, que respaldó su expectativa mediante medidas para impulsar el Proyecto.

512. Con respecto al marco legal, la Demandante señala que invirtió sobre la base de las disposiciones claras del Código de Minería, según las cuales el titular de un permiso de exploración tendría derecho a obtener una concesión de explotación, siempre y cuando haya descubierto un yacimiento explotable. La Demandante sostiene que este mecanismo se creó específicamente para atraer inversionistas extranjeros como ella⁸²³, y constituyó el *quid pro quo* que sirvió de base para el otorgamiento de la concesión de explotación⁸²⁴. En vista de este “marco jurídico claro”, la Demandante afirma que:
- a. “[C]uando Industrias Infinito obtuvo un permiso de exploración en enero de 1996, que legítimamente esperó que se[rí]a capaz de llevar a cabo trabajos de exploración para buscar minerales en el área del proyecto Crucitas y recibir una concesión de explotación para el área del proyecto Crucitas una vez que se demostró la existencia de yacimientos dentro del área del proyecto Crucitas”⁸²⁵.
 - b. Asimismo, Infinito “legítimamente esperó que sus derechos no podían ser[le] [quitados] a excepción de conformidad con el marco legal establecido en el Código de Minería vigente en ese momento”, y alegó que “[n]o habría invertido en el proyecto, si [...] su derecho a una concesión de explotación y [...] la propia concesión de explotación podría ser revocada arbitrariamente en cualquier momento mediante la aplicación de una moratoria a la minería a cielo abierto”⁸²⁶. En este sentido, la Demandante advierte que la Constitución de Costa Rica establece que “[a] ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas”⁸²⁷.
513. Por los motivos siguientes, el Tribunal no considera que la conducta de la Demandada deba evaluarse bajo el prisma de las expectativas legítimas.
514. En primer lugar, en los hechos, Industrias Infinito obtuvo una concesión de explotación de conformidad con el Código de Minería, no una sino dos veces. El problema no fue la negativa del Gobierno a otorgar esta concesión; el problema fue que, en ambas instancias, los tribunales costarricenses resolvieron que la concesión era defectuosa y, por lo tanto, la anularon. Por ende, la primera expectativa de la Demandante es irrelevante.

⁸²³ C-Réplica Fondo, ¶ 564.

⁸²⁴ Tr. Fondo Día 1 (ESP), 18:19-19:15, 21:5-8, 49:8-13; 49:20-50:2 (Sr. Terry).

⁸²⁵ C-Mem. Fondo, ¶ 307.

⁸²⁶ C-Mem. Fondo, ¶ 310.

⁸²⁷ Constitución Política de la República de Costa Rica, Artículo 34, **C-0013**.

515. En segundo lugar, el Tribunal no está convencido de que la segunda expectativa de la Demandante pueda considerarse “legítima”, del modo en que dicho término se entiende en el derecho de inversiones internacionales. Varios tribunales de inversiones han resuelto, de manera consistente, que, para gozar de la protección del estándar de TJE, la expectativa debe haber surgido de una garantía, compromiso o declaración específica ofrecida por el Estado, en la cual el inversor se fundó para realizar su inversión⁸²⁸.
516. En este caso, la Demandante no ha podido identificar ninguna garantía específica de que le sería permitido proceder con el Proyecto Crucitas. En particular, no recibió ninguna garantía específica de que “[e]n ausencia de cualquiera de los motivos específicos establecidos en el Código de Minería, y [en ausencia de] el cumplimiento [...] con el proceso de anulación o cancelación asociado, una concesión de explotación no podía ser anulada o cancelada”⁸²⁹. En efecto, ninguno de los hechos que alega la Demandante representan garantías específicas del Gobierno de que Industrias Infinito podría operar el Proyecto Crucitas, que la Moratoria de 2002 no le era aplicable, o que la concesión no podría cancelarse o anularse por causales ajenas a aquellas establecidas en el Código de Minería. Además, muchos de los hechos que la Demandante invoca como garantías tuvieron lugar después de su inversión inicial. En concreto:
- a. La Demandante alega que el Ministro del Ambiente Rodríguez manifestó a Infinito en 2002 que la Moratoria de 2002 no aplicaba al Proyecto Crucitas⁸³⁰. Sin embargo, no hay pruebas de esta afirmación salvo la declaración testimonial del Sr. Hernández, quien manifiesta que, durante una reunión en el primer trimestre de 2003 después de que la Moratoria de 2002 entrara en vigencia, el Ministro (i) “confirmó la posición del Gobierno en contra de la minería, pero expresó que se respetarían los derechos adquiridos”; (ii) “manifestó que la SETENA continuaría con el trámite [del EIA] y que su Despacho no intervendría en el proceso” y (iii) “[e]xpresó [...] que respetaría la decisión que adoptara la SETENA”⁸³¹. No existen pruebas documentales de estas declaraciones pero, en cualquier caso, el Ministro meramente declaró que se respetarían los derechos adquiridos y que el Gobierno

⁸²⁸ Véase, por ejemplo, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 (“*Duke*”), ¶ 340, **CL-0033**; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002 (“*Feldman*”), ¶¶ 148-149, **CL-0038**; *Frontier Petroleum*, ¶ 287, **CL-0039**; *Cargill, Incorporated c. República de Polonia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/2, Laudo, 5 de marzo de 2008 (“*Cargill Poland*”), ¶ 490, **RL-0226**; *El Paso*, ¶¶ 375-379, **CL-0035**; *White Industries Australia Limited c. República de la India*, CNUDMI, Laudo Final, 30 de noviembre de 2011 (“*White Industries*”), ¶ 10.3.17, **CL-0092**; *Venezuela Holdings B. V. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Laudo, 9 de octubre de 2014 (“*Venezuela Holdings*”), ¶ 256, **CL-0225**.

⁸²⁹ C-Mem. Fondo, ¶ 305.

⁸³⁰ C-Mem. Fondo, ¶ 315(a); C-Réplica Fondo, ¶ 572.

⁸³¹ CWS-Hernández 1, ¶ 106.

no interferiría con el proceso de obtención de permisos. No manifestó que Industrias Infinito tuviera algún derecho adquirido a explotar el Proyecto Crucitas.

- b. La Demandante también alega que, en el mes de agosto de 2002, la Sala Constitucional confirmó que la Moratoria de 2002 no aplicaba al Proyecto Crucitas⁸³². Tal como se indicó en el párrafo 461.a *supra*, la Sala Constitucional simplemente resolvió que la Moratoria de 2002 era constitucional porque respetaba los derechos adquiridos; no dijo que Industrias Infinito tuviera un derecho adquirido.
- c. La Demandante se basa en ciertas declaraciones que realizó el Presidente Pacheco en el mes de mayo de 2004, mediante las cuales supuestamente aceptó que el Proyecto podía continuar. Concretamente, según un artículo periodístico, el Presidente manifestó que “a golpe dado no hay quite, y si yo hubiera faltado a la palabra que habían dado gobiernos anteriores, pues Costa Rica hubiera sido sujeto de una demanda multimillonaria [...]”⁸³³. El Sr. Rauguth comentó al respecto que “estaba personalmente satisfecho al saber que el propio Presidente Pacheco reconoció a regañadientes la legalidad del proyecto, y [vio], además, que el desarrollo del sitio Crucitas no se retrasaría aún más por el gobierno cuestionable y la intervención política”⁸³⁴. Sin embargo, esto no representa una garantía de que los permisos o concesiones otorgados estarían exentos de control judicial.
- d. La Demandante también sostiene que la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 (que anuló la Concesión de 2002 “sin perjuicio” del EIA) constituye una garantía de que el proyecto podría proceder a través del proceso de aprobación del EIA, aunque la Moratoria de 2002 estuviera vigente⁸³⁵. No obstante, tal como se indica en el párrafo 462 *supra*, en 2004 la Sala Constitucional anuló la Concesión de 2002 y el significado de su frase “sin perjuicio” no es claro. Además, en 2007, la Sala Constitucional se declaró incompetente para aclarar si un EIA subsanaría la nulidad⁸³⁶ y, en el mes de agosto de 2010, se declaró incompetente para determinar si la Moratoria de 2002 aplicaba al Proyecto⁸³⁷.
- e. Infinito resalta que el Ministro del Ambiente defendió la legalidad y constitucionalidad de la Concesión de 2002 ante la Sala Constitucional durante el

⁸³² C-Mem. Fondo, ¶ 315(b); C-Réplica Fondo, ¶ 572; Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (20 de agosto de 2002), **C-0085**; CWS-Ulloa 1, ¶¶ 79-82.

⁸³³ Periódico Al Día, *Persiste malestar en Gobierno* (19 de mayo de 2004), **C-0108**.

⁸³⁴ CWS-Rauguth 1, ¶ 99.

⁸³⁵ C-Mem. Fondo, ¶ 315(c); CWS-Hernández 1, ¶¶ 127-130; Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), **C-0116**.

⁸³⁶ *Supra*, ¶ 463; Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), Considerando II, **C-0164**. Contrariamente a los argumentos de la Demandante, esta decisión no aclara que Industrias Infinito “sólo requería la aprobación de la [*sic*] EIA antes de la adjudicación de una concesión de explotación”. C-Réplica Fondo, ¶ 575(d).

⁸³⁷ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2010-014009 (24 de agosto de 2010), **R-0028**.

procedimiento que culminó con la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004⁸³⁸. Si bien esto demuestra que el Gobierno apoyaba el Proyecto o, al menos, defendía la legalidad de sus acciones, no equivale a una garantía de que el Proyecto podría proceder si se concluía que la Concesión de 2002 adolecía de defectos.

- f. La Demandante también señala que, con posterioridad a la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004, “Infinito y el Gobierno procedieron en el entendimiento mutuo de que [Industrias Infinito] tenía derecho a subsanar el defecto encontrado por la Sala Constitucional y a obtener su concesión de explotación restaurada”⁸³⁹. La Demandante menciona (i) el examen por la SETENA del EIA de Industrias Infinito, que abarcó 22 meses e incluyó importantes conversaciones con representantes de Industrias Infinito, visitas al lugar del Proyecto y la mayor audiencia pública en la historia de Costa Rica⁸⁴⁰; (ii) la aprobación final de SETENA del EIA para el Proyecto en 2005 y la declaración por parte de SETENA de que el Proyecto era ambientalmente viable⁸⁴¹; (iii) el examen y aprobación por la SETENA de la modificación de la EIA y su declaración de que el Proyecto modificado era ambientalmente viable en febrero de 2008⁸⁴²; (iv) la decisión del Presidente Arias de derogar la Moratoria de 2002 en marzo de 2008, como parte de un decreto que salvaguarda el medio ambiente minero en Costa Rica⁸⁴³; (v) la decisión del Presidente Arias y del Ministro Dobles de restablecer la concesión de explotación de Industrias Infinito en abril de 2008 a través del proceso de conversión⁸⁴⁴; y (vi) la concesión por el SINAC de un permiso para el cambio de uso de la tierra en octubre de 2008, que era el último permiso necesario antes de que pudiera completarse la construcción de la mina⁸⁴⁵. Si bien el Tribunal acepta que esos hechos demuestran el entendimiento del Gobierno de que la Moratoria de 2002 no era aplicable al Proyecto, no representan una garantía de que la Moratoria no era aplicable como cuestión de derecho, ni garantizan que las autorizaciones o concesiones estarían exentas de control judicial.

⁸³⁸ C-Mem. Fondo, ¶ 315(d); CWS-Hernández 1, ¶ 126; MINAE, Respuesta al Amparo (23 de abril de 2002), **C-0076**.

⁸³⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 574; CWS-Rauguth 1, ¶¶ 99-101; CWS-Peschke 1, ¶ 18.

⁸⁴⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 575(b); CWS-Hernández 1, ¶¶ 84, 96-100; CWS-Peschke 1, ¶ 22.

⁸⁴¹ C-Réplica Fondo, ¶ 575(c); CWS-Hernández 1, ¶ 140; Resolución No. 3638-2005-SETENA (12 de diciembre de 2005), **C-0134**; Comunicado de Prensa de Vanessa Ventures, “*Vanessa Receives Final Environmental Approval*”, (12 de diciembre de 2005), **C-0135**.

⁸⁴² C-Réplica Fondo, ¶ 575(e); CWS-Hernández 1, ¶ 156; Resolución No. 170-2008-SETENA (4 de febrero de 2008), **C-0170**; Comunicado de Prensa de Vanessa Ventures, “*SETENA Approves Vanessa’s Modified Environmental Impact Statement Involving Hard-Rock Mining at Crucitas*” (4 de febrero de 2008), **C-0171**.

⁸⁴³ C-Réplica Fondo, ¶ 575(f); CWS-Hernández 1, ¶¶ 148-149; Decreto No. 34492-MINAE (18 de marzo de 2008), **C-0172**.

⁸⁴⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 575(g); CWS-Hernández 1, ¶ 159; Resolución No. R-217-2008-MINAE (21 de abril de 2008), **C-0176**.

⁸⁴⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 575(j); CWS-Hernández 1, ¶¶ 174-175; Resolución No. 244-2008 SCH (17 de octubre de 2008), **C-0197**.

- g. La Demandante también invoca la comparecencia del Ministro Dobles ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica en el mes de octubre de 2008⁸⁴⁶. Es cierto que el Ministro Dobles dijo que “los procesos [para la aprobación del EIA y el otorgamiento de la concesión de explotación], cuyos actos finales [Resolución SETENA No. 170-08 y Resolución MINAE No. 217-08] hoy se encuentran firmes, se han dado en estricto apego a la normativa legal y la normativa constitucional”, y que “se han respetado absolutamente todos los procesos y, por otro lado, la empresa ha cumplido con todos los requisitos de ley y los requisitos reglamentarios”⁸⁴⁷. Sin embargo, estas declaraciones, que no estaban dirigidas a Infinito, no pueden interpretarse como una garantía de que la Concesión y las aprobaciones relacionadas no estarían sujetas a control judicial o que no se anularían si los tribunales determinasen que no se cumplieron algunos requisitos legales o reglamentarios.
- h. Por último, la Demandante alega que la Sentencia de la Sala Constitucional de 2010 “concluyó que el proyecto era ambientalmente racional, de conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política y que la concesión de explotación y otras aprobaciones de proyecto[] eran constitucionales y legales”⁸⁴⁸. Tal como se analizó en los párrafos 464-467 *supra*, la Sala Constitucional simplemente resolvió que el Proyecto no violaba el derecho constitucional a un ambiente sano, pero rechazó expresamente su competencia para opinar sobre si cumplía con los requisitos técnicos (legales)⁸⁴⁹.
517. Si bien la conducta general del Gobierno (incluyendo sus declaraciones, autorizaciones y el otorgamiento de la Concesión de 2008) en efecto demuestran que el Gobierno apoyó el Proyecto Crucitas y consideró que la Moratoria de 2002 no le era aplicable, dicha conducta no equivale a una garantía específica otorgada a la Demandante para inducirla a invertir, ni equivale a una garantía de que la Moratoria de 2002 no aplicaba al Proyecto desde el punto de vista legal.
518. La Demandante parece reconocer la falta de garantías específicas, ya que funda su alegada expectativa en el marco legal vigente al momento de la inversión y, en particular, en el Código de Minería y la prohibición de retroactividad de la Constitución de Costa Rica. Sin embargo, el marco legal no ayuda a la Demandante. Contrariamente a las alegaciones de la Demandante, los Artículos 61 y 63 del Código de Minería no brindan una lista exhaustiva de las causales de anulación o cancelación de una concesión, sino meros ejemplos de tales causales⁸⁵⁰. De hecho, el Artículo 61

⁸⁴⁶ Asamblea Legislativa, Acta de la Sesión Plenaria No. 93 (27 de octubre de 2008), **C-0200**; CWS-Hernández 1, ¶ 175.

⁸⁴⁷ Asamblea Legislativa, Acta de la Sesión Plenaria No. 93 (27 de octubre de 2008), pág. 12, **C-0200**.

⁸⁴⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 575; CWS-Hernández 1, ¶¶ 179-188; Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (16 de abril de 2010), **C-0225**.

⁸⁴⁹ *Supra*, ¶¶ 464-467.

⁸⁵⁰ Código de Minería, Ley No. 6797 (4 de octubre de 1982), Artículo 61, **C-0015** (“Serán nulos los permisos y concesiones otorgados en contravención a la ley, y en especial los siguientes: [...]”);

deja en claro que serán nulas las concesiones que se otorguen en contravención a “la ley”, no “esta ley”. Es decir, queda claro que para tener validez, las concesiones de explotación deben cumplir con todos los requisitos legales aplicables, no sólo los que establece el Código de Minería. La Demandante no pudo haber esperado legítimamente que sus concesiones de explotación estarían exentas de control judicial si se otorgaron en contra de las normas jurídicas vigentes.

519. La Demandante también alega que la Moratoria de 2002 modificó o “evisceró” el marco legal. Sin embargo, en ausencia de garantías específicas, el estándar de TJE no protege expectativas relacionadas con la estabilidad del marco legal de un Estado⁸⁵¹. Salvo que se comprometan expresamente a no hacerlo, los Estados gozan de libertad para modificar el régimen legal vigente al momento de la inversión, en la medida que lo hagan dentro de los límites establecidos por el estándar de TJE, es decir, el cambio no debe ser irracional, discriminatorio, desproporcionado o adoptado en violación del debido proceso⁸⁵².
520. Además, por lo general, una prohibición de retroactividad, como la del Artículo 34 de la Constitución de Costa Rica, usualmente no prohíbe la promulgación de leyes con efectos a futuro, al menos, cuando se protegen derechos adquiridos. Aquí, cuando Costa Rica modificó su marco legal mediante la Moratoria de 2002, respetó los derechos adquiridos. No está en disputa que la Moratoria de 2002 no era aplicable a las concesiones de explotación que ya se habían otorgado. Es por eso que la Demandante consideró que la Concesión de 2002, otorgada antes de la Moratoria de 2002, no se veía afectada por ella. Sin embargo, tal como se analizó en los párrafos 83, 497 y 501 *supra*, la Sala Constitucional resolvió que la Concesión de 2002 era nula porque se había otorgado sin un EIA previo, y el TCA y la Sala Administrativa resolvieron que esta nulidad era absoluta y operaba *ab initio*. En consecuencia, la base de los derechos adquiridos de Industrias Infinito desapareció. Al otorgarse una nueva concesión en 2008, el TCA y la Sala Administrativa resolvieron que la Concesión de 2008 también era nula porque se otorgó mientras la Moratoria de 2002 estaba vigente.
521. A la luz de las consideraciones precedentes, es claro para el Tribunal que la pérdida de la Concesión de la Demandante no fue consecuencia de la modificación del marco legal. Este no es un caso de violación de expectativas legítimas de estabilidad legal.

Artículo 62 (“Los permisos de exploración podrán ser cancelados si el titular no cumple con las obligaciones que se establecen en esta ley y su reglamento, en especial en los siguientes casos: [...]”).

⁸⁵¹ Véase, por ejemplo, *Parkerings*, ¶ 332, **CL-0068**; *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Laudo, 19 de diciembre de 2013 (“*TECO*”), ¶ 629, **CL-0165**; *Micula*, ¶ 666, **CL-0060**. Es cierto que algunas decisiones ratificaron expectativas legítimas acerca de marcos legales que se consideraba que (i) contenían garantías específicas; y/o (ii) se habían adoptado precisamente para atraer inversionistas extranjeros y fomentar sus inversiones, que no se ha establecido es el caso del Código de Minería de Costa Rica. Véase, por ejemplo, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 (“*LG&E*”), ¶ 139, **CL-0053**; *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*, CNUDMI, Laudo Parcial Definitivo, 6 de mayo de 2016, ¶¶ 248, 273, 292, **CL-0238**.

⁸⁵² *Parkerings*, ¶ 332, **CL-0068**; *TECO*, ¶ 630, **CL-0165**.

Lo que está en juego aquí es otra cosa: es el hecho de si, al guiar a la Demandante en su proceso de inversión y emitir los permisos correspondientes, la Demandada actuó de forma razonable, coherente y en cumplimiento de sus propias leyes, y si sus tribunales aplicaron el derecho interno de conformidad con la obligación internacional de Costa Rica de brindar TJE a la inversión de la Demandante.

522. En este sentido, el Tribunal comienza recordando que la Demandante invirtió en Costa Rica en el año 2000, cuando adquirió Industrias Infinito. En 1997, el entonces Presidente de Costa Rica había declarado la minería industria de conveniencia nacional⁸⁵³.
523. Industrias Infinito tenía un permiso de exploración, otorgado en el año 1993 y prorrogado hasta el mes de septiembre de 1999. Entre 1993 y 2000, Industrias Infinito confirmó la existencia de yacimientos de oro. Solicitó una concesión de explotación el 18 de diciembre de 1999, que obtuvo en el mes de diciembre de 2001 y entró en vigencia en enero de 2002 (“**Concesión de 2002**”)⁸⁵⁴. La Concesión de 2002 tenía un plazo de diez años, sujeto a prórrogas y una renovación, y permitía a Industrias Infinito extraer, procesar y vender los minerales del yacimiento de oro Las Crucitas⁸⁵⁵. La Concesión de 2002 especificaba que “[e]l concesionario de previo al inicio de las actividades de explotación deberá contar con la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental debidamente aprobado por la Secretaría Técnica [N]acional Ambiental, para lo cual se le otorgan seis meses para su presentación ante la Dirección de Geología y Minas”⁸⁵⁶.
524. Sin embargo, en 2004, la Sala Constitucional declaró la Concesión de 2002 inválida porque el EIA debería haberse aprobado *antes* del otorgamiento de la concesión⁸⁵⁷. Así, la Sala anuló la Concesión de 2002 “sin perjuicio de lo que determine el estudio de impacto ambiental”⁸⁵⁸.
525. Para evaluar las implicaciones de esta Sentencia, es necesario analizar el marco legal que regía las concesiones de explotación en aquel entonces. El Artículo 23 del Código de Minería establece que el titular de un permiso de explotación “tendrá derecho”, *inter alia*, a “la obtención de una o varias concesiones de explotación, si justificara la existencia de uno o varios yacimientos explotables de sustancias minerales, situados

⁸⁵³ *Supra*, ¶ 68.

⁸⁵⁴ Solicitud de Concesión de Explotación Minera, Industrias Infinito S.A. (18 de diciembre de 1999), **C-0053**; Resolución No. R-578-2001-MINAE (17 de diciembre de 2001), **C-0069**.

⁸⁵⁵ CWS-Hernández 1, ¶¶ 83-87; Resolución No. R-578-2001-MINAE (17 de diciembre de 2001), **C-0069**.

⁸⁵⁶ Resolución No. R-578-2001-MINAE (17 de diciembre de 2001), Parte Operativa, ¶ 2, **C-0069**.

⁸⁵⁷ *Supra*, ¶ 83.

⁸⁵⁸ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Parte Operativa, pág. 32 (PDF) (inglés), págs. 66-67 (PDF) (español), **C-0116** (traducido al inglés en R-Mem. Jur., ¶ 62).

en el interior del perímetro de su permiso de exploración”⁸⁵⁹. Sin embargo, contrariamente a los argumentos de la Demandante, el Código de Minería no garantiza que una concesión de explotación será automáticamente otorgada bajo cualquier circunstancia. El Artículo 26 deja en claro que, para obtener una concesión de explotación, el titular del permiso de exploración debe haber cumplido con las obligaciones y requerimientos del Código de Minería y su Reglamento⁸⁶⁰. De hecho, los propios peritos de la Demandante, los Sres. Hernández y Rojas, confirman que el derecho a obtener una concesión de explotación no es automático⁸⁶¹.

526. No está en disputa que, el 17 de diciembre de 2001 (la fecha en la que se otorgó la Concesión de 2002 a Industrias Infinito), el Código de Minería no requería la aprobación de un EIA como requisito previo para la obtención de una concesión de explotación. El Artículo 34 del Código de Minería establecía que “[e]l titular de una concesión de explotación estará obligado a: [...] Elaborar un estudio completo sobre el impacto ambiental del proceso de explotación, que cumpla con los requisitos contemplados en el artículo 97; y cumplir con las normas que regulan la contaminación ambiental y la recuperación de los recursos naturales renovables”⁸⁶². En otras palabras, el Código de Minería exigía a quienes ya habían obtenido una concesión de explotación elaborar un EIA. Así, la Concesión de 2002 parecía cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Minería.
527. Siendo lo anterior así, no está en disputa que en el mes de febrero o marzo de 2001 se sancionó un nuevo reglamento del Código de Minería (el “**Reglamento de 2001**”), que requería que el EIA fuese aprobado antes del otorgamiento de la concesión⁸⁶³. La Demandante alega que, conforme a las disposiciones transitorias del Reglamento de 2001, la nueva secuencia del EIA no regía para solicitudes de concesiones de explotación ya presentadas cuando el Reglamento de 2001 entró en vigencia (como era el caso de la solicitud de Industrias Infinito), y que tales solicitudes seguirían su

⁸⁵⁹ Código de Minería, Ley No. 6797 (4 de octubre de 1982), Artículo 23(b), **C-0015** (“El titular de un permiso de exploración tendrá derecho especialmente a lo siguiente: [...] (b) A la obtención de una o varias concesiones de explotación, si justificara la existencia de uno o varios yacimientos explotables de sustancias minerales, situados en el interior del perímetro de su permiso de exploración”).

⁸⁶⁰ Código de Minería, Ley No. 6797 (4 de octubre de 1982), Artículo 26, **C-0015** (“Durante la vigencia de un permiso de exploración y hasta los sesenta días siguientes al vencimiento del plazo o de la prórroga, el titular tendrá el derecho de obtener una concesión de explotación, siempre que haya cumplido con las obligaciones y requerimientos de esta ley y su reglamento”).

⁸⁶¹ CER-Hernández-Rojas 2, ¶ 80 (“No hemos sostenido, como afirma temerariamente el Experto Ubico que el permiso de exploración concede de manera automática el derecho a la explotación, pero sí el derecho a obtener una respuesta final dentro del procedimiento de concesión válidamente iniciado”).

⁸⁶² Código de Minería, Ley No. 6797 (4 de octubre de 1982), Artículo 34(ch), **C-0015**.

⁸⁶³ Decreto No. 29300-MINAE (marzo de 2001), Reglamento al Código de Minería, Artículo 9, **C-0059**. El Tribunal advierte que la fecha no aparece en el anexo, pero las Partes parecen estar de acuerdo en que el decreto es de marzo de 2001. Véanse Lista Consolidada de Anexos de la Demandante y R-Mem. Jur., ¶ 61. Sin embargo, otros documentos en el expediente se refieren a este decreto como expedido en febrero de 2001. Véase Decreto Ejecutivo No. 37225-MINAET, 23 de julio de 2012, **R-0397** (que se refiere en su *chapeau* a “el Reglamento al Código de Minería, Decreto Ejecutivo No. 29300-MINAE del 8 de febrero del 2001”).

proceso de conformidad con las normas vigentes antes de la entrada en vigor del Reglamento de 2001⁸⁶⁴. El Artículo Transitorio I del Reglamento de 2001 reza lo siguiente:

Todas las solicitudes que se encuentren en trámite a la fecha de publicación del presente reglamento, continuarán su trámite con la normativa reglamentaria vigente al momento de la presentación de éstas. Sin embargo, al concedérseles el derecho de permiso o de concesión, la labor de tutela y control será ejecutada conforme al presente reglamento⁸⁶⁵.

528. La Sala Constitucional no hizo referencia a este artículo transitorio, aunque estableció que “una vez otorgada la concesión de explotación, la Administración conserva la potestad de revocar la concesión de explotación minera por incumplimiento de las obligaciones del concesionario enumeradas en los incisos anteriores de ese precepto), 100 y 101 (sanciones y prohibiciones) todos del Código de Minería”⁸⁶⁶. Por “ese precepto”, el Tribunal entiende que la Sala Constitucional se refería al Artículo 9 del Reglamento de 2001, al cual había hecho alusión anteriormente en el párrafo. El Tribunal coincide con la Demandante en que, por sí solo, esto parece equivaler a la aplicación retroactiva del Reglamento de 2001. Sin embargo, la Sala Constitucional observó asimismo que el requisito de que el EIA debía aprobarse con anterioridad al otorgamiento de la concesión surgía del principio preventivo en materia ambiental, que había sido “asimilado en la jurisprudencia constitucional” con arreglo al Artículo 50 de la Constitución desde el año 1995⁸⁶⁷, aunque el extracto citado por la Sala Constitucional no hacía referencia específicamente al requisito de un EIA.
529. La Demandada ha argumentado que “el requisito de presentar un estudio EIA antes del otorgamiento de una concesión de explotación es un principio jurídico que ha estado firmemente establecido en Costa Rica desde 1993”⁸⁶⁸. La Demandada cita una decisión de la Sala Constitucional del mes de mayo de 2001, dictada *después* de que hubiera entrado en vigor el Reglamento de 2001⁸⁶⁹, que hacía referencia a una decisión de 1993 que determinó que una disposición del proyecto de Ley de Hidrocarburos era inconstitucional debido a que permitía que el EIA se aprobara después de que se hubiera otorgado la concesión⁸⁷⁰. Sin embargo, esta es la única

⁸⁶⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 109.

⁸⁶⁵ Decreto No. 29300-MINAE (marzo de 2001), Reglamento al Código de Minería, Transitorio I, **C-0059**.

⁸⁶⁶ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Sección IV, pág. 27 (PDF) (inglés), pág. 61 (PDF) (español), **C-0116**.

⁸⁶⁷ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Sección IV, págs. 23-26 (PDF) (inglés), págs. 57-60 (PDF) (español), **C-0116**.

⁸⁶⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 98; véase también ¶ 112.

⁸⁶⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 111, que cita a la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2001-4245 (23 de mayo de 2001), **R-0253**.

⁸⁷⁰ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2001-4245 (23 de mayo de 2001), Considerando IV, **R-0253** (que hace referencia a la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 6240-93 (26 de noviembre de 1993).

instancia jurisprudencial en el expediente que exige que un EIA debe ser aprobado con anterioridad al otorgamiento de una concesión antes de la expedición del Reglamento de 2001⁸⁷¹.

530. La Demandada observa asimismo que, según el Artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente, promulgada en el año 1995, “[la] aprobación previa [de un EIA] de parte de [la SETENA] será requisito indispensable para **iniciar las actividades, obras o proyectos**” “que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos, materiales tóxicos o peligrosos”⁸⁷². El TCA también invocó esta disposición en el año 2010 a efectos de argüir que el Artículo 34 (ch) del Código de Minería había sido derogado tácitamente⁸⁷³. Sin embargo, la Ley Orgánica del Ambiente no exige la aprobación de un EIA con anterioridad al otorgamiento de la concesión, exige la aprobación de un EIA con anterioridad al inicio de las actividades. Por lo tanto, el Artículo 34 (ch) del Código de Minería no es inconsistente con la Ley Orgánica del Ambiente. Es importante observar que la Concesión de 2002 cumplía con ambas disposiciones, en tanto especificaba que “[e]l concesionario **de previo al inicio de las actividades de explotación** deberá contar con la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental debidamente aprobado por la [SETENA], para lo cual se le otorgan seis meses para su presentación ante la [DGM]”⁸⁷⁴.
531. En consecuencia, el Tribunal concluye que el requisito de un EIA previo al otorgamiento de una concesión no se encontraba “firmemente establecido” en el marco jurídico costarricense cuando se otorgó la Concesión de 2002, y que la Concesión de 2002 cumplía con los requisitos del Código de Minería, las disposiciones transitorias del Reglamento de 2001 y la Ley Orgánica del Ambiente.
532. La Demandante no ha reclamado que la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 constituyera una denegación de justicia, ni tampoco podría hacerlo, ya que la reclamación se encontraría prescrita. Por lo tanto, al Tribunal no le compete el razonamiento de esta Sentencia. Lo que importa a los fines presentes es que la Sala Constitucional anuló la Concesión de 2002 debido a que se encontraba viciada. No obran en el expediente pruebas de que este vicio hubiese sido inducido por una mala conducta por parte de la Demandante. En consecuencia, solo puede atribuírsele al Estado, específicamente al MINAE, que otorgó la Concesión.

⁸⁷¹ El Tribunal observa que la perita de la Demandante, Sra. Araya, se ha referido a otras dos instancias en las cuales la Sala Constitucional manifestó que un EIA debía ser prerrequisito para el otorgamiento de un permiso o concesión minera (Sala Constitucional, Sentencia No. 1221-2002, 6 de febrero de 2002, **C-0805**, y Sala Constitucional, Sentencia No. 1220-2002, 6 de febrero de 2002, **C-0807**), pero las dos son posteriores a la fecha de expedición del Reglamento de 2001. CER-Araya 1, ¶ 101 y nota al pie 79.

⁸⁷² R-Dúp. Fondo, ¶ 108; Ley Orgánica del Ambiente, Ley No. 7554 (4 de octubre de 1995), Artículo 17, **R-0085** (énfasis agregado).

⁸⁷³ RER-León 1, ¶ 182.

⁸⁷⁴ Resolución No. R-578-2001-MINAE (17 de diciembre de 2001), Parte Operativa, ¶ 2 (énfasis agregado), **C-0069**.

533. Esto es consistente con el principio administrativo costarricense de impulso de oficio, conforme al cual la Administración tiene el deber de “instar o impulsar el procedimiento en forma oficiosa, incluso sin requerir o necesitar gestión de parte, a fin de que el procedimiento sea lo más expedito y eficaz posible, es decir, que se tramite sin dilaciones indebidas para sus intervinientes”⁸⁷⁵. La perita de la Demandante, la Dra. Araya explica este principio en los siguientes términos (una explicación con la que coincide la Dra. León⁸⁷⁶):

[S]on las instituciones públicas las que tienen la obligación de ‘impulsar’ el procedimiento hasta su fase final. Es por ello que, ante las solicitudes de los particulares, las instituciones deben revisarlas, verificar sus requisitos y, en caso de no cumplirlos, **es su deber** solicitar sean aclaradas o modificadas presentado o solicitar la presentación de lo omitido. Una vez verificada la presentación de todos los requisitos, y siendo aprobados estos, se debe pasar a la siguiente etapa y así sucesivamente, hasta llegar a la toma de la decisión final⁸⁷⁷.

534. La Dra. Araya concluye que (i) “resulta ilógico atribuirle a un particular (y no al Estado) la responsabilidad de dirigir un procedimiento administrativo, indicar los instrumentos jurídicos aplicables, interpretar la regulación, detectar omisiones técnicas o de forma, dar cuenta de prohibiciones específicas de la materia o esclarecer en casos de falta de certeza”⁸⁷⁸, y (ii) “es el Estado (y no el particular) quien lleva el impulso y dirección de los procedimientos administrativos y toma sus propias decisiones, las cuales siempre deben estar motivadas y acordes al principio de legalidad”⁸⁷⁹. La Dra. León coincide con ambas afirmaciones, aunque aclara que “por este principio ni se garantiza el cumplimiento del principio de legalidad, ni se excluye la conducta (ya sea activa o pasiva) del control jurisdiccional”⁸⁸⁰. Sea como fuere, el hecho es que es deber del Gobierno determinar los requisitos necesarios para un procedimiento administrativo, e informarle al gestionante de la actuación que debe realizar para que ese procedimiento resulte exitoso.
535. En consecuencia, queda claro que el defecto jurídico de la Concesión de 2002 sólo puede atribuirse al Estado. Era el deber del Estado dirigir el proceso por el cual Industrias Infinito obtendría su concesión de explotación, y determinar la secuencia de las diversas aprobaciones. Dados los términos claros del Artículo 34 del Código de Minería, el Artículo Transitorio I del Reglamento de 2001 y el Artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente, la falta de una jurisprudencia firmemente establecida en contrario, y el principio de impulso de oficio, uno no puede culpar razonablemente a la Demandante por no haberse dado cuenta de que la letra escrita de la ley establecida

⁸⁷⁵ RER-León 2, ¶ 215, que cita al Tribunal Contencioso Administrativo, Resolución No. 00095-2017 (31 de julio de 2017), Sección VI, **R-0300**.

⁸⁷⁶ RER-León 2, ¶ 216.

⁸⁷⁷ CER-Araya 1, ¶ 12 (énfasis en el original).

⁸⁷⁸ CER-Araya 1, ¶ 17.

⁸⁷⁹ CER-Araya 1, ¶ 20.

⁸⁸⁰ RER-León 2, ¶ 220.

en el Código de Minería, el Reglamento de 2001 (artículos transitorios) y la Ley Orgánica del Ambiente había sido derogada de manera tácita.

536. Debido a que la Concesión de 2002 fue declarada nula, el TCA y la Sala Administrativa finalmente sostuvieron en el año 2011 que se había eliminado la Concesión de 2002 del ordenamiento jurídico, con la consecuencia de que Industrias Infinito no detentaba derechos adquiridos que la protegerían de la aplicación de la Moratoria de 2002. No obstante, el Gobierno continuó trabajando con Industrias Infinito a efectos de impulsar el Proyecto. Industrias Infinito continuó con el proceso del EIA, el cual incluyó una audiencia pública con la participación de más de 1000 personas y visitas por parte de la Comisión Plenaria de la SETENA⁸⁸¹. En el mes de agosto de 2005, la SETENA aprobó el EIA, y solicitó a Industrias Infinito que presentara una declaración jurada de compromisos ambientales, la realización de un depósito financiero que fungiría como una garantía ambiental, la designación de un regente ambiental, y la presentación ante la SETENA de un libro de registros⁸⁸². En el mes de diciembre de 2005, una vez que Industrias Infinito había presentado una declaración jurada ambiental, la SETENA confirmó la viabilidad ambiental del Proyecto⁸⁸³. En respuesta a condiciones de mercado cambiantes, Industrias Infinito actualizó su estudio de factibilidad (realizado de conformidad con la legislación canadiense en materia de títulos valores), y solicitó una modificación de su EIA, que la SETENA aprobó el 4 de febrero de 2008⁸⁸⁴. El 15 de febrero de 2008, Industrias Infinito presentó un estudio de factibilidad modificado ante la DGM, el cual consideraba la extracción de más oro a partir de la misma cantidad de material, como consecuencia del aumento en el precio del oro⁸⁸⁵.
537. El expediente muestra que estos procesos fueron extensos y conllevaron diversas presentaciones de Industrias Infinito, numerosas reuniones con funcionarios gubernamentales, y una revisión extensa por parte de la SETENA. Los testigos de la Demandante afirman, y la Demandada no lo ha negado, que durante estos procesos ningún funcionario gubernamental sugirió que estos procesos administrativos o las aprobaciones otorgadas estuviesen prohibidas por la Moratoria de 2002⁸⁸⁶.
538. Con base en la declaración de la Sala Constitucional de que la Concesión de 2002 había sido anulada “sin perjuicio de lo que determine el estudio de impacto

⁸⁸¹ CWS-Hernández 1, ¶ 136.

⁸⁸² CWS-Hernández 1, ¶ 138; Resolución No. 2237-2005-SETENA (30 de agosto de 2005), **C-0130**.

⁸⁸³ CWS-Hernández 1, ¶ 140; Resolución No. 3638-2005-SETENA (12 de diciembre de 2005), **C-0134**.

⁸⁸⁴ Micon International Limited, Estudio de Factibilidad Financiable para el Proyecto de Oro Crucitas (julio de 2006), **C-0152**; CWS-Peschke 1, ¶¶ 28, 51; Industrias Infinito, Presentación ante la SETENA del Documento de Evaluación Ambiental de Cambios Propuestos al Proyecto (3 de diciembre de 2007), **C-0168**; Industrias Infinito S.A., Evaluación Ambiental de Cambios Propuestos al Proyecto (1 de noviembre de 2007), **C-0524**; Lista Estudios Realizados, **C-0456**; Resolución No. 170-2008-SETENA (4 de febrero de 2008), **C-0170**.

⁸⁸⁵ CWS-Hernández 4, ¶ 78; Actualización del Estudio de Factibilidad Técnico-Económico (15 de febrero de 2008), **C-0531**.

⁸⁸⁶ CWS-Hernández 4, ¶¶ 27, 75; CWS-Peschke 1, ¶ 36.

ambiental”⁸⁸⁷, el 30 de mayo de 2007 (después de que su EIA había sido aprobado), Industrias Infinito solicitó subsanar su concesión mediante el mecanismo de convalidación⁸⁸⁸, que habría subsanado la concesión de manera retroactiva⁸⁸⁹. Sin embargo, el 11 de abril de 2008, la DGM recomendó a la consejera legal del MINAE que utilizara el mecanismo de conversión para restablecer la concesión de explotación⁸⁹⁰. El Artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública deja en claro que la conversión podrá aplicarse a actos que resulten inválidos como consecuencia de una nulidad absoluta o relativa, que convierte al acto inválido en uno válido distinto siempre y cuando el primero cumpla con todos los requisitos formales y materiales del último, y que tiene efecto desde la fecha de la conversión⁸⁹¹.

539. Cabe observar a estas alturas que, preocupada con el estado de su concesión, en el año 2006, Industrias Infinito solicitó a la Sala Constitucional que aclarara la naturaleza de la anulación que había declarado y si había sido subsanada mediante la aprobación del EIA⁸⁹². Pero la Sala Constitucional se negó a brindar esta aclaración, declarándose incompetente⁸⁹³. No obstante, la Sala Constitucional le dijo expresamente a Industrias Infinito que, si consideraba que había subsanado las violaciones previamente identificadas, debía plantear el asunto mediante los “procesos administrativos y jurisdiccionales” correspondientes⁸⁹⁴. La Sala Constitucional también hizo hincapié en que había anulado la Concesión de 2002 no porque hubiera detectado defectos en el propio decreto administrativo, sino porque la Sala había determinado que el decreto resultaba violatorio del principio preventivo y del derecho constitucional al disfrute de

⁸⁸⁷ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia (26 de noviembre de 2004), Parte Operativa, págs. 66-67 (PDF) (español), **C-0116**. (El Tribunal observa que ha utilizado la traducción al inglés de la Demandada en R-Mem. Jur., ¶ 62).

⁸⁸⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), Resultando No. 19, pág. 22 (PDF) (inglés), pág. 162 (PDF) (español), **C-0239**; Carta de Industrias Infinito a la DGM (30 de mayo de 2007), **C-0527**; Resolución No. R-217-2008-MINAE (21 de abril de 2008), Considerando Segundo, pág. 19 (PDF) (inglés), pág. 40 (PDF) (español), **C-0176**.

⁸⁸⁹ CER-Hernández-Rojas 1, ¶¶ 65-66; Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 (5 de febrero de 1978), Artículo 187, **C-0014**.

⁸⁹⁰ Memorando No. DGM-RNM-284-2008 del Director de la DGM dirigido a la Coordinadora del Departamento Legal del MINAE (11 de abril de 2008), pág. 1, **C-0174** (“Remito para su diligencia recomendación para que de conformidad con el artículo 189 de la Ley General de la Administración Pública se proceda a la conversión de la resolución N° 578-2001-MINAE de las 9:00 horas del 17 de diciembre del 2001, en la que se otorgó concesión de explotación minera a favor de la sociedad de Industrias Infinito Sociedad Anónima [...]”).

⁸⁹¹ Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 (5 de febrero de 1978), Artículo 189, **C-0014** (“1. El acto inválido, absoluta o relativamente nulo, podrá ser convertido en otro válido distinto por declaración expresa de la Administración a condición de que el primero presente todos los requisitos formales y materiales del último. 2. La conversión tiene efecto desde su fecha”).

⁸⁹² RER-Ubico 1, ¶ 76.

⁸⁹³ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), **C-0164**.

⁸⁹⁴ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), Considerando I, **C-0164**.

un ambiente sano y equilibrado consagrado en la Constitución⁸⁹⁵. De manera similar, ante un recurso de un recurrente distinto, la Sala Constitucional declaró, en el mes de agosto de 2010, que no era competente para decidir si la Moratoria de 2002 resultaba aplicable al Proyecto Crucitas⁸⁹⁶.

540. La Demandada ha argumentado asimismo que, al presentar la solicitud de aclaraciones de 2006 ante la Sala Constitucional, Industrias Infinito demostró que tenía dudas respecto del tipo de nulidad que había declarado la Sala Constitucional y que, cuando ese tribunal se declaró incompetente para brindar esta aclaración, debería haber recurrido al TCA. Si Industrias Infinito lo hubiera hecho, habría tomado conocimiento de que no tenía derechos adquiridos, que el Proyecto se encontraba sujeto a la Moratoria de 2002 y que, por lo tanto, no podía continuar⁸⁹⁷.
541. El Tribunal ve la cuestión de manera diferente. No era claro si la Moratoria de 2002 era o no aplicable al Proyecto Crucitas. En primer lugar, a Industrias Infinito se le había otorgado la Concesión antes de que entrara en vigor la Moratoria; en principio su derecho a explotar la concesión se encontraba protegido. En segundo lugar, aunque la Concesión de 2002 resultó indiscutiblemente anulada por la Sala Constitucional, dada la afirmación “sin perjuicio” de la Sala Constitucional, no quedaba claro si dicha nulidad era absoluta o relativa. En el supuesto de que la nulidad hubiese sido relativa, la Concesión podría haber sido posiblemente convalidada o saneada con efecto retroactivo⁸⁹⁸, lo que habría significado que la Concesión de Industrias Infinito habría estado protegida, y la Moratoria de 2002 no le habría resultado aplicable. En tercer lugar, el Gobierno continuó trabajando con Industrias Infinito con miras a la aprobación del EIA y la restauración de la Concesión. No es materia de controversia que ningún poder gubernamental intentó aplicar la Moratoria de 2002 a Industrias Infinito con anterioridad a la Sentencia del TCA de 2010. En cuarto lugar, Industrias Infinito intentó, infructuosamente, obtener una aclaración de la Sala Constitucional sobre el estatus de la Concesión, lo cual demuestra diligencia y buena fe. En quinto lugar, la críptica Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 (que anuló la Concesión “sin perjuicio de lo que determine el [EIA]”), conjuntamente con sus Sentencias de 2006 y 2010 negándose a pronunciarse sobre la naturaleza de la nulidad declarada o la aplicabilidad de la Moratoria de 2002, se agregaron a la falta de transparencia del

⁸⁹⁵ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Sentencia No. 2007-7973 (7 de junio de 2007), Considerando II, **C-0164**.

⁸⁹⁶ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2010-014009 (24 de agosto de 2010), Considerando V, págs. 13-14 (PDF) (español), págs. 1-2 (PDF) (inglés), **R-0028**.

⁸⁹⁷ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 124-130.

⁸⁹⁸ Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 (5 de febrero de 1978), Artículo 187, **C-0014** (“1. El acto relativamente nulo por vicio y en la forma, en el contenido o en la competencia podrá ser convalidado mediante uno nuevo que contenga la mención del vicio y la de su corrección. 2. La convalidación tiene efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado.”); Artículo 188(1) y (3) (“1. Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, estos podrán darse después del acto, acompañados por una manifestación de conformidad con todos sus términos. [...] 3. El saneamiento producirá efecto retroactivo a la fecha del acto saneado”).

marco jurídico. Habida cuenta de todos estos elementos, el Tribunal no coincide con la Demandada en que la Demandante debería haber tenido conocimiento de que la Moratoria de 2002 le resultaba aplicable. Aún si sospechara que podría haber sido así, ni las instituciones administrativas ni los tribunales habían confirmado dicha aplicación en esa etapa.

542. En efecto, tal como se anticipara *supra* cuando se analizaron las garantías alegadas por la Demandante, las acciones del Gobierno entre los años 2004 y 2008 demuestran que consideraba que la Moratoria de 2002 no resultaba aplicable al Proyecto. Estas acciones se trataron en el párrafo 516 *supra*, al cual el Tribunal se remite. Queda particularmente claro a partir de las declaraciones del Ministro Dobles citado en el párrafo 516.g *supra* que el Gobierno creía firmemente que el Proyecto cumplía con todos los requisitos legales y reglamentarios y no se encontraba sujeto a la Moratoria de 2002.
543. En consecuencia, el Gobierno avanzó con todas las autorizaciones necesarias y otorgó la Concesión de 2008. No queda claro por qué el Gobierno decidió realizar la “conversión” de la Concesión (que creó una nueva concesión en lugar de restablecer la anterior)⁸⁹⁹, aunque no quedan dudas de que la intención del Gobierno era de que el Proyecto continuara.
544. Esta intención queda confirmada por el hecho de que el Presidente Arias derogó la Moratoria de 2002 por decreto el 18 de marzo de 2008⁹⁰⁰, es decir, *antes* de que se otorgara la Concesión de 2008 alrededor de un mes más tarde, el 21 de abril de 2008. Sin embargo, con arreglo a su Artículo 6, este decreto entraría en vigor en la fecha de su publicación, la cual tuvo lugar recién el 4 de junio de 2008. Los motivos de esta demora en la publicación no están claros. Sea como fuere, el hecho es que el Gobierno otorgó la Concesión de 2008 cuando la Moratoria de 2002 se encontraba aún vigente. Una vez más, los derechos de explotación otorgados a Industrias Infinito fueron viciados por un defecto jurídico que sólo puede atribuirse al gobierno costarricense.
545. Los hechos que se acaban de analizar se asemejan a una comedia de errores, con consecuencias trágicas para la Demandante: las dos concesiones de explotación otorgadas a Industrias Infinito eran jurídicamente deficientes y, como resultado de ello, Industrias Infinito quedó atrapada por la Moratoria de 2002. Por muy lamentable que pudiese ser esta situación, el Tribunal no puede ignorar el hecho de que la totalidad de los acontecimientos descritos *supra* tuvieron lugar con anterioridad a la fecha de corte (6 de febrero de 2011). Por lo tanto, toda reclamación surgida de la conducta del Gobierno entre los años 2001 y 2008 se encuentra prescrita.
546. El Tribunal procede a evaluar si los tribunales costarricenses trataron a la Demandante de manera injusta e inequitativa. Dos sentencias resultan relevantes en este punto: la

⁸⁹⁹ El Memorando de la DGM que recomendó la conversión guarda silencio en cuanto a las razones para la elección del mecanismo. Memorando No. DGM-RNM-284-2008 del Director de la DGM dirigido a la Coordinadora del Departamento Legal del MINAE (11 de abril de 2008), **C-0174**.

⁹⁰⁰ Decreto No. 34492-MINAE (18 de marzo de 2008), Artículo 5, **C-0172** y **R-0034**.

Sentencia del TCA de 2010, que declaró la nulidad de la Concesión de 2008 y la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, que confirmó la Sentencia del TCA. Aunque la Sentencia del TCA de 2010 fue dictada con anterioridad a la fecha de corte, devino irrevocable el 30 de noviembre de 2011, cuando fue ratificada por la Sala Administrativa. En consecuencia, la mayoría del Tribunal ha determinado que cualquier reclamación surgida de la anulación de la Concesión de 2008 no se encuentra prescrita⁹⁰¹.

547. Tal como se analizara en los párrafos 496-500 *supra*, en el año 2010, el TCA declaró que la Concesión de 2008 era nula por diversos motivos, incluyendo que se había otorgado mientras se encontraba en vigor la Moratoria de 2002. Las demás causales de anulación establecidas por el TCA fueron (i) el hecho de que Industrias Infinito interpretara que el permiso de exploración otorgaba automáticamente una concesión de explotación; (ii) la aplicación de la doctrina de conversión a un acto que había sido anulado *ab initio* por un tribunal costarricense seis años antes; (iii) el hecho de que Industrias Infinito hubiera solicitado una modificación a la declaración de viabilidad ambiental en lugar de presentar un nuevo EIA; y (iv) que Industrias Infinito omitió informar a la administración que planeaba crear una laguna en un camino público y que pretendía eludir las restricciones técnicas en cuanto a la excavación⁹⁰². Sin embargo, fue el hecho de que la Concesión de 2008 se otorgó mientras se encontraba vigente la Moratoria de 2002, que la Sala Administrativa caracterizara en su Sentencia de 2011 como el quid de la cuestión, sobre el que descansaba la validez de la Concesión. En función de esto, la Sala Administrativa abordó únicamente la violación de la Moratoria de 2002 y consideró innecesario referirse a las demás deficiencias identificadas por el TCA⁹⁰³.
548. Tal como se analizara en el párrafo 501 *supra*, la Sala Administrativa determinó que, como consecuencia de la anulación de la Concesión de 2002 por parte de la Sala Constitucional en el año 2004, Industrias Infinito no detentaba derechos adquiridos para explotar la mina Crucitas tras la anulación de la Concesión de 2002. Por ende, la Moratoria de 2002 le impedía al Gobierno continuar con el proceso de otorgamiento del permiso a Industrias Infinito, y la Concesión de 2008 (que fue otorgada cuando la Moratoria de 2002 se encontraba aún en vigor) era nula.
549. El Tribunal no puede detectar falla alguna en estas conclusiones. Tal como se observó al analizar la reclamación de denegación de justicia de la Demandante, esta decisión se basó en la legislación costarricense y fue razonada. No puede caracterizarse como arbitraria o caprichosa. Tal como se explicara en *EDF y Lemire*, una medida es arbitraria cuando ésta (i) “*inflicts damage on the investor without serving any apparent legitimate purpose;*” (ii) “*is not based on legal standards but on discretion, prejudice or*

⁹⁰¹ *Supra*, ¶¶ 239, 245-246, 258, 271.

⁹⁰² Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (14 de diciembre de 2010), **C-0239**, págs. 63-114 (español), págs. 63-114 (inglés).

⁹⁰³ RER-León 1, ¶¶ 285-286; Corte Suprema de Justicia (Sala Administrativa), Sentencia (30 de noviembre de 2011), Considerando LIII, pág. 243 (PDF) (español), pág. 79 (inglés), Considerando LX, pág. 257 (PDF) (español), pág. 86 (inglés), **C-0261**.

personal preference;” (iii) “[is] taken for reasons that are different from those put forward by the decision maker;” o (iv) “[is] taken in wilful disregard of due process and proper procedure.”⁹⁰⁴. Tal como se sintetiza en *Lemire*, “the underlying notion of arbitrariness is that prejudice, preference or bias is substituted for the rule of law.”⁹⁰⁵. Claramente no es lo que ocurrió en este caso.

550. Sin embargo, la Demandante arguye que la aplicación de la Moratoria de 2002 al Proyecto Crucitas en los años 2010-2011 no cumplió ningún propósito racional ya que para entonces se había derogado la Moratoria de 2002. Sin embargo, cuando se trata de sentencias judiciales ese no es el test adecuado. La cuestión consiste en determinar si el tribunal decidió sobre la base del derecho que resultaba aplicable a los hechos ante sí. Cuando se otorgó la Concesión de 2008, no es objeto de controversia que la Moratoria de 2002 se encontraba en vigor. El hecho de que posteriormente fuera derogada no debería tener efecto alguno en el razonamiento del tribunal.
551. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 tampoco puede criticarse como incoherente con la conducta anterior del Gobierno. Aunque la conducta de un gobierno podría calificarse como incoherente a los fines del TJE si la misma institución (o dos instituciones en la misma esfera de competencia) dicta sentencias contradictorias que causan perjuicio a un inversor, este no es el caso “when the second agency, applying substantive legal criteria established in a pre-existing legal framework, takes a decision which diverges from that previously adopted by another agency”⁹⁰⁶. Tal como señalara correctamente la Demandada, ello no constituye una conducta incoherente; es el imperio del estado de derecho. Aquí, el Tribunal ha determinado que la Sentencia de la Sala Administrativa cumplió con la legislación costarricense.
552. Por estos motivos, la mayoría del Tribunal concluye que la decisión de la Sala Administrativa de anular la Concesión de 2008 no puede considerarse violatoria de la obligación de Costa Rica de otorgar TJE a las inversiones de la Demandante⁹⁰⁷.

b. *¿La Demandada Impidió que la Demandante Solicitara una Nueva Concesión en Violación del Estándar TJE?*

553. La Demandante también sostiene que, mediante la combinación de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012, la Demandada le impidió reiniciar el proceso de concesión en violación del TJE.

⁹⁰⁴ *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009 (“*EDF (Services)*”), ¶ 303, **RL-0016**; *Lemire*, ¶ 262, **CL-0051** [Original inglés].

⁹⁰⁵ *Lemire*, ¶ 263, **CL-0051** [Original inglés].

⁹⁰⁶ *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019, ¶ 1420 [Original inglés].

⁹⁰⁷ La árbitro Stern no disiente respecto de la declaración sustantiva, aunque considera que dicha declaración se encuentra proscrita por dos motivos procesales acumulativos, uno es que una sentencia judicial no puede analizarse con arreglo al estándar de TJE, el otro es que el acto que anuló la Concesión fue la Sentencia del TCA de 2010, no la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011.

554. El argumento de la Demandante en este sentido es esencialmente que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 solo anuló la Concesión de 2008 y algunos actos administrativos relacionados, pero no el trámite administrativo en sí mismo. Según el argumento de la Demandante, en virtud del Código de Minería antes de que se promulgara la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, con la revocación de la Concesión de 2008, Industrias Infinito habría vuelto a tener el mismo estatus que tenía antes de que se otorgara la Concesión, es decir, el de un titular de un permiso de exploración que había solicitado una concesión de explotación⁹⁰⁸. En este carácter, habría podido reiniciar el proceso y solicitar una nueva concesión. Sin embargo, esto se imposibilitó por el efecto combinado de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, que prohibió el otorgamiento de nuevas concesiones de explotación a perpetuidad y ordenó la cancelación de todos los procedimientos en curso, y la Resolución del MINAET de 2012, que canceló no solo la Concesión, sino también todos los derechos mineros preexistentes de Industrias Infinito (presuntamente a efectos de implementar la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, en tanto la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no ordenó la cancelación de los derechos mineros preexistentes de Industrias Infinito).
555. En consecuencia, la Demandante arguye que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 “rompió la expectativa de Infinito de que podría continuar con el proyecto de acuerdo con el Código Minero, y cambió arbitrariamente ‘las reglas del juego’ y el marco legal aplicable a Infinito”⁹⁰⁹. Afirma asimismo que la aplicación de esta Prohibición al Proyecto Crucitas no cumplió un propósito racional, en tanto la Sala Constitucional había confirmado que el Proyecto era ambientalmente viable⁹¹⁰. No solo no había “proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar”, sino que Infinito soporta una carga excesiva – en efecto, la única carga, en tanto Industrias Infinito fue la única compañía afectada por la Prohibición⁹¹¹.
556. En lo que respecta a la Resolución del MINAET de 2012, la Demandante aduce, en primer lugar, que el Gobierno podría haber optado por un proceder diferente tras la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, y, en segundo lugar, que el Gobierno se extralimitó en sus facultades ya que la Resolución iba más allá de lo que había ordenado la Sala Administrativa. La Resolución del MINAET de 2012 no solo canceló la Concesión de 2008, sino que archivó también el expediente y declaró al área de Crucitas libre de todo derecho minero, impidiendo así que Industrias Infinito continuara con el trámite administrativo que ya había iniciado con su permiso de exploración. La Demandante especula que esta cancelación podría haberse basado en la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, la cual ordenó que se cancelaran y archivaran todos los procedimientos en curso⁹¹². La reclamación de TJE de la Demandante contra la Resolución del MINAET de 2012 se encuentra, por ende, ligada a su reclamación

⁹⁰⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 601. Véase también CWS-Hernández 1, ¶¶ 230-231, 235-236.

⁹⁰⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 599.

⁹¹⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 604.

⁹¹¹ C-Réplica Fondo, ¶ 604.

⁹¹² C-Réplica Fondo, ¶ 600.

contra la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, que la Resolución del MINAET de 2012 supuestamente implementó (y en efecto, la Demandante caracteriza reiteradamente la “interacción” entre estas dos medidas como la causa de la supuesta violación del TJE)⁹¹³.

557. La Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 fue una ley que modificó diversas disposiciones del Código de Minería. En particular, modificó el Artículo 8 del Código de Minería en los siguientes términos⁹¹⁴:

Se prohíbe la explotación minera en áreas declaradas parques nacionales, reservas biológicas, reservas forestales y refugios estatales de vida silvestre.

[...]

Se declaran zonas de reserva minera y se congelan a favor del Estado todas las áreas del cantón de Abangares, Osa y Golfito, con potencial para la explotación de minería metálica, con base en los estudios técnicos que realice la Dirección de Geología y Minas del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (Minaet).

Esta reserva incluye todas las áreas que se encuentren libres de concesión de explotación, así como todas las que en el futuro adquieran tal condición, ya sea por caducidad, cancelación o cualquier otra forma de extinción de derechos previamente otorgados.

En el área de reserva minera, establecida en este artículo, únicamente podrán otorgarse permisos de exploración, concesiones de explotación minera y beneficio de materiales a trabajadores debidamente organizados en cooperativas dedicadas a la minería en pequeña escala para subsistencia familiar, artesanal y coligallero, según las condiciones establecidas en esta Ley y su Reglamento.

El otorgamiento de estos permisos y concesiones se dará, exclusivamente, a las cooperativas de trabajadores para el desarrollo de minería en pequeña escala para subsistencia familiar, artesanal y coligalleros de las comunidades vecinas a la explotación minera, tomando como base la cantidad de afiliados a dichas cooperativas. Las personas trabajadoras afiliadas no podrán pertenecer, a la vez, a más de una cooperativa de minería en pequeña escala.

Se entiende como minería en pequeña escala para subsistencia familiar la extracción subterránea que se realiza mediante trabajo colectivo manual y mecánico, donde el volumen a extraer lo establece la Dirección de Geología y Minas de acuerdo con los estudios técnicos-geológicos presentados en la solicitud de la concesión, tomando en cuenta la utilización de técnicas modernas de explotación para maximizar la extracción metálica y la protección del ambiente, consecuentemente con el desarrollo sostenible. Para la determinación del volumen a concesionar, la Dirección de Geología y Minas deberá aplicar criterios de equidad y proporcionalidad de acuerdo con el número de personas trabajadoras afiliadas y las solicitudes de concesión.

Para estos efectos, el Poder Ejecutivo recuperará por medio de la autoridad competente, en apego al debido proceso, las concesiones que

⁹¹³ Véase, por ejemplo, C-Réplica Fondo, ¶¶ 601, 604.

⁹¹⁴ Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Artículo 1 (que modificó el Artículo 8 del Código de Minería), **C-0238**.

se encuentren sin uso o siendo explotadas en forma irregular. No se renovará ni prorrogará concesión alguna que no cumpla lo establecido en este artículo.

Se autoriza a la Dirección de Geología y Minas para que otorgue permisos de exploración y concesiones mineras para la minería en pequeña escala para subsistencia familiar, artesanal y coligallero.

558. La Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 también modificó el Artículo 8 bis del Código de Minería en los siguientes términos⁹¹⁵:

No se otorgarán permisos ni concesiones para actividades de exploración y explotación de minería metálica a cielo abierto en el territorio nacional. Se establece que como excepción se otorgarán, únicamente, permisos de exploración con fines científicos y de investigación.

559. La Prohibición contenía una disposición de exención (“*grandfathering*”), según la cual “[q]uedan a salvo de lo dispuesto en esta Ley, los derechos de concesión adquiridos de buena fe y en cumplimiento de todos los requisitos de la normativa vigente, con anterioridad a su entrada en vigencia”⁹¹⁶. Sin embargo, establecía también que “[t]odos los trámites relacionados con permisos de exploración y concesiones de explotación para realizar actividades de minería metálica a cielo abierto, que se encuentren pendientes de resolución ante la Dirección de Geología y Minas y ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental a la fecha de la entrada en vigencia de la presente Ley, deberán ser archivados”⁹¹⁷.

560. El Tribunal no está convencido de que, en abstracto, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 haya sido injusta e inequitativa. Más concretamente, no le convence la idea de que la Prohibición haya carecido de un fin racional y que, por tanto, sea arbitraria. Si bien no es claro de la Prohibición en si misma que su fin haya sido la protección del medio ambiente (no hay preámbulo o mensaje que explique sus motivos), determinadas disposiciones contenidas en ella sugieren que la protección del medio ambiente puede haber sido, al menos en parte, la finalidad detrás de su sanción⁹¹⁸. El Tribunal también observa que la Prohibición excluía a mineros de pequeña escala (trabajadores organizados en cooperativas dedicadas a la minería en pequeña escala para la subsistencia familiar, minería artesanal y coligalleros)⁹¹⁹. Se les permitía también utilizar técnicas de lixiviación con cianuro y mercurio en minería durante un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de la Prohibición, lo cual

⁹¹⁵ Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Artículo 2 (que modificó el Artículo 8 bis del Código de Minería), **C-0238**.

⁹¹⁶ Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Transitorio II, **C-0238**.

⁹¹⁷ Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Transitorio III, **C-0238**.

⁹¹⁸ Por ejemplo, el Artículo 4 modificó el Artículo 103 del Código de Minería y añadió que “[l]a utilización de técnicas de lixiviación con cianuro y mercurio en minería y el uso inadecuado de sustancias peligrosas, de conformidad con lo establecido por la Organización Mundial de la Salud” “[s]e considerarán factores que deterioran el ambiente [...]”. Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Artículo 4 (que modificó el Artículo 103 del Código de Minería), **C-0238**.

⁹¹⁹ Reforma Código de Minería, No. 8904 (1 de diciembre de 2010), Artículo 1 (que modificó el Artículo 8 del Código de Minería), **C-0238**.

no se ajusta del todo al objetivo de protección del medio ambiente. Sin embargo, el Tribunal acepta que Costa Rica pudo haber tenido otros motivos (por ejemplo, motivos sociales o económicos) para excluir la minería a pequeña escala de la Prohibición.

561. En cambio, el Tribunal considera que la *aplicación* de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 a la Demandante fue injusta e inequitativa. Si bien, tal como se analizara *supra*, la Demandante no pudo haber albergado una expectativa legítima de estabilidad jurídica, el Tribunal considera que la aplicación de la Prohibición al Proyecto Crucitas fue desproporcionada respecto de la política pública perseguida.
562. Según lo manifestó AES, para que una medida sea razonable, “*there needs to be an appropriate correlation between the state’s public policy objective and the measure adopted to achieve it*” y “[t]his has to do with the nature of the measure and the way it is implemented”⁹²⁰. En opinión del Tribunal, la medida debe ser también proporcional a su fin. La Demandante ha alegado (y la Demandada no ha rebatido dicha alegación) que, al tiempo de su sanción, el único proyecto alcanzado por sus disposiciones fue el Proyecto Crucitas. Sin embargo, en ese punto, la Sala Constitucional ya había dictaminado que el Proyecto era ambientalmente sano. Así, no hubo correlación razonable entre el objetivo perseguido por la medida y su efecto en la Demandante.
563. Para ser razonable y proporcional respecto de la Demandante (y seguir capturando proyectos futuros que no estaban probados), el Parlamento podría haber incluido una disposición de exención que protegiera al Proyecto Crucitas, o bien haber permitido la continuación de los trámites pendientes.
564. La Demandada ha argumentado que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 no tuvo impacto en la Demandante, dado que, como resultado de la Moratoria Ejecutiva de 2010, Industrias Infinito ya estaba impedida en todo caso de solicitar una nueva concesión. A juicio del Tribunal, este argumento se relaciona con la causalidad (y se aborda con mayor profundidad más adelante). En cuanto a su contenido y alcance, el Tribunal concluye que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 prohibió definitivamente la minería a cielo abierto por un período indefinido, por lo que privó a la Demandante de una oportunidad real de reiniciar el Proyecto Crucitas. Por el contrario, la Moratoria Ejecutiva de 2010 no prohibió la minería a cielo abierto completamente, sino que se limitó a establecer una suspensión de dichas actividades. Tampoco ordenó el archivo de los trámites pendientes de resolución. El Tribunal no ha sido persuadido por la explicación de la Dra. León de que archivar un expediente es un proceso físico y no significa que los derechos no existan⁹²¹. Resulta claro de la Prohibición que la intención era dar por terminados todos los trámites pendientes.

⁹²⁰ *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömű Kft c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010 (“*AES*”), ¶ 10.3.9, **CL-0260** [Original inglés].

⁹²¹ RER-León 2, ¶ 136 (“Posteriormente se ordenó su archivo. Esta decisión no modificó el status de la empresa, por cuanto solo significa el envío físico del expediente a un lugar diferente llamado archivo. La acción de ‘archivar’ no es sinónimo de nulidad o inexistencia de lo que se hubiera actuado a ese momento”).

565. El efecto de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 sobre la Demandante fue que, una vez que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 confirmó la anulación de la Concesión, ya no se le permitió solicitar una nueva concesión minera. Si la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 no hubiera ordenado la cancelación de los trámites pendientes, y si la Resolución del MINAET de 2012 no hubiera actuado en consecuencia, tras la anulación de la Concesión de 2008, Industrias Infinito hubiera retornado a la posición en la que se encontraba antes del otorgamiento de la concesión, es decir, sería titular de un permiso de exploración con una solicitud de concesión de explotación en trámite. Para arribar a esta conclusión, el Tribunal ha tenido en cuenta los siguientes elementos:
566. En primer lugar, la Demandante se ampara en la prueba pericial de los Sres. Hernández y Rojas⁹²², y de la Dra. Araya⁹²³. Si bien la confiabilidad de la Dra. Araya se puso en tela de juicio en la audiencia, sus declaraciones se basan en los términos claros del Artículo 171 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone que “[l]a declaración de nulidad absoluta tendrá efecto puramente declarativo y retroactivo a la fecha del acto, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe”⁹²⁴.
567. En segundo lugar, la Demandada no ha abordado en forma específica el argumento de la Demandante de que la anulación de una concesión no cancela el trámite subyacente ni los derechos administrativos ya adquiridos. La Demandada ha alegado que un permiso de exploración no otorga automáticamente el derecho a una concesión de explotación⁹²⁵, pero esa no es la cuestión en el caso que nos ocupa. También ha argüido que, dado que el permiso de exploración de Industrias Infinito venció en el mes de septiembre de 1999, no podría haber solicitado una nueva concesión de explotación incluso en ausencia de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012.
568. Es cierto que el Artículo 26 del Código de Minería prevé que “[d]urante la vigencia de un permiso de exploración y hasta los sesenta días siguientes al vencimiento del plazo o de la prórroga, el titular [del derecho de exploración] tendrá el derecho de obtener una concesión de explotación, siempre que haya cumplido con las obligaciones y requerimientos de esta ley y su reglamento”⁹²⁶. Sin embargo, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que el titular de un permiso de exploración debe *solicitar* una concesión de explotación dentro de ese plazo. Que se la interprete en el sentido de que una concesión de explotación deba otorgarse dentro de esos 60 días no sería conforme con la realidad, dado que el proceso de obtención del permiso puede tomar

⁹²² CER-Hernández-Rojas 1, ¶¶ 322-323; 327.

⁹²³ CER-Araya 1, ¶ 56.

⁹²⁴ Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 (5 de febrero de 1978), **C-0014**, Artículo 171.

⁹²⁵ RER-León 2, ¶¶ 31-42.

⁹²⁶ Código de Minería, Ley No. 6797 (4 de octubre de 1982), Artículo 26, **C-0015**.

varios años, como lo demuestra el presente caso. En efecto, la Dra. León confirma que esta interpretación es correcta ⁹²⁷.

569. No pareciera estar en disputa que Industrias Infinito solicitó una concesión de explotación de manera oportuna, es decir, dentro de los 60 días posteriores al vencimiento del permiso de exploración ⁹²⁸. Si, con anterioridad a la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, Industrias Infinito pudo haber conservado sus derechos en trámite (en carácter de derechos administrativos adquiridos) parece irrelevante si el permiso de exploración ya había vencido.
570. En tercer lugar, al Tribunal no le convence el argumento de la Demandada de que, de conformidad con el Artículo 63 del Código de Minería, la cancelación de todos los derechos mineros sea la consecuencia natural de la anulación de la concesión. Si bien es verdad que el Artículo 63 prevé que, una vez cancelada una concesión, la DGM “dictará la resolución de cancelación correspondiente”, y una vez firme, “la zona quedará libre del derecho minero respectivo” ⁹²⁹, dicha disposición hace referencia a supuestos de cancelación por caducidad, es decir, casos en los cuales el concesionario no ha cumplido con las condiciones que le impone la concesión o la ley ⁹³⁰. No hace referencia alguna a supuestos de anulación producto de fallas jurídicas atribuibles a la autoridad concedente cuando el concesionario actúa de buena fe.
571. En opinión del Tribunal, a la luz del Artículo 171 de la Ley General de la Administración Pública, el derecho del titular de un permiso de exploración de solicitar una concesión de explotación debe sobrevivir la anulación de una concesión otorgada de forma ilícita cuando el concesionario haya actuado de buena fe. Es importante señalar que la Dra. León pareciera reconocer que el proceso que iniciara Industrias Infinito en el año 1999 para obtener una concesión de explotación se encontraba en trámite como consecuencia de la anulación de la(s) concesión(es) ⁹³¹:

En el caso de Industrias Infinito, el Registro Minero se canceló por orden judicial, como consecuencia de la nulidad absoluta de la concesión 578-2001, y por ende, la nulidad de la concesión 217 - 2008. Esta misma nulidad provocó que la empresa tuviera un caso en trámite, y un procedimiento que se suspendió por la moratoria señalada.

⁹²⁷ RER-León 1, ¶ 308 (“El testigo de Infinito Juan Carlos Hernández afirmó que el plazo del permiso de exploración vencía el 18 de setiembre de 1999. En estricta interpretación del artículo 26 del Código de Minería, Infinito tuvo dos momentos para presentar la solicitud de concesión minera: (i) durante el periodo de vigencia del permiso de exploración (del 7 de junio del año 1993 al 18 de setiembre de 1999), o (ii) sesenta días después del vencimiento indicado”).

⁹²⁸ Industrias Infinito S.A., Solicitud de Concesión de Explotación (18 de diciembre de 1999), **C-0053**. La vigencia del permiso de exploración se había prorrogado hasta el 18 de septiembre de 1999. Resolución No. 193-DGM (2 de abril de 1998), **C-0046**.

⁹²⁹ Código de Minería, Ley No. 6797 (4 de octubre de 1982), Artículo 63, **C-0015**; RER-León 1, ¶ 303.

⁹³⁰ Código de Minería, Ley No. 6797 (4 de octubre de 1982), Artículo 63, **C-0015** (“La concesión de explotación podrá ser cancelada, si el titular no cumple con las condiciones estipuladas en la resolución de otorgamiento, de acuerdo con esta ley y su reglamento, en especial en los siguientes casos [...]”).

⁹³¹ RER-León 2, ¶ 136.

572. Estas consideraciones sugieren que, de no ser por la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012, tras la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, Industrias Infinito hubiese regresado a la situación de titular de un permiso de exploración con una solicitud de concesión de explotación en trámite. Si bien la Moratoria Ejecutiva de 2010 no hubiese permitido que Industrias Infinito solicitara una nueva concesión de explotación en ese entonces, esta Moratoria no constituía una prohibición absoluta, e Industrias Infinito podría haber conservado sus derechos en trámite hasta la derogación de dicha Moratoria.
573. Por las razones anteriores, el Tribunal concluye que la aplicación de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 a la Demandante fue injusta e inequitativa.
574. La Demandante también aduce que la Resolución del MINAET de 2012 configuró una violación del estándar de TJE. Es verdad que la Resolución del MINAET de 2012 declaró al Proyecto Crucitas libre de todo derecho minero⁹³², cuando ni el TCA ni la Sala Administrativa lo contemplaban expresamente. Sin embargo, esta declaración se desprendió lógicamente de la anulación de la Concesión de 2008 y, más en concreto, de la orden de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 de que se archivase todos los trámites pendientes. El Tribunal considera a la Resolución del MINAET de 2012 como una medida accesoria adoptada en la implementación de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011. Como tal, no puede analizarse como una violación independiente del estándar de TJE, sino que comparte el destino de estas medidas. Por ende, en la medida que aplicó la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Sentencia del MINAET de 2012 no constituye una violación del estándar de TJE. Sin embargo, en la medida que aplicó la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, forma parte de esa violación del estándar de TJE.
575. Respecto del argumento de la Demandante de que la inacción del Gobierno tras la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 fue una elección de política, el Tribunal es de la opinión que el Gobierno no pudo haber actuado de otro modo una vez dictada la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011. El Gobierno no puede expedir permisos que infrinjan el derecho interno. La violación del estándar de TJE se produjo con la Prohibición misma; no con la conducta ulterior del Gobierno.

c. ¿La Demandada Continúa con el Trato Injusto Hacia la Demandante?

576. La Demandante también asevera que, al reiniciar el procedimiento de Perjuicios del TCA, la Demandada continúa tratando a Infinito de manera injusta e inequitativa.
577. La Sentencia del TCA de 2010 condenó a Industrias Infinito, al Gobierno y al SINAC a sufragar los costos de regresar el sitio del proyecto Las Crucitas a su estadio previo al proyecto. Mediante la Sentencia de Perjuicios del TCA de 2015, el TCA condenó a Industrias Infinito, al SINAC y al Estado a pagar USD 6,4 millones en concepto de daño

⁹³² Resolución No. 0037, MINAET, Expediente No. 2594 (9 de enero de 2012), **C-0268**. Además de cancelar la Concesión de 2008, dicha resolución ordenó que “[se] archiv[a]se el expediente administrativo 2594” y que se “libér[a]se el área del Padrón Minero”.

ambiental en un plazo de seis meses. En el mes de diciembre de 2017, la Sala Administrativa revocó la Sentencia de Perjuicios del TCA del 2015 por falta de motivación y devolvió las actuaciones al TCA. Más específicamente, la Sala Administrativa sostuvo que el TCA no evaluó el informe pericial sobre el daño ambiental, no hizo referencia alguna a las posiciones de las partes y no justificó la tasa que aplicó para determinar el monto de la indemnización por daños. Este procedimiento estuvo inactivo hasta el mes de enero de 2019, momento en el cual fue reiniciado por el TCA⁹³³.

578. La Demandante afirma que “[l]a continuación de este procedimiento continúa el incumplimiento de Costa Rica de la norma justa y equitativa, y cualquier daño y costo (incluyendo los costos de defensa) asociados con este procedimiento son daños adicionales a Infinito que resulten de dicho incumplimiento”⁹³⁴.
579. En contraste con las otras cuatro medidas que impugna Infinito, esta medida no se relaciona con la pérdida de la Concesión ni la incapacidad de Industrias Infinito de obtener una nueva; se relaciona con la indemnización por daños que Industrias Infinito puede ser condenada a pagar como resultado de su uso del sitio, indemnización ésta que Infinito considera arbitraria. Tal como se analizó en la Sección V.D.3.b(vi) *supra*, el Tribunal considera que esta pretensión corresponde a una violación distinta del estándar de TJE.
580. El Tribunal coincide con la Demandada en que esta pretensión es prematura. El TCA no ha pronunciado ninguna sentencia en la que cuantifique la indemnización por daños que debe pagar Industrias Infinito. A pesar de ello, no puede afirmarse que la pretensión sea manifiestamente carente de fundamentos jurídicos, como también asevera la Demandada. No se cuestiona que la Sentencia del TCA de 2010 haya ordenado a Industrias Infinito a sufragar parte de los costos de restauración del sitio, y este pronunciamiento fue ratificado por la Sala Administrativa. Lo que queda por resolver es el monto que deberá pagar Industrias Infinito. Por consiguiente, el Tribunal concluye que la pretensión es prematura y, por ende, inadmisibles en esta instancia, pero no la declarará carente de fundamentos jurídicos.

3. Conclusión Sobre el Estándar de TJE e Impacto en la Cuantía

581. En conclusión, la mayoría del Tribunal considera que la Demandada ha incumplido la obligación de TJE a través de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y, como medida accesorias, de la Resolución del MINAET de 2012 (en la medida en que implementó la Prohibición). El efecto de estas medidas fue privar a Industrias Infinito de la oportunidad de solicitar una nueva concesión de explotación.

⁹³³ *Supra*, ¶¶ 114-118.

⁹³⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 613. Por consiguiente, Infinito solicita “una declaración de que Costa Rica es responsable de indemnizar a Infinito por cualquier cantidad que Infinito o [Industrias Infinito] estén obligados a pagar como resultado de, o en relación con, este procedimiento de última hora”. *Ibid.*

582. A pesar de considerar la violación establecida, el Tribunal ha tenido dificultades para identificar el daño que pudo haber causado la violación. De no ser por la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012, tras la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, Industrias Infinito hubiese regresado a la situación de titular de un permiso de exploración con una solicitud de concesión de explotación en trámite. Sin embargo, en ese momento, la Moratoria Ejecutiva de 2010, que todavía se encontraba vigente, habría impedido que Industrias Infinito obtuviera una nueva concesión de explotación.
583. La Demandante alega que, a pesar de ello, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, tuvo un “claro impacto” en el Proyecto Crucitas⁹³⁵. El argumento es, en esencia, que (i) fue la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y no la Sentencia de la Sala Administrativa la que ordenó la cancelación de los derechos mineros restantes y (ii) la Moratoria Ejecutiva de 2010 “no hubiese privado a [industrias Infinito] de sus derechos subyacentes, con lo cual [Industrias Infinito] pudo haber procurado la restitución de sus permisos clave una vez levantados”⁹³⁶.
584. Si bien estas consideraciones pueden ser correctas, no sugieren que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 haya causado un perjuicio cuantificable. La situación continúa siendo que, al margen de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, Industrias Infinito no podía solicitar una concesión de explotación por causa de la Moratoria Ejecutiva de 2010. Si bien esta Moratoria no estableció una prohibición de la minería permanente, no hay indicios en el expediente respecto de cuándo Industrias Infinito podría haber vuelto a solicitar una concesión de explotación. Se debe observar también en este contexto que la Moratoria Ejecutiva de 2010 fue emitida antes de la fecha de corte y, por ende, ya prescribió toda pretensión que con ella se relacione.
585. Incluso si el Tribunal aceptase que se ha probado la existencia de daño, ello no asistiría a la pretensión de la Demandante. No consta en el expediente fundamento alguno, y tampoco lo ha articulado Infinito, que permita al Tribunal cuantificar el daño causado por esta violación independiente. Según el estándar de reparación plena establecido en el caso *Fábrica en Chorzow*, “[r]eparation must, as far as possible, wipe-out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”⁹³⁷. Aquí, en ausencia de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012, Industrias Infinito habría estado en la situación de un titular de un permiso de exploración. Asumiendo, para efectos de discusión, que la Moratoria Ejecutiva de 2010 no impedía ya que Industrias Infinito reiniciara el proceso, el daño sufrido por la Demandante consistiría, en esencia, en la pérdida de oportunidad o posibilidad de solicitar una concesión de explotación. No obstante, la Demandante no ha propuesto una cuantificación de dicha pérdida de oportunidad, ni tampoco le ha facilitado al Tribunal elementos para calcularla. Si se agrega la incertidumbre inherente y el riesgo

⁹³⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 737.

⁹³⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 737.

⁹³⁷ *Caso Fábrica en Chorzow* (Alemania c. Polonia), 1928, C.P.J.I. (ser. A) No. 17 (13 de septiembre de 1928), ¶ 125, **CL-0024** [Original inglés].

regulatorio que implica cualquier proceso de solicitud, las consecuencias pecuniarias de esta pérdida de posibilidad parecen ser demasiado especulativas como para dar lugar a una condena de daños.

586. En consecuencia, el Tribunal concluye que no puede adjudicar daños por la violación del estándar de TJE derivados de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, sea en forma individual o conjunta con la Resolución del MINAET de 2012.

D. TOTAL PROTECCIÓN Y SEGURIDAD

1. La Posición de la Demandante

587. La Demandante afirma que, en violación del Artículo II(2)(b) del TBI, Costa Rica dejó de proporcionar TPS a las inversiones de Infinito.

a. El Estándar de TPS en Virtud del Artículo II(2)(b)

588. La Demandante expone cuatro argumentos con respecto al alcance del estándar de TPS consagrado en el Artículo II(2)(b) del TBI.
589. En primer lugar, arguye que el estándar de TPS cubre la seguridad tanto física como jurídica de sus inversiones⁹³⁸. La redacción del TBI no limita la obligación a la seguridad física únicamente y, en ausencia de dicho lenguaje, el estándar debe interpretarse en el sentido de incluir la seguridad jurídica⁹³⁹. Amparándose en *Biwater Gauff*, la Demandante sostiene que “[c]uando los términos ‘protección’ y ‘seguridad’ son calificados por ‘completo’, el contenido de la norma puede extenderse a materias distintas de la seguridad física”⁹⁴⁰. Ello tiene asidero en la definición de “Inversión” del TBI, la cual es amplia e incluye bienes tanto tangibles como intangibles⁹⁴¹.
590. En segundo lugar, la Demandante asevera que el estándar de TPS es independiente del estándar de TJE⁹⁴². Estos estándares están contemplados en dos disposiciones diferentes, lo cual significa que los “redactores tenían la intención de que estas normas proporcionaran protección de forma independiente”⁹⁴³. La Demandante arguye además que “socavaría significativamente las protecciones bajo el TBI declarar [una

⁹³⁸ C-Mem. Fondo, ¶ 346.

⁹³⁹ C-Mem. Fondo, ¶ 346, que cita *Vivendi II*, ¶ 7.4.15, **CL-0029**.

⁹⁴⁰ C-Mem. Fondo, ¶ 346, que cita *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (“*Biwater Gauff*”), ¶ 729, **CL-0021** [Traducción de la Demandante].

⁹⁴¹ C-Réplica Fondo, ¶ 635.

⁹⁴² C-Réplica Fondo, ¶ 638.

⁹⁴³ C-Réplica Fondo, ¶¶ 638-639, que cita *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006 (“*Jan de Nul Jurisdicción*”), ¶ 269, **CL-0204**.

regla] decisiva de que la norma de [TPS] no impone nada separado o independiente del Artículo II(2)(a)”⁹⁴⁴.

591. En tercer lugar, la Demandante reconoce que el estándar de TPS no le impone a la Demandada un estándar de responsabilidad estricta o absoluta, pero le exige actuar con la debida diligencia para proteger sus inversiones adoptando todas las medidas posibles que se puedan esperar en forma razonable. Requiere, asimismo, una conducta activa de parte del Estado más que la mera abstención de una conducta perjudicial⁹⁴⁵.
592. En cuarto lugar, la Demandante afirma que el estándar de TPS protege a los inversionistas de los daños, independientemente de si fueron causados por actores del Estado receptor o un tercero⁹⁴⁶. La Demandante afirma, además, que “[n]egar la aplicación de la cláusula de plena protección y seguridad frente a las acciones propias del Estado privaría de todo sentido a la aplicación de la cláusula a la seguridad jurídica”⁹⁴⁷.

b. La Demandada Violó Su Obligación de Proporcionar Total Protección y Seguridad

593. La Demandante alega que la Demandada no proporcionó seguridad jurídica a las inversiones de Infinito y su comportamiento está por debajo del estándar de diligencia debida. Específicamente, Costa Rica no logró crear un sistema legal que protegiera los derechos mineros de Industrias Infinito y que diera un proceso para proteger esos derechos⁹⁴⁸.
594. Para la Demandante, las siguientes acciones de la Demandada demostraron que no otorgó seguridad jurídica para las inversiones de la Demandante: (i) la Sala Administrativa anuló la Concesión de 2008 con base en la Moratoria de 2002 aunque esta última no resultaba aplicable al Proyecto Crucitas; (ii) el Ministro del Ambiente luego canceló formalmente la Concesión de 2008 y extinguió los derechos mineros preexistentes de Industrias Infinito; (iii) la Demandada no creó un sistema legal que impidiera la emisión de decisiones incoherentes por parte de sus tribunales⁹⁴⁹.
595. En contra de lo que alega la Demandada, poner a disposición del inversionista el sistema judicial y garantizar que las decisiones se tomen de buena fe resulta insuficiente; el estándar de TPS conlleva garantizar la estabilidad del sistema jurídico

⁹⁴⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 639.

⁹⁴⁵ C-Réplica Fondo, ¶¶ 642-643.

⁹⁴⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 640; *American Manufacturing & Trading c. República de Zaire*, Caso CIADI No. ARB/93/1, Laudo, 21 de febrero de 1997 (“**American Manufacturing**”), ¶ 6.13, **CL-0120**; *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000 (“**Wena**”), **CL-0091**; *Biwater Gauff*, ¶ 731, **CL-0021**.

⁹⁴⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 641.

⁹⁴⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 644.

⁹⁴⁹ C-Mem. Fondo, ¶ 347.

en su conjunto. Al “mantener un sistema legal que permite la coexistencia de decisiones contradictorias sin un mecanismo que resuelva esta inconsistencia”, la Demandada no lo hizo, y no puso a disposición de la Demandante su sistema judicial de una manera significativa⁹⁵⁰.

596. Infinito aduce además que la obligación de TPS no sólo obliga a los órganos judiciales y al Poder Ejecutivo de Costa Rica, que “[tenía] el deber no sólo de abstenerse de actuar con negligencia, como lo hace, sino de tomar medidas para corregir comportamientos inaceptables”⁹⁵¹. En el caso que nos ocupa, el Gobierno cometió errores al otorgar los permisos y aprobaciones de Industrias Infinito y no adoptó un mecanismo para abordar las sentencias contradictorias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, o rectificar la situación creada por la anulación de la Concesión y la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011⁹⁵².

2. La Posición de la Demandada

a. El Estándar de TPS

597. La Demandada arguye que (i) el estándar de TPS con arreglo al Artículo II(2)(b) del TBI se circunscribe a la seguridad física; (ii) la definición de “inversión” no amplía el alcance del estándar de TPS; (iii) el estándar de TPS no proporciona protección adicional a la obligación de TJE; y (iv) el estándar jurídico correcto de la obligación de TPS solo exige diligencia debida y buena fe⁹⁵³.
598. En primer lugar, la Demandada afirma que el estándar de TPS no obliga al Estado receptor de la inversión a que garantice la seguridad jurídica de los activos del inversionista. Invocando *Saluka y Rumeli*, la Demandada arguye que la cláusula de TPS no está concebida para abarcar cualquier tipo de perjuicio a la inversión realizada por un inversionista, sino para proteger la integridad física de una inversión contra injerencias mediante el uso de la fuerza⁹⁵⁴. El hecho de que esto no esté establecido en forma expresa en el TBI no significa que el estándar de TPS se extienda a la seguridad jurídica⁹⁵⁵. Citando *Parkerings*, la Demandada niega que la referencia a “total” protección y seguridad marque una diferencia en el nivel de protección que un Estado tiene la obligación de proporcionar⁹⁵⁶.
599. Según la Demandada, la interpretación que realiza la Demandante del Artículo II(2)(b) del TBI se contrapone a la intención de las Partes Contratantes. Tal y como ha hecho hincapié Canadá en su Escrito de Parte No Contendiente, el alcance del estándar de

⁹⁵⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 645.

⁹⁵¹ C-Réplica Fondo, ¶ 647.

⁹⁵² C-Réplica Fondo, ¶ 647.

⁹⁵³ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 676-693 [¶¶ 665-682 (español)].

⁹⁵⁴ R-CM Fondo, ¶ 478, que cita *Saluka*, ¶¶ 483-484, **CL-0077**; *Rumeli*, ¶ 668, **CL-0075**.

⁹⁵⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 676 [¶ 665 (español)]

⁹⁵⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 677 [¶ 666 (español)], que cita *Parkerings*, ¶ 354, **CL-0068**.

TPS del TBI se circunscribe a la protección y seguridad físicas de las inversiones que califiquen como tal⁹⁵⁷. Esta interpretación es consistente con las normas sobre interpretación de los tratados previstas en la CVDT, en tanto se ajusta al sentido corriente de “total protección y seguridad” en su contexto y a la luz del objeto y fin del Tratado. También se encuentra respaldada por la práctica de Canadá relativa a tratados, en tanto en tratados recientes “Canadá ha adoptado medidas para aclarar que la obligación [de TPS] ‘siempre ha estado concebida para referirse a la protección y seguridad físicas’; por ejemplo, a través de una declaración interpretativa conjunta”⁹⁵⁸.

600. En segundo lugar, la Demandada niega que la definición de “inversión” amplíe el alcance del estándar de TPS ya que incluye tanto activos materiales como inmateriales⁹⁵⁹. Varios laudos arbitrales que involucraron tratados con definiciones similarmente amplias de “inversión” han sostenido que el estándar de TPS se limita a la protección física⁹⁶⁰. Tal y como fuera observado por el tribunal de *AWG Group*, los casos citados por la Demandante (tales como *CME*⁹⁶¹ y *Azurix*⁹⁶²) no proporcionaron ningún motivo para alejarse de la interpretación histórica del estándar⁹⁶³.
601. En tercer lugar, aun suponiendo, *quod non*, que la obligación de TPS protege la seguridad jurídica, la Demandada afirma que no podría imponer una obligación que vaya más allá del estándar de TJE⁹⁶⁴. La posición de la Demandante de que los estándares de TPS y TJE imponen protecciones distintas e independientes es infundada⁹⁶⁵. Diversas decisiones arbitrales han sostenido que una interpretación

⁹⁵⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 678 [¶ 667 (español)], que cita el Escrito de Parte No Contendiente de Canadá, ¶¶ 40-47.

⁹⁵⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 679 [¶ 668 (español)].

⁹⁵⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 682 [¶ 671 (español)].

⁹⁶⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 682 [¶ 671 (español)], que cita *Rumeli*, ¶¶ 340, 668, **CL-0075**; *Saluka*, ¶¶ 198, 483-484, **CL-0077**; *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 (“**PSEG**”), ¶¶ 66, 258, **CL-0073**; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004 (“**Enron Jurisdicción**”), ¶ 42, **RL-0003**; *Crystallex*, ¶¶ 661, 632-633, **CL-0131**; *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 11 de mayo de 2005 (“**Sempra Jurisdicción**”), ¶¶ 92, 321-324, **CL-0163**; *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006 (“**AWG Jurisdicción**”), ¶¶ 47-48, **CL-0211**; *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010 (“**AWG Responsabilidad**”), ¶¶ 176-177, **RL-0208**.

⁹⁶¹ *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001 (“**CME**”), ¶¶ 591, 613, **CL-0026**.

⁹⁶² *Azurix*, ¶¶ 406-408, **CL-0018**.

⁹⁶³ R-Dúp. Fondo, ¶ 682 [¶ 671 (español)], que cita *AWG Responsabilidad*, ¶¶ 176-177, **RL-0208** (que determinó que “[n]either the *CME* nor *Azurix* awards provide a historical analysis of the concept of full protection and security or give any clear reason as to why it was departing from the historical interpretation traditionally employed by courts and tribunals and expanding that concept to cover non-physical actions and injuries.”) [Original inglés].

⁹⁶⁴ R-CM Fondo, ¶ 480; R-Dúp. Fondo, ¶ 684 [¶ 673 (español)].

⁹⁶⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 685 [¶ 674 (español)].

amplia de estándar de TPS redundaría en un solapamiento no deseable con el estándar de TJE⁹⁶⁶. La Demandada además coincide con la opinión de Canadá de que el estándar de TPS refleja el NMT en virtud del derecho internacional consuetudinario⁹⁶⁷. En la medida que el estándar de TPS tenga una importancia independiente, su aplicación se circunscribe a la protección ante los actos de terceros⁹⁶⁸.

602. En cuarto lugar, la Demandada afirma que el estándar de TPS no impone una responsabilidad estricta al Estado receptor; solo exige diligencia debida por parte del Estado receptor, concretamente un “grado razonable de vigilancia”, y una obligación de “actuar de buena fe”⁹⁶⁹. En otras palabras, el estándar de TPS no constituye una garantía ni una obligación de resultado⁹⁷⁰. Invocando *AAPL* y *Lauder*, la Demandada aduce que la “diligencia debida se limita a lo que resulte razonable dadas las circunstancias”⁹⁷¹. La Demandada hace además hincapié en que el umbral para establecer una violación de la obligación de TPS es alto⁹⁷².

b. La Demandada No Violó su Obligación de TPS

603. La Demandada afirma que no violó el Artículo II(2)(b) del TBI, en tanto ni las medidas judiciales impugnadas ni las acciones del Poder Ejecutivo han fallado en proporcionar TPS a las inversiones de la Demandante.

(i) Las Medidas Judiciales Impugnadas por la Demandante No Equivalieron a una Violación de la Obligación de TPS de Costa Rica

604. La Demandada niega que las medidas judiciales de las que se queja la Demandante (la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y la alegada ausencia de un mecanismo para abordar incoherencias entre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia) equivalgan a una violación de TPS.

⁹⁶⁶ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 685-687 [¶¶ 674-676 (español)], que citan *PSEG*, ¶ 258, **CL-0073**; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007, ¶ 286 (“**Enron Laudo**”), **CL-0036**; *Sempra Energy International c. República Argentina*, Laudo, 28 de septiembre de 2007 (“**Sempra Laudo**”), ¶ 323, **R-0218**; *AWG Responsabilidad*, ¶ 174, **RL-0208**.

⁹⁶⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 688 [¶ 677 (español)].

⁹⁶⁸ R-CM Fondo, ¶¶ 481-482.

⁹⁶⁹ R-CM Fondo, ¶ 483; R-Dúp. Fondo, ¶ 690 [¶ 679 (español)], que cita a C. Schreuer, “*Full Protection and Security*”, 1 *Journal of International Dispute Settlement* (2010), pág. 16, **CL-0178**.

⁹⁷⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 690 [¶ 679 (español)].

⁹⁷¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 691 [¶ 680 (español)], que cita *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, Laudo Definitivo, 27 de junio de 1990 (“**AAPL**”), ¶ 77, **CL-0121**; *Ronald S. Lauder c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 3 de septiembre de 2001 (“**Lauder**”), ¶ 308, **RL-0229**.

⁹⁷² R-Dúp. Fondo, ¶ 692 [¶ 681 (español)], que cita *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005 (“**Noble Ventures**”), ¶ 165, **RL-0214**.

605. En primer lugar, la Demandada aduce que Costa Rica no pudo haber violado el estándar de TPS ya que no existe alegación alguna de daño físico⁹⁷³.
606. En segundo lugar, asumiendo que el estándar de TPS se extienda a la seguridad y protección jurídicas, *quod non*, Infinito no ha establecido denegación de justicia alguna⁹⁷⁴.
607. En tercer lugar, bajo la misma asunción, la Demandada cumplió con la diligencia debida impuesta por el estándar de TPS, que solo exige que “el sistema judicial de Costa Rica esté disponible para [la] Demandante y que las decisiones del poder judicial de Costa Rica se hayan tomado de buena fe y sean sostenibles”⁹⁷⁵. La emisión por parte de un tribunal nacional de una sentencia adversa para el inversionista no establece una violación de la obligación de TPS⁹⁷⁶. Según la Demandada, los tribunales costarricenses dictaron sus sentencias “de buena fe, de manera imparcial y respetando, en todo momento, los derechos procesales de Industrias Infinito” y de conformidad con el derecho costarricense. Más específicamente, la Sala Administrativa le brindó a Industrias Infinito plena oportunidad de presentar su caso, incluido mediante presentaciones escritas y orales⁹⁷⁷. En subsidio, la Demandada afirma que un mero error en la aplicación del derecho local no equivale a una violación del estándar de TPS⁹⁷⁸.
608. Además, la Demandada sostiene que los tribunales costarricenses evaluaron y rechazaron todos los argumentos de la Demandante en relación con el principio de cosa juzgada y la coexistencia de resoluciones contradictorias dentro del ordenamiento jurídico de Costa Rica⁹⁷⁹. Tal como se analizó en el contexto de denegación de justicia, no existe incoherencia alguna entre las decisiones de las Salas Administrativa y Constitucional, en tanto cada una de las Salas tiene su propia área de competencia⁹⁸⁰.
609. Por último, la Demandada arguye que “no habría sido razonable esperar que Costa Rica modificase todo su ordenamiento jurídico para introducir un nuevo mecanismo judicial solamente para resolver dichas resoluciones presuntamente contradictorias”⁹⁸¹. Sus acciones fueron razonables: garantizó un proceso justo para la totalidad de las partes y contempló un sistema judicial en el cual cada Sala tiene su

⁹⁷³ R-CM Fondo, ¶ 492; R-Dúp. Fondo, ¶ 697 [¶ 686 (español)].

⁹⁷⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 698 [¶ 687 (español)].

⁹⁷⁵ R-CM Fondo, ¶ 494; R-Dúp. Fondo, ¶¶ 699-700 [¶¶ 688-689 (español)].

⁹⁷⁶ R-CM Fondo, ¶ 495; R-Dúp. Fondo, ¶ 700 [¶ 689 (español)].

⁹⁷⁷ R-CM Fondo, ¶ 497; R-Dúp. Fondo, ¶ 701, [¶ 690 (español)].

⁹⁷⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 701 [¶ 690 (español)].

⁹⁷⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 702 [¶ 691 (español)].

⁹⁸⁰ R-CM Fondo, ¶ 496; R-Dúp. Fondo, ¶ 702 [¶ 691 (español)].

⁹⁸¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 704 [¶ 693 (español)].

propia área de competencia, precisamente en aras de evitar resoluciones contradictorias⁹⁸².

(ii) Las Acciones del Poder Ejecutivo de Costa Rica No Equivalen a una Violación de la TPS

610. Para empezar, la Demandada reitera que no pudo haberse violado el estándar de TPS ya que la Demandante no señala daño físico alguno⁹⁸³. En cualquier caso, la Demandada controvierte que el Poder Ejecutivo de Costa Rica actuara de manera tal que pudiera dar lugar a una violación del estándar de TPS.
611. En primer lugar, el estándar de TPS solo exige que el Estado receptor de la inversión cumpla con un deber de diligencia debida⁹⁸⁴.
612. En segundo lugar, el argumento de la Demandante de que el Poder Ejecutivo de Costa Rica “no subsanó la situación” es demasiado vago como para establecer una violación del TBI. Si el argumento de la Demandante es que el MINAET debería haber desestimado la Sentencia del TCA de 2010 y la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, el argumento es erróneo, en tanto “[d]icha acción no solo sería ‘contraria al ordenamiento jurídico’, sino que también desembocaría, con total probabilidad, en procedimientos penales y disciplinarios contra los funcionarios del MINAE[T] por no acatar un mandato legal expreso”⁹⁸⁵.
613. En tercer lugar, en cuanto a la posición de la Demandante de que el Poder Ejecutivo no adoptó un mecanismo para abordar incoherencias en el ordenamiento jurídico, la Demandada afirma que el Poder Ejecutivo no puede “reformular el sistema judicial a su antojo y, con ello, alterar el sistema de contrapoderes institucionales consagrado en la Constitución de Costa Rica”⁹⁸⁶.
614. En cuarto lugar, la Demandada afirma que el Tribunal no puede tener en cuenta los errores ejecutivos en el otorgamiento de permisos y aprobaciones de Industrias Infinito ya que estos hechos se encuentran fuera de su jurisdicción *ratione temporis*⁹⁸⁷.
615. En quinto lugar, la Demandada disiente con la Demandante respecto de que la Resolución del MINAET de 2012 extinguió sus derechos mineros preexistentes sin un fundamento válido. Esto obedece a que la Demandante no detentaba estos derechos cuando se anuló la Concesión de 2008, ya que el permiso de exploración de Industrias Infinito había caducado el 18 de septiembre de 1999⁹⁸⁸.

⁹⁸² R-Dúp. Fondo, ¶¶ 703, 705 [¶¶ 692, 694 (español)].

⁹⁸³ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 708-709 [¶¶ 697-698 (español)].

⁹⁸⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 710 [¶ 699 (español)].

⁹⁸⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 711 [¶ 700 (español)].

⁹⁸⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 712 [¶ 701 (español)].

⁹⁸⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 713 [¶ 702 (español)].

⁹⁸⁸ R-CM Fondo, ¶ 501; R-Dúp. Fondo, ¶ 714 [¶ 703 (español)].

616. En sexto lugar, la Demandada sostiene que lo máximo que la Demandante podía haber esperado razonablemente, era que el Poder Ejecutivo ayudara a Industrias Infinito a defender la legalidad de la Concesión ante los tribunales costarricenses, lo cual hizo⁹⁸⁹.
617. Por último, la Demandada hace hincapié en que cualquier queja con respecto a la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 se relaciona con las acciones del Poder Legislativo de Costa Rica. En cualquier caso, tal y como se analizó en el contexto del TJE, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 no tuvo impacto alguno en la Demandante⁹⁹⁰.

3. La Posición de Canadá

618. En su Escrito de Parte No Contendiente, Canadá alega que el Artículo II(2)(b) del TBI no se extiende más allá de la protección y seguridad físicas de las inversiones. Canadá afirma que esta interpretación es de conformidad con el Artículo 31(1) de la CVDT, en tanto el sentido corriente de los términos “protección” y “seguridad” apuntan a “un sentido general de seguridad ante el daño, lesión, o deterioro físicos”⁹⁹¹.
619. Canadá afirma además que el estándar de TPS se desarrolló históricamente en el contexto de la protección y seguridad físicas de los ejecutivos, empleados o instalaciones de una empresa, y sostiene que las nociones de “protección y seguridad constante” o “total protección y seguridad” en derecho internacional se han asociado tradicionalmente con situaciones en las cuales se vio comprometida la seguridad física del inversionista o de sus inversiones⁹⁹². Por lo tanto, cuando se lo interpreta a la luz de su objeto y fin, queda claro que el estándar de TPS está concebido para proporcionar a las inversiones protección y seguridad físicas.
620. Canadá afirma asimismo que esta interpretación se encuentra sustentada tanto por la jurisprudencia arbitral⁹⁹³ como por su práctica relativa a tratados⁹⁹⁴. Por ejemplo, tratados recientes celebrados por Canadá disponen que la obligación de TPS hace referencia a la seguridad física o protección de policía⁹⁹⁵. Canadá también ha adoptado

⁹⁸⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 715 [¶ 704 (español)].

⁹⁹⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 716 [¶ 705 (español)].

⁹⁹¹ Escrito de Canadá, ¶ 41 [Traducción del Tribunal], que cita las definiciones de los términos “protección”, “proteger”, “daño”, “perjuicio”, “seguridad”, “peligro” y “amenaza” en *English Oxford Living Dictionaries*, en línea: <https://en.oxforddictionaries.com/>, **CAN-0018**.

⁹⁹² Escrito de Canadá, ¶ 42, que cita *Enron* Laudo, ¶¶ 284-287, **CL-0036**; y *BG Group Plc. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 24 de diciembre de 2007 (“**BG Group**”), ¶ 324, **CAN-0019**.

⁹⁹³ Escrito de Canadá, ¶¶ 43-44, que cita *Saluka*, ¶¶ 483-484, **CL-0077**; *Gold Reserve*, ¶¶ 622-623, **CL-0042**; *BG Group*, ¶¶ 323-328, **CAN-0019**; *Crystallex*, ¶¶ 632-633, **CL-0131**.

⁹⁹⁴ Escrito de Canadá, ¶¶ 45-47.

⁹⁹⁵ Escrito de Canadá, ¶ 45, que cita Acuerdo Económico y Comercial Global (“CETA”, por sus siglas en inglés), Artículo 8.10(5), **RL-0224**; TLC Canadá-Corea, Artículo 8.5(3)(b), **CAN-0003**; Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Rumania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 8 de mayo de 2009 (que entró en vigor el 23 de noviembre de 2011), Anexo D, **CAN-0020**.

medidas para aclarar que la obligación de TPS en tratados más antiguos (que no hacen referencia expresa a la seguridad física) siempre se ha circunscrito a la protección y seguridad físicas⁹⁹⁶.

4. Análisis

a. El Estándar de TPS

621. El Artículo II(2)(b) del TBI dispone lo siguiente⁹⁹⁷:

(2) Cada Parte Contratante le otorgará a las inversiones de la otra Parte Contratante:

[...]

(b) total protección y seguridad.

622. Según Costa Rica, “total protección y seguridad” solo hace referencia a la seguridad física, mientras que la Demandante le atribuye a este término un significado más amplio que incluye la seguridad jurídica.

623. La opinión del Tribunal es que, en ausencia de un lenguaje en el tratado que indique que la seguridad jurídica está cubierta, el estándar de TPS está concebido para garantizar la protección e integridad físicas del inversionista y de su propiedad dentro del territorio del Estado receptor. Mientras que la estabilidad del entorno comercial y la seguridad jurídica se encuentran plasmados en el estándar de trato justo y equitativo, el estándar de total protección y seguridad busca principalmente proteger la inversión contra el perjuicio físico infligido por terceros⁹⁹⁸. Tal como observara el tribunal de *Enron*, “*there might be cases where a broader interpretation could be justified, but then it becomes difficult to distinguish such situation from one resulting in the breach of fair and equitable treatment, and even from some form of expropriation*”⁹⁹⁹. El presente Tribunal coincide en que una interpretación excesivamente amplia del estándar de TPS

⁹⁹⁶ Escrito de Canadá, ¶ 46, que observa que en el año 2017, se agregó un nuevo párrafo al Tratado de Libre Comercio Canadá-Chile de 1997 donde se aclaró que la obligación de proporcionar “‘*full protection and security*’ means that each Party is required to provide the level of police protection required under customary international law.” [Original inglés]. TLC Canadá-Chile, Apéndice I, Artículo G-05(3)(b) y Artículo G-05, nota al pie 3, **CAN-0004**. De manera similar, Canadá observa que en el año 2017 la Comisión Conjunta Canadá-Colombia emitió una interpretación que reafirmó que “[e]l concepto de ‘protección y seguridad plena’ en el Artículo 805 [del Tratado de Libre Comercio Canadá-Colombia de 2011] hace referencia a las obligaciones de una Parte en relación con la seguridad física de los inversionistas y las inversiones cubiertas.” Tratado de Libre Comercio Canadá-Colombia, 21 de noviembre de 2008 (que entró en vigor el 15 de agosto de 2011), Can. T.S. 2011 No. 11, Artículo 805(1), **CAN-0021**; Decisión de la Comisión Conjunta Colombia-Canadá Interpretación de Determinadas Disposiciones del Capítulo Octavo, Decisión No. 6, 24 de octubre de 2017, Artículo 3(a); **CAN-0022**.

⁹⁹⁷ TBI, Artículo II(2)(b), **C-0001 / RL-0005**.

⁹⁹⁸ AWG Responsabilidad, ¶ 173, **RL-0208**; *El Paso*, ¶¶ 522-523, **CL-0035**.

⁹⁹⁹ *Enron* Laudo, ¶ 286, **CL-0036** [Original inglés].

podría redundar en una superposición con otros estándares de protección de inversiones, lo cual no es necesario ni deseable.

624. Aunque algunos laudos, como el de *CME*, adoptaron una interpretación más amplia de la TPS que abarca también la seguridad y protección jurídicas, una serie de laudos posteriores han mantenido el enfoque más tradicional en la interpretación de la noción de TPS. En *Saluka*, el tribunal observó que “[t]he practice of arbitral tribunals seems to indicate [...] that the ‘full security and protection’ clause is not meant to cover just any kind of impairment of an investor’s investment but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force”¹⁰⁰⁰. De manera similar, el tribunal en *Parkerings* sostuvo que “[e]n general se acepta que la variación de lenguaje entre la formulación ‘protección’ y ‘protección y seguridad plenas’ no marca ninguna diferencia en cuanto al nivel de protección que un Estado debe brindar”¹⁰⁰¹. Los tribunales en *BG*, *PSEG* y *Rumeli* han aplicado una lógica similar¹⁰⁰².
625. Las Partes disienten también respecto de si el estándar de TPS forma parte del estándar de TJE, como sostiene la Demandada, o si constituye un estándar de protección independiente, como arguye la Demandante. En la opinión del Tribunal, el hecho de que el TBI Costa Rica-Canadá aborde el TJE y la TPS en dos apartados diferentes del Artículo II(2) es indicativo de que las Partes Contratantes tuvieron la intención de abarcar dos obligaciones diferentes. Por ende, una interpretación contextual exige que el Tribunal le dé efecto a esa intención dándoles a los dos conceptos sentidos y ámbitos de aplicación diferenciados, una posición que se encuentra respaldada por la práctica de los tribunales de inversión¹⁰⁰³. A modo de ejemplo, tal y como se estableciera en *Jan de Nul*, “[l]a noción de protección y seguridad continuas debe distinguirse aquí de la norma de trato justo y equitativo, ya que se encuentran en dos disposiciones diferentes del TBI, aun cuando las dos garantías se superpongan”¹⁰⁰⁴.
626. En cuanto al contenido del estándar de TPS, el Tribunal considera que el estándar de TPS no proporciona protección absoluta contra el daño físico¹⁰⁰⁵. En los términos de la CIJ en *ELSI*, “[t]he reference [...] to the provision of ‘constant protection and security’

¹⁰⁰⁰ *Saluka*, ¶ 484, **CL-0077** [Original inglés].

¹⁰⁰¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 677 [¶ 666 (español)], que cita *Parkerings*, ¶ 354, **CL-0068** [Traducción de la Demandada].

¹⁰⁰² *BG Group*, ¶¶ 323-328, **CAN-0009**; *PSEG*, ¶¶ 258-259, **CL-0073**; *Rumeli*, ¶ 669, **CL-0075**.

¹⁰⁰³ *Jan de Nul* Laudo, ¶ 269, **RL-0091**; *Electrabel*, ¶ 7.83, **RL-0126**; *Vannessa Ventures*, ¶¶ 221-224, **RL-0078**; *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. República de Albania*, Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo, 30 de marzo de 2015 (“*Mamidoil*”), ¶¶ 819-820, **RL-0022**; *Arif*, ¶¶ 504-506, **CL-0014**; *Frontier Petroleum*, ¶ 296, **CL-0039**.

¹⁰⁰⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 639, que hace referencia a *Jan de Nul* Laudo, ¶ 269, **RL-0091** [Traducción de la Demandante].

¹⁰⁰⁵ R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2008), págs. 149-150. Véase también *Lauder*, ¶ 308, **RL-0229** (“[T]he Treaty does not oblige the Parties to protect foreign investment against any possible loss of value caused by persons whose acts could not be attributed to the State.”) [Original inglés].

*cannot be construed as the giving of a warranty that property shall never in any circumstances be occupied or disturbed*¹⁰⁰⁶.

627. Tampoco se trata de un estándar de responsabilidad estricta; sino que impone una obligación de diligencia debida¹⁰⁰⁷. Tras un minucioso análisis sobre el tema, *AAPL* concluyó que el estándar de TPS impone “*an ‘objective’ standard of vigilance in assessing the required degree of protection and security with regard to what should be legitimately expected to be secured for foreign investors by a reasonably well-organized modern State*”¹⁰⁰⁸. Más concretamente, el tribunal aclaró que este estándar exige que el Estado adopte “*the reasonable measures of prevention which a well-administered government could be expected to exercise under similar circumstances*”¹⁰⁰⁹. Otros tribunales han avalado esta posición¹⁰¹⁰, con el resultado que el estándar de TPS constituye por lo tanto una obligación de medios, no de resultado. Dicho esto, una simple ausencia de diligencia debida será suficiente para violar el derecho internacional; no es necesario establecer dolo o negligencia¹⁰¹¹.
628. Con estas especificaciones en mente, el Tribunal procederá ahora a determinar si la Demandada violó el Artículo II(2)(b) del TBI.

b. ¿La Demandada Ha Violado el Estándar de TPS?

629. La reclamación de TPS de la Demandante se basa en la alegación de que Costa Rica no proporcionó seguridad jurídica a las inversiones de la Demandante; la Demandante no ha señalado daño físico alguno. En tanto el Tribunal ha determinado que el estándar de TPS del TBI solo brinda protección contra el daño físico, la reclamación de la Demandante debe fracasar.

E. EXPROPIACIÓN

1. La Posición de la Demandante

630. La Demandante sostiene que el Artículo VIII del TBI cubre la expropiación tanto directa como indirecta y que las medidas judiciales pueden ser expropiatorias (a). La Demandante también alega que tiene derechos susceptibles de expropiación (b) y que las medidas impugnadas representan una expropiación tanto directa como indirecta de sus inversiones.

¹⁰⁰⁶ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Estados Unidos de América c. Italia*, 1989 Reportes CIJ 15, Fallo, 20 de julio de 1989, ¶ 108, **RL-0274** [Original inglés].

¹⁰⁰⁷ *AALP*, ¶¶ 49, 76-77; **CL-0121**.

¹⁰⁰⁸ *AAPL*, ¶ 77, **CL-0121** [Original inglés].

¹⁰⁰⁹ *AAPL*, ¶ 77, **CL-0121** (énfasis agregado) [Original inglés].

¹⁰¹⁰ *Saluka*, ¶ 484, **CL-0077** (el Estado se tenía la obligación de “*adopt all reasonable measures to protect assets and property from threats or attacks*”) [Original inglés]; *Tecmed*, ¶ 177, **CL-0085**; *AES*, ¶ 13.3.2; **CL-0260**.

¹⁰¹¹ *AAPL*, ¶ 77, **CL-0121**; *Lauder*, ¶ 308, **RL-0229**.

a. El Estándar de Expropiación

(i) Definición de Expropiación Conforme al Artículo VIII del TBI

631. La Demandante señala que el concepto de expropiación ofrecido en el Artículo VIII del TBI cubre toda medida con un efecto “equivalente a” la nacionalización o expropiación y, por lo tanto, comprende la expropiación tanto directa como indirecta¹⁰¹².
632. Sobre la base de *Quiborax y Burlington*, la Demandante alega que hay expropiación directa “cuando una medida priva de forma permanente un inversionista de su propiedad mediante la adopción o la transferencia de la propiedad al Estado por la fuerza”¹⁰¹³. La Demandante asevera asimismo que “[u]na expropiación indirecta ocurre cuando una medida, o una combinación de medidas, interfieren sustancialmente con la capacidad del inversionista para usar o derivar los beneficios económicos de una inversión establecida en el territorio del Estado huésped, aunque sea no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”¹⁰¹⁴.
633. Sobre la base de *Vivendi II y Burlington*, la Demandante afirma que “[l]a evidencia de una intención expropiatoria solamente puede servir para confirmar la expropiación bajo la prueba de los efectos, pero no es un requisito en sí mismo”¹⁰¹⁵.
634. Por último, la Demandante alega que la expropiación es lícita y cumple con el Artículo VIII del TBI cuando reúne los siguientes requisitos: (i) es para un fin público; (ii) se llevó a cabo de conformidad con el debido proceso de ley; (iii) se llevó a cabo de manera no discriminatoria y (iv) se pagó una indemnización pronta, adecuada y efectiva¹⁰¹⁶.

(ii) Las Medidas Judiciales Pueden Ser Expropiatorias

635. La Demandante alega que las medidas judiciales pueden ser expropiatorias, dado que el Artículo VIII del TBI no traza distinción alguna entre las expropiaciones concretadas a través de medidas ejecutivas, legislativas o judiciales¹⁰¹⁷. Sobre la base de *Rumeli*, sostiene que “una toma por el brazo judicial del Estado también puede equivaler a una

¹⁰¹² C-Mem. Fondo, ¶ 251.

¹⁰¹³ C-Mem. Fondo, ¶ 252, que cita *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015 (“*Quiborax Laudo*”), ¶ 200, **CL-0074**; *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012 (“*Burlington Resources*”), ¶ 506, **CL-0023**.

¹⁰¹⁴ C-Mem. Fondo, ¶ 253, que cita *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 (“*Metalclad*”), ¶ 103, **CL-0058**; *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, CNUDMI, Caso LCIA No. UN3467, Laudo Final, 1 de julio 2004 (“*Occidental*”), ¶ 87, **CL-0066**.

¹⁰¹⁵ C-Mem. Fondo, ¶ 256; *Burlington Resources*, ¶ 401, **CL-0023**; *Vivendi II*, ¶ 7.5.20, **CL-0029**.

¹⁰¹⁶ C-Mem. Fondo, ¶ 275.

¹⁰¹⁷ C-Mem. Fondo, ¶ 258; C-Réplica Fondo, ¶ 668.

expropiación”¹⁰¹⁸. En línea con su argumentación respecto del TJE, la Demandante cuestiona que las medidas judiciales sólo violan la protección contra expropiación ilícita en el derecho internacional si constituyen denegación de justicia, como sugiere la Demandada, por los siguientes motivos¹⁰¹⁹.

636. En primer lugar, la Demandante alega que la Demandada no puede invocar el cumplimiento de su marco jurídico nacional como defensa contra la expropiación¹⁰²⁰. Sobre la base de *ATA*, la Demandante asevera que “un Estado no puede invocar sus leyes internas para eludir las obligaciones impuestas por un tratado determinado o, en general, por el derecho internacional público”¹⁰²¹.
637. En segundo lugar, sobre la base de *Biwater*, la Demandante alega que los tribunales de inversiones han confirmado repetidamente que la denegación de justicia no es un requisito para que una medida judicial sea considerada expropiación¹⁰²². A modo de ejemplo, en *Rumeli*, el tribunal dictaminó que “la Decisión final del Tribunal Supremo de Kazajstán en la que se afirmaba que el reembolso obligatorio de las acciones de la demandante equivalía a una expropiación ilícita, aun cuando la Decisión se había adoptado ‘de conformidad con el debido proceso legal’”¹⁰²³. En *Sistem*, el tribunal resolvió que la invalidación de un acuerdo compraventa de acciones constituyó una expropiación porque tuvo por efecto anular los derechos de propiedad del demandante en un hotel. Según advirtiera el tribunal de *Sistem*, los Estados “no estaban exentos de responsabilidad por esta expropiación simplemente porque los órganos estatales que habían llevado a cabo la expropiación eran entidades judiciales”¹⁰²⁴.
638. Tercero, la Demandante alega que los casos que citan la Demandada y Canadá no son relevantes para la diferencia que nos ocupa. El tribunal de *Azinian* no resolvió que la denegación de justicia fuese siempre un requisito para determinar la existencia de expropiación, sino que los tribunales pueden imponer responsabilidad internacional a un Estado por diversos tipos de violaciones, incluida la denegación de justicia. En cualquier caso, la Demandante resalta que en *Azinian* no se impugnó ninguna medida judicial¹⁰²⁵. En esa misma línea, la Demandante alega que el tribunal de *Loewen* no pretendía limitar las expropiaciones judiciales en todos los casos a denegación de justicia¹⁰²⁶.

¹⁰¹⁸ C-Mem. Fondo, ¶ 258, que cita *Rumeli*, ¶ 702, **CL-0075** [Traducción de la Demandante].

¹⁰¹⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 668.

¹⁰²⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 670.

¹⁰²¹ C-Réplica Fondo, ¶ 670, que cita *ATA*, ¶¶ 121-122, 128, **CL-0016** [Traducción de la Demandante].

¹⁰²² C-Réplica Fondo, ¶ 671(a); *Biwater Gauff*, ¶¶ 457-458, **CL-0021**.

¹⁰²³ C-Réplica Fondo, ¶ 671(b); *Rumeli*, ¶¶ 705-706, **CL-0075**.

¹⁰²⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 671; *Sistem*, ¶¶ 117-118, **CL-0082**.

¹⁰²⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 672.

¹⁰²⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 673.

b. Los Derechos de la Demandante Eran Susceptibles de Expropiación

639. La Demandante sostiene que sus derechos eran susceptibles de expropiación. De hecho, el Artículo VIII del TBI protege las “inversiones de inversionistas” frente a la expropiación ilícita, noción que incluye la Concesión de explotación, los derechos mineros preexistentes, las acciones en Industrias Infinito, el dinero prestado a Industrias Infinito e invertido a lo largo de la vida del Proyecto, otras aprobaciones del Proyecto y los bienes relacionados con el Proyecto¹⁰²⁷. La Demandante cuestiona el argumento de que no tenía derechos válidos susceptibles de ser expropiados tras su anulación por parte de los tribunales costarricenses¹⁰²⁸.
640. La Demandante también sostiene que la Demandada está impedida de plantear la ilegalidad de tales derechos como defensa en este arbitraje¹⁰²⁹. De hecho, el Gobierno de Costa Rica – a través de los actos de SETENA, SINAC, DGM, MINAE, sendos Ministros, el Presidente de Costa Rica y la Sala Constitucional – hizo creer a la Demandante que sus derechos eran válidos al confirmarlos y alentar a Infinito a seguir adelante con el Proyecto¹⁰³⁰. Más precisamente, la Demandante alega que “[s]i la [M]oratoria de 2002 se aplicaba al [P]royecto, el Gobierno no debería haber restablecido la concesión de explotación, concedido [el] EIA, declarado el [P]royecto de interés nacional o concedido el permiso de cambio de uso de la tierra”¹⁰³¹. Además, la Demandante subraya que su testigo, el Sr. Agüero, confirmó que el Gobierno entendía que Industrias Infinito tenía derechos válidos¹⁰³².
641. Según Infinito, varias decisiones arbitrales respaldan su posición. En particular, el tribunal de *ADC* rechazó el argumento del Estado de que los acuerdos pertinentes eran ilegales porque había cumplido estos acuerdos durante varios años¹⁰³³. En *Kardassopoulos*, el tribunal desestimó el argumento de ilegalidad del demandado porque el Estado había respaldado la inversión¹⁰³⁴.
642. En subsidio, la Demandante alega que el argumento de la Demandada sólo aplica a las resoluciones por las cuales se otorgó a Industrias Infinito su Concesión y otras aprobaciones clave. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no afectó los derechos mineros preexistentes. Por el contrario, la Resolución del MINAET de 2012 expropió los derechos mineros preexistentes de la Demandante al archivar el expediente de Industrias Infinito en el Registro Minero y declarar el área de Las

¹⁰²⁷ C-Mem. Fondo, ¶ 260.

¹⁰²⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 654.

¹⁰²⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 661.

¹⁰³⁰ C-Réplica Fondo, ¶¶ 661, 665.

¹⁰³¹ C-Réplica Fondo, ¶ 666.

¹⁰³² C-Réplica Fondo, ¶ 667; CWS-Agüero 1, ¶ 35.

¹⁰³³ C-Réplica Fondo, ¶ 663.

¹⁰³⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 664.

Crucitas libre de todo derecho minero, de conformidad con la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011¹⁰³⁵.

643. Contrariamente a las declaraciones de la Demandada, los derechos mineros preexistentes de Industrias Infinito eran susceptibles de expropiación por dos motivos. Primero, conforme a los Artículos 23 y 26 del Código de Minería, “el titular de un permiso de exploración adquiere el derecho a una concesión de explotación una vez que demuestra la existencia de un yacimiento explotable y cumple las condiciones legales definidas”¹⁰³⁶, una cuestión sobre la cual la perita de la Demandada, la Dra. León, no emitió opinión alguna¹⁰³⁷.
644. Segundo, no es cierto que el permiso de exploración de Industrias Infinito había expirado. Sobre la base del informe pericial de la Dra. Araya, la Demandante señala que “[u]n permiso de exploración expira sólo si el titular del permiso no solicita una concesión de explotación en un plazo de sesenta días a partir de la fecha de expiración del permiso, no si se cumplen sus condiciones y el titular del permiso pasa a la siguiente fase del proceso”¹⁰³⁸. Por lo tanto, Industrias Infinito era titular de un permiso de exploración que había solicitado una concesión de explotación y sus derechos anteriores seguían siendo adquiridos¹⁰³⁹.

c. La Demandada Expropió las Inversiones de la Demandante

(i) La Expropiación Fue Directa e Indirecta

645. La Demandante alega que, al anular los derechos de la Demandante, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 privó a Infinito de sus inversiones en Costa Rica de forma permanente¹⁰⁴⁰. La Demandante sostiene que esta expropiación fue tanto directa como indirecta¹⁰⁴¹.

a. Expropiación Directa

646. El argumento de la Demandante es que mediante la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Demandada expropió directamente (i) la Concesión de explotación, (ii) otras aprobaciones del proyecto y (iii) sus derechos mineros preexistentes¹⁰⁴².

¹⁰³⁵ C-Réplica Fondo, ¶¶ 655-656.

¹⁰³⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 658.

¹⁰³⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 659.

¹⁰³⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 660; CER-Araya 1, ¶¶ 74-75.

¹⁰³⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 660; CER-Araya 1, ¶¶ 65, 120, 162, 172.

¹⁰⁴⁰ C-Mem. Fondo, ¶ 263.

¹⁰⁴¹ C-Mem. Fondo ¶¶ 246-248; C-Réplica Fondo, ¶ 649.

¹⁰⁴² C-Mem. Fondo, ¶ 262.

647. Según la Demandante, la cancelación de su Concesión es un caso clásico de expropiación directa. Infinito define la Concesión como “un conjunto de derechos legales a l[o]s que Industrias Infinito adquirió el derecho en 2001, cuando se demostró la existencia de un yacimiento de oro en Crucitas [...] y había cumplido con todas sus obligaciones como titular de permiso de exploración”. La Demandante alega que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 le quitó estos derechos a Industrias Infinito y, por ende, expropió la Concesión¹⁰⁴³.
648. De igual modo, las otras aprobaciones del proyecto son “paquetes de los derechos legales que le confiere a Industrias Infinito ciertos derechos en relación con el desarrollo, construcción y operación de la mina de oro Crucitas”, incluidas la aprobación del EIA 2005, la declaración de viabilidad ambiental de 2005, y la aprobación de las modificaciones del proyecto y el otorgamiento de la viabilidad ambiental de 2008¹⁰⁴⁴. Para la Demandante, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 también expropió estos derechos de forma directa¹⁰⁴⁵.
649. Dicho esto, la Demandante alega que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no afectó sus derechos mineros preexistentes porque “[s]i el acto final, tal[] como la resolución de la concesión de una concesión, se anula, el titular de los derechos vuelve a la posición en que estaba inmediatamente antes de la concesión del acto final”¹⁰⁴⁶. Por lo tanto, la Demandante tenía derecho en virtud de su permiso de exploración a solicitar una nueva concesión y nuevas aprobaciones de proyecto para el desarrollo del Proyecto Crucitas¹⁰⁴⁷. Sin embargo, la Resolución del MINAET de 2012 expropió los derechos mineros preexistentes al extinguirlos. Además, la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 prohibió la minería a cielo abierto y, de esa forma, impidió a la Demandante obtener nuevos derechos para construir y operar la mina Crucitas¹⁰⁴⁸.

b. Expropiación Indirecta

650. La Demandante sostiene que la Demandada expropió indirectamente sus otras inversiones, incluidas sus acciones en Industrias Infinito, los fondos que invirtió en su subsidiaria y los bienes relacionados con el Proyecto Crucitas.
651. Más precisamente, la Demandante alega que, con la pérdida de la Concesión de Industrias Infinito y derechos relacionados, las demás inversiones de la Demandante inmediatamente perdieron valor, de forma sustancial y permanente¹⁰⁴⁹. La Demandante subraya que el valor de las acciones de Industrias Infinito comenzó a disminuir el 30 de noviembre de 2011 debido a la Sentencia de la Sala Administrativa

¹⁰⁴³ C-Mem. Fondo, ¶ 264.

¹⁰⁴⁴ C-Mem. Fondo, ¶ 265.

¹⁰⁴⁵ C-Mem. Fondo, ¶ 265.

¹⁰⁴⁶ C-Mem. Fondo, ¶ 266.

¹⁰⁴⁷ C-Mem. Fondo, ¶¶ 266-267.

¹⁰⁴⁸ C-Mem. Fondo, ¶¶ 266-267.

¹⁰⁴⁹ C-Mem. Fondo, ¶¶ 268, 269, 271.

de 2011 y se redujo a cero en el mes de marzo de 2013¹⁰⁵⁰. Sobre la base del informe pericial de la FTI, la Demandante alega que la caída en el precio de las acciones de Industrias Infinito es ilustrativa de “la percepción del mercado de la magnitud del impacto de los presuntos actos ilícitos [en] la inversión de Infinito”¹⁰⁵¹.

(ii) La Expropiación No Está Justificada Según la Doctrina de los Poderes de Policía

652. La Demandante no está de acuerdo con la Demandada en que un tribunal debe considerar el objetivo del Estado al determinar si hubo expropiación de las inversiones del inversor. Por el contrario, la Demandante alega que el test es completamente objetivo y consiste en evaluar si el Estado receptor privó al inversor de su inversión o alteró el valor económico de estas inversiones¹⁰⁵².

653. Según la Demandante y contrariamente a los argumentos de la Demandada, la doctrina de los poderes de policía es limitada y no aplica al caso que nos ocupa porque las medidas impugnadas no servían ningún interés público.

a. No Existe una Excepción Amplia de “Interés Público” para la Expropiación

654. Para la Demandante, la definición amplia de la excepción de interés público que ofrece la Demandada, según la cual toda medida adoptada en el interés público o de buena fe se encuentra cubierta por esta excepción, es contradictoria con el TBI y la jurisprudencia¹⁰⁵³.

655. En primer lugar, la Demandante recalca que una expropiación es lícita cuando cumple cuatro requisitos, incluido el de atender el interés público. Adoptar los argumentos de Costa Rica escalaría el requisito del interés público de una condición para una expropiación lícita a un impedimento para que se determine que hubo expropiación, independientemente de las otras condiciones previas¹⁰⁵⁴.

656. En segundo lugar, la Demandante sostiene que, tal como se indica en *Quiborax*, *Burlington*, *Tecmed* y *Saluka*, la doctrina de los poderes de policía es limitada¹⁰⁵⁵. Sobre la base de la decisión de *Vivendi II*, la Demandante alega que “[s]i la finalidad pública automáticamente amparara a la medida de tener carácter expropiatorio, en ese caso nunca habría una confiscación indemnizable por razones de utilidad pública”¹⁰⁵⁶. La mayoría de las decisiones arbitrales en materia de inversiones han resuelto que la

¹⁰⁵⁰ C-Mem. Fondo, ¶ 270; Precio de las Acciones de Infinito Gold Ltd. (21 de septiembre de 2000 a 16 de julio de 2015), **C-0303**.

¹⁰⁵¹ C-Mem. Fondo, ¶ 270; CER-FTI 1, ¶ 7.69.

¹⁰⁵² C-Réplica Fondo, ¶ 677.

¹⁰⁵³ C-Réplica Fondo, ¶ 679.

¹⁰⁵⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 680.

¹⁰⁵⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 682; *Quiborax* Laudo, ¶ 200, **CL-0074**; *Burlington Resources*, ¶ 506, **CL-0023**; *Tecmed*, ¶ 119, **CL-0085**; *Saluka*, ¶¶ 258, 263, **CL-0077**.

¹⁰⁵⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 681, que cita *Vivendi II*, ¶ 7.5.21, **CL-0029**.

doctrina de los poderes de policía sólo aplica cuando la medida (i) sea verdaderamente necesaria y proporcionada a su justificación declarada; (ii) no sea contraria a las expectativas legítimas del inversionista; (iii) no vulnere de alguna manera las obligaciones internacionales; o (iv) no sea contraria a la legislación local¹⁰⁵⁷.

657. Infinito señala, asimismo, que la Demandada no ha citado ningún caso para respaldar su argumento de “que cualquier medida dirigida al bienestar general y adoptada de buena fe estará exenta de la prohibición del Artículo VIII contra la expropiación ilegal, a menos que sea ‘obviamente desproporcionada’”¹⁰⁵⁸. En *Philip Morris* y en *Chemtura*, los tribunales aceptaron que los Estados demandados habían ejercido sus poderes de policía porque las medidas fueron necesarias para evitar daños científicamente comprobados a la salud pública. De igual modo, en *Saluka*, estaba en juego el sistema bancario del demandado¹⁰⁵⁹.
658. Por último, invocando *Santa Elena*, la Demandante argumenta que “[l]as medidas ambientales [expropiatorias], sin importar cuán loables o beneficiosas para la sociedad en general, son similares a este respecto a cualquier otra medida expropiatoria que un estado pueda implementar para implementar sus políticas: ‘donde se expropia la propiedad, incluso con fines ambientales, ya sean nacionales o internacionales, la obligación del estado de pagar una compensación se mantiene’”¹⁰⁶⁰.

b. La Doctrina de los Poderes de Policía No Aplica en Este Caso

659. En cualquier caso, la Demandante niega que la Demandada adoptara las medidas impugnadas de buena fe y con el fin legítimo de proteger el medio ambiente¹⁰⁶¹.
660. En primer lugar, la Demandante alega que no hay pruebas en el expediente que demuestren que el Proyecto Crucitas fuera nocivo para el medio ambiente. Al contrario, la Demandante recalca que las autoridades de Costa Rica, incluso SETENA, SINAC y la Sala Constitucional, resolvieron que el Proyecto cumplía con la legislación costarricense en materia ambiental. En la misma línea, la Demandante plantea que el poder ejecutivo defendió el Proyecto Crucitas ante los tribunales costarricenses. Por último, la Demandante alega que la Moratoria de 2002 y la Resolución del MINAET de 2012 son un mero reflejo de un cambio de política tras la elección de la Presidenta Chinchilla¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 682.

¹⁰⁵⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 683.

¹⁰⁵⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 683; *Philip Morris*, ¶¶ 284-286, **RL-0222**; *Saluka*, ¶¶ 262-265, 270-275, **CL-0077**; *Chemtura*, ¶ 266, **CL-0025**.

¹⁰⁶⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 684, que cita *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo Final, 17 de febrero de 2000 (“*Santa Elena*”), ¶ 71, **CL-0030** [Traducción de la Demandante].

¹⁰⁶¹ C-Réplica Fondo, ¶ 685.

¹⁰⁶² C-Réplica Fondo, ¶¶ 687-688.

661. En segundo lugar, la Demandante sostiene que Costa Rica sancionó la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 (i) en violación de la Constitución Política y (ii) para impedir que continuara el Proyecto Crucitas¹⁰⁶³.
662. En tercer lugar, Infinito enfatiza que la “reciente conducta de [la Demandada] desmiente su argumento de que la preocupación por el medio ambiente motivó la cancelación del [P]royecto Crucitas”¹⁰⁶⁴. De hecho, tal como señalara el Presidente Arias, “[l]a devastación ambiental causada por la minería ilegal en Crucitas es una tragedia que, lamentablemente, pudimos evitar”¹⁰⁶⁵. La Demandante arguye que Costa Rica no hizo nada para impedir estas actividades ilegales y el consecuente daño para el medio ambiente¹⁰⁶⁶.
663. Sobre esta base, la Demandante alega que la Demandada no demostró que las medidas fueran proporcionadas y necesarias para proteger el medio ambiente, por lo cual la expropiación no se encuentra exenta conforme a la doctrina de los poderes de policía¹⁰⁶⁷.

d. La Expropiación Fue Ilícita

664. La Demandante sostiene que la expropiación no cumplió con el requisito de legalidad establecido en el Artículo VIII del TBI.
665. En primer lugar, la expropiación no fue por un interés público. Sobre la base de la decisión de *ADC* y los informes de la CDI, la Demandante explica que esta condición “requiere un poco de verdadero interés del público” y no es un estándar de autoevaluación¹⁰⁶⁸. Sin embargo, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012 no servían un interés público¹⁰⁶⁹, dado que “[l]ejos de haber logrado algún bien social, la cancelación de la mina de oro Crucitas ha privado a una comunidad ya económicamente deprimida de puestos de trabajo, ingresos, e infraestructura social y física”¹⁰⁷⁰.
666. En segundo lugar, la expropiación no se llevó a cabo de acuerdo con el debido proceso. La Demandante invoca *ADC* y alega que el “‘debido proceso legal’, en el contexto de la expropiación, exige un procedimiento legal real y sustantivo para [que] un inversionista extranjero [pueda] elevar sus reclamos en contra de las acciones que

¹⁰⁶³ C-Réplica Fondo, ¶ 689.

¹⁰⁶⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 690.

¹⁰⁶⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 690, que cita el Artículo de Prensa “¿Por qué aprobé el proyecto Crucitas?”, *La Nación* (15 de enero de 2019), **C-0753**.

¹⁰⁶⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 690.

¹⁰⁶⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 691.

¹⁰⁶⁸ C-Mem. Fondo, ¶¶ 276-278, que cita *ADC*, ¶ 423, **CL-0009** [Traducción de la Demandante].

¹⁰⁶⁹ C-Mem. Fondo, ¶ 280.

¹⁰⁷⁰ C-Mem. Fondo, ¶ 280.

privan ya adoptadas o a punto de ser tomada[s] en contra de [el]”¹⁰⁷¹. Industrias Infinito no tenía conocimiento, según la Demandante, de que iba a tener que presentar argumentos acerca de la aplicación de la Moratoria de 2002 a la Concesión de 2008. De hecho, esta cuestión no fue parte de la demanda incoada ante el TCA. Por ende, Industrias Infinito sólo tuvo la oportunidad de presentar argumentos breves al respecto. La Demandante argumenta además que la Sala Administrativa no subsanó este defecto procesal “dado que el procedimiento de la Sala Administrativa fue una apelación en lugar de una audiencia en primera instancia”¹⁰⁷².

667. En tercer lugar, la Demandante llama la atención sobre el hecho de que Costa Rica no pagó indemnización alguna a Industrias Infinito o a la Demandante, contrariamente al Artículo VIII del TBI que requiere el pago de una indemnización equivalente al valor justo de mercado de la inversión¹⁰⁷³.

2. La Posición de la Demandada

a. La Demandante No Tenía Derechos Mineros Susceptibles de Expropiación

668. La Demandada asevera que “[n]o puede haber expropiación de un derecho que no existe” en primer lugar¹⁰⁷⁴. La Demandada invoca el laudo de *Vestey* y asevera que “[p]ara que una persona privada interponga un reclamo conforme al derecho internacional que surja de la privación de sus bienes, debe estar en posesión de esos bienes de conformidad con las normas del derecho interno aplicables”¹⁰⁷⁵. Del mismo modo, el tribunal de *EnCana* dictaminó que “para que exista la expropiación de una inversión o beneficio [...] los derechos afectados deben existir en virtud de la legislación que los crea. En este caso, la legislación de Ecuador”¹⁰⁷⁶.
669. La Demandada también alega que la Demandante no tenía derechos mineros válidos porque (i) la Sentencia del TCA de 2010 confirmó que la Concesión era nula *ab initio* y que Industrias Infinito no tenía ningún derecho cubierto por la disposición de exención (“*grandfathering*”) de la Moratoria de 2002, y (ii) la Concesión de 2008 se otorgó cuando la Moratoria de 2002 aún estaba vigente¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷¹ C-Mem. Fondo, ¶ 281, que cita *ADC*, ¶ 435, **CL-0009** [Traducción de la Demandante].

¹⁰⁷² C-Mem. Fondo, ¶ 283.

¹⁰⁷³ C-Mem. Fondo, ¶ 287.

¹⁰⁷⁴ R-CM Fondo, ¶¶ 504, 506; R-Dúp. Fondo, ¶ 612 [¶ 601 (español)]; *Vestey Group Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/06/4, Laudo, 15 de abril de 2016, (“*Vestey*”), ¶ 257, **CL-0206**; *EnCana Corporation c. República del Ecuador*, LCIA, Laudo, 3 de febrero de 2006 (“*EnCana*”), ¶ 184, **RL-0127**; *Arif*, ¶¶ 417, 420, **CL-0014**; *Emmis International Holding, B.V., y otros c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/2, Laudo, 16 de abril de 2014 (“*Emmis*”), ¶¶ 161-162, **RL-0086**; *Accession Mezzanine Capital L.P. y Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/3, Laudo, 17 de abril de 2015 (“*Accession*”), ¶ 75, **RL-0175**.

¹⁰⁷⁵ R-CM Fondo, ¶ 506, que cita *Vestey*, ¶ 257, **CL-0206** [Traducción de la Demandante].

¹⁰⁷⁶ R-CM Fondo, ¶ 506, que cita *Encana*, ¶ 184, **RL-0127**.

¹⁰⁷⁷ R-CM Fondo, ¶¶ 507-509; R-Dúp. Fondo, ¶ 613 [¶ 602 (español)].

670. Contrariamente a las declaraciones de la Demandante, la Demandada señala que lo mismo cabe decir respecto de los supuestos derechos mineros preexistentes de Industrias Infinito. Como cuestión preliminar, la Demandada alega que la posición de la Demandante sobre esta cuestión no es clara, ya que en su Memorial alegó que la medida expropiatoria fue la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y, luego, en su Réplica, dijo que fueron la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012¹⁰⁷⁸.
671. En cualquier caso, la Demandada considera que Industrias Infinito no tenía ningún derecho minero preexistente, dado que el titular de un permiso de exploración no adquiere automáticamente derecho a una concesión de explotación, tal como lo confirmaran el TCA y la Dra. León¹⁰⁷⁹, y el permiso de exploración de Industrias Infinito caducó en septiembre de 1999¹⁰⁸⁰. La Demandada resalta que este hecho no se cuestionó hasta la Réplica de la Demandante y que el testigo de la Demandante, el Sr. Juan Carlos Hernández, admitió que el permiso de exploración había caducado en 1999¹⁰⁸¹.
672. La Demandada agrega que, aun suponiendo que Industrias Infinito hubiera tenido derechos mineros preexistentes, el resultado habría sido el mismo. La Resolución del MINAET de 2012 y la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 no tuvieron ningún impacto en esos supuestos derechos¹⁰⁸², dado que la Moratoria Ejecutiva de 2010, que entró en vigencia en 2010 antes de la fecha de corte conforme al TBI, ya impedía a la Demandante solicitar una nueva concesión. En otras palabras, “pese a la Moratoria Legislativa y la Resolución de 2012 del MINAE, Industrias Infinito no podía haber obtenido una concesión de explotación tras la anulación de la Concesión de 2008”¹⁰⁸³.
673. La Demandada asevera, asimismo, que “la falta de derechos mineros de [la] Demandante también rechaza su reclamo de expropiación indirecta”¹⁰⁸⁴. Esto se debe a que el valor de los activos presuntamente sujetos a expropiación indirecta dependía de la validez de la Concesión 2008 y derechos relacionados.

¹⁰⁷⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 616 [¶ 605 (español)].

¹⁰⁷⁹ R-CM Fondo, ¶ 510; R-Dúp. Fondo, ¶ 617 [¶ 606 (español)]; RER-León 1, ¶¶ 88, 190; RER-León 2, ¶ 26.

¹⁰⁸⁰ R-CM Fondo, ¶ 510; R-Dúp. Fondo, ¶ 618 [¶ 607 (español)]; RER-León 1, ¶¶ 308, 337.

¹⁰⁸¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 618 [¶ 607 (español)]; CWS-Hernández 1, ¶ 72 (“[E]l plazo del permiso de exploración vencía el día 18 de septiembre del año 1999”).

¹⁰⁸² R-Dúp. Fondo, ¶ 620 [¶ 609 (español)]; RER-León 1, ¶¶ 300-304.

¹⁰⁸³ R-Dúp. Fondo, ¶ 620 [¶ 609 (español)].

¹⁰⁸⁴ R-CM Fondo, ¶ 511; R-Dúp. Fondo, ¶ 621 [¶ 610 (español)].

b. A la Demandada No Se Le Impide Argumentar que los Derechos de la Demandante No Eran Válidos

674. La Demandada niega verse impedida de basarse en la invalidez de los derechos de la Demandante porque su Poder Ejecutivo se pasó una década ratificando la validez de tales derechos¹⁰⁸⁵.
675. En primer lugar, Costa Rica asevera que “[e]l [...] decenio intermedio al que hace referencia la Demandante en su Réplica fue un período de constante incertidumbre sobre la validez de los presuntos derechos mineros de Industrias Infinito”¹⁰⁸⁶. Subraya que, entre el otorgamiento de la Concesión de 2002 y la anulación en 2010 de la Concesión de 2008, se iniciaron varios procedimientos relacionados con la validez de los derechos de la Demandante: El 1 de abril de 2002, unos activistas ambientales presentaron un recurso de amparo contra la Concesión de 2002, que culminó con su anulación en 2004; la Concesión de 2008 también fue suspendida con carácter inmediato tras la presentación de recursos de amparo; del 12 de junio de 2002 al 4 de junio de 2008 y del 29 de abril de 2010 en adelante, se prohibió la minería a cielo abierto, ya sea mediante la Moratoria de 2002, la Moratoria Ejecutiva de 2010 o la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, lo que demuestra que “no hubo ningún cambio abrupto en las condiciones de la actividad minera”¹⁰⁸⁷.
676. Durante este período, el Poder Ejecutivo de Costa Rica nunca le manifestó a la Demandante que (i) sus derechos estuvieran exentos del control legal o judicial o que (ii) el Poder Judicial necesariamente confirmaría la legalidad de sus derechos¹⁰⁸⁸. Por el contrario, “[e]l hecho de que determinados organismos administrativos hayan trabajado para seguir adelante con el Proyecto Minero de Crucitas tan solo reafirma que Costa Rica actuó de buena fe en relación de la inversión de la Demandante”¹⁰⁸⁹.
677. En segundo lugar, la Demandada alega que los casos que cita la Demandante no son pertinentes, ya que todos versan sobre la admisibilidad de una objeción jurisdiccional sobre la base de una alegación de ilegalidad en la inversión del inversionista¹⁰⁹⁰. Para Costa Rica, la doctrina de los actos propios (“*estoppel*”) no es aplicable en este caso porque “no puede crear derechos que no existían ni obligar al Tribunal a ignorar el hecho de que los presuntos derechos en cuestión fueron declarados nulos en el marco de procedimientos judiciales justos desarrollados ante los tribunales costarricenses”¹⁰⁹¹. Además, en *Kardassopoulos, Railroad Development y Fraport*, la

¹⁰⁸⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 622 [¶ 611 (español)].

¹⁰⁸⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 623 [¶ 612 (español)].

¹⁰⁸⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 623 [¶ 612 (español)].

¹⁰⁸⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 624 [¶ 613 (español)].

¹⁰⁸⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 633 [¶ 622 (español)].

¹⁰⁹⁰ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 625-628 [¶¶ 614-617 (español)]; *ADC*, ¶¶ 474-475, **CL-0009**; *Kardassopoulos*, ¶ 183, **CL-0208**; *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Segunda Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 18 de mayo de 2010 (“*RDC*”), ¶¶ 146-147, **CL-0157**; *Fraport I*, ¶ 347, **CL-0207**.

¹⁰⁹¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 627 [¶ 616 (español)].

objeción a la jurisdicción no fue admisible porque ambas partes actuaron durante varios años como si los respectivos acuerdos hubieran sido lícitos. En este caso, Costa Rica no actuó como si la Concesión de 2008 fuese legal y nunca le manifestó esto a la Demandante¹⁰⁹².

678. En tercer lugar, la Demandada invoca *Arif* para señalar que “Costa Rica no puede ser internacionalmente responsable por el hecho de que sus órganos judiciales hayan aplicado correctamente la legislación del país en el marco de unas demandas presentadas por terceros”¹⁰⁹³. De lo contrario, los Estados no podrían analizar la legalidad de las medidas ejecutivas, lo que sería contradictorio con la división de poderes. Según la Demandada, “[s]i todas las declaraciones de nulidad de una concesión ilegalmente otorgada tras un procedimiento judicial justo pudieran ser consideradas expropiaciones, los Estados no podrían hacer valer su legislación frente a los inversionistas”¹⁰⁹⁴.
679. En cuarto lugar, la Demandada niega que el Gobierno engañara a la Demandante para que esta siguiera invirtiendo en el Proyecto. En subsidio, la Demandada argumenta que el sistema judicial costarricense brindó a la Demandante un mecanismo para despejar toda duda acerca de si la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004 anuló la Concesión de 2002 con efectos absolutos o relativos. En tal sentido, la Demandada cita la decisión de *Amto*, según la cual “[un] inversionista que no ejerza sus derechos dentro de un sistema jurídico, o que los ejerza de forma imprudente, no puede trasladar su propia responsabilidad por el resultado a la administración de justicia, y de ahí al Estado anfitrión amparándose en el derecho internacional”¹⁰⁹⁵.

c. Las Medidas Judiciales No Pueden Constituir Expropiación

680. La Demandada y Canadá sostienen que las medidas judiciales no pueden constituir expropiación porque “en ausencia de denegación de justicia, no existe ningún fundamento para que un tribunal internacional intervenga en las resoluciones de los tribunales nacionales en cuanto a los derechos que existen conforme al derecho interno”¹⁰⁹⁶.
681. Basándose en el test legal adoptado por el tribunal en *Azinian*, la Demandada señala que, para resolver que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 expropió las inversiones de la Demandante, el Tribunal debe estar convencido de que (i) las normas jurídicas locales violan las obligaciones de derecho internacional de Costa Rica conforme al TBI; (ii) los tribunales costarricenses están desautorizados en el ámbito internacional (por ejemplo, como resultado de una denegación de justicia); o (iii) los

¹⁰⁹² R-Dúp. Fondo, ¶ 628 [¶ 617 (español)].

¹⁰⁹³ R-Dúp. Fondo, ¶ 631 [¶ 620 (español)]; *Arif*, ¶ 419, **CL-0014**.

¹⁰⁹⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 632 [¶ 621 (español)].

¹⁰⁹⁵ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 634-635 [¶¶ 623-624 (español)]; *Limited Liability Company Amto c. Ucrania*, Arbitraje CCE No. 080/2005, Laudo Final, 26 de marzo de 2008 (“*Amto*”), ¶ 76, **RL-0270** [Traducción de la Demandada].

¹⁰⁹⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 636 [¶ 625 (español)], que cita el Escrito de Canadá, ¶ 38.

tribunales costarricenses no solo se equivocaron con respecto a la invalidez de la Concesión de 2008, sino que hubo un pretexto de forma para lograr un fin internacionalmente ilícito. Según la Demandada, la Demandante no cumplió con este test. No ha alegado que el marco legal en el que se basó la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 fuera expropiatorio, ni demostró la existencia de denegación de justicia o un pretexto de forma para lograr un fin internacionalmente ilícito¹⁰⁹⁷.

d. Las Medidas de la Demandada Recaen dentro de la Doctrina del Poder de Policía

682. El argumento de la Demandada es que todas las medidas impugnadas fueron “regulaciones *bona fide* proporcionadas, con miras al bienestar general”. Como resultado de ello, representaron un uso legítimo del poder de policía del Estado y no pueden dar lugar a un reclamo por expropiación¹⁰⁹⁸.
683. La Demandada aduce además que la doctrina del poder de policía “protege el derecho del Estado de regular y ejercer su poder de policía con miras a defender los intereses del bienestar público”¹⁰⁹⁹. Amparándose en *Philip Morris, S.D. Myers, Saluka y LG&E*, la Demandada argumenta que una medida es válida a la luz de esta doctrina si (i) es adoptada de buena fe; (ii) no es obviamente desproporcionada; y (iii) apunta al bienestar general¹¹⁰⁰.
684. Costa Rica no está de acuerdo con la Demandante en que la doctrina del poder de policía no puede eximir de responsabilidad a un Estado puesto que el estándar de expropiación lícita ya exige que las medidas se adopten por razones de “interés público”. Sostiene que la doctrina del poder de policía ha sido reconocida como excepción independiente, lo cual exige una evaluación de la “naturaleza y el fin de la acción del Estado”¹¹⁰¹. Basándose en *Feldman, Chemtura* y en la práctica relativa a tratados de Canadá, la Demandada asevera que la protección del medio ambiente recae dentro de la doctrina del poder de policía¹¹⁰².
685. Asimismo, la Demandada sostiene que, contrariamente a lo que plantea la Demandante, el primer paso del análisis no es determinar si se ha privado al inversionista de su inversión y si tal privación fue permanente. En los dos casos que cita la Demandante (*Quiborax y Burlington*), el tribunal optó por comenzar evaluando

¹⁰⁹⁷ R-CM Fondo, ¶¶ 518-522; *Azinian*, ¶¶ 96-99, **CL-0017**.

¹⁰⁹⁸ R-CM Fondo, ¶ 523.

¹⁰⁹⁹ R-CM Fondo, ¶ 524.

¹¹⁰⁰ R-CM Fondo, ¶¶ 524-528; *Philip Morris*, ¶ 307, **RL-0222**; *S.D. Myers*, ¶ 281, **CL-0078**; *Saluka*, ¶¶ 255, 260, 262, **CL-0077**; *LG&E*, ¶ 195, **CL-0053**.

¹¹⁰¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 655 [¶ 644 (español)], que cita *Philip Morris*, ¶ 295, **RL-0222**.

¹¹⁰² R-CM Fondo, ¶¶ 530-532; *Feldman*, ¶ 103, **CL-0038**; *Chemtura*, ¶ 266, **CL-0025**; Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, 30 de octubre de 2016 (“CETA Canadá-UE”), Artículo 8.12, que remite al Anexo 8-A, **RL-0224**.

el tercer requisito, a saber, si la medida constituyó un ejercicio legítimo de la doctrina del poder de policía¹¹⁰³.

686. Según la Demandada, las medidas impugnadas (la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Resolución del MINAET del 2012 y la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011) recaen dentro de la doctrina del poder de policía, puesto que fueron medidas *bona fide* proporcionadas y con miras al bienestar general¹¹⁰⁴. Todas estas medidas “fueron dictadas para mantener o aplicar medidas anteriores que tenían el propósito predominante de proteger el medio ambiente de posibles efectos negativos de la minería a cielo abierto”¹¹⁰⁵. En concreto, tanto la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 como la Resolución del MINAET de 2012 ratificaron medidas que tenían como fin la protección del medio ambiente. En efecto, ambas mantuvieron e hicieron cumplir la Sentencia del TCA de 2010, la cual, a su vez, había confirmado la aplicación de la Moratoria de 2002 a la Concesión de 2002 como resultado de la anulación que hiciera la Sala Constitucional de esa concesión en el año 2004¹¹⁰⁶. En lo atinente a la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011, fue dictada para salvaguardar la posible repetición de la Moratoria Ejecutiva de 2010 y, al igual que dicha Moratoria, estaba motivada por preocupaciones legítimas sobre el impacto ambiental de la minería a cielo abierto¹¹⁰⁷.
687. En contraste con la posición de la Demandante, Costa Rica no necesita demostrar que el Proyecto Crucitas hubiera sido perjudicial para el medio ambiente; le basta con demostrar que los órganos judiciales costarricenses aplicaron las leyes y los reglamentos de forma correcta¹¹⁰⁸. En ese sentido, la Demandada alega que las medidas impugnadas se basaron principalmente en la Moratoria de 2002, la cual perseguía “garantizar el equilibrio entre las actividades y sus posibles consecuencias sobre el medio ambiente, con el fin de proteger la salud humana y el equilibrio natural, económico y social”¹¹⁰⁹. En cualquier caso, el expediente demuestra que el Proyecto Crucitas dio lugar a numerosas preocupaciones de índole ambiental¹¹¹⁰.
688. Además, la Demandada niega que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 sea inconstitucional y que, por ende, no pueda ser producto del ejercicio del poder de policía. En el año 2013, la Sala Constitucional declaró la constitucionalidad de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 porque “era de aplicación general, [...] se aplicó de manera prospectiva, [...] contenía una disposición transitoria que

¹¹⁰³ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 655-656 [¶¶ 644-645 (español)]; *Quiborax Laudo*, ¶ 227, **CL-0074**; *Burlington Resources*, ¶ 529, **CL-0023**.

¹¹⁰⁴ R-CM Fondo, ¶¶ 529, 536.

¹¹⁰⁵ R-CM Fondo, ¶ 533.

¹¹⁰⁶ R-CM Fondo, ¶ 534.

¹¹⁰⁷ R-CM Fondo, ¶ 535.

¹¹⁰⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 664 [¶ 653 (español)].

¹¹⁰⁹ R-CM Fondo, ¶ 533, que cita el Decreto No. 30477-MINAE (12 de junio de 2002), pág. 1, **C-0080**.

¹¹¹⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 664 [¶ 653 (español)].

respetaba los derechos adquiridos, y [...] se basó en pruebas técnicas y objetivas para concluir que la minería a cielo abierto entrañaba riesgos para la salud pública y el medio ambiente”¹¹¹¹. La opinión de la Dra. Calzada debe ser desestimada, según Costa Rica, dado que su análisis de la compatibilidad de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 con los principios de precaución e igualdad adolece de vicios¹¹¹².

689. La Demandada también rebate la opinión de la Demandante de que "Costa Rica h[a] hecho muy poco para luchar contra la minería ilegal" desde entonces¹¹¹³. Por el contrario, "Costa Rica ha adoptado medidas enérgicas para erradicar las actividades de minería ilegal en el sitio del Proyecto Minero de Crucitas con vistas a prevenir el daño medioambiental"¹¹¹⁴.

e. No Hay Nexo Causal Entre la Pérdida o Daño y las Medidas Supuestamente Expropiatorias

690. La Demandada sostiene que, para que se configure una expropiación en virtud del derecho internacional, “[a]l inversor se le deben privar todos o casi todos los beneficios y valor de la inversión”¹¹¹⁵. El inversionista también debe también “identificar [e] vínculo causal necesario entre la pérdida sustancial o la casi destrucción del valor de la inversión y la medida impugnada que presuntamente condujo a esa pérdida o privación radical”¹¹¹⁶. Según la Demandada, la Demandante no ha logrado demostrar que las medidas impugnadas (la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Resolución del MINAET de 2012 y la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011) son la causa de la privación de su inversión¹¹¹⁷.
691. Según la Demandada, las pruebas demuestran que la pérdida se produjo con la Sentencia del TCA de 2010 y no en una fecha posterior¹¹¹⁸, lo cual fue, de hecho, reconocido por la Demandante en un comunicado de prensa¹¹¹⁹.
692. Señala, además, la Demandada que, en la etapa jurisdiccional, la Demandante intentó esquivar la cuestión de causalidad arguyendo que había sufrido una violación compuesta y expropiación progresiva, producto de lo cual “no [era] necesario

¹¹¹¹ R-Dúp. Fondo, ¶ 666 [¶ 655 (español)]; RER-León 2, ¶¶ 159-163; Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), Resolución No. 2013-001594 (13 de enero 2013), Sección V, págs. 1-3, 6-7, **R-0020**.

¹¹¹² R-Dúp. Fondo, ¶¶ 666-669 [¶¶ 655-658 (español)].

¹¹¹³ R-Dúp. Fondo, ¶ 670 [¶ 659 (español)], que cita C-Réplica Fondo, ¶ 690.

¹¹¹⁴ R-Dúp. Fondo, ¶ 670 [¶ 659 (español)].

¹¹¹⁵ R-CM Fondo, ¶ 538.

¹¹¹⁶ R-CM Fondo, ¶ 538.

¹¹¹⁷ R-CM Fondo, ¶ 540.

¹¹¹⁸ R-CM Fondo, ¶ 541, que cita RER-Credibility 1, ¶ 72.

¹¹¹⁹ R-CM Fondo, ¶ 542; Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd., “*Infinito Gold Files to Annul the Tribunal Contencioso Administrativo Ruling*” (18 de enero de 2011), **C-0246**.

establecer pérdidas independientes que est[é]n unidas a cada medida individual”¹¹²⁰. Sin embargo, la Demandante ahora plantea que este caso es un “típico caso’ de expropiación directa”¹¹²¹. Ello no puede ser así, dado que una expropiación no puede ser directa, indirecta y progresiva al mismo tiempo¹¹²². La Demandada concluye que, según la propia teoría de la Demandante, no hay violación compuesta, sino que el argumento de la Demandante descansa en una sola medida, a saber, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011¹¹²³.

693. Respecto de la alegada expropiación de los derechos mineros preexistentes de Industrias Infinito, la Demandada reitera que no existieron tales derechos¹¹²⁴. Incluso asumiendo que la Demandante tenía derechos mineros preexistentes que le hubieran permitido solicitar una nueva concesión de explotación (*quod non*), “la Moratoria Ejecutiva de 2010 ya había impuesto una prohibición sobre la minería a cielo abierto”¹¹²⁵. Por ende, aun en ausencia de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012, Industrias Infinito no podría haber obtenido una concesión de explotación tras la anulación de la Concesión de 2008¹¹²⁶.

3. La Posición de Canadá

694. Canadá sostiene que el estándar de expropiación del TBI refleja el derecho internacional consuetudinario y forma parte del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario¹¹²⁷. Observa que, para que una medida sea equivalente a una expropiación en virtud del Artículo VIII del TBI, “debe haber una toma de derechos de propiedad fundamentales, sea en forma directa o indirecta, que cause una privación sustancial del valor económico de la inversión”¹¹²⁸.
695. Según Canadá, el primer paso que debe seguirse en un análisis de expropiación es la identificación de la inversión que se alega fue expropiada¹¹²⁹. Al determinar los derechos legales con arreglo al derecho interno, los tribunales internacionales deben ceder a los pronunciamientos de los tribunales locales¹¹³⁰. Asimismo, Canadá considera que “una medida no discriminatoria que está diseñada para proteger objetivos legítimos de bien público no constituye una expropiación indirecta, salvo en circunstancias excepcionales en las que su impacto es tan grave a la luz de su fin, que

¹¹²⁰ R-CM Fondo, ¶ 543, que cita C-Dúp. Jur, ¶ 367.

¹¹²¹ R-CM Fondo, ¶ 544, que cita C-Mem. Fondo, ¶ 264.

¹¹²² R-CM Fondo, ¶ 544.

¹¹²³ R-CM Fondo, ¶ 545.

¹¹²⁴ R-CM Fondo, ¶ 504; R-Dúp. Fondo, ¶¶ 617-618 [¶¶ 606-607 (español)].

¹¹²⁵ R-Dúp. Fondo, ¶ 620 [¶ 609 (español)].

¹¹²⁶ R-Dúp. Fondo, ¶ 620 [¶ 609 (español)].

¹¹²⁷ Escrito de Canadá, ¶ 35.

¹¹²⁸ Escrito de Canadá, ¶ 33 [Traducción del Tribunal].

¹¹²⁹ Escrito de Canadá, ¶ 33.

¹¹³⁰ Escrito de Canadá, ¶ 35.

no puede considerarse, de modo razonable, que se ha adoptado ni aplicado de buena fe”¹¹³¹.

4. Análisis

696. En primer lugar, el Tribunal establecerá el estándar de expropiación (a). Acto seguido, se ocupará de analizar si se ha configurado una expropiación directa (b) y/o indirecta de las inversiones de la Demandante (c). En caso afirmativo, el Tribunal determinará si la expropiación fue ilícita (d).

a. El Estándar de Expropiación

697. El Artículo VIII del TBI Costa Rica-Canadá prevé lo siguiente¹¹³²:

Las inversiones de inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes no serán nacionalizadas, expropiadas o sujetas a medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en lo sucesivo denominadas ‘expropiación’) en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto por razones de interés público, bajo el debido proceso de la ley, de una manera no discriminatoria y contra indemnización pronta, adecuada y efectiva. Tal indemnización estará basada en el valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación o al momento en que la expropiación propuesta se hizo de conocimiento público, lo que ocurra primero. [...]

698. Las Partes parecen estar de acuerdo sobre el estándar de expropiación. La Demandante ha citado la formula establecida en *Quiborax* y *Burlington* sobre qué medidas equivalen a expropiaciones directas e indirectas¹¹³³, y la Demandada no ha rebatido dicho estándar ni ha presentado ninguna versión diferente.

699. El Tribunal está de acuerdo. Una medida estatal constituye expropiación si (i) la medida priva al inversionista de su inversión; (ii) la privación es permanente; y (iii) la privación no está justificada conforme a la doctrina del poder de policía¹¹³⁴. Una expropiación es directa cuando la privación se configura a través de una toma o transferencia forzada del bien al Estado¹¹³⁵. Es indirecta cuando la medida “[i]nterfier[e] sustancialmente con la capacidad del inversionista para usar o derivar los beneficios económicos de una inversión establecida en el territorio del Estado huésped, aunque sea no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”¹¹³⁶.

700. Si una medida equivale a una expropiación según dicho test, el Tribunal debe evaluar si la expropiación fue lícita. De conformidad con el Artículo VIII de TBI, la expropiación

¹¹³¹ Escrito de Canadá, ¶ 34 [Traducción del Tribunal].

¹¹³² TBI, Artículo VIII, **C-0001 / RL-0005**.

¹¹³³ C-Mem. Fondo, ¶¶ 252-253, que cita *Quiborax* Laudo, ¶ 200, **CL-0074**; *Burlington Resources*, ¶ 506, **CL-0023**.

¹¹³⁴ *Burlington Resources*, ¶ 506, **CL-0023**; *Quiborax* Laudo, ¶ 200; **CL-0074**.

¹¹³⁵ *Burlington Resources*, ¶ 506, **CL-0023**; *Quiborax* Laudo, ¶ 200; **CL-0074**.

¹¹³⁶ C-Mem. Fondo, ¶ 253, que cita *Metalclad* ¶ 103, **CL-0058**; *Occidental*, ¶ 87, **CL-0066**.

es lícita cuando procede (i) por razones de interés público, (ii) bajo el debido proceso de la ley, (iii) de una manera no discriminatoria y (iv) contra indemnización pronta, adecuada y efectiva. Estos requerimientos son acumulativos, de modo que el incumplimiento de cualquiera de ellos hace que la expropiación sea ilícita.

701. Aunque las Partes parecen estar de acuerdo con este estándar, difieren en cuanto a si una decisión judicial puede efectuar una expropiación si no equivale a una denegación de justicia. Por los motivos expuestos en la Sección VI.C.1.d(iii) *supra* (sobre el estándar de TJE), la mayoría del Tribunal responde esta pregunta en forma afirmativa, siempre que se cumplan los requisitos para que se configure una expropiación establecidos en el párrafo 699 *supra*.

b. ¿Se Ha Producido una Expropiación Directa de las Inversiones de la Demandante?

702. La Demandante arguye que, por medio de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y la Resolución del MINAET de 2012, Costa Rica expropió en forma directa su Concesión, las aprobaciones del proyecto y los derechos mineros preexistentes¹¹³⁷. La Demandada replica que no puede haber tenido lugar expropiación alguna porque la Demandante no era titular de derechos susceptibles de expropiación, las medidas judiciales no constituyeron denegación de justicia, y las medidas fueron adoptadas de conformidad con la doctrina del poder de policía en aras de hacer cumplir medidas subyacentes tendientes a proteger el medio ambiente contra las actividades mineras a cielo abierto.
703. En el párrafo 175 *supra*, el Tribunal ha sostenido que la Concesión de 2008 y los otros derechos mineros preexistentes de Industrias Infinito no califican como “inversiones” de la Demandante según el Artículo I(g) del Tratado, porque son activos controlados indirectamente por la Demandante a través de una empresa del Estado receptor y no quedan comprendidos dentro del alcance de la definición de inversión contenida en el Tratado. Por la misma razón, dichos activos no califican como inversiones que puedan ser susceptibles de expropiación directa en violación al Artículo VIII del Tratado. Si bien una medida del Estado que resulte en la pérdida de la Concesión de 2008 y otros derechos podría potencialmente derivar en la destrucción del valor de las acciones de Industrias Infinito, ello solo podría calificar como expropiación indirecta.
704. El Tribunal tiene presente que las Partes no han planteado este punto. El principal argumento de la Demandada no radica en que la Concesión de 2008 no califica como inversión directa; se funda en que dicha Concesión no era válida al amparo del derecho interno y, en consecuencia, no era susceptible de expropiación. Por lo tanto, el Tribunal analizará la reclamación de la Demandante sobre expropiación directa tal como las Partes han argüido la cuestión, observando que el resultado no sería diferente.
705. Tal y como las Partes han enmarcado esta reclamación, el Tribunal debe determinar, en primer lugar, si la Demandante (por medio de Industrias Infinito) tenía derechos

¹¹³⁷ C-Mem. Fondo, ¶ 262; C-Réplica Fondo, ¶ 649.

susceptibles de expropiación¹¹³⁸. Si no existen derechos válidos al amparo del derecho interno, no puede haber una expropiación¹¹³⁹.

706. Tal como se explica en *Vestey*, la existencia de derechos sujetos a expropiación debe ser evaluada en el momento inmediatamente anterior a la adopción de las medidas impugnadas¹¹⁴⁰. En consecuencia, el Tribunal analizará si Industrias Infinito tenía algún derecho válido inmediatamente antes del 30 de noviembre de 2011, fecha de la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. Tal como se analizó en la Sección V.D.3.b(i) *supra*, fue allí cuando la anulación se tornó definitiva y la consecuente pérdida de valor para la inversión de la Demandante se tornó permanente¹¹⁴¹.
707. La Demandante afirma que la Concesión de explotación, las aprobaciones del proyecto y los derechos mineros preexistentes conforman un conjunto de derechos que califican como “inversiones de inversionistas” con arreglo al Artículo I(g) del TBI y, por ende, gozan de la protección del Artículo VIII¹¹⁴². Por su parte, la Demandada alega que la Concesión y las aprobaciones del proyecto relacionadas no fueron otorgados válidamente porque (i) la Sentencia del TCA de 2010 confirmó que la Concesión de 2002 era nula *ab initio* y que Industrias Infinito no tenía derecho alguno amparado por la disposición de exención (“*grandfathering*”) de la Moratoria de 2002; y (ii) la Concesión de 2008 fue otorgada cuando la Moratoria de 2002 todavía se encontraba vigente¹¹⁴³. Asimismo, asevera que Industrias Infinito no era titular de ningún derecho minero preexistente, habida cuenta de que el permiso de exploración había caducado en el mes de septiembre de 1999.
708. Tal como ya dejó en claro en el análisis de las pretensiones de denegación de justicia y de violación del estándar de TJE, a juicio del Tribunal, Industrias Infinito no era titular de una Concesión válida ni de aprobaciones relacionadas susceptibles de expropiación. No es un hecho controvertido que la Concesión de 2002 fue anulada por la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004. El TCA consideró que dicha anulación era absoluta, con la consecuencia de que la Concesión de 2002 era nula *ab initio*, conclusión ésta que fue confirmada por la Sala Administrativa de 2011.
709. Si bien la Demandante no está de acuerdo con la conclusión de la Sala Administrativa, y aduce que se trató de una nulidad relativa, no hay controversia que el Gobierno no intentó subsanar dicha nulidad mediante una convalidación o saneamiento (tal como lo solicitara Industrias Infinito), sino que pretendió “convertir” la Concesión de 2002 en

¹¹³⁸ Véase por ejemplo, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (“*Bayindir*”), ¶ 442, **CL-0019** (“*The first step in assessing the existence of an expropriation is to identify the assets allegedly expropriated*”). [Original inglés].

¹¹³⁹ *Vestey*, ¶ 257, **CL-0206**; *EnCana*, ¶ 184, **RL-0127**; *Arif*, ¶¶ 417, 420, **CL-0014**; *Emmis*, ¶¶ 161-162, **RL-0086**; *Accession*, ¶ 75, **RL-0175**.

¹¹⁴⁰ *Vestey*, ¶ 254, **CL-0206**.

¹¹⁴¹ *Supra*, ¶¶ 239-241.

¹¹⁴² C-Mem. Fondo, ¶ 260; C-Réplica Fondo, ¶ 655.

¹¹⁴³ R-CM Fondo, ¶¶ 507-509; R-Dúp. Fondo, ¶ 613 [¶ 602 (español)].

2008. El Tribunal entiende que, de haberse sido efectiva, la conversión habría tenido como resultado una nueva concesión¹¹⁴⁴. Dicho de otro modo, una conversión exitosa hubiera tenido el mismo efecto que el otorgamiento de una nueva concesión; no habría restablecido la Concesión de 2002. Por ende, no cabe duda de que, al 30 de noviembre de 2011, Industrias Infinito no tenía derechos válidos sobre la Concesión de 2002.

710. En lo que atañe a la Concesión de 2008 y las aprobaciones relacionadas, el TCA decidió en el año 2010 (y la Sala Administrativa lo confirmó un año después) que la conversión no había sido apropiada y que, en cualquier caso, el Gobierno había otorgado la Concesión de 2008 y aprobaciones relacionadas mientras la Moratoria de 2002 todavía se encontraba vigente. Por ende, el TCA anuló la Concesión de 2008 y las aprobaciones, anulación que fue confirmada por la Sala Administrativa.
711. Tal como se analizó *supra*, el Tribunal se debe concentrar en el momento inmediatamente anterior a la Sentencia de la Sala Administrativa de 30 de noviembre de 2011. En ese momento, la Concesión de 2008 y las aprobaciones relacionadas que Industrias Infinito ostentaba formalmente adolecían de nulidad absoluta. En consecuencia, no se puede decir que Industrias Infinito haya sido titular de derechos válidos susceptibles de expropiación.
712. Con respecto a los alegados derechos mineros preexistentes de Industrias Infinito, el Tribunal ya ha concluido en el párrafo 573 *supra* que Industrias Infinito ostentaba determinados derechos mineros preexistentes emanados de su condición de titular de un permiso de exploración y que la aplicación al Proyecto Crucitas de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 (siendo la Resolución del MINAET de 2012 una medida accesoria no independiente de la Prohibición) violó el estándar de TJE. Por motivos de economía judicial, se puede dejar abierto si estos derechos preexistentes estuvieron, además, sujetos a expropiación. De hecho, incluso si la respuesta fuese afirmativa, no podría causarse un daño mayor que aquél generado por la violación del estándar de TJE. Tal como se observó al analizar la violación del estándar de TJE, el Tribunal no está convencido de que la Demandante haya demostrado la existencia de un daño cuantificable y concluye que cualquier daño alegado es, en todo caso, demasiado especulativo como para dar lugar a una indemnización por daños.

c. ¿Se Ha Producido una Expropiación Indirecta de las Restantes Inversiones de la Demandante?

713. La Demandante asevera además que la Demandada expropió de manera indirecta sus otras inversiones en Costa Rica, a saber: (i) las acciones en Industrias Infinito, que adquirió en el año 2000; (ii) los fondos que invirtió en Industrias Infinito; (iii) los activos físicos asociados con el Proyecto, incluida la infraestructura minera a medio construir; y (iv) los activos intangibles asociados con el Proyecto. La Demandante arguye que,

¹¹⁴⁴ Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 (5 de febrero de 1978), **C-0014**, Artículo 189 (“1. El acto inválido, absoluta o relativamente nulo, podrá ser convertido en **otro válido distinto** por declaración expresa de la Administración a condición de que el primero presente todos los requisitos formales y materiales del último. 2. **La conversión tiene efecto desde su fecha**”). (Énfasis agregado).

con la pérdida de la Concesión, estas otras inversiones se tornaron sustancial y permanentemente carentes de valor¹¹⁴⁵.

714. La Demandada no rebate que la Demandante haya ostentado estos bienes en forma válida con anterioridad a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 y el Tribunal tomó nota de ello en su análisis de jurisdicción¹¹⁴⁶. Más bien, su argumento es que la inversión principal de la Demandante fue la Concesión, y que el valor de estas inversiones restantes dependían de la Concesión.
715. A los efectos presentes, el Tribunal considera necesario trazar una distinción entre los activos de la Demandante y aquellos de Industrias Infinito. No parece ser materia de controversia que la Demandante era propietaria de las acciones de Industrias Infinito indirectamente por medio de Crucitas (Barbados) Limited, una sociedad constituida según las leyes de Barbados¹¹⁴⁷. La Demandante también afirma que invirtió fondos en el Proyecto, pero el expediente no es claro en cuanto a la forma en la cual se desplegaron dichos fondos (por ejemplo, si constituyeron un aporte de capital en Industrias Infinito o un préstamo de accionista). Respecto de los activos físicos e intangibles, el expediente sugiere que dichos activos eran de propiedad de Industrias Infinito¹¹⁴⁸ y, por ende, eran parte integrante del valor de sus acciones. En consecuencia, el Tribunal concluye que los otros activos de la Demandante deben evaluarse como parte del valor de Industrias Infinito.
716. Resulta evidente a partir del propio caso de la Demandante, que la Concesión de explotación para el Proyecto Crucitas constituía el activo de mayor valor en el cual se sustentaba el valor de las acciones de Industrias Infinito (y, en efecto, el de la totalidad del Proyecto). El argumento de la Demandante es que, a raíz de la pérdida de la Concesión, las acciones de Industrias Infinito se vieron privadas sustancialmente de su valor.
717. Tal como se explicó *supra*, para que una medida equivalga a una expropiación indirecta, debe causar la privación de la inversión. Está aceptado ampliamente que esta privación debe ser sustancial¹¹⁴⁹, y que debe existir un nexo causal entre la medida y la privación¹¹⁵⁰. En el caso que nos ocupa, el Tribunal concluye que no hubo nexo causal entre la privación alegada y las medidas impugnadas.

¹¹⁴⁵ C-Mem. Fondo, ¶¶ 268, 269, 271.

¹¹⁴⁶ *Supra*, ¶ 174; Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 175(b).

¹¹⁴⁷ CER-FTI Consulting 1, nota al pie 15.

¹¹⁴⁸ Véase, por ejemplo, CER-FTI Consulting 1, ¶¶ 2.4; 4.14.

¹¹⁴⁹ *Burlington Resources*, ¶¶ 396-397, **CL-0023**; *Quiborax* Laudo, ¶¶ 237-238, **CL-0074**; *Pope & Talbot c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Provisional, 26 de junio de 2000 ("**Pope**"), ¶ 102, **CL-0072**; *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, Arbitraje CCE No. 062/2012 ("**Charanne**"), Laudo, 21 de enero de 2016, ¶ 461, **RL-0203**.

¹¹⁵⁰ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002, ¶ 140; *Cargill Poland*, ¶¶ 632-635, **RL-0226**.

718. El Tribunal concuerda que, como cuestión de hecho, las acciones de la Demandante en Industrias Infinito perdieron su valor cuando la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 anuló la Concesión de 2008. Pero ello no significa que, como cuestión de derecho, la decisión haya causado una privación sustancial del valor de Industrias Infinito. La Sala Administrativa concluyó que la Concesión de 2008 estaba viciada por un defecto legal que la tornaba nula *ab initio*. Ello significa que la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 simplemente confirmó dicho estado jurídico. Si esta decisión hubiera sido adoptada de mala fe, con el propósito de privar a Industrias Infinito de una concesión cuya titularidad era válida, habría estado abierta para el Tribunal la posibilidad de evaluar si tuvo carácter expropiatorio. Sin embargo, este no es el caso aquí: tal como se analizó en la Sección VI.C.2.c *supra*, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 no puede caracterizarse como una denegación de justicia, ni fue fundamentalmente arbitraria o injusta. Constituyó una decisión de buena fe por parte de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica la cual concluyó que Industrias Infinito no tenía derechos válidos con arreglo al derecho costarricense. En consecuencia, no puede caracterizarse como una medida expropiatoria.
719. En otras palabras, el valor de las acciones de Industrias Infinito y otros intangibles se basaba en una ilusión, es decir, que los derechos mineros eran válidos cuando no lo eran. En realidad, las acciones de la Demandante en Industrias Infinito ya carecían de valor con anterioridad a las medidas impugnadas, las cuales por ende no pueden haber causado su pérdida de valor.

F. ¿LA DEMANDADA INCUMPLIÓ OTRAS OBLIGACIONES IMPORTADAS AL TBI DE OTROS TRATADOS?

1. La Posición de la Demandante

a. La Cláusula NMF Permite que el Tribunal Importe Protecciones Sustantivas Más Favorables de Otros Tratados

720. La Demandante sostiene que de conformidad con la “jurisprudencia internacional”, la cláusula NMF del TBI (Artículo IV) – la cual no contiene ninguna restricción al respecto – le permite “beneficiarse de las protecciones sustantivas ‘más favorables’ que figuran en otros tratados celebrados por el estado de acogida”, incluyendo la cláusula de TJE y la cláusula paraguas¹¹⁵¹.
721. Infinito no está de acuerdo con la Demandada y Canadá de que la referencia en el Artículo IV a los términos “trato”, “en su territorio” y “en circunstancias similares” implica que el estándar de NMF se circunscribe al trato material de un inversionista y no se extiende a las obligaciones sustantivas en otros tratados¹¹⁵².
722. Además, la Demandante alega que su posición no ignora la intención de los redactores del TBI. Invocando *White Industries*, sostiene que su posición “no” subvierte el saldo

¹¹⁵¹ C-Mem. Fondo, ¶¶ 349, 350.

¹¹⁵² C-Réplica Fondo, ¶ 694.

negociado del TBI”, pero que “logra exactamente el resultado que las partes pretenden mediante la incorporación en el TBI de una cláusula de NMF”¹¹⁵³.

b. La Demandada No Hizo “Lo Necesario” para Proteger la Inversión de la Demandante

723. En virtud del Artículo IV del TBI, la Demandante cita el Artículo 3 del TBI entre Costa Rica y la República de Francia conforme al cual el Estado receptor debe “hacer lo necesario para que el ejercicio del derecho así reconocido no se vea obstaculizado ni en derecho ni de hecho”¹¹⁵⁴, y arguye que debería obtener los beneficios de esta protección más allá del estándar de TJE del TBI¹¹⁵⁵. Además, explica que “[p]ara cumplir con esta norma, Costa Rica debería haber tomado medidas positivas para proteger las inversiones de Infinito, y en particular para proteger a la concesión de explotación y los otros proyectos aprobados”¹¹⁵⁶. En la medida en que dicha obligación positiva no sea ya parte del estándar de TJE establecido en el TBI, “esta disposición proporciona protección adicional”¹¹⁵⁷.
724. Según la Demandante, Costa Rica no otorgó dicha protección adicional¹¹⁵⁸. Específicamente, (i) no otorgó derechos nuevos a Industrias Infinito que permitieran la explotación de la mina Crucitas; (ii) no derogó la Moratoria sobre la minería a cielo abierto; y (iii) no ofreció un mecanismo para abordar las incoherencias entre las decisiones emitidas por las Salas de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁵⁹.

c. La Demandada No Cumplió Obligaciones Específicas

725. En virtud del Artículo IV del TBI, Infinito invoca las cláusulas paraguas que se encuentran en los tratados de la Demandada con Taiwán y Corea, según las cuales el Estado receptor “deberá cumplir cualquier obligación que hubiere contraído en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante”¹¹⁶⁰. Ya que dichas cláusulas paraguas hacen referencia a “cualquier otra obligación”, la Demandante arguye que la Demandada debe cumplir “las obligaciones de cualquier naturaleza, con independencia de su origen, siempre que sean de hecho obligaciones contraídas con un inversor particular con respecto a su inversión”¹¹⁶¹.

¹¹⁵³ C-Réplica Fondo, ¶ 695, que cita *White Industries*, ¶¶ 11.2.1-11.2.9, **CL-0092** [Traducción de la Demandante].

¹¹⁵⁴ C-Mem. Fondo, ¶ 352, que cita TBI Costa Rica-Francia, Artículo 3, **CL-0005**.

¹¹⁵⁵ C-Mem. Fondo, ¶ 352.

¹¹⁵⁶ C-Mem. Fondo, ¶ 353.

¹¹⁵⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 698.

¹¹⁵⁸ C-Mem. Fondo, ¶ 354.

¹¹⁵⁹ C-Mem. Fondo, ¶ 353.

¹¹⁶⁰ C-Mem. Fondo, ¶ 356, que cita TBI Costa Rica-Taiwán, Artículo 3(2), **CL-0002**; TBI Corea-Costa Rica, Artículo 10(3), **CL-0001**.

¹¹⁶¹ C-Mem. Fondo, ¶ 358, que cita *Micula*, ¶ 415, **CL-0060**.

726. Según el argumento de la Demandante, al otorgar una Concesión a Industrias Infinito, Costa Rica contrajo la obligación específica de conceder a Industrias Infinito el derecho exclusivo de explotación de la mina Crucitas, el cual fue quebrantado cuando anuló la Concesión, incumpliendo, así, las cláusulas paraguas¹¹⁶².

2. La Posición de la Demandada

a. La Cláusula NMF No Permite que la Demandante se Beneficie de las Obligaciones Sustantivas Más Favorables Contenidas en Otros Tratados

727. La Demandada alega que la cláusula NMF contenida en el Artículo IV(a) del TBI no constituye un “un recurso para importar” sino una obligación sustantiva¹¹⁶³. La Demandada arguye que la protección dispuesta en esta cláusula está sujeta a tres requisitos acumulativos: el inversionista debe (i) identificar un comparador apropiado, en particular, una inversión de otro inversionista que se encuentre “en circunstancias similares”; (ii) establecer que su inversión recibe, en el territorio de la Demandada, un trato “menos favorable” que el que se otorga a la inversión comparable respecto del “disfrute, uso, administración, conducción, operación, expansión y venta u otra disposición” de la inversión; y (iii) establecer que el trato menos favorable que ha recibido no está justificado de forma objetiva¹¹⁶⁴.

728. Invocando *Parkerings, Bayindir e İçkale*, la Demandada explica que un inversionista solo puede beneficiarse del estándar de NMF si ha establecido que se satisfacen todos los requisitos anteriores¹¹⁶⁵. En el presente caso, la Demandante no pudo establecer ninguno de estos requisitos; simplemente ha identificado disposiciones contenidas en otros tratados que supuestamente son más favorables¹¹⁶⁶. No obstante, la Demandada arguye que el hecho de otorgar garantías sustantivas más favorables a nacionales de otro Estado no califica como “trato” en el sentido corriente del Artículo IV¹¹⁶⁷. Invocando el Escrito de Parte No Contendiente de Canadá, la Demandada describe el estándar contemplado en el Artículo IV de la siguiente manera:

En contra del sentido corriente del término ‘trato’, los criterios recogidos en los tratados no constituyen comportamientos en relación con una persona o una entidad. En consecuencia, en ausencia de medidas adoptadas o mantenidas por una Parte Contratante, las obligaciones sustantivas y derechos procesales recogidos en otros tratados internacionales no se convierten automáticamente en ‘trato’ a efectos de

¹¹⁶² C-Mem. Fondo, ¶ 360; C-Réplica Fondo, ¶ 700.

¹¹⁶³ R-CM Fondo, ¶ 548; R-Dúp. Fondo, ¶ 725 [¶ 714 (español)]

¹¹⁶⁴ R-CM Fondo, ¶ 551; R-Dúp. Fondo, ¶ 726 [¶ 715 (español)].

¹¹⁶⁵ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 727-730 [¶¶ 716-719 (español)]; *Parkerings*, ¶¶ 369, 371, **CL-0068**; *Içkale Insaat Ltd. Sirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016 (“*Içkale*”), ¶¶ 328-329, **RL-0051**; *Bayindir*, ¶¶ 416-420, **CL-0019**.

¹¹⁶⁶ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 731-732 [¶¶ 720-721 (español)].

¹¹⁶⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 732 [¶ 721 (español)].

la obligación de nación más favorecida, y no pueden, de por sí, dar lugar a un incumplimiento del artículo IV(a)¹¹⁶⁸.

729. En consecuencia, la Demandada alega que la cláusula NMF no permite a la Demandante “reescribir los términos del TBI e incorporar las obligaciones sustantivas de Costa Rica recogidas en otros tratados”¹¹⁶⁹.

b. La Demandada No Incumplió la Supuesta Obligación de “Hacer lo Necesario”

(i) La Demandante No ha Demostrado que el Artículo 3 del TBI Francia-Costa Rica Otorgue a los Inversionistas un Trato Más Favorable

730. La Demandada niega que la Demandante tenga el derecho de invocar el Artículo 3 del TBI Francia-Costa Rica porque esta cláusula no otorga una protección más favorable que el Artículo II(2) del TBI¹¹⁷⁰. La primera disposición versa sobre el “ejercicio del derecho así reconocido”, la cual hace referencia al derecho de ser tratado de forma justa y equitativa a que se refiere la primera parte del Artículo 3¹¹⁷¹. Apelando al laudo en *Lahoud*, la Demandada arguye que las dos partes del Artículo 3 se refieren al mismo test y que, por lo tanto, la obligación de “hacer lo necesario” no “imp[one] una obligación más onerosa a Costa Rica que la ya exigida con arreglo a la cláusula de trato justo y equitativo que figura en el TBI”¹¹⁷².

731. Asimismo, la Demandada afirma que el estándar de TJE contenido en el TBI Francia-Costa Rica se limita a trato “por medio de su legislación” (“*through its legislation*” / “[à] travers sa législation”). En consecuencia, el estándar de TJE del TBI francés no es más favorable que el estándar de TJE del Tratado aplicable¹¹⁷³.

(ii) La Demandada No Incumplió la Obligación de “Hacer lo Necesario”

732. La Demandada niega que la obligación de “hacer lo necesario” exija que el Estado receptor “tom[e] medidas positivas” para proteger la inversión del inversionista. Por el contrario, el Artículo 3 del TBI francés dispone una obligación menos gravosa que consiste en hacer “lo que sea necesario para que el derecho de [la] Demandante a un [TJE] [...] no se vea obstaculizado ni en derecho ni de hecho”¹¹⁷⁴.

¹¹⁶⁸ R-Dúp. Fondo, ¶ 732 [¶ 721 (español)], que cita Escrito de Canadá, ¶ 15 [Traducción de la Demandada].

¹¹⁶⁹ R-Dúp. Fondo, ¶ 733 [¶ 722 (español)].

¹¹⁷⁰ R-CM Fondo, ¶ 552; R-Dúp. Fondo, ¶ 735 [¶ 724 (español)].

¹¹⁷¹ R-CM Fondo, ¶ 555; R-Dúp. Fondo, ¶ 738 [¶ 727 (español)].

¹¹⁷² R-Dúp. Fondo, ¶¶ 738, 740-741 [¶¶ 727, 729-730 (español)]; *Antoine Abou Lahoud y Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/10/4, Laudo, 7 de febrero de 2014 (“*Lahoud*”), ¶ 438, **RL-0204**.

¹¹⁷³ R-CM Fondo, ¶¶ 554-555; R-Dúp. Fondo, ¶ 739 [¶ 728 (español)].

¹¹⁷⁴ R-CM Fondo, ¶ 559.

733. Dicho esto, la Demandada arguye que la Demandante no podría haber esperado de forma razonable que el Estado “(i) ignorar[a] el hecho de que la inversión de [la] Demandante era fundamentalmente ilegal según el derecho costarricense; (ii) [se] abst[uviera] de ejercer su derecho soberano y poderes ejecutivos para proteger el medio ambiente; y (iii) llegar[a] tan lejos como para ajustar su sistema judicial”¹¹⁷⁵. La Demandante no analiza los argumentos de Costa Rica y afirma, simplemente, que Costa Rica incumplió la obligación de “hacer lo necesario” porque no remedió la incoherencia y la injusticia de las sentencias de sus tribunales, y que privó permanentemente a la Demandante de sus derechos mineros por medio de la emisión de la Resolución del MINAET de 2012 y la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011. Para la Demandada, estos argumentos son erróneos porque “ninguna interpretación razonable de la obligación de ‘hacer lo necesario’ exigiría a Costa Rica eximir a inversiones extranjeras de la aplicación del derecho interno”, y porque ningún tribunal ha interpretado dicha disposición de esta manera¹¹⁷⁶.
734. En cualquier caso, la Demandada arguye que esta reclamación carece de sustento porque (i) la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 no tuvo efecto sobre Industrias Infinito debido a la Moratoria Ejecutiva de 2010 e (ii) Industrias Infinito ya no tenía derechos mineros preexistentes desde la expiración de su permiso de exploración¹¹⁷⁷.

c. La Demandada Nunca Asumió ni Incumplió Ninguna “Obligación Específica”

735. Según Costa Rica, nunca asumió ni incumplió ninguna “obligación específica”.
736. En primer lugar, alega que los Estados Contratantes del TBI no tenían la intención de proteger a los inversionistas contra la violación de obligaciones específicas, ya que el TBI no contiene ninguna cláusula paraguas. Un inversionista no debería tener la posibilidad de importar un derecho totalmente nuevo en un tratado; lo cual representa la modificación unilateral de un tratado internacional de forma contraria a la intención de los redactores¹¹⁷⁸. Invocando *Teinver*, la Demandada arguye que “las partes del Tratado en toda probabilidad tenían conocimiento de la existencia de las cláusulas paraguas y si hubiesen tenido la intención de incluir una cláusula de este tipo en el Tratado, lo habrían hecho”¹¹⁷⁹. Por el contrario, la Demandada alega que la decisión en *White Industries* a la cual hace referencia la Demandante no ofrece ninguna orientación a los efectos del presente caso, ya que India no planteó los mismos

¹¹⁷⁵ R-CM Fondo, ¶ 558; R-Dúp. Fondo, ¶ 742 [¶ 731 (español)].

¹¹⁷⁶ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 743-744 [¶¶ 732-733 (español)].

¹¹⁷⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 745 [¶ 734 (español)].

¹¹⁷⁸ R-CM Fondo, ¶ 562; R-Dúp. Fondo, ¶ 748 [¶ 737 (español)].

¹¹⁷⁹ R-CM Fondo, ¶ 562, que cita *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Laudo, 21 de julio de 2017 (“*Teinver*”), ¶ 884, **RL-0205**.

argumentos que Costa Rica, en particular, que las cláusulas de NMF no pueden emplearse para importar derechos nuevos¹¹⁸⁰.

737. En segundo lugar, la Demandada alega que “nunca asumió la obligación específica en la que se basa el argumento esgrimido por la Demandante”¹¹⁸¹, porque la Concesión de 2008 fue declarada nula *ab initio* de conformidad con el derecho interno¹¹⁸².
738. En tercer lugar, la Demandada cuestiona que Infinito tenía el derecho de invocar la validez de la Concesión de 2008. Tal como se arguyó en el contexto del TJE, la Demandante no podría haber albergado ninguna expectativa legítima respecto de que su Concesión estaría exenta de defectos legales¹¹⁸³.

3. La Posición de Canadá

739. En su Escrito de Parte No Contendiente, Canadá hace dos argumentos principales respecto de la cláusula NMF del TBI.
740. En primer lugar, sostiene que el Artículo IV(a) del TBI exige una comparación entre el trato concedido a la inversión del inversionista de una Parte Contratante y el trato concedido a la inversión del inversionista de un tercer Estado. Según Canadá, el propósito de dicha disposición, la cual no puede ser aplicada en abstracto, radica en prohibir la discriminación basada en la nacionalidad contra inversionistas de la Parte Contratante. El inversionista tiene la carga de probar: “(1) que la Parte Contratante ha otorgado a las inversiones del inversionista y al inversionista de un tercer Estado un ‘trato’ respecto del ‘disfrute, uso, administración, conducción, operación, expansión y venta u otra disposición’ de sus inversiones; (2) que el supuesto trato fue otorgado ‘en circunstancias similares’; y (3) que el trato otorgado a las inversiones del inversionista fue ‘menos favorable’ que el trato concedido a la inversión del inversionista de un tercer Estado”¹¹⁸⁴.
741. En segundo lugar, Canadá arguye que, cuando se interpreta de conformidad con el Artículo 31 de la CVDT, el Artículo IV(a) del TBI no permite la importación de derechos sustantivos o procesales en otros tratados, y que tampoco esa fue la intención de las Partes. El término “trato” hace referencia a las medidas adoptadas o mantenidas (es decir, “tomada[s] o no tomada[s]”) por la Parte Contratante, lo cual queda confirmado por la redacción de otras disposiciones del tratado, tal como el Artículo XII (que hace referencia a las reclamaciones de un inversionista “de que una medida que haya o no tomado la primera Parte Contratante contraviene este Acuerdo”), y el Artículo XII(2)(b)

¹¹⁸⁰ R-Dúp. Fondo, ¶ 750 [¶ 739 (español)].

¹¹⁸¹ R-CM Fondo, ¶¶ 566-567; R-Dúp. Fondo, ¶¶ 751-753 [¶¶ 740-742 (español)].

¹¹⁸² R-Dúp. Fondo, ¶ 756 [¶ 745 (español)].

¹¹⁸³ R-Dúp. Fondo, ¶¶ 754-755 [¶¶ 743-744 (español)].

¹¹⁸⁴ Escrito de Canadá, ¶¶ 10-11 [Traducción del Tribunal], que cita *UPS* Laudo, ¶ 83, **RL-0227**; *Loewen*, ¶ 139, **CL-0055**; *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/05, Laudo, 21 de noviembre de 2007 (“*Archer Daniels*”), ¶ 205, **CL-0013**; *S.D. Myers*, ¶ 252, **CL-0078**.

del TBI (que dispone que cuando un inversionista presenta una reclamación, recae sobre él la carga de la prueba, *inter alia*, de “que la medida tomada o no tomada por la Parte Contratante contraviene este Acuerdo”)¹¹⁸⁵.

742. El hecho de que “trato” hace referencia a medidas reales y no a estándares queda corroborado también por la mención en el Artículo IV(a) a una comparación respecto de “las inversiones en su territorio de inversionistas de un tercer Estado”. Según Canadá, ello “refleja la intención de las Partes Contratantes de que la obligación de NMF sea aplicable a las actividades en sus territorios, lo cual difiere de los procedimientos de arreglo de diferencias y los estándares sustantivos de los tratados que están contenidos en otros tratados internacionales”¹¹⁸⁶. Además, Canadá observa que distintos tribunales internacionales de inversión han reconocido que la frase “en su territorio” resulta inconsistente con la interpretación de la cláusula NMF que extiende el alcance del arbitraje internacional más allá de aquello que el tratado dispone de forma explícita.
743. Asimismo, Canadá observa que el *chapeau* del Artículo IV establece que el “trato” debe ser “[c]on relación a las inversiones y al disfrute, uso, administración, conducción, operación, expansión y venta u otra disposición de la inversión”. Canadá asevera que los estándares de un tratado no constituyen “trato” porque no constituyen una conducta respecto de cualquier entidad o persona. Por ende, en “ausencia de medidas adoptadas o mantenidas por una Parte Contratante, las obligaciones sustantivas y derechos procesales recogidos en otros tratados internacionales no se convierten automáticamente en ‘trato’ a efectos de la obligación de NMF, y no pueden, por sí mismos, dar lugar a un incumplimiento del Artículo IV(a)”¹¹⁸⁷.
744. Para Canadá, el contexto del Artículo IV(a) del TBI confirma esta interpretación. El TBI se concluyó con anterioridad a que *Maffezini* sostuviera que las disposiciones más favorables en materia de arreglo de diferencias podrían importarse por medio de la cláusula NMF, y la práctica subsiguiente de Canadá en materia de tratados confirma que el término “trato” no incluye procedimientos de solución de controversias y, además, que las obligaciones sustantivas en otros tratados no representan en sí mismas “trato” que podría dar origen a una violación de la cláusula de NMF¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁵ Escrito de Canadá, ¶¶ 12-13.

¹¹⁸⁶ Escrito de Canadá, ¶ 14 [Traducción del Tribunal].

¹¹⁸⁷ Escrito de Canadá, ¶ 15 [Traducción del Tribunal].

¹¹⁸⁸ Escrito de Canadá, ¶¶ 16-17.

4. Análisis

a. No Hay Necesidad de Determinar Si la Cláusula NMF Permite la Importación de Protecciones Más Favorables

745. El Artículo IV(a) del TBI dispone el trato de nación más favorecida (NMF) en los siguientes términos¹¹⁸⁹:

Con relación a las inversiones y al disfrute, uso, administración, conducción, operación, expansión y venta u otra disposición de la inversión, cada Parte Contratante acordará un trato no menos favorable a aquel que, en circunstancias similares, otorga con respecto a:

- a) las inversiones en su territorio de inversionistas de un tercer Estado;
- b) las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas.

746. Sobre esta base, la Demandante busca invocar dos obligaciones sustantivas de otros tratados: (i) la obligación de hacer “lo necesario” para proteger las inversiones del inversionista contemplada en el Artículo 3 del TBI Costa Rica-Francia; y (ii) una cláusula paraguas que exige al Estado “cumplir cualquier obligación que hubiere contraído en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante”, contenida en el Artículo 3(2) del TBI Taiwán-Costa Rica y el Artículo 10(3) del TBI Corea-Costa Rica. La Demandada y Canadá niegan que la Demandante pueda “importar” obligaciones de otros tratados, porque la referencia del Artículo IV(a) a los términos “trato”, “en su territorio” y “en circunstancias similares” significa que la cláusula NMF se limita al trato material de un inversionista y no se extiende a las obligaciones sustantivas en otros tratados¹¹⁹⁰.

747. El Tribunal considera que no necesita resolver la divergencia entre las Partes respecto de si la cláusula NMF otorga al inversionista el derecho de importar una protección más favorable contenida en un tercer tratado al tratado base, es decir, el TBI, o si el inversionista debe demostrar una diferencia real de trato entre su persona y otro inversionista que se encuentra en circunstancias similares. En efecto, e incluso si se supone que la importación de una garantía más favorable fuera suficiente, es decir, asumiendo que prevaleciese la teoría de Infinito, aun así fracasaría la reclamación de esta última en virtud de los términos del TBI y los hechos obrantes en el expediente.

b. ¿La Obligación de “Hacer lo Necesario” para Proteger las Inversiones de la Demandante Ofrece una Protección Adicional a la Demandante?

748. Incluso si se asume que la cláusula NMF del TBI permite a la Demandante importar la obligación de “hacer lo necesario para que el ejercicio del derecho así reconocido no se vea obstaculizado ni en derecho ni de hecho” contenida en el Artículo 3 del TBI

¹¹⁸⁹ TBI, Artículo IV(a), C-0001 / RL-0005.

¹¹⁹⁰ R-CM Fondo, ¶ 548; R-Dúp. Fondo, ¶¶ 718, 720, 726, 731-733 [¶¶ 707, 709, 715, 720-722 (español)].

Costa Rica-Francia¹¹⁹¹, el Tribunal concluye que dicha cláusula no ofrece protección adicional en el presente caso.

749. El texto completo del Artículo 3 del TBI Francia-Costa Rica dispone lo siguiente:

Cada una de las Partes contratantes, por medio de su legislación, se compromete a garantizar en su territorio y en sus zonas marítimas un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios del Derecho Internacional, para las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra Parte y a hacer lo necesario para que el ejercicio del derecho así reconocido no se vea obstaculizado ni en derecho ni de hecho¹¹⁹².

750. Resulta evidente a partir del texto de la disposición que la obligación de hacer lo necesario está vinculada a la obligación de TJE. Como corolario de dicha obligación, se debe garantizar que “el ejercicio del derecho así reconocido [es decir, el derecho de TJE] no se vea obstaculizado ni en derecho ni de hecho”. En opinión del Tribunal, ello no otorga derechos adicionales a la Demandante, ni tampoco impone obligaciones adicionales a la Demandada que excedan el estándar de TJE. Tal como el Tribunal analizó previamente, no hay ningún otro elemento que el Tribunal deba abordar en este aspecto.

c. ¿La Demandada Incumplió las Cláusulas Paraguas Importadas a través de la Cláusula NMF?

751. Asimismo, la Demandante alega que la cláusula NMF del TBI le permite importar las cláusulas paraguas receptadas en los TBI de Costa Rica con Taiwán y Corea, las cuales establecen lo siguiente:

Cada Parte Contratante deberá observar cualquier otra obligación que haya asumido en relación con inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio¹¹⁹³.

[...] Cada Parte Contratante deberá cumplir cualquier obligación que hubiere contraído en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante¹¹⁹⁴.

752. En virtud de estas cláusulas importadas, la Demandante arguye que la Demandada incumplió su obligación, contraída por medio del otorgamiento de las Concesión(es), de permitir a la Demandante explotar la mina Crucitas.

753. El Tribunal no puede seguir este argumento. Para que una obligación esté protegida con arreglo a la cláusula paraguas, debe ser válida en virtud del derecho interno¹¹⁹⁵.

¹¹⁹¹ TBI Costa Rica-Francia, Artículo 3, **CL-0005**.

¹¹⁹² TBI Costa Rica-Francia, Artículo 3, **CL-0005**.

¹¹⁹³ TBI Costa Rica-Corea, Artículo 10(3), **CL-0001**.

¹¹⁹⁴ TBI Costa Rica-Taiwán, Artículo 3(2), **CL-0002**.

¹¹⁹⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004, ¶ 126, **RL-0028**; *Burlington Resources*, ¶ 214, **CL-0023**; *Micula*, ¶ 418, **CL-0060**.

Tal como se analizó *supra*, las Concesiones de 2002 y 2008 fueron otorgadas en violación al derecho de Costa Rica. Por ende, no había ninguna obligación válida conforme al derecho interno a la cual se pudiera dar cumplimiento.

754. En consecuencia, el Tribunal desestima la reclamación de la Demandante fundada en la cláusula NMF del TBI.

G. ¿LA EXCEPCIÓN AMBIENTAL DE LA SECCIÓN III(1) DEL ANEXO I DEL TBI EXIME A LA DEMANDADA DE RESPONSABILIDAD?

755. La mayoría del Tribunal ha concluido que la Demandada incumplió su obligación de TJE por medio de la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 y, como medida accesoria, la Resolución del MINAET de 2012 (en la medida en que implementó dicha Prohibición), lo cual tuvo el efecto de privar a Industrias Infinito de la oportunidad de solicitar una nueva concesión de explotación¹¹⁹⁶.

756. Si bien el Tribunal concluyó que la Demandante no ha establecido que dicho incumplimiento causó un perjuicio cuantificable, debe analizar el argumento de la Demandada según el cual la excepción ambiental contenida en la Sección III(1) del Anexo I del TBI exime de responsabilidad a Costa Rica.

1. La Posición de la Demandada

757. La Demandada alega que, como resultado del Anexo I, Sección III(1) del TBI no se le puede atribuir responsabilidad por las medidas impugnadas¹¹⁹⁷. El Anexo I, Sección III(1) dispone lo siguiente:

Nada de lo dispuesto en este Acuerdo se interpretará de forma que impida a una Parte Contratante adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida que sea consistente con este Acuerdo y que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se emprenda de manera sensible a los intereses ambientales¹¹⁹⁸.

758. La Demandada arguye que la Sección III(1) establece una excepción ambiental cuyo propósito es “otorgar a los Estados Parte cierto margen de discrecionalidad, como también protegerlos de responsabilidad en alguna medida, para permitirles promulgar, mantener y hacer cumplir las medidas para proteger el medio ambiente y, por lo tanto, promover el bien común”¹¹⁹⁹.

759. La Demandada explica que la excepción ambiental resulta aplicable a medidas (i) que de otra manera son consistentes con el TBI, y (ii) que el Estado receptor “considere

¹¹⁹⁶ Véase Sección VI.C *supra*.

¹¹⁹⁷ R-CM Fondo, ¶ 568; R-Dúp. Fondo, ¶ 760 [¶ 749 (español)]

¹¹⁹⁸ TBI, Anexo I, Sección III(1), **C-0001 / RL-0005**.

¹¹⁹⁹ R-CM Fondo, ¶ 581.

apropiada[s] para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se emprenda de manera sensible a los intereses ambientales”¹²⁰⁰.

760. En contra de lo alegado por la Demandante, no resulta necesario que tanto las medidas ambientales subyacentes y las medidas adoptadas para hacerlas cumplir o mantenerlas “sea[n] consistentes” con el TBI¹²⁰¹. Si la Sección III(1) solo permitiera a Costa Rica adoptar medidas que “sea[n] consistentes” con el TBI, como arguye la Demandante, la excepción ambiental solo podría aplicarse cuando todas las medidas relevantes son consistentes con el TBI. En otras palabras, solo sería aplicable en aquellas situaciones en las cuales la responsabilidad del Estado receptor no esté en tela de juicio, es decir, cuando “no hay necesidad de una exención de responsabilidad”¹²⁰². Por lo tanto, la interpretación de la Demandante establecería un mecanismo que nunca se activaría, y sería inconsistente con el propósito sustantivo de la disposición¹²⁰³.
761. Por el contrario, la Demandada alega que “el contexto indica que ‘medida’ se refiere a la medida **subyacente** que salvaguarda el medio ambiente, y no a una medida posterior que mantiene o hace cumplir esa medida subyacente”¹²⁰⁴. La decisión en *Al Tamimi*, la cual involucró una cláusula ambiental idéntica a la Sección III(1)¹²⁰⁵, confirma esta interpretación¹²⁰⁶. Por último, la Demandada arguye que su interpretación de la Sección III(1) garantiza que la excepción ambiental sea efectiva y sirva a su propósito¹²⁰⁷.
762. La Demandada alega que la cláusula resulta aplicable en el caso que nos ocupa, con la consecuencia de que la Demandada está exenta de responsabilidad¹²⁰⁸, porque todas las medidas impugnadas – con excepción de la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 – fueron adoptadas para mantener y/o hacer cumplir medidas tendientes a proteger el medio ambiente de los posibles efectos negativos de la minería a cielo abierto¹²⁰⁹.

¹²⁰⁰ R-CM Fondo, ¶ 573.

¹²⁰¹ R-CM Fondo, ¶ 576.

¹²⁰² R-CM Fondo, ¶ 579; R-Dúp. Fondo, ¶ 765 [¶ 754 (español)]

¹²⁰³ R-CM Fondo, ¶¶ 579-583.

¹²⁰⁴ R-CM Fondo, ¶ 576 (énfasis en el original).

¹²⁰⁵ El Tratado de Libre Comercio EE.UU.-Omán, 1 de enero de 2009 (“**TLC EE.UU.-Omán**”), Artículo 10.10, **CL-0111**, establece: “*Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.*” [Original inglés].

¹²⁰⁶ R-CM Fondo, ¶ 585, que cita *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanato de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (“**Al Tamimi**”), ¶ 440, **RL-0104**.

¹²⁰⁷ R-Dúp. Fondo, ¶ 763 [¶ 752 (español)].

¹²⁰⁸ R-CM Fondo, ¶ 604.

¹²⁰⁹ R-CM Fondo, ¶ 588.

763. Además, las medidas subyacentes (a saber: (i) la Moratoria de 2002; (ii) la Sentencia de la Sala Constitucional de 2004; (iii) la Resolución No. R-613-2007-MINAE que anuló la Concesión de 2002; (iv) la anulación de la Concesión de 2008 por la Sentencia del TCA de 2010; y (v) la Moratoria Ejecutiva de 2010) deberían considerarse como consistentes con el TBI porque la Demandante no las impugnó, y porque preceden a la fecha de corte según la disposición en materia de prescripción en el Artículo XII(3)(c)¹²¹⁰.

2. La Posición de la Demandante

764. La Demandante niega que el Anexo I, Sección III(1) del TBI exima de responsabilidad a la Demandada. Fundamentalmente, la Demandante arguye que (i) la Demandada realiza una caracterización errónea de la Sección III(1), la cual no es una cláusula de exención; (ii) las autoridades de Costa Rica y la Corte Suprema de Justicia habían confirmado que el Proyecto Crucitas cumplía la política ambiental de Costa Rica; y (iii) no hay prueba alguna de que Costa Rica haya adoptado las medidas impugnadas por motivos ambientales¹²¹¹.

765. En primer lugar, la Demandante sostiene que la Sección III(1) no constituye una “excepción ambiental” conforme a la cual el Estado receptor podría quedar exento de responsabilidad si adoptó las medidas impugnadas para hacer cumplir medidas motivadas en cuestiones ambientales¹²¹². Según la Demandante, la Sección III(1) “se limita a confirmar la autoridad reguladora del medio ambiente cuando esa autoridad no invalida las disposiciones sustantivas del TBI”¹²¹³. Dicho de manera simple, la Sección III(1) meramente reconoce el derecho soberano del Estado para regular en materia ambiental y no puede utilizarse “para anular las obligaciones sustantivas del TBI y eximir [...] las medidas infractoras [...]”¹²¹⁴.

766. Según la Demandante, esta interpretación queda ratificada por el sentido literal de la Sección III(1), la cual hace referencia expresa a “cualquier medida que sea consistente con este Acuerdo”¹²¹⁵. Para la Demandante, la referencia a “cualquier medida” incluye la medida “subyacente” adoptada por el Estado, así como cualquier otra medida subsiguiente que mantenga o exija el cumplimiento de dicha medida “subyacente”. Por lo tanto, no hay ninguna base para distinguir entre las medidas ambientales subyacentes y las medidas adoptadas por el Estado receptor para exigir el cumplimiento o mantener las primeras¹²¹⁶. Si la interpretación de Costa Rica fuera correcta, “proporcionaría, en efecto, una ‘vía de escape’ para que el Gobierno eluda sus obligaciones en virtud del TBI al enmarcar cualquier medida en términos de

¹²¹⁰ R-CM Fondo, ¶ 588.

¹²¹¹ C-Réplica Fondo, ¶ 703.

¹²¹² C-Réplica Fondo, ¶ 705.

¹²¹³ C-Réplica Fondo, ¶ 706.

¹²¹⁴ C-Réplica Fondo, ¶¶ 705, 710.

¹²¹⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 705.

¹²¹⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 709.

mantener o hacer cumplir medidas preexistentes o subyacentes, que no podrían ser impugnadas debido a la limitación de tres años”¹²¹⁷.

767. La Demandante alega además que el caso *Al Tamimi* que invoca la Demandada es irrelevante porque las medidas objeto de controversia en dicho caso no vulneraban el TBI aplicable¹²¹⁸.
768. En segundo lugar, la Demandante arguye que la Demandada está impedida de invocar la Sección III(1) ya que sus propias autoridades – SETENA, SINAC y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia – han ratificado que el Proyecto Crucitas era ambientalmente viable¹²¹⁹. En efecto, el Gobierno de Costa Rica defendió la viabilidad ambiental del Proyecto Crucitas ante los tribunales costarricenses¹²²⁰. Invocando *Metalclad*, la Demandante arguye que la Demandada no puede ignorar la conducta de su propio Gobierno y que, “cuando el estado ha demostrado que considera que el proyecto en cuestión es sensible a los asuntos ambientales”, disposiciones tales como la Sección III(1) no resultan aplicables¹²²¹.
769. En tercer lugar, la Demandante arguye que las medidas impugnadas no persiguen propósito ambiental alguno y, por ende, no activan la Sección III(1)¹²²². La Demandante hace hincapié en que la principal medida que impugna es la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la cual simplemente llevó a cabo un análisis técnico de la Sentencia del TCA de 2010 a la luz del derecho administrativo de Costa Rica. Por lo tanto, la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 carecía de un “propósito ambiental demostrablemente sólido”¹²²³. De modo similar, la Resolución del MINAET de 2012 y la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 “tampoco estaban motivadas por preocupaciones ambientales de buena fe”¹²²⁴. Más precisamente, la Demandante arguye (i) que la Resolución del MINAET de 2012 solo implementaba una sentencia pronunciada sobre la base de fundamentos administrativos y, por lo tanto, no puede caracterizarse como medida ambiental¹²²⁵; y (ii) que diversos factores demuestran que la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 fue emitida por motivos políticos no relacionados con preocupaciones ambientales¹²²⁶. Ello queda confirmado por el hecho de que Costa Rica no ha adoptado medidas adecuadas para prevenir la minería ilegal

¹²¹⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 709.

¹²¹⁸ C-Réplica Fondo, ¶ 707.

¹²¹⁹ C-Réplica Fondo, ¶ 711.

¹²²⁰ C-Réplica Fondo, ¶ 712.

¹²²¹ C-Réplica Fondo, ¶ 714, que cita *Metalclad*, ¶ 98, **CL-0058**.

¹²²² C-Réplica Fondo, ¶¶ 716-717.

¹²²³ C-Réplica Fondo, ¶¶ 717-719.

¹²²⁴ C-Réplica Fondo, ¶ 720.

¹²²⁵ C-Réplica Fondo, ¶ 721.

¹²²⁶ C-Réplica Fondo, ¶ 720.

y el daño ambiental causado por dicha minería en el sitio del Proyecto, o para controlar o remediar dicho daño¹²²⁷.

3. Análisis

a. ¿El Anexo I, Sección III(1) del TBI Dispone una Excepción a la Responsabilidad?

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

Nada de lo dispuesto en este Acuerdo se interpretará de forma que impida a una Parte Contratante adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida que sea consistente con este Acuerdo y que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se emprenda de manera sensible a los intereses ambientales¹²²⁸.

771. En virtud la regla general de interpretación consagrada en el Artículo 31 de la CVDT, el Tribunal debe interpretar las disposiciones del Tratado de conformidad con su sentido corriente, en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado.

772. El Tribunal observa que, a diferencia de otras disposiciones sobre protección ambiental de otros tratados de inversión¹²²⁹, el Anexo I, Sección III(1) del TBI Costa Rica-Canadá contiene la redacción “cualquier medida que sea consistente con este Acuerdo”. En opinión del Tribunal, esta redacción pone de manifiesto que las medidas tendientes a “asegurar que la actividad de inversión [...] se emprenda de manera sensible a los intereses ambientales” deben ser consistentes, también, con las protecciones a la inversión dispuestas en el TBI.

773. Los comentaristas concuerdan en que las disposiciones con dicha redacción “*cannot [...] be used to override mandatory treaty obligations*”¹²³⁰, y que “[t]he requirement that environmental measures be ‘otherwise consistent’ with the investment treaty [...] undermines the effectiveness of that shield”¹²³¹. Un comentarista señala que el alcance de estas disposiciones es “*extremely limited*” y que, a pesar del hecho de que la mayoría de ellas se titulan “*general exceptions*”, “*they do not really do much to narrow States’ potential liability [...]. Rather, they merely recognize and affirm the State’s*

¹²²⁷ C-Réplica Fondo, ¶ 720.

¹²²⁸ TBI, Anexo I, Sección III(1), **C-0001 / RL-0005**.

¹²²⁹ Véanse por ejemplo, TBI Jordania-Singapur (2004); Asociación Económica de la Nueva Era Japón-Singapur (2003), India-Singapur CECA (2005), Asociación Económica Japón-Malasia (2005); TLC Corea-Singapur (2005).

¹²³⁰ T. Weiler, “A First Look at the Interim Merits Award in *S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection*” (2001) 24:2 *Hastings Int’l & Comp L Rev* 173, pág. 182, **CL-0195** [Original inglés].

¹²³¹ L. Johnson & L. Sachs, “*International Investment Agreements, 2011-2012: A Review of Trends and New Approaches*” en A. Bjorklund, ed, *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013* (Oxford University Press, 2014), pág. 235, **CL-0185** [Original inglés].

*sovereign right to regulate [...]*¹²³². A modo de ejemplo, dicho autor expresa que “*these general provisions [...] have no impact whatsoever on the expropriation provision, which does not prohibit a State from enacting regulations that effectively expropriate investors’ property, but demands compensation in return*”¹²³³.

774. El Tribunal observa que ambas Partes hacen referencia a *Al Tamimi*, un arbitraje iniciado con arreglo al Tratado de Libre Comercio EE.UU.-Omán. El tribunal en dicho caso consideró las disposiciones del tratado que reconocían la importancia de medidas ambientales como el contexto para la interpretación de las obligaciones de los Estados Parte, y observó que los Estados gozaban de un “*margin of discretion*” en relación con la exigibilidad de sus legislaciones ambientales¹²³⁴. No obstante, no hay ningún fundamento para concluir que el tribunal haya considerado que las referencias del tratado a las medidas ambientales sugerían que debería haber una mayor deferencia en cuestiones ambientales que la deferencia que, en general, se debe a los Estados en relación con sus asuntos regulatorios domésticos¹²³⁵. Cabe destacar que el tribunal en *Al Tamimi* observó, también, que “*even an express provision such as Article 10.10 will not protect a State from liability for measures that are carried out in bad faith, or in violation of the expected standards of basic fairness or due process*”¹²³⁶.
775. Por último, Costa Rica alega que los términos “que sea consistente con este Acuerdo” contenidos en el Anexo I, Sección III(1) no resultan aplicables a las medidas impugnadas por Infinito porque éstas simplemente “mant[ienen] o hace[n] cumplir” medidas preexistentes, y que Infinito no impugna y no puede impugnar dichas medidas preexistentes a causa del período de prescripción de tres años¹²³⁷. Arguye que la expresión “que sea consistente” se refiere a la palabra “medida”, y el contexto demuestra que el término “medida” hace referencia a la medida subyacente que está salvaguardando el medio ambiente, en lugar de la medida posterior que mantiene o hace cumplir dicha medida subyacente¹²³⁸.
776. El Tribunal no puede seguir esta interpretación. Los términos “que sea consistente con este Acuerdo” aplican también a las medidas que se “mant[ienen]” o se “hace[n] cumplir”, no solo a las medidas que se “adopta[n]”. En consecuencia, y de conformidad con su sentido corriente, el Anexo I, Sección III(1) no exime a una medida ambiental de las disposiciones sustantivas del TBI, independientemente de si dicha medida

¹²³² S. H. Nikièma, *Best Practices: Indirect Expropriation* (Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2012), pág. 9, **CL-0190** [Original inglés].

¹²³³ S. H. Nikièma, *Best Practices: Indirect Expropriation* (Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2012), pág. 9, **CL-0190** [Original inglés].

¹²³⁴ *Al Tamimi*, ¶ 389, **RL-0104** [Original inglés]

¹²³⁵ *Al Tamimi*, ¶ 389, **RL-0104** (que hace referencia en este aspecto al principio bien arraigado según el cual los tribunales arbitrales sobre inversiones “do not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making”). [Original inglés].

¹²³⁶ *Al Tamimi*, ¶ 445, **RL-0104** [Original inglés].

¹²³⁷ R-CM Fondo, ¶¶ 572-577, 588; R-Dúp. Fondo, ¶ 761 [¶ 750 (español)].

¹²³⁸ R-CM Fondo, ¶ 576.

constituye una medida nueva que se “adopta” o si es una medida que “mant[iene]” o “hace cumplir” una medida previa.

777. El Tribunal concluye que, interpretado de conformidad con la CVDT, el Anexo I, Sección III(1) no constituye una exclusión de las protecciones del TBI, sino una reafirmación del derecho del Estado de regular.
778. No obstante, la Demandada arguye que, a menos que se interprete en el sentido de que exime a la Demandada de la responsabilidad por la adopción de medidas ambientales, el Anexo I, Sección III(1) quedaría privado de su *effet utile*. El Tribunal no puede estar de acuerdo. Considera que el propósito de esta disposición radica en proteger el ámbito regulatorio legítimo del Estado Contratante y reservar un margen de discreción para cuestiones ambientales¹²³⁹. Las disposiciones tales como el Anexo I, Sección III(1) deben considerarse como que reconocen y recuerdan a los intérpretes que estos dos objetivos – protección del medio ambiente y la inversión – deben, en la medida de lo posible, reconciliarse para que se soporten y se refuercen de manera recíproca¹²⁴⁰. En otras palabras, esta disposición reafirma el derecho del Estado a regular.
779. *Al Tamimi* respalda esta interpretación. En dicho caso, el tribunal concluyó que las multas impuestas por el gobierno a causa de los incumplimientos reiterados y graves de las regulaciones ambientales fueron emitidas en cumplimiento de su rol “*to regulate and supervise compliance with Oman’s environmental laws*”¹²⁴¹. Para llegar a esta conclusión, el tribunal se fundó en una disposición del TLC EE.UU.-Omán que tiene exactamente la misma redacción contenida en el Anexo I, Sección III(1) del TBI¹²⁴². Es significativo que las medidas en cuestión no incumplieron las protecciones sustantivas del tratado aplicable¹²⁴³. Si bien esta disposición confirmaba el derecho de Omán de sancionar las violaciones a su legislación ambiental de forma tal que no incumpliera, de cualquier otro modo, sus obligaciones en virtud del tratado, el Tribunal no está convencido de que ello habría operado como defensa si el tribunal hubiera concluido que dichas medidas incumplían el tratado.

¹²³⁹ Véase *Clayton & Bilcon*, ¶ 597, **CL-0172** (que confirma, sin perjuicio de la referencia idéntica en el Capítulo 11 del TLCAN, que “[t]he mere fact that environmental regulation is involved does not make investor protection inapplicable”). [Original inglés].

¹²⁴⁰ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Opinión Separada del Dr. Bryan Schwartz, Coincidente Excepto con Respecto a Requisitos de Cumplimiento, en el Laudo Parcial del Tribunal, 12 de noviembre de 2000, ¶ 118 (“*I view Article 1114 as acknowledging and reminding interpreters of Chapter 11 (Investment) that the parties take both the environment and open trade very seriously and that means should be found to reconcile these two objectives and, if possible, to make them mutually supportive*”). [Original inglés].

¹²⁴¹ *Al Tamimi*, ¶ 340, **RL-0104** [Original inglés].

¹²⁴² *Al Tamimi*, ¶ 445, **RL-0104**, que cita el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno del Sultanato de Omán para el Establecimiento de una Zona de Libre Comercio, Artículo 10.10, **CL-0111**.

¹²⁴³ *Al Tamimi*, ¶¶ 376, 390, 430-431, 445-447, 467, **RL-0104**.

780. Por el contrario, el argumento de la Demandada de que el Anexo I, Sección III(1) del TBI establece una defensa respecto de incumplimientos sustantivos del TBI tornaría sin sentido la expresión “que sea consistente con este Acuerdo”. Otras excepciones y exenciones contenidas en la Sección III no están limitadas por una redacción similar. Por ejemplo, la Sección III(3) contiene una exención ilimitada que permite a las Partes Contratantes adoptar o mantener “medidas razonables de prudencia” relativas a la protección y regulación del mercado financiero. De forma similar, la Sección III(4) exige a “[l]as inversiones en industrias culturales” de las disposiciones del TBI. Debido a que la Sección III(1) sí contiene la expresión “que sea consistente”, no puede interpretarse como una excepción o exención de las protecciones del TBI respecto de medidas ambientales.
781. El Tribunal concluye que el Anexo I, Sección III(1) del TBI Costa Rica-Canadá no exige a la Demandada de la responsabilidad por los incumplimientos de las protecciones sustantivas conferidas por el TBI. En consecuencia, no puede eximir a la Demandada de sus incumplimientos de la obligación de TJE.

VII. COSTOS

A. LOS COSTOS DE LAS PARTES

1. La Posición de la Demandante

782. La Demandante ha solicitado “que el Tribunal otorgue a Infinito todos sus costos y gastos asociados con este procedimiento de arbitraje, incluyendo los honorarios de abogados”¹²⁴⁴.
783. La Demandante sostiene que ha incurrido en (i) USD 2.099.918,27 por concepto de costos y gastos en la fase jurisdiccional¹²⁴⁵; y (ii) USD 3.513.732,09¹²⁴⁶ por concepto de costos y gastos en la fase de fondo¹²⁴⁷.
784. La Demandante presenta el siguiente desglose de sus costos y gastos por la fase jurisdiccional¹²⁴⁸:

Descripción	Importe (en USD)
Costos de la Representación Legal	\$1.353.949,23
Gastos de Torys	\$46.747,82
Costos de los Peritos y Consultores	\$324.221,22

¹²⁴⁴ C-Mem. Fondo, ¶ 428. Véase también, *id.*, ¶ 429(i) (“[...] Infinito solicita: (i) todos los honorarios legales y los costos asociados con este arbitraje”); C-Réplica Fondo, ¶ 822 (la Demandante “reitera su solicitud de que se le adjudiquen todos sus costos y honorarios legales asociados con este arbitraje”).

¹²⁴⁵ C-Costos Jur. pág. 2.

¹²⁴⁶ Esta cifra no incluye el cuarto pago por adelantado tal como se indica en la nota al pie 1251 *infra*. Además, pareciera que esta cifra contiene un error matemático, tal como se indica en la nota al pie 1252 *infra*.

¹²⁴⁷ C-Costos Fondo, pág. 2.

¹²⁴⁸ C-Costos Jur. pág. 2.

Costos del Arbitraje (pagos por adelantado al CIADI y el derecho de registro) ¹²⁴⁹	\$375.000,00
TOTAL	\$2.099.918,27

785. A su vez, presenta el siguiente desglose de sus costos y gastos por la fase de fondo¹²⁵⁰:

Descripción	Importe (en USD)
Costos de la Representación Legal	\$2.165.604,69
Gastos de Torys	\$194.412,38
Costos de los Testigos, Peritos y Consultores	\$1.803.715,02
Costos del Arbitraje (pagos por adelantado al CIADI) ¹²⁵¹	\$250.000,00
TOTAL	\$3.513.732,09 ¹²⁵²

2. La Posición de la Demandada

786. La Demandada “solicita que el Tribunal ejerza su facultad y discreción con arreglo al Artículo 61(2) del Convenio del CIADI y ordene a la Demandante pagar la totalidad de los costos incurridos por Costa Rica en este procedimiento, incluyendo los gastos administrativos del CIADI, los honorarios y gastos de los miembros del tribunal, los honorarios legales y cualquier otro gasto relacionado [...]”¹²⁵³.

787. La Demandada sostiene que ha incurrido en (i) USD 997.403,63 por concepto de costos y gastos en la fase jurisdiccional¹²⁵⁴; y (ii) USD 2.016.863,95 por concepto de costos y gastos en la fase de fondo¹²⁵⁵.

788. La Demandada presenta el siguiente desglose de sus costos y gastos por la fase jurisdiccional¹²⁵⁶:

Descripción	Importe (en USD)
-------------	------------------

¹²⁴⁹ C-Costos Jur. pág. 4.

¹²⁵⁰ C-Costos Fondo, pág. 2.

¹²⁵¹ C-Costos Fondo, pág. 5. El Tribunal observa que esta cifra no refleja el cuarto pago por adelantado solicitado a las Partes el 9 de septiembre de 2020 y pagado por la Demandante el 14 de octubre de 2020, con posterioridad a la presentación de las Declaraciones sobre Costos de las Partes. Véase comunicación del CIADI de 19 de octubre de 2020. En consecuencia, los registros financieros del CIADI reflejan que, agregando el cuarto pago por adelantado por USD 200.000,00, durante la fase de fondo la Demandante realizó pagos por adelantado por USD 449.990,00, para un total de pagos por adelantado en este procedimiento de USD 799.970,00.

¹²⁵² Este total parece reflejar un error matemático. Cuando se suman todas las cifras en la última columna, el total arroja **USD 4.413.732,09**.

¹²⁵³ R-Costos Fondo, ¶ 2 [Traducción del Tribunal]. Véase también, R-Costos Jur., ¶ 2.

¹²⁵⁴ R-Costos Jur., ¶¶ 2, 4.

¹²⁵⁵ R-Costos Fondo, ¶¶ 4, 6. Esta cifra no incluye el último pago por adelantado tal como se indica en la nota al pie 1261 *infra*.

¹²⁵⁶ R-Costos. Jur., ¶ 4.

Costos y Gastos (excluyendo pagos por adelantado al CIADI) ¹²⁵⁷	\$27.553,63
Honorarios y Gastos del CIADI ¹²⁵⁸	\$350.000,00
Honorarios Legales	\$619.850,00
TOTAL	\$997.403,63

789. A su vez, presenta el siguiente desglose de sus costos y gastos por la fase de fondo¹²⁵⁹:

Descripción	Importe (en USD)
Costos y Gastos (excluyendo pagos por adelantado al CIADI) ¹²⁶⁰	\$548.733,95
Honorarios y Gastos del CIADI ¹²⁶¹	\$249.980,00
Honorarios Legales	\$1.218.150,00
TOTAL	\$2.016.863,95

790. En consecuencia, la Demandada solicita al Tribunal (i) “que ordene a la Demandante pagar a Costa Rica **USD 3.014.267,58** para cubrir los Costos y Gastos en los que Costa Rica ha incurrido en este procedimiento, más el pago de intereses compuestos sobre dichos importes previos y posteriores a la emisión del laudo y hasta la fecha de pago, calculados sobre la base de una tasa comercial razonable determinada por el Tribunal”¹²⁶²; y (ii) “que ordene a la Demandante pagar cualquier Costo y Gasto adicional en el que Costa Rica pueda incurrir de forma razonable con anterioridad a que el Tribunal emita su laudo, más intereses”¹²⁶³.

B. LOS COSTOS DEL PROCEDIMIENTO

791. Los costos del arbitraje, incluyendo honorarios y gastos del Tribunal, tasas administrativas del CIADI y gastos directos, ascienden a (en USD):

¹²⁵⁷ Esta cifra hace referencia a los honorarios de los peritos, los costos de traducción, y los gastos de viaje. R-Costos. Jur., ¶ 4.

¹²⁵⁸ Esta cifra hace referencia a los pagos por adelantado realizados al CIADI para cubrir los gastos administrativos del CIADI, y los honorarios y gastos del Tribunal. Véase R-Costos Jur., ¶ 2(i).

¹²⁵⁹ R-Costos Fondo, ¶ 6.

¹²⁶⁰ Esta cifra hace referencia a los honorarios de los peritos, los costos de traducción, y los gastos de viaje. R-Costos Fondo, ¶ 6.

¹²⁶¹ Esta cifra hace referencia a los pagos por adelantado realizados al CIADI para cubrir los gastos administrativos del CIADI, y los honorarios y gastos del Tribunal. Véase R-Costos Fondo, ¶ 3(i). El Tribunal observa que esta cifra no refleja el cuarto pago por adelantado solicitado a las Partes el 9 de septiembre de 2020 y pagado por la Demandada el 9 de octubre de 2020, con posterioridad a la presentación de las Declaraciones sobre Costos. Véase comunicación del CIADI de fecha 19 de octubre de 2020. En consecuencia, los registros financieros del CIADI reflejan que, agregando el cuarto pago por adelantado por USD 199.975,00, durante la fase de fondo la Demandada efectuó pagos por adelantado por USD 449.955,00 para un total de pagos por adelantado en este procedimiento de USD 799.913,00. (Además, la Demandada acreditó al fondo de este procedimiento un importe adicional de USD 49.308,15 por concepto de transferencias de fondos remanentes en otros procedimientos concluidos, tal como se refleja en la carta del CIADI dirigida a las Partes de fecha 7 de diciembre de 2017).

¹²⁶² R-Costos Fondo, ¶ 10 [Traducción del Tribunal].

¹²⁶³ R-Costos Fondo, ¶ 11 [Traducción del Tribunal].

Descripción	Importe (en USD)
Honorarios y Gastos de Árbitros	
Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler	\$ 364.816,22
Prof. Bernard Hanotiau	\$ 242.789,95
Prof. Brigitte Stern	\$ 236.420,02
Honorarios y Gastos de la Asistente	\$ 191.862,54
Tasa Administrativa del CIADI	\$ 264.000,00
Gastos Directos	\$ 224.302,64
TOTAL	\$ 1.524.191,37

792. Estos costos (“**Costos del Procedimiento**”) se han pagado con los anticipos que realizaron las Partes¹²⁶⁴. La porción gastada de los anticipos de cada una de las Partes para cubrir los costos del arbitraje indicados *supra* fue: USD 762.695,69 (para la Demandante) y USD 761.495,69 (para la Demandada)¹²⁶⁵.

C. ANÁLISIS

793. Cada una de las Partes solicita un laudo por la totalidad de los costos relacionados con el presente arbitraje, incluyendo los honorarios y gastos legales incurridos en relación con este procedimiento.
794. Según el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI:

En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.

795. El Tribunal tiene amplia discreción para distribuir los costos del arbitraje entre las Partes, incluyendo los honorarios y gastos legales, según considere apropiado. Las Partes no han cuestionado la discreción del Tribunal y, de hecho, la Demandada la ha reconocido de forma explícita¹²⁶⁶.
796. Los tribunales CIADI han adoptado dos enfoques al momento de decidir sobre costos. El primero de ellos consiste en distribuir los costos del CIADI en partes iguales y decidir que cada una de las partes debe sufragar sus propios costos. El segundo enfoque aplica el principio de que los “costos siguen el evento”, de tal forma que la parte vencida sufraga los costos del procedimiento, incluso los correspondientes a la contraparte, o las partes comparten los costos de forma proporcional a su éxito o fracaso.

¹²⁶⁴ El Secretariado del CIADI proporcionará a las Partes un Estado Financiero Final del fondo del caso. El saldo remanente será reintegrado a las Partes con base en los pagos anticipados que hicieron al CIADI.

¹²⁶⁵ La pequeña diferencia en los gastos del fondo del caso asignados a cada una de las Partes se relaciona con el acuerdo de las Partes según el cual los costos asociados con la práctica del interrogatorio del Sr. Erich Rauguth durante la Audiencia sobre el Fondo mediante videoconferencia serían sufragados por la Demandante. Véanse los correos electrónicos de las Partes de 11 de julio de 2019.

¹²⁶⁶ R-Costos Fondo, ¶ 2; R-Costos Jur., ¶ 2.

797. Para arribar a su decisión sobre costos en el presente caso, el Tribunal ha considerado los argumentos de la Partes, así como también las circunstancias del caso, incluyendo la conducta de las Partes en la reivindicación de sus reclamaciones y defensas. El Tribunal observa que la Demandante ha prevalecido respecto de la jurisdicción y la Demandada ha prevalecido ampliamente, aunque no en su totalidad, respecto del fondo. Asimismo, observa que las cuestiones de hecho y de derecho que surgieron en la presente controversia fueron altamente complejas y que ciertamente no se puede considerar ilegítimo o frívolo que la Demandante haya iniciado el presente arbitraje. Sus reclamaciones dieron origen a preguntas difíciles, cuyos resultados no podrían predecirse con facilidad al momento del inicio de este procedimiento. También debe observarse que ambas Partes y sus respectivos abogados han desarrollado este procedimiento de forma profesional, cooperativa y eficiente.
798. Sopesando todos estos elementos, y en el ejercicio de su discreción al amparo del Artículo 61(2) del Convenio del CIADI, el Tribunal concluye que es justo que los Costos del Procedimiento sean distribuidos en partes iguales entre las Partes¹²⁶⁷, y que cada Parte sufrague sus propios honorarios legales y demás costos.

VIII. PARTE OPERATIVA

799. Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal:
- a. DECLARA que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones ante él y que, salvo la excepción establecida en el párrafo (b) siguiente, las reclamaciones son admisibles;
 - b. DECLARA que la reclamación relacionada con la reiniciación en 2019 del procedimiento de perjuicios del TCA es prematura y por lo tanto es inadmisibile en la presente instancia;
 - c. DECLARA que, al sancionar la Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 e implementarla por medio de la Resolución del MINAET de 2012, la Demandada ha incumplido su obligación en virtud del Artículo II(2)(a) del TBI de otorgar a las inversiones de la Demandante un trato justo y equitativo;
 - d. DETERMINA que no puede otorgar compensación por daños por este incumplimiento;
 - e. ORDENA que cada una de las Partes sufrague el 50% de los Costos del Procedimiento y sus respectivos honorarios legales y demás costos;
 - f. DESESTIMA todas las reclamaciones y petitorios restantes.

¹²⁶⁷ Excepto por el propio acuerdo de las Partes respecto de los costos de la videoconferencia del Sr. Rauguth, los cuales serán sufragados por la Demandante tal como fue acordado y ya se encuentra reflejado en la distribución de gastos en el fondo del caso. *Supra* ¶ 792, y nota al pie 1265.

Profesor Bernard Hanotiau
Árbitro
Fecha:

Profesora Brigitte Stern
Árbitro
Fecha:

[FIRMADO]

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidenta
Fecha: [26 de mayo 2021]

[FIRMADO]

Profesor Bernard Hanotiau
Árbitro
Fecha: [26 mayo 2021]

Profesora Brigitte Stern
Árbitro
Fecha:

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidenta
Fecha:

[FIRMADO]

Profesor Bernard Hanotiau
Árbitro
Fecha:

Profesora Brigitte Stern
Árbitro
Fecha: [26 de mayo de 2021]

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidenta
Fecha:

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a
Inversiones**

Infinito Gold Ltd.

Demandante

c.

República de Costa Rica

Demandada

Caso CIADI No. ARB/14/5

**OPINIÓN SEPARADA SOBRE JURISDICCIÓN Y
FONDO**

Profesora Brigitte Stern, Árbitro

TABLA DE CONTENIDO

I. JURISDICCIÓN: APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN EN EL ARTÍCULO XII(3)(C) DEL TBI.....	3
A. El Alcance del Desacuerdo.....	4
B. El Enfoque General.....	8
1. La Jurisprudencia en Sustento del Análisis del Árbitro	8
2. La Doctrina en Sustento del Análisis del Árbitro	13
C. El Enfoque Fáctico.....	14
1. La Síntesis de las Posiciones de las Partes en la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal.....	14
2. En Todos los Momentos Relevantes Antes del Arbitraje, la Demandante Consideró que la Violación fue Cometida por la Sentencia del TCA de 2010.....	15
a. Inmediatamente Después de la Sentencia del TCA.....	15
b. Inmediatamente Después de la Sentencia de la Sala Administrativa.....	17
3. En Todo Momento – Antes y Durante el Arbitraje – las Autoridades Costarricenses Consideraron que la Violación Alegada fue Cometida por la Sentencia del TCA de 2010.....	18
D. Conclusión	19
II. FONDO: EL ALCANCE DEL ESTÁNDAR DE TJE EN EL ARTÍCULO II(2)(A) DEL TBI.....	19
A. ¿El Estándar de TJE en el TBI Relevante Es un Estándar Autónomo o Es Equivalente al NMT?	19
B. ¿El Estándar de TJE Aplicado a las Decisiones Judiciales es Menos Exigente que la Denegación de Justicia?.....	24

1. Si bien tengo gran respeto y estima por mis distinguidos colegas, no puedo coincidir con ellos respecto de numerosas conclusiones jurídicas, tanto sobre jurisdicción como sobre el fondo. Aclaro que no disiento de la solución general que se le da al caso, pero me resulta imposible suscribir a algunos análisis y razonamientos, en especial cuando conllevan la interpretación del derecho internacional público. Tal y como afirmara Lao-Tseu, “*le but n'est pas seulement le but, mais le chemin qui y conduit*” (“el objetivo no es solo la meta sino el camino a ella”) [Traducción libre]. En resumen, habría arribado a la misma conclusión general con respecto a la controversia, aunque a través de caminos significativamente diferentes. Aunque pudiera parecer superfluo, puesto que **estoy de acuerdo con el resultado final del caso**, me parece importante describir estos caminos.
2. Mi desacuerdo principal se refiere a la existencia de jurisdicción *ratione temporis*: en mi opinión, según el plazo de prescripción incluido en el Artículo XII(3)(c) del TBI, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre las reclamaciones presentadas por Infinito. Por supuesto, mis comentarios podrían haber concluido en este punto, por cuanto, sin jurisdicción, no existe necesidad de abordar el fondo. Sin embargo, ya que la mayoría del Tribunal ha decidido que tiene jurisdicción y abordó el fondo, considero mi deber en mi calidad de Árbitro señalar – sucintamente – lo que analizo como interpretaciones incorrectas en la aplicación del derecho internacional público a la interpretación del estándar de TJE en el TBI entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Costa Rica.

I. JURISDICCIÓN: APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN EN EL ARTÍCULO XII(3)(C) DEL TBI

3. La cuestión jurisdiccional central¹, en la que se concentrará la presente Opinión es si las reclamaciones de Infinito se encontraban o no prescritas.
4. Para empezar, puede mencionarse que no existe desacuerdo entre las Partes de que la fecha de corte es el 6 de febrero de 2011, tal y como se reconoce en el Laudo:

Tal como se analizó en la Decisión sobre Jurisdicción, la Solicitud de Arbitraje fue presentada el 6 de febrero de 2014. Por consiguiente, el Tribunal carece de jurisdicción sobre las reclamaciones respecto de las cuales la Demandante inicialmente tuvo conocimiento de la violación y de las pérdidas más de tres años atrás, es decir, antes del **6 de febrero de 2011**. Las Partes están de acuerdo con esta fecha de corte².

¹ Otra objeción fue que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* y *ratione voluntatis*, debido a que la inversión de la Demandante no era propiedad ni estuvo controlada de acuerdo con el derecho costarricense tal como lo exige el Artículo I(g) del TBI. Simplemente señalaré en este punto que, aunque existen algunas ambigüedades en el Laudo respecto de cuál fue exactamente la inversión de la Demandante, coincido con el enfoque que se encuentra en los §§ 177 y 178 del Laudo: “177. La Demandada no ha cuestionado que la Demandante sea propietaria de o tenga el control de sus acciones en Industrias Infinito de acuerdo con el derecho costarricense. Tampoco ha argüido que la Demandante haya adquirido dichas acciones de forma ilegal, ni que la propiedad o el control de las acciones se hayan visto viciados de modo alguno. [...]. 178. Debido a que no hay controversia respecto de que la Demandante ha realizado una inversión indirecta en Costa Rica (es decir, sus acciones en Industrias Infinito) de acuerdo con el derecho de dicho país, el Tribunal rechaza la objeción de ilegalidad planteada por la Demandada.”

² Laudo, § 219. (Énfasis en el Laudo)

5. La Demandante invoca cinco medidas – adoptadas con posterioridad a la fecha de corte – que considera violatorias del TBI, tal como se sintetiza en el § 224 del Laudo:

La Demandante sostiene que las violaciones del Tratado ocurrieron a través de cinco medidas, posteriores a la fecha de corte [...]:

- a. La Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 de fecha 30 de noviembre de 2011 [...]
- b. La Prohibición Legislativa de la Minería de 2011 sobre la minería a cielo abierto, que entró en vigor el 10 de febrero de 2011 [...]
- c. La Resolución del MINAET de 2012 de fecha 9 de enero de 2012 [...]
- d. La Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 de fecha 19 de junio de 2013 [...]
- e. El reinicio del procedimiento ante el TCA por causa de daño ambiental en el mes de enero de 2019.

6. Sin embargo, su argumentación se centra en la violación principal que ha de tenerse en cuenta a efectos de la aplicación del plazo de prescripción, es decir, **la Sentencia de la Sala Administrativa**³, de fecha 30 de noviembre de 2011, esto es, con posterioridad a la fecha de corte.
7. La Demandada considera que la medida que supuestamente privó a Infinito de su inversión en violación del TBI es la **Sentencia del TCA**, que fue dictada en un fallo oral el 24 de noviembre de 2010, y en un fallo escrito el 14 de diciembre de 2010⁴, esto es, con anterioridad a la fecha de corte.
8. La presente Opinión se concentrará en la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, en tanto se trata, según la Demandante, de la medida que privó a Industrias Infinito de la Concesión de 2008.
9. Con el fin de ir paso a paso, en primer lugar definiré en forma precisa el alcance del desacuerdo entre mis colegas y yo, posteriormente consideraré el enfoque general relacionado con el momento de la violación en función de la ley y la doctrina, el cual, considero, sustenta mi posición, antes de abocarme a un enfoque de hecho que aborda las circunstancias específicas del presente caso, analizando principalmente el comportamiento de ambas Partes, durante el período de tiempo relevante.

A. EL ALCANCE DEL DESACUERDO

10. A modo de recordatorio, el Artículo XII(3)(c) del TBI dispone lo siguiente en su parte pertinente:

Un inversionista podrá someter una diferencia, según se indica en el párrafo (1), a arbitraje conforme a lo dispuesto en el párrafo (4) solamente si: [...] no han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversionista **inicialmente tuvo** o debió haber tenido **conocimiento**, de la **violación** a legada y conocimiento de que el inversionista ha incurrido en **pérdidas** o daño [...]. (Énfasis a gregado)

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Administrativa, Sentencia (que confirma la Sentencia del TCA), 30 de noviembre de 2011, **C-261**.

⁴ Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia (que anula la concesión de explotación y las aprobaciones), Sentencia 4399-2010, 14 de diciembre de 2010, **C-239**.

11. Considero que, en cambio, la mayoría aplicó la siguiente disposición, una suerte de Artículo XII(3)(c) bis:

Un inversionista podrá someter una diferencia, según se indica en el párrafo (1), a arbitraje conforme a lo dispuesto en el párrafo (4) solamente si: [...] no han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversionista **finalmente tuvo** o debió haber tenido **conocimiento**, de la **violación** alegada y conocimiento de que el inversionista ha incurrido en **pérdidas** o daño **totales – sustanciales y permanentes**⁵ –.

12. Para mí, resulta evidente, tal como desarrollaré *infra*, que el conocimiento inicial tanto de una violación como de una pérdida tuvo lugar con la Sentencia del TCA.

13. En lo que respecta al momento en el cual ocurrió la violación, realmente tengo una dificultad con el enfoque en el Laudo, que se ha sintetizado en su § 236:

Por tanto, la mayoría del Tribunal concluye que el primer paso en el análisis consiste en identificar el momento en que una acción u omisión determinada se produjo o **consumó**. El segundo paso consiste en evaluar **cuándo la Demandante inicialmente tuvo conocimiento de la consumación de la acción** u omisión y de la pérdida ocasionada por ella. Este análisis debe llevarse a cabo respecto de cada uno de los estándares supuestamente vulnerados [...]. (Énfasis a gregado)

14. Creo que considerar el conocimiento inicial de una violación y pérdida se ajusta a las reglas de interpretación de la CVDT, en tanto el Artículo XII(3)(c) hace referencia a “la fecha en que el inversionista **inicialmente tuvo** o debió haber tenido **conocimiento**, de la **violación** alegada y conocimiento de que el inversionista ha incurrido en **pérdidas** o daño”. Verdaderamente no entiendo de qué manera el conocimiento inicial se ha transfigurado en **conocimiento inicial de una violación consumada, que de hecho disfraza el conocimiento definitivo**, lo cual no considero que se ajuste a las reglas de interpretación de la CVDT del texto del Artículo XII(3)(c). El Artículo hace referencia a la fecha en la cual un inversionista **inicialmente** tuvo conocimiento de una violación y pérdida no a cuando la existencia de la violación y pérdida fue **definitivamente** determinada y conocida.

15. De hecho, el Laudo menciona varias veces⁶ que la Sentencia de la Sala Administrativa **confirmó** la Sentencia del TCA. Cuando un hecho es confirmatorio de otro hecho, **significa que el contenido del primer hecho debe considerarse existente desde la fecha de su adopción**. En el mismo sentido, el Laudo hace referencia varias veces⁷ a un **hecho consumado** – generado por la Sentencia de la Sala Administrativa – para evadir el requisito de que la fecha pertinente es la fecha del **primer hecho** – la Sentencia del TCA. La idea subyacente en el enfoque de la mayoría debe ser que algo le faltaba a la Sentencia del TCA y que debía completarse, es decir, que se necesitaba de un elemento adicional para que el hecho existiera. Sin embargo, la Sentencia de la Sala Administrativa **no produjo por sí misma violación nueva alguna** de la cual se queje la Demandante. La situación fue simplemente que **se mantuvo el *status quo*** que existía

⁵ La mayoría insistió en este punto en el análisis de la expropiación, aunque parece haberse admitido en forma implícita también para las demás violaciones.

⁶ Laudo, §§ 137, 142, 224(a), 382(a), 416(a), 496, 501, 546 (dos veces), 565, 580, 708, 710.

⁷ Laudo, §§ 232 (4 veces), 233 (2 veces), 235 (dos veces), 236, 239, 253, 254.

después de la Sentencia del TCA. La prueba más simple es el hecho de que, aun en el supuesto de que nunca se hubiera dictado la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, los derechos de la concesión seguirían siendo nulos en virtud de la Sentencia del TCA de 2010. Lo único que hizo la Sentencia de la Sala Administrativa fue **confirmar una violación anterior**, o expresado de manera diferente, negarse a subsanar la violación anterior, violación anterior de la cual la Demandante ya tenía conocimiento.

16. El enfoque del Laudo, tal como se acaba de resumir, se basa en la idea de que la Sentencia del TCA no constituyó una violación, y en el análisis según el cual la violación solo tuvo lugar, como una violación definitiva, con la Sentencia de la Sala Administrativa.
17. Me pregunto de qué manera puede conciliarse este análisis con el principio de que una violación del derecho internacional tiene lugar en el momento en el cual el hecho o los hechos del Estado dejan de ajustarse a las obligaciones que se alega han sido violadas⁸. **La posición del Laudo implica que la Sentencia del TCA que anuló la concesión se ajustaba a las obligaciones internacionales de Costa Rica, mientras que repentinamente la Sentencia de la Sala Administrativa – que no modificó el *status quo* – no se ajustó a las obligaciones internacionales de Costa Rica.**
18. En lo que respecta al momento en el cual ocurrió la pérdida resultante de la violación, considerando en primer lugar la reclamación de expropiación, la mayoría insiste en que la pérdida debe ser permanente y sustancial, y que esto solo tuvo lugar con la Sentencia de la Sala Administrativa. La mayoría consideró que:

[L]a privación de la inversión de la Demandante solo se convirtió en una pérdida permanente con la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011. De hecho, es solo con esta sentencia que la Sentencia del TCA de 2010 se tomó firme⁹.

[...]

[L]os hechos que constan en el expediente acerca de los efectos económicos de la Sentencia del TCA de 2010 demuestran que la Demandante no sufrió una **privación sustancial** de su inversión (requisito para que una expropiación indirecta ocurra) hasta la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011¹⁰.

19. Sin embargo, resulta fácil de comprender que, en el supuesto de que no hubiera existido la Sentencia de la Sala Administrativa, el resultado de la Sentencia del TCA era exactamente el mismo: una pérdida permanente y sustancial. Es bien sabido que la pérdida ya era bastante severa, después de la Sentencia del TCA, pero también se sabía que sería **virtualmente sustancial y permanente, si nada cambiaba**. El hecho de que la pérdida completa de valor solo se materializó después de la Sentencia de la Sala Administrativa es fácilmente entendible, por el deseo de Infinito de ver que se dejara sin

⁸ Véase Artículo 12 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados (CL-007):

Artículo 12. Existencia de violación de una obligación internacional

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

⁹ Laudo, § 239. (Énfasis agregado)

¹⁰ Laudo, § 242. (Énfasis agregado)

efecto la Sentencia del TCA. Pero en ausencia de dicha revocación, la **pérdida sustancial y permanente ya estaba allí, inherente en la Sentencia del TCA.**

20. Desearía abordar asimismo el argumento de que la Sentencia del TCA se suspendió durante la instancia de casación. Una suspensión no anula la sentencia suspendida, **la cual aún existe**, solo tiene como consecuencia el hecho de que provisionalmente no puede ejecutarse.
21. En otras palabras, considero que **la violación alegada es la Sentencia del TCA.** Cuando un tribunal anula una concesión, me resulta difícil afirmar que esto no constituye una violación que conlleva pérdidas. Si no se hubiera iniciado una instancia de casación, la violación aún existiría. En el presente caso, **se inició una instancia de casación antes de la fecha de corte, lo cual constituye un reconocimiento innegable de que existió una violación (y pérdidas) con anterioridad a la fecha de corte**, aunque el inversionista deseaba anularla. Se alega que la Sentencia del TCA violó los derechos del inversionista. En tanto se inició una instancia de casación, la violación todavía existía, hasta tanto fuera confirmada (lo cual constituiría un conocimiento definitivo de la violación y no un conocimiento inicial de la violación) o anulada (lo que significa que ya no existe una violación y, por ende, no hay necesidad de aplicar el plazo de prescripción a un arbitraje inútil, puesto que los tribunales nacionales habrían resuelto el problema).
22. **La violación ocurrió en el año 2010**, con anterioridad a la fecha de corte. Lo único que se desconocía es si esta violación se mantendría tal y como estaba o si los tribunales nacionales subsanarían la violación.
23. La Sentencia de TCA es indudablemente el **primer** paso al cual los demás hechos cuestionados nada agregan. Simplemente no cancelaron este **primer** acto. Cuatro de los actos cuestionados por la Demandada se vinculan con la Sentencia del TCA.
24. Si la Sentencia del TCA no hubiera sido la primera violación, las demás decisiones de los tribunales y órganos administrativos no habrían existido. **La Sentencia del TCA es la raíz de todos los acontecimientos subsiguientes:** (1) la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011 ratificó la Sentencia del TCA de 2010; (2) la Sentencia de la Sala Constitucional de 2013 negó un recurso separado por causales constitucionales contra la Sentencia del TCA de 2010; (3) la Resolución del MINAET de 2012 ejecutó la Sentencia del TCA de 2010 en su orden de cancelar la concesión de Industrias Infinito y eliminarla del Registro Minero; (4) incluso la reapertura del procedimiento por daño ambiental estaba vinculada con la Sentencia del TCA de 2010.
25. Si no se hubiera dictado la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Concesión de 2008, que fue anulada con anterioridad a la fecha de corte por la Sentencia del TCA, habría permanecido anulada.
26. Algunas consideraciones finales generales pueden ser adecuadas.
27. En primer lugar, es bien sabido que el acceso al arbitraje internacional no exige – salvo que se prevea específicamente – el agotamiento de los recursos locales. El Artículo 26 del Convenio del CIADI es sumamente claro en este sentido:

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho

arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

28. No existe requisito alguno de agotamiento de los recursos locales en el TBI. Al decidir que la violación solo tuvo lugar cuando se adoptó la sentencia definitiva de la Corte Suprema de Justicia, **la mayoría introduce nuevamente en el proceso de arbitraje una condición de agotamiento de los recursos locales que no fue acordada entre las Partes Contratantes del TBI.**
29. En segundo lugar, la mayoría se consuela con la solución a la que ha arribado, al afirmar lo siguiente:

Esta conclusión es coherente con la razón de ser de un plazo de prescripción, que consiste en promover certidumbre jurídica evitando que los demandantes se demoren en plantear de sus reclamaciones. Siendo esto así, para que el plazo de prescripción empiece a correr, el demandante debe estar en condiciones de plantear una reclamación desde el punto de vista jurídico. Si una reclamación no puede plantearse por razones jurídicas (por ejemplo, porque la reclamación no ha madurado), sería fundamentalmente injusto determinar que el plazo de prescripción ha empezado a correr. Tal determinación puede suponer, en algunas instancias, que un demandante/inversionista tendría menos tiempo para plantear su reclamación que el plazo de prescripción. En situaciones excepcionales, tal determinación podría incluso significar que al demandante/inversionista no le quede nada de tiempo para iniciar el procedimiento, lo que efectivamente redundaría en una denegación de justicia – resultado que no puede reflejar el sentido del Tratado¹¹.

30. Pero, considero que este razonamiento es completamente circular y nuevamente basado en la idea de que una violación no ocurre antes de que se hayan agotado los recursos locales, lo cual sugiere que con anterioridad a dicho agotamiento la reclamación no ha madurado. También puede mencionarse que, en el caso específico, la Demandante tenía hasta el 5 de febrero de 2014 para iniciar la reclamación, si se aplica mi análisis, que es un poco más de 26 meses después de la Sentencia que la mayoría considera como constitutiva de la violación. En otras palabras, el temor mencionado por la mayoría según el cual la conclusión de que el conocimiento inicial de una violación podría impedir que una demandante inicie una reclamación, si se espera hasta el conocimiento definitivo, es inexistente en las circunstancias del presente caso.

B. EL ENFOQUE GENERAL

1. La Jurisprudencia en Sustento del Análisis del Árbitro

31. Existen numerosos casos que aplican un análisis similar, que pueden mencionarse aquí, aunque, como sucede a menudo, existen asimismo casos que adoptan un punto de vista diferente. La cuestión de la fecha de corte o fecha crítica puede surgir en diferentes contextos: la existencia de un plazo de prescripción como en el presente caso, que hace referencia expresa a un conocimiento inicial, la existencia de una controversia antes de que un tratado entre en vigor, la existencia de hechos anteriores y hechos posteriores a la realización de una inversión.

¹¹ Laudo, § 247.

32. En *Corona Materials c. República Dominicana*¹², el tribunal citó con aprobación un escrito de los Estados Unidos, en carácter de *amicus curiae*, en el caso de *Grand River c. EE.UU.*, en relación con un plazo de prescripción similar, afirmando que “[c]uando una ‘serie de acciones similares y relacionadas por parte del Estado demandado’ están controvertidas, el inversionista no puede evadir los plazos de prescripción al fundar su reclamo en la ‘transgresión más reciente de dicha serie’”¹³. En ese caso, existió un hecho de las autoridades del Estado consistente en la denegación de una licencia que ocurrió con anterioridad a la fecha de corte, y una denegación a que se reconsiderase esta decisión que ocurrió con posterioridad a la fecha de corte. El tribunal indicó claramente que la denegación constituyó el primer hecho y que el hecho de que no fuera anulada no modificaba el análisis:

En este contexto, la falta de reconsideración de la denegación del otorgamiento de la licencia por parte de la Demandada no es más que la **confirmación implícita de su decisión anterior**. [...]

[...] la falta de respuesta por parte de RD al Recurso de Reconsideración presentado por la Demandante fue interpretada por ésta última en dicho momento como que no generaba consecuencias separadas en su inversión distintas de aquéllas que ya se habían originado a causa de la decisión inicial¹⁴.

33. Del mismo modo, puede afirmarse que, en el presente caso, la Sentencia de la Sala Administrativa constituyó una **confirmación explícita** de la Sentencia anterior del TCA.
34. En *Spence c. Costa Rica*¹⁵, la disposición sobre prescripción tenía exactamente la misma redacción que el Artículo XII(3)(c) del TBI Canadá-Costa Rica, y el tribunal consideró que la fecha relevante a los fines jurisdiccionales era el conocimiento inicial de una violación y no la ulterior confirmación de la violación. Vale la pena citar extractos extensos del laudo, puesto que presenta las cosas de manera bien clara:

162. Las Demandantes enfrentan obstáculos jurisdiccionales formidables. A primera vista, la conducta de la que se quejan está firmemente arraigada en el período anterior a la entrada en vigor del CAFTA celebrado entre Costa Rica y los Estados Unidos de fecha 1 de enero de 2009. [...]

¹² El artículo relevante del DR-CAFTA era similar a aquel en el presente caso:

Artículo 10.18: Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes

1. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada conforme a lo establecido en el Artículo 10.16.1 y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(a)), o la empresa (por las reclamaciones entabladas en virtud del Artículo 10.16.1(b)) sufrió pérdidas o daños. (Énfasis agregado)

¹³ *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo, 31 de mayo de 2016, § 215, **CL-130**.

¹⁴ *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo, 31 de mayo de 2016, §§ 211-212, **CL-130**. (Énfasis agregado)

¹⁵ *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz (anteriormente, Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et al.) c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional, 25 de octubre de 2016, § 246, **CL-221**.

163. [...] Si las Demandantes no logran demostrar, respecto de un estándar objetivo, que ellas tomaron conocimiento por primera vez de las violaciones y pérdidas por ellas alegadas en el período posterior al día 10 de junio de 2010, ellas sucumbirán ante el primer obstáculo. Para sortear dicho obstáculo, cada demandante debe demostrar, en virtud de cada uno de los reclamos por las propiedades, que cuenta con el objeto de una acción: **un evento distinto y jurídicamente significativo que sea capaz de fundar un reclamo por su propio derecho** y del cual ellas tomaron conocimiento en el período posterior al día 10 de junio de 2010. Si ellas pueden establecer lo antedicho, surge una cuestión jurisdiccional adicional, a saber, **si, en las circunstancias en las cuales se presentó cada uno de los reclamos, los hechos que justifican la acción posteriores a la fecha crítica de prescripción pueden estar lo suficientemente separados de los actos o hechos que antecedieron a la entrada en vigor, como para ser considerados independientemente justiciables**, aún si fuera apropiado tomar en cuenta la conducta y los desarrollos anteriores al 1 de enero de 2009, con el objeto de determinar si hubo una violación subsecuente de una obligación bajo CAFTA.

[...]

210. En cuanto al tema de la toma de conocimiento de la *violación* por primera vez, si el reclamo es justiciable conforme al Artículo 10.18.1 del CAFTA, el Tribunal considera que se debe fundar en aquella violación que da origen a la interposición de acciones autónomas respecto de la cual la demandada tuvo conocimiento por primera vez dentro del plazo de prescripción.

[...]

213. Respecto de la cuestión que consiste en determinar si la pérdida o el daño deben ser cristalizados, y si la demandante debe tener una cuantía concreta de la medida de dicha pérdida o daño, el Tribunal concuerda con el enfoque adoptado en *Mondev, Grand River, Clayton y Corona Materials* relativo a que **la cláusula prescriptiva no requiere un conocimiento completo o preciso de la pérdida o daño**. De hecho, en opinión del Tribunal, el requisito del Artículo 10.18.1, *inter alia*, de hacer referencia a la fecha en la cual la demandante tomó conocimiento real o implícito *por primera vez* de la pérdida o daño en el que se incurriera como consecuencia de la violación implica que **dicho conocimiento está originado por la primera apreciación de que se incurrirá (o se ha incurrido) en la pérdida o el daño**. No requiere ni permite que la demandante espere y observe la medida completa en la que resultará o podrá resultar la pérdida o el daño. Es la primera apreciación de la pérdida o el daño como consecuencia de la violación lo que da inicio al plazo de prescripción¹⁶. (Énfasis a gregado en negrita, en bastardilla en el original)

35. Vale la pena mencionar otro laudo, en tanto aborda la existencia de una pérdida debido a una violación, recientemente discutido en el último párrafo de la cita a *Spence*. En *Rusoro c. Venezuela*, el tribunal determinó que la reclamación de Rusoro basada en medidas adoptadas en el año 2009 se encontraba prescrita en virtud del plazo de prescripción relevante, pues la demandante había admitido tener conocimiento de su pérdida más de tres años antes del inicio del procedimiento de arbitraje. En circunstancias similares a las del caso que nos ocupa, el tribunal concluyó que “lo que

¹⁶ *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz (anteriormente Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et al.) c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional, 25 de octubre de 2016, §§ 162-163, 210-213, **CL-221**. (Énfasis a gregado)

se necesita es el simple conocimiento de que se ha causado pérdida o daño, **aun si la magnitud y cuantificación no son todavía claras**¹⁷. [Traducción libre]

36. Asimismo, en *Vieira c. Chile*¹⁸, el tribunal determinó que la controversia antedataba al tratado relevante pues todas las reclamaciones derivaban de la denegación por parte del Estado de una solicitud de una licencia de pesca antes de que el tratado entrase en vigor. Esta solución se adoptó a pesar del argumento de la demandante según el cual se habían interpuesto recursos de apelación con posterioridad a la entrada en vigor del tratado y que el hecho de que estos hubieran sido denegados constituía violaciones independientes del tratado¹⁹.

[...] Sostener lo contrario se traduciría en permitir que en la generalidad de los casos un demandante eluda las restricciones *ratione temporis* establecidas en cualquier Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, planteando en un momento posterior a la fecha de vigencia del correspondiente tratado una nueva reclamación para luego sostener que la respuesta negativa ante dicha reclamación constituye un hecho ilícito que da lugar a una nueva controversia, situación que este tribunal estima contraria a la intención de las partes pactada en el artículo 2 del ACUERDO.

37. Asimismo, en *ST-AD c. Bulgaria*, algunas actuaciones de la demandada ocurrieron antes de que el inversionista realizara su inversión y algunas después. Un intento por parte de un demandante de adquirir jurisdicción presentando nuevamente una solicitud que había sido denegada antes de que éste se convirtiera en inversionista fue rechazada por el tribunal:

En efecto, ese es el único acontecimiento relevante posible que ocurrió después de la fecha crítica de 25 de mayo de 2006, cuando la Demandante se convirtió en un inversionista protegido en virtud del TBI, es decir, la segunda solicitud de anulación y su denegación por parte de la Corte Suprema de Casación [...]²⁰. [Traducción libre]

38. Y el tribunal agregó, con el fin de dejar las cosas perfectamente claras:

[U]na táctica basada en presentar nuevamente una solicitud que ha sido denegada con anterioridad a que una demandante se convirtiera en inversionista después de que esta hubiere adquirido ese estatus resulta inaceptable. Crea la ilusión de un hecho que tuvo lugar cuando un inversionista protegido se encontraba en escena. Pero como toda ilusión, se trata de una ilusión engañosa²¹. [Traducción libre]

¹⁷ *Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016, § 217, **RL-181**. (Énfasis agregado)

¹⁸ Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones, vigente a partir del 29 de marzo de 1994, Artículo 2(3): El Tratado “[n]o se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor”. Aunque esta regla es diferente a aquella en juego en el presente caso, la cuestión es la misma, es decir, cuándo surge una controversia relacionada con una violación, si con una primera decisión que deniega una licencia o con una decisión ulterior que se niega a anular esa decisión.

¹⁹ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/04/7, Laudo, 21 de agosto de 2007, § 274, **RL-162**.

²⁰ *ST-AD GmbH (Alemania) c. República de Bulgaria*, Caso CPA No. 2011-06, Laudo sobre Jurisdicción, 18 de julio de 2013, § 316, **RL-075**.

²¹ *ST-AD GmbH (Alemania) c. República de Bulgaria*, Caso CPA No. 2011-06, Laudo sobre Jurisdicción, 18 de julio de 2013, § 317, **RL-075**.

39. Por último, en *EuroGas c. República Eslovaca*²², se presentó el mismo razonamiento que el presentado en esta Opinión Separada:

455. Este gráfico ilustra el hecho de que la situación era exactamente idéntica el 3 de mayo de 2005, antes de la entrada en vigor del TBI, y el 1 de agosto de 2012, después de la entrada en vigor del TBI: los derechos mineros que perdió Rozmin fueron reasignados a otra empresa. En otras palabras, los derechos mineros de Rozmin fueron confiscados en el año 2005, supuestamente en violación de los derechos de Belmont según el TBI Canadá-Eslovaquia y del derecho internacional, y numerosas decisiones de las autoridades mineras (no de las autoridades judiciales) se negaron a restituir los derechos a Rozmin. La decisión de la DMO el 30 de marzo de 2012, de reasignar derechos exclusivos sobre la Zona Minera a VSK Mining, y su confirmación por parte de la MNO el 1 de agosto de 2012, **no modificaron la situación jurídica y de hecho de Belmont**: desde la reasignación de Zona Minera en el año 2005, había perdido sus derechos sobre la Zona Minera y no se encontraba presente en el sitio.

456. En contraposición a la posición de Belmont, las decisiones de 30 de marzo de 2012 y 1 de agosto de 2012 no pueden considerarse el origen de una nueva controversia; por el contrario, constituyeron **una negativa a resolver una controversia en curso**, surgida de la violación a legada en el año 2005.

[...]

459. Los Estados Parte del TBI Canadá-Eslovaquia no pueden haber pretendido que el Artículo 15(6) se interpretara y aplicara de manera tal de exponerlos a reclamaciones de inversionistas que se remontaran a más de tres años antes de la entrada en vigor del tratado, simplemente porque una determinada controversia no se resolvió y/o puede dar origen a una acción complementaria. **Considerar que la negativa del Estado a anular una supuesta violación existente da lugar a una nueva controversia abriría las compuertas a una posible desestimación absoluta de la condición *ratione temporis* de la aplicación de un TBI.** La consecuencia sería que un inversionista podría eludir las limitaciones *ratione temporis* de un tratado mediante la iniciación de procedimientos judiciales locales después de la entrada en vigor del tratado, respecto de una antigua controversia. Este no puede ser un resultado jurídico sensato.

460. El Tribunal no acepta que un inversionista pueda invocar el último acontecimiento en una serie de acciones relacionadas o similares de un Estado a efectos de reclamar el beneficio del tratado. En el presente caso, la situación es clara ya que no ha existido una serie de (supuestas) transgresiones por parte de la Demandada, sino **una (supuesta) transgresión cuyos efectos se han mantenido a lo largo de procedimientos judiciales locales y decisiones reiteradas de las autoridades mineras.** [Traducción libre] (Énfasis agregado)

40. Puede mencionarse asimismo en este contexto, el caso *Sistem Mühendislik İnşaat c. República Kirguisa*²³, donde el tribunal sostuvo efectivamente que, “como una cuestión de derecho”, la confiscación judicial del hotel de la demandante **tuvo lugar en la fecha de una sentencia de un tribunal inferior** que invalidó el contrato subyacente. Lo que se mantuvo fue una “**posibilidad de restauración**” del derecho confiscado, ulteriormente anulado por la instancia superior de apelación. [Traducción libre] (Énfasis agregado)

²² *EuroGas Inc. y Belmont Resources Inc. c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/14/14, Laudo, 18 de agosto de 2017, §§ 455-456, 459-460, **RL-197**.

²³ *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. c. República Kirguisa*, Caso CIADI No. ARB(AF)06/1, Laudo, 9 de septiembre de 2009, § 128, **CL-082**.

41. Este análisis no solo se encuentra en el derecho de inversión aplicado por los tribunales arbitrales internacionales, sino que se trata de un enfoque más generalmente aceptado en los ordenamientos jurídicos.
42. Acá puede darse un ejemplo. La Corte Permanente de Justicia Internacional ha considerado que, ante un hecho y una negativa a anular el hecho, el elemento relevante para el análisis de la jurisdicción es el hecho inicial. En el caso *Fosfatos de Marruecos*, consideró que, al igual que en el caso que nos ocupa, la supuesta violación de los derechos del inversionista italiano por parte de las autoridades francesas que se negaron a anular una decisión anterior recaía fuera de la jurisdicción de la Corte²⁴. Al igual que Infinito en el presente caso, Italia arguyó que la “violación solo se convirtió en definitiva” cuando el inversionista procuró obtener una reparación por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia y le fue denegada. La CPJI rechazó la reclamación de Italia sobre la base de que la ulterior negativa a reparar el error anterior:

simplemente redundaría en permitir que el hecho [supuestamente] ilícito persista. **No ejerce influencia alguna ni en la realización del hecho ni en la responsabilidad que resulta de él.** [Traducción libre] (Énfasis agregado)

43. La Corte sostuvo que la reclamación relacionada con la supuesta violación se encontraba proscrita *ratione temporis*.

2. La Doctrina en Sustento del Análisis del Árbitro

44. La Comisión de Derecho Internacional, CDI, es un actor reconocido del derecho internacional. El Profesor James Crawford, Relator Especial, CDI, abordó la situación en la cual existe un agotamiento de los recursos internos. Dejó en claro que pueden ocurrir dos situaciones: o la última decisión constituye en sí misma una violación (por ejemplo, una denegación de justicia), o simplemente confirma el hecho ilícito inicial. En el último caso, en ausencia de un hecho internacionalmente ilícito adicional por parte de los tribunales nacionales que otorgan el recurso interno contra la violación, “**el recurso interno es un remedio al que no se ha podido acceder, pero que no constituye parte del propio mal [...]**”²⁵. (Énfasis agregado)

45. El Profesor Crawford agregó que:

[L]a violación del derecho internacional se produce cuando se otorga un determinado trato y **no queda aplazada hasta un momento ulterior cuando se agotan los recursos internos [...]**²⁶. (Énfasis agregado)

46. Otros han adoptado la misma posición, entre ellos el académico suizo, Eric Wyler²⁷.

²⁴ *Fosfatos de Marruecos (Italia c. Francia)*, Serie CPJI A/B Fascículo No. 74, Decisión sobre Excepciones Preliminares, 14 de junio de 1938), pág. 21, **RL-007**.

²⁵ Segundo Informe sobre la Responsabilidad de los Estados del Sr. James Crawford, Relator Especial, Primera Sesión, Doc. ONU. A/CN.4/498 (1999), § 140, **RL-034**.

²⁶ Segundo Informe sobre la Responsabilidad de los Estados del Sr. James Crawford, Relator Especial, Primera Sesión, Doc. D.N.I. A/CN.4/498 (1999), § 145, **RL-034**.

²⁷ Eric Wyler, “*Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite*”, RGDIP, vol. 95, No. 4, 1991, págs. 881–914.

47. Habiendo aclarado el enfoque general relacionado con el momento en que se da una violación, ahora procederé a examinar cuidadosamente la manera en la cual debería analizarse dentro de este marco el comportamiento de las Partes en las circunstancias del caso.

C. EL ENFOQUE FÁCTICO

48. A efectos de comprender los hechos y circunstancias del presente caso, las posiciones de las Partes en el procedimiento de arbitraje, pero tal vez más importante, las posiciones de las Partes en el momento de los hechos controvertidos, deben ser analizadas.
49. En síntesis, la Demandada alega que la cancelación de la Concesión de 2008 fue establecida por la Sentencia del TCA adoptada con anterioridad a la fecha de corte, circunstancia que priva al Tribunal de jurisdicción sobre las reclamaciones de Infinito; mientras que la Demandante sostiene que la anulación fue establecida por la Sentencia de la Sala Administrativa, con posterioridad a la fecha de corte, otorgándole así jurisdicción al Tribunal para tratar sus reclamaciones.
50. Es mi opinión que la Demandante le asignó un papel a la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, a los fines del presente arbitraje, con el fin de poder establecer la jurisdicción. Considero que una reconstrucción tal de lo ocurrido no se adecua a los hechos del caso, especialmente al comportamiento de las Partes ya que tanto la Demandante como las autoridades del Estado siempre consideraron en el momento de los acontecimientos – antes del inicio del arbitraje – que la violación fue causada por la Sentencia del TCA.
51. Procederé ahora a presentar algunos elementos concretos en sustento de esta última afirmación, que considero bien importantes.

1. La Síntesis de las Posiciones de las Partes en la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal

52. En efecto, la simple lectura de las síntesis de las posiciones de las Partes, tal y como se presentan en la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal demuestra que la Demandada invoca – acertadamente – el conocimiento **inicial**, en tanto la Demandante invoca – de manera incorrecta – el conocimiento **definitivo**.
53. La posición de la Demandada, tal como se sintetiza en la Decisión sobre Jurisdicción es la siguiente:

La Demandada señala que, en virtud del Artículo XII(3)(c), un inversionista '**inicialmente**' toma conocimiento de una violación o pérdida alegada en una 'fecha' particular. Para la Demandada, '[e]se conocimiento no puede adquirirse 'inicialmente' en diversos momentos en el tiempo ni de manera recurrente'. En el presente caso, **la Demandante tuvo inicialmente conocimiento de la pérdida o daño alegados cuando fue dictada la Sentencia del TCA de 2010 en el mes de diciembre de 2010**, lo que fue reconocido públicamente en un comunicado de prensa de fecha 18 de enero de 2011, ambas fechas siendo anteriores a la fecha de corte. En ese comunicado de prensa, la Demandante manifestó que pretendía restablecer el valor de su inversión y revertir **el impacto negativo de la Sentencia del TCA de 2010** en el precio accionario de la compañía. Aunque el proceso de casación podría haber generado una esperanza de que la Sala Administrativa revertiría la pérdida de la Demandante, **el hecho de que no se revocara la**

Sentencia del TCA de 2010 no puede equipararse a una nueva pérdida. Además, Infinito no tenía certeza de que podría revocar la Sentencia del TCA de 2010, y el hecho de que reconociera que necesitaba '*restablecer* los derechos o el valor de la sociedad' enfatiza que Infinito consideraba que había sufrido ya una pérdida²⁸. (Énfasis a gregado).

54. La posición de la Demandante, tal como se sintetiza en la Decisión sobre Jurisdicción es la siguiente:

316. Tal como se analiza en la Sección IV.C.3.a(ii) *supra*, la Demandante hace hincapié en que la Sentencia del TCA de 2010 '**no** es la medida que Infinito está impugnando porque **no provocó la anulación final o irreversible** de la concesión de explotación u otras aprobaciones del proyecto de Industrias Infinito'. Según la Demandante, la anulación de la concesión de explotación de Industrias Infinito y otros derechos sólo **pasó a ser definitiva**, y podía haberse actuado respecto de ella, cuando la Sala Administrativa rechazó la revocación de la Sentencia del TCA de 2010 el 30 de noviembre de 2011²⁹. (Énfasis en "no" en la Dúplica de la Demandante sobre Jurisdicción, y para el resto, énfasis a gregado)

55. Resulta claramente que las posiciones de las dos Partes no son contradictorias: la Demandada arguye que la Demandante **inicialmente tuvo conocimiento** de una violación y pérdida con la Sentencia de TCA del mes de noviembre de 2010, con anterioridad a la fecha de corte; la Demandante no discrepa en este punto (y así lo ha indicado en documentos contemporáneos, tal como se demostrará posteriormente); sin embargo, la Demandante arguye que tuvo el **conocimiento definitivo** de una violación y una pérdida solo con la negativa de la Sentencia de la Sala Administrativa de fecha 30 de noviembre de 2011, con posterioridad a la fecha de corte, de revertir la violación inicial y la pérdida que ya existía en el año 2010.

2. En Todos los Momentos Relevantes Antes del Arbitraje, la Demandante Consideró que la Violación fue Cometida por la Sentencia del TCA de 2010

a. Inmediatamente Después de la Sentencia del TCA

56. Cinco días después del fallo oral del TCA, la gerencia de Infinito reconoció que se trataba de una sentencia negativa:

El 24 de noviembre de 2010 el Tribunal dictó un fallo sumario sobre los recursos interpuestos por una serie de ciudadanos [...] El fallo oral que se leyera en el tribunal fue negativo e **incluyó la cancelación de las concesiones de explotación de la Empresa, la cancelación de la aprobación ambiental y otras aprobaciones** que detentaba la filial local de la Empresa, Industrias Infinito SA ('IISA'). [...] [Traducción libre] (Énfasis a gregado)

²⁸ Decisión sobre Jurisdicción, § 304, notas al pie omitidas.

²⁹ Decisión sobre Jurisdicción, § 316. Este ha sido el patrón reiterado de la posición de la Demandante. Véase, por ejemplo, una cita de su Réplica, § 472: "Hay [...] evidencia abrumadora de que Infinito primero supo, y sólo pudo haber sabido, que las resoluciones que otorgaban las aprobaciones clave de IISA habían sido **anuladas definitiva e irreversiblemente**, y que la inversión de Infinito en el proyecto Crucitas había quedado sustancialmente sin valor, [...] el 30 de noviembre de 2011". (Énfasis a gregado)

57. Se trata de un reconocimiento, en un documento interno, aun antes del fallo escrito, de que el TCA había cancelado todos los derechos de Infinito³⁰.
58. Poco tiempo después de que Infinito recibiera el fallo escrito del TCA, el mismo análisis se dio a conocer públicamente, a comienzos del año 2011. La propia Demandante reconoció, en términos que no dejan duda, que había sufrido una violación de sus derechos y una pérdida ocasionados por la Sentencia del TCA en un comunicado de prensa de fecha 18 de enero de 2011, esto es, antes de la fecha de corte, lo cual constituye un documento bien claro y crucial:

El recurso de Casación pretende revertir el **Fallo que anuló la Concesión de Explotación** del proyecto aurífero Crucitas de la Empresa.

[...]

La Empresa pretende **reestablecer la seguridad y el valor** de sus inversiones sustanciales y de largo plazo en Costa Rica y **revertir el impacto negativo que el Fallo ha tenido** con respecto al precio de las acciones de la Empresa y el **impacto negativo inherente** en sus inversionistas y empleados³¹. [Traducción libre] (Énfasis a gregado)

59. En este comunicado de prensa, la Demandante **reconoce la anulación de la Concesión**, lo cual consideró como **una violación**, en tanto deseaba intentar revertirla mediante una instancia de casación. Deseaba asimismo eliminar la pérdida, en tanto se dio inicio a la instancia de casación a efectos de restablecer el valor de su inversión. Cuando un inversionista inicia un procedimiento con el fin de anular una sentencia, es en el entendimiento de que dicha sentencia es ilegal, y por ende, una violación del derecho que ha redundado en una pérdida para el inversionista.
60. En ese momento, la violación podría ser analizada tanto como una violación del derecho costarricense como una violación del Tratado. Una alegada expropiación efectivamente cae claramente entre las violaciones del TBI. Nada impedía que el inversionista justo después de la Sentencia del TCA acudiera inmediatamente al CIADI. En lugar de ello, Infinito optó por recurrir a los tribunales nacionales. Me gustaría mencionar asimismo que la existencia de una violación constituye un hecho objetivo, en contraposición con la existencia de una controversia que implica la determinación de elementos subjetivos.
61. El comunicado de prensa también indicó que entre los futuros factores desconocidos estaba “si los impactos negativos del Fallo en la Empresa pueden ser revertidos por la Casación [...]” [Traducción libre] reconociendo así claramente que tuvo **conocimiento** inicial del **daño** a su inversión en el momento de la Sentencia del TCA.
62. Este comunicado de prensa indiscutiblemente demuestra el conocimiento por parte de la Demandante, e incluso un **reconocimiento público de la violación y el daño** en su fecha, 18 de enero de 2011, la cual es anterior a la fecha de corte, aunque desde luego indica asimismo la esperanza de poder modificar la situación.

³⁰ Segundo Informe Trimestral, Debate y Análisis de la Gerencia para los Períodos de Tres y Seis Meses Finalizados el 30 de septiembre de 2010, C-637.

³¹ Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd., “*Infinito Gold Files to Annul the Tribunal Contencioso Administrativo Ruling*”, 18 de enero de 2011, C-246.

63. Considero también que un elemento importante en la interpretación de los hechos del caso es que Infinito inició una instancia de casación antes de la fecha de corte, lo cual significa que **claramente consideraba que existía una violación, en ese momento**. Adicionalmente, en un Memorando de fecha 17 de febrero de 2011 – y esto es de gran importancia – Infinito indicó que, mientras se desarrollaba el procedimiento ante la Sala Administrativa, **podría recurrir en cualquier momento al arbitraje internacional**:

La Empresa puede optar por detener el proceso de apelación y pasar al arbitraje internacional en cualquier momento durante el proceso³². [Traducción libre]

64. Cuando un inversionista considera recurrir al arbitraje internacional, es porque considera que ha sufrido una violación de sus derechos por parte del Estado, y ha sufrido daños. En otras palabras, el 17 de febrero de 2011, antes de la Sentencia de la Sala Administrativa, Infinito consideraba que había sufrido una violación, que podría constituir la base de una reclamación internacional.
65. Son numerosos los reconocimientos por parte de la Demandante de la existencia de una violación antes de la Sentencia de la Sala Administrativa. Solo doy aquí otro ejemplo, que es un Informe relativo a una actualización sobre el Proyecto Crucitas de fecha 24 de junio de 2011³³:

El 24 de noviembre de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo (el ‘Tribunal’) dictó un fallo sumario (el ‘Fallo’) sobre los recursos interpuestos por una serie de ciudadanos contra los organismos gubernamentales alegando que determinados permisos y aprobaciones oficiales recibidos por la subsidiaria 100% de titularidad de la Empresa en Costa Rica, Industrias Infinito SA (‘IISA’), relacionados con el proyecto de actividad de minería aurífera Crucitas, no se expidieron de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

[...]

El Fallo anuló la Concesión de Explotación del proyecto aurífero Crucitas de la Empresa. Además, el Fallo invalidó la aprobación original del estudio de impacto ambiental recibida en el mes de diciembre de 2005 durante la presidencia de Abel Pacheco, el estudio de impacto ambiental modificado recibida en el mes de febrero de 2008, y el Decreto Presidencial que declaró que el proyecto era de interés nacional recibido en el mes de octubre de 2008. El Fallo establece a sí mismo que la Empresa podrá ser responsable de restablecer determinadas zonas de sitio minero Crucitas a su condición original anterior a la tala.

[...]

En la Casación la Empresa pretende **anular el Fallo** [...]. [Traducción libre] (Énfasis a gregado)

b. Inmediatamente Después de la Sentencia de la Sala Administrativa

66. La Demandante aun hace referencia a la Sentencia del TCA como la violación, con posterioridad a la Sentencia de la Sala Administrativa. En un comunicado de prensa fechado el mismo día de la Sentencia de la Sala Administrativa, Infinito escribió lo siguiente:

³² Memoranda de John Morgan (Infinito Gold Ltd.) a Q3 2011 Expediente Provisional W/P sobre el fallo emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo (17 de febrero de 2011), pág. 5, C-667.

³³ Actualización sobre el Proyecto Crucitas, 24 de junio de 2011, R-310, pág. 1.

Infinito Gold Ltd. (la ‘Empresa’) anuncia que la Sala de Derecho Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (‘SALAI’) ha dictado su sentencia y **rechazado el recurso de anulación** (‘Casación’) de la sentencia (el ‘Fallo del TCA’) impuesta por el Tribunal Contencioso Administrativo (‘TCA’) el 24 de noviembre de 2010, respecto de los permisos de minería aurífera de la Empresa y los procesos de permisos costarricenses para el proyecto aurífero Crucitas.

El Fallo del TCA anuló la Concesión de Explotación del proyecto aurífero Crucitas de la Empresa [...]³⁴. [Traducción libre] (Énfasis a gregado)

67. Aun después de la Sentencia de la Sala Administrativa del mes de noviembre de 2011, según la propia Demandante, la anulación de la concesión, que es el hecho cuestionado, es decir, la violación, ocurrió con la Sentencia del TCA.
- 3. En Todo Momento – Antes y Durante el Arbitraje – las Autoridades Costarricenses Consideraron que la Violación Alegada fue Cometida por la Sentencia del TCA de 2010**
68. Todas las etapas finales de los procedimientos en contra de Infinito se basaron en la Sentencia del TCA, no en la Sentencia de la Sala Administrativa.
69. Por ejemplo, la Resolución del MINAET de 2012, Cancelación de la Concesión Minera³⁵, indica lo siguiente:

RESULTANDO

1) Que mediante Sentencia Oral N° 4399-2010 de las 16 horas del **14 de diciembre del 2010, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo**, sección IV, dispuso, entre otros aspectos ‘[...] Se anulan las resoluciones número 3638-2005-SETENA, número 170-2008-SETENA, número R-217-2008-MINAE, número 244-2008-SCH y el Decreto Ejecutivo número 4801-MINAET [...]’. ‘[...] Se ordena al Registro Nacional Minero cancelar la concesión a favor de Industrias Infinito Sociedad Anónima que se tramitó como expediente minero No. 02594[...].’

2) Que la Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo mencionada, ha sido **confirmada** por la Sala I de la Corte Suprema de Justicia, por lo que adquirió **firmeza**.

[...]

CONSIDERANDO

ÚNICO: En debido acatamiento de la sentencia conforme lo establecen los artículos 156 inciso 1 y 158 del Código Procesal Contencioso Administrativo, se procede en este acto a declarar la cancelación de la concesión de explotación minera otorgada a favor de la empresa Industrias Infinito S.A., **misma que fue anulada** por la sentencia N° 4399-2010 de las 16 horas del 14 de diciembre del 2010, emitida **por el Tribunal Contencioso Administrativo**, sección IV.

POR TANTO

En virtud de lo expuesto en debido acatamiento de la sentencia conforme lo establecen los artículos 156 inciso 1 y 158 del Código Procesal Contencioso Administrativo, se procede en este acto a declarar la cancelación de la concesión

³⁴ Comunicado de Prensa de Infinito Gold Ltd., “*SALAI Upholds Tribunal Decision*”, 30 de noviembre de 2011, **C-262**.

³⁵ Resolución No. 0037, Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, Expediente No. 2594, 9 de enero de 2012, **C-268**.

de explotación minera otorgada a favor de la empresa Industrias Infinito S.A., otorgada por resolución del Poder Ejecutivo N° R-217-2008-MINAE de las 15 horas del 21 de abril del 2008, misma que **fue anulada por la sentencia N° 4399-2010 de las 16 horas del 14 de diciembre del 2010, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo**, sección IV. Archívese el expediente administrativo 2594, libérese el área del Padrón Minero. (Énfasis agregado)

70. En otras palabras, las propias autoridades costarricenses consideraron que la anulación de la concesión NO fue realizada por la Sentencia de la Sala Administrativa sino por la Sentencia del TCA, que no ha sido revocada. La Sentencia de la Sala Administrativa constituye un intento fallido por parte de Infinito de corregir **una violación que ya había ocurrido**.

D. CONCLUSIÓN

71. En conclusión, estoy totalmente convencida de que la totalidad de las “medidas” impugnadas por la Demandante no son más que decisiones de no revertir la Sentencia del TCA de 2010 y/o medidas de implementación de la Sentencia del TCA u otras medidas preexistentes.
72. El hecho de que la Sentencia del TCA de 2010 no resultare revertida por la Sentencia de la Sala Administrativa no puede equipararse a una nueva violación o una nueva pérdida. Solo significa que la primera violación y pérdida que ocurrieron antes de la fecha de corte, no se subsanaron. Todas las demás medidas impugnadas se encuentran profundamente arraigadas en la Sentencia del TCA de 2010, y ninguna de ellas constituye un acontecimiento diferente y jurídicamente significativo. Debe reiterarse que, si no se hubiese dictado la Sentencia de la Sala Administrativa de 2011, la Concesión de la Demandante se habría mantenido anulada.
73. Por lo tanto, yo habría arribado a la conclusión de que se carecía de jurisdicción.

II. FONDO: EL ALCANCE DEL ESTÁNDAR DE TJE EN EL ARTÍCULO II(2)(A) DEL TBI

74. Tal como se mencionó al comienzo de la presente opinión, analizaré – aunque de manera bastante sucinta – la interpretación del estándar de TJE que realiza la mayoría como un estándar desconectado de los principios del derecho internacional. No considero que este análisis esté conforme con la estructura del derecho internacional público, como procederé a explicar. Este malentendido genera la consecuencia doble que la mayoría del Tribunal consideró, en primer lugar, que el estándar de TJE constituye un estándar autónomo distinto al Nivel Mínimo de Trato del derecho internacional consuetudinario y, en segundo lugar, que cuando se lo aplica a una revisión de sentencias judiciales, la determinación de una violación del TJE autónomo es menos exigente que la denegación de justicia.

A. ¿EL ESTÁNDAR DE TJE EN EL TBI RELEVANTE ES UN ESTÁNDAR AUTÓNOMO O ES EQUIVALENTE AL NMT?

75. La cuestión planteada por las Partes es una divergencia respecto del alcance del estándar de TJE de protección de los inversionistas extranjeros. Tal como se sintetizó en el § 328 del Laudo, “[l]a Demandante sostiene que esta disposición establece un estándar de TJE

autónomo, mientras que la Demandada considera que se encuentra limitada al NMT en virtud del derecho internacional”.

76. Como siempre, el punto de partida para la interpretación de los estándares de protección es el texto del TBI. El Artículo II(2)(a) del TBI dispone lo siguiente:

Cada Parte Contratante le otorgará a las inversiones de la otra Parte Contratante:
(a) trato justo y equitativo **de acuerdo con los principios del derecho internacional**; [...] (Énfasis agregado)

77. Mi primera observación es que los miembros de la mayoría le **agregan una palabra** al Artículo II(2)(a) cuando concentran su análisis sobre los “principios generales” del derecho internacional, cuando la redacción se refiere a los “principios” del derecho internacional.

78. Considero que un análisis jurídico riguroso debe basarse en la expresión exacta a ser analizada. En este sentido, debe hacerse una distinción entre “principios del derecho internacional” (*principes du droit international*), “principios generales de derecho” (*principes généraux de droit*) y “principios generales del derecho internacional” (*principes généraux du droit international*).

79. Los **principios del derecho internacional** pueden ser entendidos fácilmente como una mera referencia al derecho internacional general. De hecho, esto lo ha manifestado la CPJI en el famoso caso *Lotus*³⁶ en términos que no dan lugar a dudas:

[L]a Corte considera que las palabras ‘principios del derecho internacional’, como se usan ordinariamente, solo puede significar el derecho internacional tal y como se aplica entre todas las naciones que pertenecen a la comunidad de Estados.

[...]

En estas circunstancias es imposible – excepto en desarrollo de una estipulación definitiva – interpretar la expresión ‘principios del derecho internacional’ de una manera diferente a una referencia a los principios que se encuentran en vigor entre todas las naciones independientes. [Traducción libre]³⁷

80. Esta interpretación es aún más convincente acá, ya que el TBI le pide al Tribunal que también tenga en cuenta en su análisis las “**reglas**” del derecho internacional, como se indica en el Artículo XII(7) titulado “Solución de diferencias entre un Inversionista y la Parte Contratante Receptora” que se refiere al derecho aplicable:

El Tribunal establecido en virtud de este Acuerdo decidirá las cuestiones objeto de la diferencia de acuerdo con lo estipulado en este Acuerdo, a las reglas aplicables del derecho internacional y a la legislación nacional del Estado receptor

³⁶ *Caso de S.S. “Lotus”*, Fallo, 7 de septiembre de 1927, Serie A, No. 10. La Corte estaba interpretando la siguiente disposición: “Subject to the provisions of Article 16, all questions of jurisdiction shall, as between Turkey and the other contracting Powers, be decided in accordance with the principles of international law.” *Id.*, pág. 16 (Énfasis agregado).

³⁷ *Id.*, págs. 16-17. Versión en francés: “Or, la Cour estime que le sens des mots ‘principes du droit international’ ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu’il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale. [...] Dans ces conditions, il n’est pas possible – sauf en vertu d’un texte précis – d’interpréter le terme ‘principes du droit international’ autrement que comme signifiant les principes en vigueur entre toutes les nations indépendantes [...]”

en la medida en que la legislación nacional no sea inconsistente con las disposiciones de este Acuerdo ni con los principios del derecho internacional.

81. Considero que la doble referencia a “las reglas aplicables del derecho internacional” y a “los principios del derecho internacional”, sin ahondar más en este tema, especialmente respecto del contenido del NMT, es suficiente para concluir que el TJE debe interpretarse de conformidad con el derecho internacional como se aplica entre todas las naciones, que es el derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, el estándar de TJE está limitado por el TBI al Nivel Mínimo de Trato según el derecho internacional consuetudinario.

82. Esto es respaldado por Canadá en su intervención en calidad de Parte No Contendiente, tal como se menciona en el Laudo, § 322, que manifiesta que:

Canadá sostiene que la frase ‘de acuerdo con los principios del derecho internacional’ es una referencia al NMT. De conformidad con el principio *de effet utile*, **debe darse sentido a esta frase**. Esta interpretación se ve confirmada por las Notas Interpretativas emitidas junto a algunos tratados de Canadá, tales como aquella en virtud del TLCAN³⁸. (Énfasis a gregado)

83. Y el significado dado a la referencia a los “principios del derecho internacional” por Canadá en el § 20 de su Escrito de Parte No Contendiente es el siguiente:

La redacción del Artículo II(2)(a) garantiza el TJE de acuerdo con el nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario. [Traducción libre]

84. Esta conclusión es rechazada por la mayoría. De hecho, el análisis de la mayoría llega a una conclusión que **no le da ningún significado, ningún *effet utile* a la referencia en el TBI a los principios del derecho internacional**, los cuales son completamente ignorados. En otras palabras, el derecho internacional ha sido eliminado, a pesar de que es mencionado en el TBI. El resultado hubiese sido exactamente el mismo en ausencia de la expresión “de acuerdo con los principios del derecho internacional”. Aun más, aun habiendo basado su análisis en los principios generales del derecho internacional, la mayoría no ha tratado de dar ningún contenido a estos principios generales que pueden ser usados para la interpretación del estándar de TJE.

85. De hecho, me costó trabajo entender como se llegó a la conclusión de la mayoría, pero creo que es importante aclarar, desde el inicio, las distinciones necesarias que se deben hacer, las cuales han sido ignoradas por la mayoría. Me refiero a el *Dictionnaire de droit international public*³⁹, el cual claramente distingue los tres conceptos mencionados anteriormente.

86. Primero, “Principios del derecho internacional” (pág. 877):

E. Dans l’expression ‘principes du droit international’ ensemble de propositions fondamentales du droit international.

³⁸ Esto es en consonancia con la interpretación no controvertida en el mismo sentido del Artículo 1105 del TLCAN, que dispone que “[c]ada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato **acorde con el derecho internacional**, incluido trato justo y equitativo [...]”. TLCAN, Artículo 1105(1) (énfasis añadido). Según Canadá, “[n]o hay diferencia entre el estándar de TJE del Artículo 1105(1) del TLCAN y del Artículo II(2)(a) del TBI Canadá-Costa Rica”. Escrito de Canadá, § 22 [Traducción libre].

³⁹ *Dictionnaire de droit international public*, dir. Jean Salmon, Bruylant, Bruxelles, 2001

L'expression peut alors signifier

(a) ou bien l'ensemble du droit international dans ses bases essentielles

(b) [...] ou bien l'ensemble des principes gouvernant un type de relations: ainsi les 'principes du droit international touchant les relations amicales'.

(c) [...] ou bien encore les principes gouvernant un domaine particulier du droit international:

Exemples:

[...] les principes du contentieux international

E. [...] la expresión 'principios del derecho internacional' el cuerpo de proposiciones fundamentales de derecho internacional.

La expresión quiere entonces decir

(a) bien el derecho internacional como un todo en sus bases esenciales

(b) [...] o todos los principios que gobiernan un tipo de relación: así, los 'principios de derecho internacional relativos a las relaciones amistosas'

(c) [...] o incluso los principios que gobiernan un área particular del derecho internacional:

Ejemplos:

[...] los principios del litigio internacional.

87. El Punto a) se refiere de hecho a la posición de la CPJI sobre los principios del derecho internacional en el caso *Lotus*. Otro ejemplo para ilustrar los puntos b) y c) podría ser, por supuesto, los principios internacionales relativos a la protección de la inversión extranjera, entre ellos el NMT y la denegación de justicia.

88. Segundo, "Principios generales de derecho" (p. 879):

Source autonome du droit international aux termes de l'article 38 § 1 du Statut de la Cour internationale de Justice.

[...]

Selon une doctrine majoritaire ces principes généraux de droit sont des principes communs aux ordres juridiques internes [...] et transposables à l'ordre international.

Fuente autónoma de derecho internacional según el Artículo 38 § 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

[...]

Según la mayoría de los académicos, estos principios generales de derecho son principios comunes a ordenamientos jurídicos internos [...] y transferibles al ordenamiento internacional.

89. En *Droit international public* de Daillier, Forteau y Pellet⁴⁰, se mencionan algunos de estos principios generales de derecho: buena fe, principio de *effet utile*, principio de reparación plena de daños, igualdad de las partes, etc.

⁴⁰

Droit international public, Patrick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, 8 Ed., LGDJ, 2009.

90. Tercero, “Principios generales del derecho internacional” (p. 880):

Principe général du droit international

Formulation globalisatrice des principales règles du droit international issues du droit coutumier ou du droit conventionnel. (Énfasis añadido)

Principios generales del derecho internacional

Formulación globalizadora de las reglas principales del derecho internacional que surgen del derecho consuetudinario o convencional. (Énfasis añadido)

91. Se dan algunos ejemplos bajo esta rúbrica: la prohibición del uso de la fuerza o el principio de la no-intervención, a lo cual se puede agregar, entre otros, el principio de la determinación propia.

92. También se dan algunos ejemplos en la obra de Patrick Dumberry, citado también por la mayoría, en su artículo titulado “*The Emergence of the Concept of ‘General Principle of International Law’*”⁴¹, en el cual él estudia los conceptos de la carga de la prueba, *estoppel*, *res judicata*, y abuso del derecho. De forma interesante, también indica que:

La mayoría de los tribunales parecen tener un entendimiento pobre del significado y la función de los principios generales según el derecho internacional. Los laudos con frecuencia no explican de donde surgen los principios generales que mencionan (es decir, de que orden legal: interno o internacional?). Los tribunales raramente explican por qué se refieren a un principio dado y qué función o rol juega realmente en su razonamiento⁴². [Traducción libre]

93. Esta es una advertencia para todos los árbitros.

94. Veamos ahora la premisa inicial del análisis de la mayoría en el § 332 del Laudo:

Comenzando en primer lugar con el sentido corriente de los términos, no hay nada en la redacción del TBI que limite el estándar de TJE al derecho internacional consuetudinario. [...] la expresión ‘principios del derecho internacional’ no puede considerarse como una referencia al derecho internacional consuetudinario, que constituye solo una fuente del derecho internacional y es distinto de los principios generales⁴³.

95. Este párrafo es bastante problemático: los dos conceptos, principios del derecho internacional y principios generales son usados en la misma frase y parecen ser considerados equivalentes. Pero más importante, contrario a lo que la mayoría indica aquí, es bastante claro, como lo explica la CPJI en el caso *Lotus*, que una mención a los “principios del derecho internacional” es de hecho una referencia al derecho internacional consuetudinario.

⁴¹ Patrick Dumberry, “*The Emergence of the Concept of ‘General Principle of International Law’ in Investment Arbitration Case Law*,” *Journal of International Dispute Settlement*, 2020, 11, págs. 194–216.

⁴² Patrick Dumberry, “*The Emergence of the Concept of ‘General Principle of International Law’ in Investment Arbitration Case Law*,” *Journal of International Dispute Settlement*, 2020, 11, pág. 196.

⁴³ Laudo, § 332.

96. Concluyó que la mayoría se ha equivocado al basar su análisis en los principios generales del derecho internacional y no en los principios del derecho internacional.⁴⁴
97. Habiendo eliminado la referencia a los principios del derecho internacional, la mayoría concluye que el TJE es un estándar autónomo, cuyo alcance no se encuentra definido en el derecho internacional consuetudinario, dando vía al Tribunal de arbitraje para decidir libremente cuáles son las fuentes del derecho internacional y cuales son los límites de conceptos como el TJE o la denegación de justicia, sin restricción alguna derivada de los principios del derecho internacional, como lo requiere el TBI, ni tampoco de los principios generales del derecho internacional a los que erróneamente se refiere la mayoría.
98. Creo que los árbitros tienen una misión de cumplir con el marco de la disposición que les da jurisdicción. Cuando deben interpretar conceptos de acuerdo con los principios del derecho internacional, su poder está limitado por el contenido de estos principios, esto es, por el derecho internacional consuetudinario.

B. ¿EL ESTÁNDAR DE TJE APLICADO A LAS DECISIONES JUDICIALES ES MENOS EXIGENTE QUE LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA?

99. Lo que considero la misma interpretación equivocada de la estructura del derecho internacional público se encuentra en el origen de mi marcado desacuerdo con el análisis del rol de la denegación de justicia. Más precisamente, la mayoría estableció lo siguiente⁴⁵:

Costa Rica y Canadá sostienen, fundamentalmente, que, a falta de una denegación de justicia, las decisiones judiciales que interpretan el derecho interno no pueden violar el derecho internacional y que las ‘reclamaciones de arbitrariedad o injusticia en el contexto de decisiones judiciales deben verse a través del lente de la denegación de justicia’. **El Tribunal coincide en que ese es el razonamiento al amparo del derecho internacional consuetudinario.** Sin embargo, la cuestión ante Tribunal consiste en determinar si las medidas judiciales resultan violatorias del estándar de TJE del TBI, que el Tribunal ha sostenido no se limita al NMT en virtud del derecho internacional consuetudinario. (Énfasis a gregado)

100. Es debido a que la mayoría ha considerado que los principios de derecho internacional no se refieren al derecho internacional consuetudinario, que ha rechazado asimismo el concepto comúnmente aceptado de denegación de justicia en el derecho internacional consuetudinario y, por ende, concluyó que “las decisiones judiciales que son arbitrarias, injustas o que truncan las expectativas legítimas de los inversionistas también podríán

⁴⁴ De manera alternativa, también estoy en desacuerdo con el extenso análisis de la mayoría sobre la fuente de los principios generales del derecho internacional, aun cuando, como se ha explicado anteriormente, esto último es irrelevante y no debería haberse mencionado para nada. Sin embargo, este es un debate de teoría académica, en el cual se pueden realizar diferentes análisis sobre la fuente de los principios generales del derecho internacional, sobre la base de entendimientos diferentes de la estructura del derecho internacional y no me parece necesario entrar en este debate aquí. Simplemente menciono que, de hecho, lo que la mayoría ignora en su análisis es que, tanto los principios del derecho internacional como los principios generales del derecho internacional están ligados de una manera cercana con la costumbre, siendo los principios del derecho internacional equivalentes al derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional derivados – directa o indirectamente – del derecho internacional consuetudinario.

⁴⁵ Laudo, § 357.

incumplir el estándar de TJE incluso si no constituyen una denegación de justicia”⁴⁶, llegando tan lejos como para afirmar que un tribunal puede violar el derecho internacional aun si “lo aplica [el derecho interno] correctamente”⁴⁷.

101. Entiendo que la mayoría está de acuerdo en que, si el TJE fuera equivalente al NMT, la denegación de justicia sería el único estándar de revisión de las decisiones de los tribunales nacionales.
102. Sin embargo, la mayoría consideró que, en tanto analizó que el TJE constituye un estándar autónomo, la revisión de las decisiones de los tribunales nacionales por parte de un tribunal internacional puede ir significativamente más allá de la denegación de justicia. Esta cuestión es objeto de un debate acalorado.
103. Como una primera mención en este debate, puede decirse que hay consenso en que la prohibición de denegación de justicia forma parte del TJE, aun cuando se lo considere un estándar autónomo. Esto se ha articulado con claridad en muchos laudos en materia de inversiones, por ejemplo en *Jan de Nul c. Egipto*:

El Tribunal reconoce que los TBI de 2002 y de 1977 no incluyen una disposición específica respecto del error judicial o denegación de justicia. Sin embargo, considera que **el estándar de trato justo y equitativo abarca la noción de denegación de justicia**⁴⁸. [Traducción libre] (Énfasis agregado)

104. Tampoco es objeto de controversia que una declaración de denegación de justicia es algo muy exigente. Esto ha sido articulado por ejemplo en *Oostergetel c. República Eslovaca*:

El Tribunal observa que una reclamación de denegación de justicia con arreglo al derecho internacional es muy exigente. Para satisfacer el test aplicable, no será suficiente afirmar que se ha violado el derecho interno, que la decisión de un tribunal nacional es equivocada, que un proceso judicial se llevó a cabo de manera incompetente, o que las acciones del juez en cuestión fueron probablemente motivadas por corrupción. Una denegación de justicia implica el fracaso del sistema nacional en su conjunto en cumplir con los estándares mínimos⁴⁹. [Traducción libre] (Énfasis agregado)

105. La misma posición fue adoptada también en *Philip Morris c. Uruguay*⁵⁰:

Puede violarse la obligación de tratamiento justo y equitativo si el sistema judicial del Estado receptor somete a un inversor a una denegación de justicia. Las Partes parecen estar de acuerdo en líneas generales con el estándar para la denegación de justicia. Ambas citan a *Arif c. Moldavia*, caso en el que la proposición básica es que existe una denegación de justicia ‘si y cuando el poder judicial violara el

⁴⁶ Laudo, § 359.

⁴⁷ Laudo, § 360.

⁴⁸ *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo, 6 de noviembre de 2008, § 188, **RL-091**.

⁴⁹ *Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo, 23 de abril de 2012, § 273, **RL-017**.

⁵⁰ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7 (anteriormente FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay), Laudo, 8 de julio de 2016, §§ 498-499, **RL-222**.

estándar mediante procesos *fundamentalmente* injustos y **sentencias firmes y vinculantes indignantemente equivocadas**’.

Se requiere un estándar de prueba elevado para concluir que existe denegación de justicia debido a la gravedad de una imputación que condena al sistema judicial de un Estado como tal. Se puede presentar un reclamo de denegación de justicia sólo después de que se hayan agotado todos los medios ofrecidos por el sistema judicial del Estado para reparar la denegación de justicia. Tal como sostuviera una decisión, ‘[u]na denegación de justicia implica el fracaso del sistema nacional en su conjunto para cumplir con los estándares mínimos’. (Énfasis agregado)

106. Lo que es objeto de debate es si un estándar de TJE inferior resulta también aplicable cuando los tribunales internacionales revisan las sentencias de los tribunales nacionales.
107. El problema que veo con la posición de la mayoría es que puede autorizar a un tribunal internacional a revisar íntegramente una sentencia de un tribunal nacional, y por lo tanto a actuar, de hecho, como un tribunal de apelación, lo cual unánimemente se considera más allá de sus facultades, como lo reconoce incluso el presente Tribunal, en su Decisión sobre Jurisdicción, donde estableció que “no es su función actuar como tribunal de segunda instancia con respecto a las sentencias de tribunales nacionales”⁵¹.
108. Hay consenso en esto, como pueden ilustrarlo numerosos laudos, de los cuales doy solo un ejemplo, el caso *Helnan c. Egipto*, donde el tribunal manifestó:

Un Tribunal CIADI **no actuará como instancia de revisión de cuestiones de derecho interno en la forma de un tribunal de una instancia superior.** En cambio, el Tribunal aceptará las conclusiones de los tribunales domésticos siempre y cuando no se muestren deficiencias, procedimentales o sustantivas, en lo que respecta a esos procedimientos domésticos que sean de naturaleza tal que se conviertan en inaceptables desde el punto de vista del derecho internacional, como ocurre en el caso de una denegación de justicia⁵². [Traducción libre] (Énfasis agregado)

109. Por último, pero no menos importante, si se admitiera la violación por parte de un tribunal de un estándar de TJE menos exigente que una denegación de justicia, la denegación de justicia se convertiría en fútil y **el concepto de denegación de justicia ya no tendría *effet utile* alguno.** Más preocupante aun, tal como ya se mencionó, una revisión de las decisiones de los tribunales por un tribunal internacional, con el mismo estándar de TJE que aquel que se emplea para una revisión de decisiones legislativas o administrativas, abre la puerta a que los tribunales arbitrales internacionales desempeñen el papel de tribunales de apelación, lo cual es unánimemente considerado como algo ajeno a su función.

⁵¹ Decisión sobre Jurisdicción, § 217. Véanse también, *Helnan International Hotels A.S. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Laudo, 3 de julio de 2008, §§ 106, 263, **RL-010**; *Luigiterzo Bosca c. República de Lituania*, Caso CNUDMI CPA No. 2011-05, Laudo, 17 de mayo de 2013, § 198, **RL-011**.

⁵² *Helnan International Hotels A.S. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. 05/19, Laudo, 3 de julio de 2008, §§ 105-106, 125, **RL-010**: “[u]n tribunal internacional debe aceptar el efecto de cosa juzgada de una decisión adoptada por un tribunal nacional dentro del ordenamiento jurídico al que pertenece”; *RSM Production Corporation y Otros c. Granada*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo, 10 de diciembre de 2010, §. 7.1.11: “[...] los tribunales constituidos con arreglo a un TBI no reabren las decisiones de derecho interno de fueros competentes, si no existe una denegación de justicia”. [Traducción libre]

110. En conclusión, en cuanto al fondo, en ausencia de la objeción *ratione temporis* que me llevara a concluir una carencia de jurisdicción del presente Tribunal sobre las reclamaciones de la Demandante, yo habría interpretado que el TJE en el TBI significa el NMT⁵³ y, en consecuencia, solo habría abordado en el Laudo el análisis de denegación de justicia, con el cual estoy de acuerdo.

⁵³ Esto significa que yo no habría desarrollado §§ 356 a 367 del Laudo.

[FIRMADO]

Profesora Brigitte Stern

Árbitro

Fecha: [26 de mayo de 2021]

ANEXO A

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Infinito Gold Ltd.

Demandante

c.

República de Costa Rica

Demandada

Caso CIADI No. ARB/14/5

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Tribunal

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta

Prof. Bernard Hanotiau, Árbitro

Prof. Brigitte Stern, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Luisa Fernanda Torres

Asistente del Tribunal

Sra. Sabina Sacco

Fecha: 4 de diciembre de 2017

TABLA DE CONTENIDO

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

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

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

TABLA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES

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

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

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

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

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

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

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

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

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

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

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

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

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

II. ANTECEDENTES PROCESALES

A. ACTO DE REGISTRO Y CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

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

B. PRIMERA SESIÓN

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

C. PRESENTACIONES ESCRITAS Y SOLICITUDES PROCESALES DE LAS PARTES

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. PETICIÓN Y ESCRITO DE LA PARTE NO CONTENDIENTE

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

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

E. PROCEDIMIENTO ORAL

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

Tribunal:

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

Secretariado del CIADI:

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

En representación de la Demandante:

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

⁷ *Supra*, ¶¶ 39-40.

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

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

En representación de la Demandada:

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

Estenógrafo:

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

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

F. PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA AUDIENCIA

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

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

III. HECHOS RELEVANTES A LA JURISDICCIÓN

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

A. ORÍGENES Y DESARROLLO DEL PROYECTO LAS CRUCITAS

64. El 7 de junio de 1993, Vientos de Abangares S.A. (una compañía constituida por un geólogo canadiense) obtuvo un permiso de exploración para el área del Proyecto Las Crucitas¹⁰.
65. El 16 de junio de 1993, Vientos de Abangares S.A. presentó un Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”), el cual fue aprobado por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (la “SETENA”) el 1 de octubre de 1993¹¹.
66. En enero de 1996, el permiso de exploración fue transferido a Placer Dome de Costa Rica S.A. (subsidiaria de la empresa minera canadiense Placer Dome International), cuyo plazo fue prorrogado hasta el 18 de septiembre de 1999¹².
67. En el año 1997, el Presidente Figueres y el Ministro de Ambiente dictaron un decreto declarando la minería como industria de conveniencia nacional¹³.
68. En el año 1998, Placer Dome de Costa Rica S.A. fue vendido a Lyon Lake Mines, Ltd., y su nombre fue cambiado a Industrias Infinito S.A. (“Industrias Infinito”).
69. Entre los años 1993 y 2000, Industrias Infinito presuntamente realizó perforaciones y estudios a efectos de probar la existencia y tamaño del depósito de oro. En particular:
- a. En el año 1996, Industrias Infinito realizó un estudio exhaustivo de pre-factibilidad¹⁴, el cual fue acompañado de diversos informes y análisis sobre la viabilidad del proyecto¹⁵.

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

¹¹ CWS-Hernández 1, ¶ 70.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ CWS-Rauguth 1, ¶ 63.

²¹ CWS-Rauguth 1, ¶¶ 64-76.

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

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

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

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

B. MEDIDAS QUE AFECTARON AL PROYECTO LAS CRUCITAS

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

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

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

²⁷ C-Mem. Fondo, ¶ 97.

²⁸ R-Mem. Jur., ¶ 49.

²⁹ CWS-Hernández 1, ¶ 96.

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

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

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

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

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

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

³⁴ C-CM Jur., ¶ 64.

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

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

³⁷ R-Mem. Jur., ¶ 58.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ C-CM Jur., ¶ 67.

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

⁴⁶ RER-Ubico 1, ¶ 76.

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

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

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

⁴⁹ CWS-Hernández 1, ¶ 189.

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

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

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

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

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

⁵⁵ R-Mem. Jur., ¶ 78.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁶ R-Mem. Jur., ¶ 141.

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

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

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

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

IV. ANÁLISIS

A. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Alcance de la presente Decisión

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

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

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

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

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

⁸³ R-Mem. Jur., ¶ 126.

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

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

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

2. El derecho aplicable a la jurisdicción del Tribunal

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

3. Relevancia del Escrito de Parte No Contendiente de APREFLOFAS

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

a. Escrito de APREFLOFAS

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

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

⁸⁷ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 3.

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

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

⁸⁸ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 3.

⁸⁹ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 5.

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

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

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

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

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

⁹⁵ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 10.

⁹⁶ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 12.

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

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

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

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

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

¹⁰⁰ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 22.

¹⁰¹ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 23.

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁴ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 25.

¹⁰⁵ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 25.

¹⁰⁶ R-Rép. Jur., ¶¶ 332-333.

¹⁰⁷ R-Rép. Jur., ¶¶ 334-335.

¹⁰⁸ R-Rép. Jur., ¶ 336.

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

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

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

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

¹⁰⁹ R-Rép. Jur., ¶ 337.

¹¹⁰ R-Rép. Jur., ¶ 338.

¹¹¹ C-Dúp. Jur., ¶¶ 409-411.

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

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

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

d. Análisis

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

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

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

¹¹⁵ Escrito de Parte No Contendiente, ¶ 3.

¹¹⁶ R-Rép. Jur., ¶ 337.

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

B. JURISDICCIÓN EN VIRTUD DEL CONVENIO CIADI

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

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

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

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

C. JURISDICCIÓN EN VIRTUD DEL TBI

144. El Artículo XII del TBI reza lo siguiente:

ARTÍCULO XII

Solución de Diferencias entre un Inversionista y la Parte Contratante Receptora

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

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

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

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

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

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

1. Descripción general de las posiciones de las Partes

a. Descripción general de la posición de la Demandada

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

¹¹⁸ R-Mem. Jur., ¶ 8.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²³ R-Mem. Jur., ¶ 11.

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

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

¹²⁶ R-Mem. Jur., ¶ 12.

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

¹²⁸ R-Mem. Jur., ¶ 15.

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

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

¹²⁹ R-Mem. Jur., ¶ 13.

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

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

¹³² R-Mem. Jur., ¶ 18.

¹³³ R-Mem. Jur., ¶ 18.

¹³⁴ R-Mem. Jur., ¶ 19.

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

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

¹³⁵ R-Mem. Jur., ¶ 20.

¹³⁶ R-Mem. Jur., ¶¶ 21-24.

¹³⁷ R-Mem. Jur., ¶ 25(a).

¹³⁸ R-Mem. Jur., ¶ 25(b).

¹³⁹ R-Mem. Jur., ¶ 25(c).

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

¹⁴⁰ R-Mem. Jur., ¶ 25(d).

¹⁴¹ R-Mem. Jur., ¶¶ 26-28.

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

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

b. Descripción general de la posición de la Demandante

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

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

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

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

¹⁴³ R-Mem. Jur., ¶ 30.

¹⁴⁴ R-Mem. Jur., ¶ 30.

¹⁴⁵ R-Mem. Jur., ¶ 30.

¹⁴⁶ C-CM Jur., ¶ 1.

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

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

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

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

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

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

¹⁵¹ C-CM Jur., ¶ 12.

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

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

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

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

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

¹⁵⁶ C-CM Jur., ¶ 20.

¹⁵⁷ C-CM Jur., ¶ 19.

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

¹⁵⁹ C-CM Jur., ¶ 22.

¹⁶⁰ C-CM Jur., ¶¶ 23-24.

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

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

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

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

¹⁶¹ C-CM Jur., ¶ 25.

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

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

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

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

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

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

¹⁶⁶ C-CM Jur., ¶ 32.

¹⁶⁷ C-CM Jur., ¶ 32.

¹⁶⁸ C-CM Jur., ¶ 32.

¹⁶⁹ C-CM Jur., ¶ 32.

¹⁷⁰ C-CM Jur., ¶ 33.

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

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

¹⁷¹ C-CM Jur., ¶ 35.

¹⁷² C-CM Jur., ¶ 35.

¹⁷³ C-CM Jur., ¶ 35.

¹⁷⁴ C-CM Jur., ¶ 36.

¹⁷⁵ C-CM Jur., ¶ 36.

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

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

¹⁷⁶ C-CM Jur., ¶ 37.

¹⁷⁷ C-CM Jur., ¶ 38.

¹⁷⁸ C-CM Jur., ¶ 39.

¹⁷⁹ C-CM Jur., ¶ 40.

¹⁸⁰ C-CM Jur., ¶ 41.

¹⁸¹ C-CM Jur., ¶ 42.

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

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

2. Requisitos jurisdiccionales conforme al Artículo XII

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

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

¹⁸² C-CM Jur., ¶ 43.

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

¹⁸⁴ C-CM Jur., ¶ 44.

¹⁸⁵ R-Rép. Jur., ¶¶ 282-288.

¹⁸⁶ C-CM. Jur., ¶¶ 516-518.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸⁹ C-Mem. Fondo, ¶ 219.

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

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

“II. Daño Incurrido por una Empresa Controlada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(i) La posición de la Demandada

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

¹⁹³ R-Mem. Jur., ¶ 156.

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

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

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

(ii) *La posición de la Demandante*

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

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

¹⁹⁶ R-Mem. Jur., ¶ 159.

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

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

¹⁹⁹ R-Rép. Jur., ¶ 131(a).

²⁰⁰ R-Rép. Jur., ¶ 131(a).

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

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

²⁰¹ C-Dúp. Jur., ¶ 222.

²⁰² C-CM Jur., ¶ 157.

²⁰³ C-Dúp. Jur., ¶ 222.

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

²⁰⁵ C-Dúp. Jur., ¶ 223.

²⁰⁶ C-Dúp. Jur., ¶¶ 225-226.

(iii) *Análisis*

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

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

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

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

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

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

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

(i) *La posición de la Demandada*

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

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

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

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

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

²¹³ R-Rép. Jur., ¶ 131(b).

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

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

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

(ii) *La posición de la Demandante*

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

²¹⁵ R-Rép. Jur., ¶ 133(a).

²¹⁶ R-Rép. Jur., ¶ 133(b).

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

²¹⁸ C-Dúp. Jur., ¶¶ 194-199.

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

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

(iii) *Análisis*

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

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

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

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

²²⁰ C-CM Jur., ¶ 169.

²²¹ **CL-0113**, TLCAN, Art. 201.

²²² **CL-0112**, CAFTA, Art. 2.1.

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

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

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

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

(i) *La posición de la Demandada*

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

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

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

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

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

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

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

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

²²⁸ R-Mem. Jur., ¶ 183.

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

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

²³¹ R-Mem. Jur., ¶ 186.

²³² R-Mem. Jur., ¶ 184.

²³³ R-Mem. Jur., ¶ 184.

²³⁴ R-Mem. Jur., ¶¶ 184-185.

²³⁵ R-Mem. Jur., ¶ 186.

²³⁶ R-Rép. Jur., ¶ 145.

²³⁷ R-Rép. Jur., ¶ 146.

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

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

(ii) *La posición de la Demandante*

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

²³⁸ R-Mem. Jur., ¶ 12.

²³⁹ R-Rép. Jur., ¶ 147.

²⁴⁰ R-Rép. Jur., ¶¶ 149-150.

²⁴¹ C-CM Jur., ¶ 461.

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

209. Más específicamente, la Demandante afirma que:

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

²⁴² C-CM Jur., ¶ 462.

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

²⁴⁴ C-Dúp. Jur., ¶ 365.

²⁴⁵ C-Dúp. Jur., ¶ 365.

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

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

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

(iii) *Análisis*

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

²⁴⁷ C-CM Jur., ¶ 465.

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

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

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

²⁵¹ C-Dúp. Jur., ¶ 362.

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

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

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

(i) *La posición de la Demandada*

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

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

²⁵³ R-Mem. Jur., ¶ 205.

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

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

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

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

²⁵⁶ R-Mem. Jur., ¶¶ 209-301.

²⁵⁷ R-Rép. Jur., ¶ 105.

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

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

²⁶⁰ R-Rép. Jur., ¶ 107.

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

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

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

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

²⁶³ R-Rép. Jur., ¶ 111.

²⁶⁴ R-Rép. Jur., ¶ 112.

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

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

²⁶⁷ R-Rép. Jur., ¶ 116.

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

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

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

(ii) *La posición de la Demandante*

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

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

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

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

²⁷³ C-CM Jur., ¶¶ 295-298.

²⁷⁴ C-CM Jur., ¶ 302.

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

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

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

²⁷⁶ C-CM Jur., ¶ 302.

²⁷⁷ C-CM Jur., ¶¶ 298, 305-308.

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

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

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

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

²⁸² C-CM Jur., ¶ 308.

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

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

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

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

(iii) *Análisis*

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

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

²⁸⁵ **RL-0086**, *Emmis*, ¶ 172.

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

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

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

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

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

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

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

²⁸⁸ **RL-0086**, *Emmis*, ¶ 172.

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

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

²⁸⁹ **CL-0115**, *Abaclat*, ¶ 303.

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

²⁹¹ **RL-0086**, *Emmis*, ¶ 172.

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

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

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

(i) *La posición de la Demandada*

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

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

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

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

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

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

²⁹³ R-Mem. Jur., ¶ 304.

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

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

²⁹⁴ R-Mem. Jur., ¶ 305.

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

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

²⁹⁷ R-Mem. Jur., ¶ 306.

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

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

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

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

(ii) *La posición de la Demandante*

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

³⁰¹ R-Mem. Jur., ¶ 307.

³⁰² R-Mem. Jur., ¶ 308.

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

³⁰⁴ C-CM Jur., ¶ 469.

³⁰⁵ C-CM Jur., ¶ 470.

³⁰⁶ C-CM Jur., ¶ 475.

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

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

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

³⁰⁸ C-Dúp. Jur., ¶ 371.

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

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

³¹¹ C-Dúp. Jur., ¶ 369.

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

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

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

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

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

(iii) *Análisis*

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

³¹⁵ C-CM Jur., ¶ 471.

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

³¹⁷ C-Dúp. Jur., ¶ 373.

³¹⁸ C-CM Jur., ¶ 481.

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

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

(i) *La posición de la Demandada*

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

³¹⁹ R-Mem. Jur., ¶ 149.

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

³²¹ R-Rép. Jur., ¶ 126.

³²² R-Rép. Jur., ¶ 126.

³²³ R-Rép. Jur., ¶ 126.

³²⁴ R-Mem. Jur., ¶ 151.

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

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

³²⁵ R-Mem. Jur., ¶ 152.

³²⁶ R-Mem. Jur., ¶ 152.

³²⁷ R-Mem. Jur., ¶ 152.

³²⁸ R-Mem. Jur., ¶ 153.

³²⁹ R-Mem. Jur., ¶ 154.

³³⁰ Véase *supra*, ¶¶ 179-181.

³³¹ R-Mem. Jur., ¶ 161.

³³² R-Mem. Jur., ¶ 156.

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

³³³ R-Mem. Jur., ¶ 156.

³³⁴ R-Mem. Jur., ¶ 169.

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

³³⁶ R-Mem. Jur., ¶ 167.

³³⁷ R-Mem. Jur., ¶ 170.

³³⁸ R-Mem. Jur., ¶¶ 168, 170.

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

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

³³⁹ R-Mem. Jur., ¶¶ 172, 133-143.

³⁴⁰ R-Rép. Jur., ¶¶ 129-131.

³⁴¹ R-Rép. Jur., ¶ 130(a).

³⁴² R-Rép. Jur., ¶ 130(a).

³⁴³ R-Rép. Jur., ¶ 130(b).

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

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

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

³⁴⁵ R-Rép. Jur., ¶ 132.

³⁴⁶ R-Rép. Jur., ¶ 133(a).

³⁴⁷ R-Rép. Jur., ¶ 133(b).

³⁴⁸ R-Rép. Jur., ¶ 133(c).

³⁴⁹ R-Rép. Jur., ¶ 133(d).

³⁵⁰ R-Rép. Jur., ¶ 133(e).

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

³⁵¹ R-Rép. Jur., ¶ 127.

³⁵² R-Rép. Jur., ¶ 140.

³⁵³ R-Rép. Jur., ¶ 142.

³⁵⁴ R-Rép. Jur., ¶ 143.

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

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

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

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

³⁵⁸ R-Rép. Jur., ¶ 135(a).

³⁵⁹ R-Rép. Jur., ¶ 135(a).

³⁶⁰ R-Rép. Jur., ¶ 135(b).

³⁶¹ R-Rép. Jur., ¶ 136.

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

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

(ii) *La posición de la Demandante*

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

273. Específicamente, la Demandante alega que:

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

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

³⁶³ R-Rép. Jur., ¶ 139.

³⁶⁴ C-CM Jur., ¶ 156.

³⁶⁵ Véase *supra*, ¶ 182.

³⁶⁶ C-CM Jur., ¶ 157.

³⁶⁷ C-CM Jur., ¶¶ 231-236.

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

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

³⁶⁸ C-CM Jur., ¶ 237.

³⁶⁹ C-CM Jur., ¶ 238.

³⁷⁰ C-CM Jur., ¶ 239.

³⁷¹ C-CM Jur., ¶ 240.

³⁷² C-CM Jur., ¶¶ 159, 164.

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

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

³⁷³ C-CM Jur., ¶¶ 184-185.

³⁷⁴ C-CM Jur., ¶¶ 20, 160, 165.

³⁷⁵ C-CM Jur., ¶ 165.

³⁷⁶ C-CM Jur., ¶ 166.

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

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

³⁷⁹ C-Dúp. Jur., ¶ 176.

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

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

³⁸¹ C-Dúp. Jur., ¶ 177(c) y (d).

³⁸² C-CM Jur., ¶¶ 206-208.

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

³⁸⁴ C-CM Jur., ¶ 209.

³⁸⁵ C-CM Jur., ¶ 216.

³⁸⁶ C-CM Jur., ¶ 216.

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

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

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

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

³⁸⁹ C-CM Jur., ¶ 224.

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

³⁹¹ C-CM Jur., ¶ 169.

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

³⁹³ C-CM Jur., ¶¶ 185, 188.

³⁹⁴ C-CM Jur., ¶ 189.

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

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

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

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

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

³⁹⁶ C-CM Jur., ¶ 193.

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

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

³⁹⁹ C-CM Jur., ¶ 169.

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

⁴⁰¹ C-Dúp. Jur., ¶¶ 194-199.

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

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

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

⁴⁰³ C-CM Jur., ¶ 171.

⁴⁰⁴ C-CM Jur., ¶¶ 194-205.

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

⁴⁰⁶ C-CM Jur., ¶ 208.

⁴⁰⁷ C-CM Jur., ¶ 210.

⁴⁰⁸ C-Dúp. Jur., ¶ 184.

⁴⁰⁹ C-Dúp. Jur., ¶ 185.

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

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

⁴¹⁰ C-Dúp. Jur., ¶ 186.

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

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

⁴¹³ C-Dúp. Jur., ¶ 220.

⁴¹⁴ C-CM Jur., ¶ 226.

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

⁴¹⁶ C-Dúp. Jur., ¶ 221.

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

(iii) *Análisis*

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

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

[...]

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

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

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

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

⁴¹⁷ C-Dúp. Jur., ¶ 221.

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

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

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

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

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

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

(i) *La posición de la Demandada*

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

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

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

⁴²¹ R-Rép. Jur., ¶ 155.

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

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

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

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

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

⁴²⁵ R-Rép. Jur., ¶ 156.

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

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

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

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

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

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

⁴³² R-Mem. Jur., ¶ 191.

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

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

304. La Demandada señala que, en virtud del Artículo XII(3)(c), un inversionista “inicialmente” toma conocimiento de una violación o pérdida alegada en una “fecha” particular. Para la Demandada, “[e]se conocimiento no puede adquirirse ‘inicialmente’ en diversos momentos en el tiempo ni de manera recurrente”⁴³⁵. En el presente caso, la Demandante tuvo inicialmente conocimiento de la pérdida o daño alegados cuando fue dictada la Sentencia del TCA de 2010 en el mes de diciembre de 2010, lo que fue reconocido públicamente en un comunicado de prensa de fecha 18 de enero de 2011⁴³⁶, ambas fechas siendo anteriores a la fecha de corte⁴³⁷. En ese comunicado de prensa, la Demandante manifestó que pretendía restablecer el valor de su inversión y revertir el impacto negativo de la Sentencia del TCA de 2010 en el precio accionario de la compañía⁴³⁸. Aunque el proceso de casación podría haber generado una esperanza de que la Sala Administrativa revertiría la pérdida de la Demandante, el hecho de que no se revocara la Sentencia del TCA de 2010 no puede equipararse a una nueva pérdida⁴³⁹. Además, Infinito no tenía certeza de que podría revocar la Sentencia del TCA de 2010, y el hecho de que reconociera que necesitaba “restablecer los derechos o el valor de la sociedad” enfatiza que Infinito consideraba que había sufrido ya una pérdida⁴⁴⁰.
305. En lo que respecta a la Moratoria Legislativa de 2011, si bien la Demandante formalmente impugna la modificación legislativa que entró en vigor el 10 de febrero de 2011, la Demandada alega que esta medida no podría haber ocasionado daño alguno, en tanto la Demandante ya se encontraba impedida de obtener nuevos permisos como

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

⁴³⁵ R-Mem. Jur., ¶ 194.

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

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

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

⁴³⁹ R-Mem. Jur., ¶ 194.

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

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

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

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

⁴⁴² R-Rép. Jur., ¶¶ 181-182.

⁴⁴³ R-Rép. Jur., ¶¶ 163-175.

⁴⁴⁴ R-Rép. Jur., ¶ 164.

⁴⁴⁵ R-Rép. Jur., ¶ 165.

⁴⁴⁶ R-Rép. Jur., ¶ 173.

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

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

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

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

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

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

⁴⁵¹ R-Rép. Jur., ¶ 185.

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

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

(ii) *La posición de la Demandante*

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

⁴⁵² R-Rép. Jur., ¶¶ 186-190.

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

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

⁴⁵⁵ R-Rép. Jur., ¶¶ 176-177.

⁴⁵⁶ R-Rép. Jur., ¶ 180.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁶³ C-CM Jur., ¶ 249.

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁶⁹ C-Dúp. Jur., ¶ 141.

⁴⁷⁰ C-CM Jur., ¶ 252.

⁴⁷¹ C-CM Jur., ¶ 254.

⁴⁷² C-CM Jur., ¶ 254.

⁴⁷³ C-CM Jur., ¶ 254.

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

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

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

⁴⁷⁵ C-CM Jur., ¶ 255.

⁴⁷⁶ C-Dúp. Jur., ¶¶ 142-143.

⁴⁷⁷ C-CM Jur., ¶ 256.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁸⁴ C-CM Jur., ¶ 262.

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

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

⁴⁸⁷ C-CM Jur., ¶¶ 268-269.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁹⁵ C-CM Jur., ¶ 270.

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

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

⁴⁹⁶ C-Dúp. Jur., ¶¶ 149-154.

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

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

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

(iii) *Análisis*

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

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

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

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

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

(i) *La posición de la Demandante*

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

⁵⁰⁰ C-CM Jur., ¶¶ 515-521.

⁵⁰¹ C-CM Jur., ¶ 516.

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

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

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

⁵⁰² C-CM Jur., ¶ 516.

⁵⁰³ C-CM Jur., ¶¶ 516, 519.

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

⁵⁰⁵ C-CM Jur., ¶ 516.

⁵⁰⁶ C-CM Jur., ¶ 518.

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

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

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

(ii) *La posición de la Demandada*

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

⁵⁰⁹ C-CM Jur., ¶ 524.

⁵¹⁰ R-Rép. Jur., ¶ 283.

⁵¹¹ R-Rép. Jur., ¶ 283.

⁵¹² R-Rép. Jur., ¶ 284.

⁵¹³ R-Rép. Jur., ¶ 284.

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

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

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

(iii) *Análisis*

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

5. Otras objeciones

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

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

III. Excepciones y Exenciones Generales:

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

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

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

(i) *La posición de la Demandada*

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

⁵¹⁸ R-Mem. Jur., ¶ 201.

⁵¹⁹ R-Mem. Jur., ¶ 199.

⁵²⁰ R-Mem. Jur., ¶¶ 199-201.

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

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

(ii) *La posición de la Demandante*

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

⁵²² C-CM Jur., ¶ 273.

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

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

⁵²⁵ C-CM Jur., ¶ 282.

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

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

⁵²⁶ C-CM Jur., ¶¶ 284-285.

⁵²⁷ C-CM Jur., ¶¶ 286-292.

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

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

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

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

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

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

(iii) *Análisis*

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

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

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

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

⁵³⁴ R-Mem. Jur., ¶ 199.

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

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

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

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

⁵³⁶ C-CM Jur., ¶ 273.

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

⁵³⁸ C-Mem. Fondo, ¶¶ 231-236.

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

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

V. COSTAS

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

VI. DECISIÓN

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

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

[Firmado]

Profesor Bernard Hanotiau
Árbitro

[Firmado]

Profesora Brigitte Stern
Árbitro

[Firmado]

Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidente