

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES

CERVIN INVESTISSEMENTS S.A. & RHONE INVESTISSEMENTS S.A.

Demandantes

c.

LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Demandada

(Caso CIADI No. ARB/13/2)

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Tribunal Arbitral

Sr. Alexis Mourre, Presidente
Sr. Ricardo Ramírez, Árbitro
Sr. Andrés Jana, Árbitro

Secretaria del Tribunal:

Luisa Fernanda Torres

Fecha de envío a las Partes: 15 de diciembre de 2014.

En representación de las Demandantes:

Luis Grifé Alonso
Guillermo Ramírez
Josafat Paredes Camarena
Montecito 38, piso 8, oficina 6
World Trade Center,
Nápoles, Benito Juárez.
México D.F. 03810
México

En representación de la Demandada:

Marcela Chavarría
Adriana González
Andrea Zumbado
Raquel Chanto
Karima Sauma
Unidad Jurídica
Ministerio de Comercio Exterior
de Costa Rica
Plaza Tempo, costado oeste del Hospital
CIMA
Escazú
Costa Rica

Alejandro Escobar
Baker Botts LLP
41, Lothbury
Londres EC2R 7HF
Reino Unido

INDICE

I.	LAS PARTES	7
A.	Las Demandantes.....	7
B.	La Demandada.....	8
II.	CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE.....	8
III.	REGLAS APLICABLES	10
IV.	HISTORIA PROCESAL.....	10
V.	RESUMEN DE LOS HECHOS	13
A.	Contexto de la controversia	13
1.	Introducción.....	13
2.	Las empresas Tropicás y GNZ.....	14
3.	Resumen de las cuestiones controvertidas entre las Partes	15
i.	Sistema de llenado de cilindros	16
ii.	El sistema de cliente directo	20
iii.	Fijación de tarifas	21
iv.	Los cánones de la ARESEP.....	23
B.	Resumen cronológico de los hechos relevantes para la disputa	25
1.	La solicitud de revisión de precios en 2006	25
2.	La revocación de las concesiones de Tropicás y GNZ y el proyecto de Decreto Ejecutivo 26	26
3.	La solicitud de intervención a la embajada de México en Costa Rica	26
4.	El Primer Aviso de Intención y el otorgamiento de nuevas concesiones	27
5.	El Segundo Aviso de Intención	29
6.	Las resoluciones tarifarias 2010 y 2011	32
7.	La renovación de las concesiones.....	36
8.	La denuncia presentada por GNZ con respecto a ventas directas a la empresa Blue Flame.....	36
VI.	RESUMEN DE LA POSICIÓN DE LAS PARTES	37
A.	Posición de la Demandada.....	37
1.	La reclamación constituye un intento abusivo de someter una controversia preexistente o previsible.....	38
a)	Las controversias son preexistentes o previsibles.....	38
i.	El llenado universal de cilindros	39
ii.	La figura del Cliente Directo.....	40
iii.	El pago del canon de la ARESEP.....	41
iv.	Las Resoluciones de la ARESEP sobre ajustes de precio y margen	41

b)	La supuesta inversión de las Demandantes únicamente fue hecha para poder presentar una reclamación y constituye un abuso de proceso incompatible con la buena fe y el Derecho Internacional.....	42
2.	Las Demandantes no han alegado un incumplimiento plausible del APPRI.....	45
a)	Sólo podría haber violaciones del APPRI con posterioridad a la fecha de la inversión.....	46
b)	Las reclamaciones de las Demandantes no son susceptibles de constituir una violación del APPRI	46
B.	Posición de las Demandantes.....	48
1.	No existe abuso de derecho	48
a)	No existe una controversia preexistente o razonablemente previsible.....	49
i.	Las diferencias anteriores no llegaron a constituir reclamaciones internacionales formales.....	49
ii.	Las reclamaciones bajo el TLC se referían a distintos hechos.....	50
iii.	Las partes en este arbitraje no son las mismas partes que participaron en los hechos y disputas anteriores.....	54
iv.	Las causas de acción son diferentes	54
b)	Tampoco hubo una reestructuración deliberada para acceder a una protección a la que no se tuviera acceso previamente	55
2.	Sí se ha establecido una violación <i>prima facie</i> del APPRI.....	57
VII.	PETICIONES DE LAS PARTES	59
A.	Peticiones de la Demandada	59
B.	Peticiones de las Demandantes	60
VIII.	RAZONAMIENTO DE LA DECISIÓN.....	60
A.	Introducción.....	60
B.	Competencia <i>rationae temporis</i>	63
C.	Competencia <i>rationae voluntatis</i> por el alegado abuso de proceso:.....	65
D.	Competencia <i>rationae materiae</i> en cuanto a la objeción de que las alegaciones no llegan a constituir violaciones plausibles del APPRI	72
1.	Tarifas.....	75
2.	El Canon.....	80
3.	El llenado universal de cilindros	81
4.	Clientes Directos	86
5.	Alegaciones en cuanto a supuestas violaciones de las concesiones	88
IX.	LAS COSTAS DEL ARBITRAJE	89
DECISIÓN	89

GLOSARIO DE TÉRMINOS Y ABREVIACIONES

APPRI o APPRI Costa Rica-Suiza: Acuerdo entre la República de Costa Rica y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 1 de agosto de 2000, que entró en vigor el 19 de noviembre de 2002.

APPRI Costa Rica-Países Bajos: Acuerdo entre la República de Costa Rica y el Reino de los Países Bajos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 21 de mayo de 1999, que entró en vigor el 5 de marzo de 2001.

ARESEP: Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Cervin: Cervin Investissements S.A.

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

Cliente Directo: Figura jurídica que permite a determinados clientes realizar compras de hidrocarburos y sus derivados, directamente a RECOPE, a un precio menor, supeditado al cumplimiento de ciertas condiciones.

COMEX: Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica.

Convenio CIADI: El Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965.

COPROCOM: Comisión para Promover la Competencia.

DGTCC: Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustibles del Ministerio de Ambiente y Energía.

Distribuidores: Las empresas que se dedican, o se han dedicado a la distribución del GLP en Costa Rica, entre ellas, Tropicgas y GNZ.

DSE: Dirección Sectorial de Energía.

GLP: Gas Licuado de Petróleo.

GNZ: Gas Nacional Zeta

Grupo Zeta: Grupo de empresas de origen mexicano.

Las Reglas: Reglas de Arbitraje del CIADI.

Ley ARESEP: Ley 7.593 de 9 de agosto de 1996, también llamada Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Ley de Nacionalización: Ley No. 5.508 del 17 de abril de 1974.

Llenado universal: Sistema según el cual se autoriza el llenado de cilindros portátiles de GLP de cualquier envasador por cualquier concesionario del servicio público.

MINAE: Ministerio de Ambiente, Energía y Transporte.

Precio plantel: El precio regulado inferior aplicado a los clientes directos.

Proyecto de Decreto: Se refiere al proyecto de Decreto Ejecutivo en el cual se regularía la industria del GLP que se contempló implementar a partir de 2008.

RECOPE: Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A.

Rhone: Rhone Investissements S.A.

Solicitud de Arbitraje: La solicitud de arbitraje planteada por las Demandantes el 19 de febrero de 2013.

TLC Costa Rica-México o TLC: Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos de 5 de abril de 1994.

I. LAS PARTES

A. Las Demandantes

1. Cervin Investissements S.A. (“**Cervin**”) y Rhone Investissements S.A. (“**Rhone**”) son las partes demandantes en este arbitraje (las “**Demandantes**”).
2. Cervin es una sociedad anónima constituida según la ley suiza, e inscrita en el Registro de Comercio del cantón del Valais Central bajo el número de registro CH-626.3.012.639-9.¹
3. Rhone es una sociedad anónima constituida según la ley suiza, e inscrita en el Registro de Comercio del cantón del Valais Central bajo el número de registro CH-626.3.012.644-3.²
4. Las Demandantes fueron constituidas el día 22 de diciembre de 2009 y fueron inscritas en el Registro de Comercio del cantón del Valais Central el 5 de enero de 2010.³
5. El 19 de marzo de 2010, se registró en los libros de Tropigás de Costa Rica S.A. (“**Tropigás**”) la transferencia de la totalidad de las acciones de dicha compañía a favor de Rhone,⁴ y el 22 de marzo de 2010 se registró en los libros de Gas Nacional Zeta S.A. (“**GNZ**”) la transferencia de la totalidad de las acciones de dicha compañía a favor de Cervin.⁵
6. La cesión, sin embargo, solamente fue concluida el 31 de marzo de 2010, fecha en la cual Cervin adquirió todas las acciones de la sociedad costarricense GNZ⁶ y Rhone adquirió todas las acciones de la sociedad costarricense Tropigás de Costa Rica S.A.⁷
7. Ambas sociedades costarricenses se dedicaban a prestar servicios de almacenamiento, envasado, distribución y comercialización de gas licuado de petróleo (“**GLP**”).
8. El cedente de GNZ era una sociedad holandesa denominada Briand N.V. (“**Briand**”), y el precio de venta de las acciones de GNZ fue 10.970.500 USD.⁸
9. El cedente de Tropigás era una sociedad holandesa denominada Grenelle N.V. (“**Grenelle**”), y el precio de venta de las acciones fue de 9.607.836 USD.⁹

¹ Anexo 4 de la Solicitud de Arbitraje.

² Anexo 5 de la Solicitud de Arbitraje.

³ Anexos 4 y 5 de la Solicitud de Arbitraje.

⁴ Anexo 7 de la Solicitud de Arbitraje.

⁵ Anexo 10 de la Solicitud de Arbitraje.

⁶ Anexos 9, 10 y 11 de la Solicitud de Arbitraje.

⁷ Anexos 6, 7 y 8 de la Solicitud de Arbitraje.

⁸ Anexo 9 de la Solicitud de Arbitraje.

⁹ Anexo 6 de la Solicitud de Arbitraje.

10. En octubre de 2011, **GNZ** se fusionó con Tropigás, absorbiendo a esta última¹⁰. Como resultado de esta operación, las Demandantes son las únicas propietarias y controladoras de GNZ. Cervin posee aproximadamente el 38,8 %, en cuanto que Rhone posee 61,2 % del capital de GNZ.¹¹
11. No está en disputa que Cervin y Rhone pertenecen a un grupo de empresas mexicano denominado Grupo Zeta, y que la adquisición de las acciones de Tropigás y GNZ por Cervin y Rhone fue una operación interna dentro del propio Grupo Zeta.¹²
12. Las Demandantes consideran que su inversión, de acuerdo con el Artículo 1(2) del APPRI, consiste en la sociedad GNZ (compañía que resultó de la fusión de Tropigás y GNZ según se indicó), así como las acciones de la misma y los diversos contratos de concesión de los cuales GNZ es titular.¹³

B. La Demandada

13. La República de Costa Rica es la parte demandada en este arbitraje (la “**Demandada**”).
14. El Tribunal Arbitral se referirá conjuntamente a las Demandantes y la Demandada como “**las Partes**”.

II. CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE

15. La República de Costa Rica otorgó su consentimiento al arbitraje en el Acuerdo entre la República de Costa Rica y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 1 de agosto de 2000, que entró en vigor el 19 de noviembre de 2002 (el “**APPRI**”), cuyo Artículo 9, dispone en sus apartados relevantes lo siguiente:

“Artículo 9 - Disputas entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante

(1) Con el propósito de resolver disputas en relación con inversiones entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante, se efectuarán consultas entre las partes interesadas con el fin de resolver el caso de manera amigable.

¹⁰ Anexo 12 de la Solicitud de Arbitraje.

¹¹ Anexo 12 de la Solicitud de Arbitraje; R-44, p. 11.

¹² Transcripción, p. 131, §§9-22.

¹³ Solicitud de Arbitraje, §17.

(2) Si de estas consultas no resulta una solución dentro de los seis meses desde la fecha de notificación escrita para celebrar consultas, el inversionista podrá remitir la controversia ya sea a los tribunales nacionales de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o a un arbitraje internacional.

(3) En caso que el inversionista decida remitir la disputa a un tribunal nacional, esta decisión será definitiva. Las Partes Contratantes se abstendrán de interferir con los procedimientos ante los tribunales nacionales.

(4) Si el inversionista decide remitir la disputa a un arbitraje internacional, tiene la opción de elegir entre cualquiera de los siguientes:

a) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido por el “Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965; o

b) a un tribunal de arbitraje ad hoc, a menos que se acuerde de otra manera por las partes de la disputa, deberá ser establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI).

Ambas Partes Contratantes declaran su consentimiento a remitir la disputa a arbitraje de conformidad con este párrafo.”

16. Las Demandantes, luego de haber tomado todas las acciones internas necesarias de autorización¹⁴, consintieron expresamente al arbitraje a través de la presentación a la Secretaría General del CIADI de su escrito de solicitud de arbitraje el 19 de febrero de 2013 (la “**Solicitud de Arbitraje**”).
17. Es un hecho no controvertido que las Demandantes solicitaron consultas por escrito a la Demandada en fecha 7 de diciembre de 2011 para intentar resolver amigablemente la diferencia¹⁵, dichas consultas se llevaron a cabo, sin éxito, en febrero y marzo de 2012.
18. También es un hecho no controvertido que transcurrieron más de 6 meses entre el inicio de las consultas para buscar una solución amigable y la fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje.

¹⁴ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §43.

¹⁵ Anexo 14 a la Solicitud de Arbitraje.

19. No hay disputa en el hecho de que las Demandantes son compañías suizas y que, con reserva de los argumentos que serán examinados respecto del argumento de *treaty shopping*, califican como inversionistas de acuerdo con el Artículo 1(1)(b) del APPRI.
20. Por fin, no está en disputa que la inversión realizada por las Demandantes consiste en sus acciones en GNZ y Tropicás y que dichas acciones califican como inversión de acuerdo con el Artículo 1(2)(b) del APPRI.

III. REGLAS APLICABLES

21. El presente procedimiento arbitral se rige por las Reglas de Arbitraje del CIADI (“**las Reglas**”).¹⁶
22. En cuanto a la ley aplicable al fondo, el Artículo 42 del Convenio CIADI dispone: “(1) *El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.*”
23. El Artículo 9(7) del APPRI dispone: “*El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente Acuerdo y otros acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes, los términos de cualquier acuerdo particular que haya sido concluido en relación con la inversión, la legislación de la Parte Contratante que sea parte de la disputa, incluidas sus reglas en materia de conflicto de leyes, aquellos principios y reglas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.*”

IV. HISTORIA PROCESAL

24. El 19 de febrero de 2013, las Demandantes presentaron la Solicitud de Arbitraje ante la Secretaría General del CIADI, de acuerdo con el Artículo 36 del Convenio CIADI.
25. El 11 de marzo de 2013, la Secretaría General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes.
26. El 14 de agosto de 2013 se constituyó el Tribunal Arbitral, conformado por el profesor Ricardo Ramírez, nombrado por las Demandantes, el profesor Andrés Jana, nombrado por la Demandada, y el Sr. Alexis Mourre, nombrado conjuntamente por las Partes como presidente del Tribunal Arbitral.

¹⁶ Resolución procesal n° 1, Sección 1.

27. El 11 de septiembre de 2013, de acuerdo con el Artículo 13(1) de las Reglas, el Tribunal Arbitral celebró la primera sesión con las Partes, mediante conferencia telefónica. Dicha sesión fue grabada y el Tribunal Arbitral preparó unas minutas de las mismas, las cuales fueron comunicadas a las Partes en la Resolución Procesal n° 1, el día 19 de septiembre de 2013. En ocasión de la primera sesión, las Partes comunicaron al Tribunal su acuerdo de bifurcar las objeciones a la jurisdicción, así que el Tribunal Arbitral dictaría una decisión sobre jurisdicción antes de entrar, en el supuesto de que la admita, a examinar el fondo.
28. En la Resolución Procesal n° 1 se registró el acuerdo de las Partes sobre las reglas aplicables al arbitraje, así como – conforme con el acuerdo alcanzado por las partes – un calendario procesal provisional para la etapa preliminar de excepciones a la jurisdicción del Tribunal Arbitral. También se registró que las Partes acordaron que el Tribunal Arbitral había sido apropiadamente constituido y que no tenían objeciones respecto del nombramiento de sus miembros.
29. La sección 3.5 de la Resolución Procesal también registró el acuerdo de las Partes en el nombramiento del Sr. Bingen Amezaga como Asistente del Presidente del Tribunal.
30. El 29 de noviembre de 2013, la Demandada presentó el Memorial de Excepciones a la Jurisdicción, acompañado de los anexos fácticos R-1 a R-38 y de las autoridades legales RL-1 a RL-35.
31. El 7 de marzo de 2014, las Demandantes presentaron el Memorial de Contestación sobre las Excepciones a la Jurisdicción, acompañado de los anexos fácticos C-1 a C-42, y de las autoridades legales CL-1a CL-25.
32. El 25 de abril de 2014, la Demandada presentó la Réplica sobre las Excepciones a la Jurisdicción, acompañada de los anexos fácticos R-39 a R-67 y de las autoridades legales RL-36 a RL-48.
33. El 6 de junio de 2014, las Demandantes presentaron la Dúplica sobre las Excepciones de Jurisdicción, acompañada de los anexos fácticos C-43 a C-78 y las autoridades legales CL-26 a CL-38.
34. El 12 de junio de 2014, la Demandada solicitó al Tribunal Arbitral que se admitiera la incorporación de un documento en el expediente que debería corresponder al anexo R-62 del escrito de Réplica sobre las Excepciones a la jurisdicción, el cual inadvertidamente fue omitido en la presentación de dicho escrito.
35. El 13 de junio de 2014, se celebró una conferencia telefónica previa a la audiencia de pruebas fijada el día 1 de julio de 2014. Durante la conferencia telefónica, además de

acordarse los arreglos prácticos relativos a la audiencia, se discutió sobre la solicitud de la Demandada de incorporar el anexo R-62 bajo la nomenclatura R-62bis, y el Tribunal dio un plazo a las Demandantes hasta el 17 de junio de 2014, para presentar sus comentarios. Además de lo anterior, la Demandada solicitó que se le permitiera presentar como autoridad legal un laudo que fue publicado con posterioridad a la fecha de presentación de la Réplica sobre Excepciones a la jurisdicción, y al no existir objeciones al respecto de parte de las Demandantes, el Tribunal Arbitral admitió dicho laudo en el expediente bajo la referencia RL-49.

36. El 17 de junio de 2014, las Demandantes informaron al Tribunal Arbitral su acuerdo en que se admitiera el anexo R-62bis en el expediente, y el día 26 de junio de 2014 dicho anexo fue presentado por la Demandada.

37. La audiencia de alegatos se llevó a cabo el día 1 de julio de 2014 en Washington D.C. Además de los miembros del Tribunal Arbitral, la Secretaria del Tribunal y el Asistente del Presidente del Tribunal, comparecieron en la misma:

En representación de las Demandantes:

- Ldo. Guillermo Ramírez

- Sr. Luis Grifé

- Ldo. Josafat Paredes

- Ldo. Ángel Espinosa

Y en representación de la Demandada:

- Ldo. Alejandro Escobar

- Sra. Adriana González

- Sra. Andrea Zumbado

38. Según lo acordado, durante la audiencia, cada parte tuvo una oportunidad para presentar su caso, seguida de una oportunidad para replicar a las presentaciones hechas por la otra parte. Finalmente, el Tribunal Arbitral planteó preguntas a las Partes.

39. Al final de la audiencia, el Tribunal Arbitral solicitó a las Partes que llegaran a un acuerdo sobre la fecha de presentación de sus reclamaciones sobre costos del arbitraje.

40. La audiencia fue grabada y transcrita. La grabación fue puesta a la disposición del Tribunal Arbitral y de las Partes por la Secretaría el día 2 de julio de 2014.

41. El 7 de julio de 2014, cada Parte comunicó al Tribunal Arbitral las copias de las presentaciones que hicieron durante la audiencia.

42. El 10 de julio de 2014, la primera versión de las transcripciones fue comunicada por la Secretaría al Tribunal y a las Partes para su revisión según lo establecido en la Sección 22.3 de la Resolución Procesal No. 1.
43. El 24 de julio de 2014, cada Parte presentó sus peticiones sobre costas del arbitraje al Tribunal Arbitral. Ninguna de las Partes manifestó objeciones respecto de las peticiones de costas planteadas por la contraparte.
44. Según lo acordado en la sección 22.4 de la Resolución Procesal No. 1, cada Parte realizó sus correcciones a las transcripciones y luego de obtener el acuerdo de la contraparte al respecto, cada una presentó sus correcciones al Tribunal Arbitral el día 29 de julio de 2014.
45. El Tribunal Arbitral integró las correcciones de ambas Partes sobre las transcripciones en un documento que fue comunicado por la Secretaría a las Partes el día 5 de agosto de 2014 (la “**Transcripción**”).

V. RESUMEN DE LOS HECHOS

46. Luego de una presentación general del contexto fáctico y regulatorio en el cual se enmarca la presente disputa (**A**), el Tribunal pasará a examinar el desarrollo de los hechos en los cuales se fundamentan las demandas (**B**).

A. Contexto de la controversia

1. Introducción

47. La presente controversia se refiere al mercado de envasado, distribución y venta de gas licuado de petróleo (“**GLP**”) en Costa Rica.
48. De acuerdo con el Artículo 2 de la Ley No. 7.356, de 24 de agosto de 1993¹⁷, las actividades de producción e importación de GLP son consideradas monopolio del Estado en Costa Rica.
49. Dichas actividades son ejercidas únicamente por la empresa Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (“**RECOPE**”)¹⁸, una empresa originalmente privada que pasó a ser enteramente propiedad del Estado a través de la Ley No. 5.508 del 17 de abril de 1974 (“**Ley de Nacionalización**”).¹⁹

¹⁷ R-2.

¹⁸ R-3, Artículo 2.

¹⁹ R-2.

50. La Ley de Nacionalización dispuso que RECOPE asumiría la producción, importación y distribución al por mayor de los derivados de petróleo en el país, quedando en manos de los particulares únicamente la distribución mediante estaciones de servicios.²⁰
51. Al ser el GLP un derivado del petróleo, RECOPE es entonces quien se encarga de su producción y adquisición, y luego lo vende, fundamentalmente a las empresas privadas que se encargan de su envasado, distribución y venta al detalle. Es necesario, para poder distribuir GLP en Costa Rica, obtener una concesión o permiso por parte del Ministerio de Ambiente, Energía y Transporte.²¹
52. Las envasadoras y distribuidoras autorizadas venden el GLP a granel y envasado a través de cuatro canales: residencial, comercial, industrial y carburación (transporte). Los dos primeros canales consumen el GLP principalmente envasado en cilindros, mientras que los canales ‘industrial’ y ‘carburación’ lo consumen a granel.²²
53. En las plantas envasadoras, el GLP es colocado en cilindros de distinto tamaño, los cuales se distribuyen a los clientes directamente, a través de camiones de las mismas envasadoras, o de modo indirecto, a través de minoristas independientes, que transportan los cilindros a las tiendas, donde los consumidores los adquieren.

2. Las empresas Tropigás y GNZ

54. Tropigás y GNZ son empresas costarricenses dedicadas a prestar el servicio de almacenamiento, envasado, distribución y comercialización del GLP.
55. Tropigás comenzó a operar en el mercado del GLP en Costa Rica desde 1975, GNZ lo hace desde 1991.²³ Hasta el año 1998, Tropigás y GNZ eran las únicas empresas en el mercado de envasado y distribución de GLP en Costa Rica²⁴, pero posteriormente otros actores se fueron integrando a este mercado.²⁵
56. Como se verá más adelante, las empresas Tropigás y GNZ se fusionaron en noviembre de 2011, mediante un acuerdo según el cual GNZ absorbió enteramente a Tropigás.²⁶
57. Según lo declarado por las Demandantes,²⁷ en noviembre de 2012 GNZ poseía el 77% de la capacidad de almacenamiento, el 69% de la capacidad de transporte mediante vehículos cisterna y el 78% de la flotilla existente de camiones para el llenado de

²⁰ R-2, Artículo 5.

²¹ R-4, Artículo 9.

²² R-5, p. 16.

²³ Excepciones a la jurisdicción, §4.

²⁴ Excepciones a la jurisdicción, §5.

²⁵ En el 2007 también participaban en este mercado las empresas Gas Tomza S.A., y Petrogás; ver R-5, p.6.

²⁶ Anexos 12 y 13 a la Solicitud de Arbitraje.

²⁷ Solicitud de Arbitraje, §§12 y 13.

tanques estacionarios, así como 94 camiones de transporte de cilindros, para poder distribuir los 912.441 cilindros de su propiedad.

3. Resumen de las cuestiones controvertidas entre las Partes

58. La Ley No. 7.593 de 9 de agosto de 1996 (“**Ley ARESEP**”)²⁸ estableció que la actividad de suministro de combustibles derivados de hidrocarburos a través de planteles de distribución, o directamente al consumidor final sería considerada como una actividad de servicio público²⁹, y por lo tanto la misma se encuentra regulada y sometida al control de las autoridades competentes.³⁰
59. La Ley ARESEP creó a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (“**ARESEP**”), una institución autónoma cuya función consiste en fijar los precios y tarifas y velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima de los servicios públicos.³¹
60. El Artículo 6 de la Ley 7.593 establece como obligaciones de la ARESEP, entre otras, la de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos de conformidad con los estudios técnicos.³²
61. Además de la ARESEP, que actúa a través de la Dirección Sectorial de Energía (“**DSE**”), del Comité de Regulación y de la Intendencia de Energía, la otra autoridad competente en el ámbito de las actividades de envasado, distribución y venta del GLP es el Ministerio de Ambiente y Energía y Transporte (“**MINAE**”)³³, a través de la Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustibles (“**DGTCC**”).
62. Mientras que la ARESEP se ocupa de fijar los precios y tarifas de los servicios públicos, y de regular y fiscalizar contable, financiera y técnicamente a los prestadores de servicios públicos, el MINAE define la política y establece las regulaciones operativas del sector, otorga las concesiones del servicio público a las empresas, los permisos de funcionamiento a las plantas de envasado y los permisos para transportar GLP en vehículos.³⁴

²⁸ R-4.

²⁹ Ley No. 7.593 de 9 de agosto de 1996 (R-4), Artículo 5.

³⁰ R-5, p. 10; Solicitud de Arbitraje, §26.

³¹ R-4, Artículo 5.

³² R-4, Artículo 6 (d).

³³ Inicialmente denominado Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE), también fue denominado durante un tiempo Ministerio de Ambiente, Energía y Transporte (MINAET). Para evitar confusiones, en la presente Decisión nos referiremos siempre a la abreviación original **MINAE**, independientemente de la época.

³⁴ C-9, p. 5.

63. Las partes coinciden³⁵ en que la disputa se centra en cuatro aspectos: el sistema de llenado de cilindros (**i**), el sistema de clientes directos (**ii**), el proceso de revisión tarifaria (**iii**), y los cánones de la ARESEP (**iv**). A continuación, se presentará un breve resumen de cada uno de estos aspectos.

i. Sistema de llenado de cilindros

64. La disputa se refiere a las reglas aplicables al llenado de cilindros utilizados por los consumidores finales. Efectivamente, para que el consumidor pueda tener acceso al producto, es necesario que pueda obtener el llenado de su cilindro una vez que este último esté vacío. Este llenado es un servicio que llevan a cabo las empresas que tienen permiso de llenado, las cuales luego venden el GLP al consumidor a través de sus distribuidoras.³⁶ Al respecto, existen dos sistemas posibles.

65. El primero es el llamado sistema de llenado universal (“**llenado universal**”). En este sistema, la empresa distribuidora puede llenar cualquier cilindro que le entregue el consumidor, los cilindros circulan libremente entre las distribuidoras y los clientes y existe un sistema de responsabilidad general de las distribuidoras para verificar el buen estado de los cilindros de uso común al momento de llenarlos.³⁷

66. El otro sistema es el de cilindros de uso y responsabilidad segmentados por marca, que implica que las empresas envasadoras de GLP son propietarias de los cilindros, los cuales están identificados con sus marcas, y cada empresa distribuidora únicamente puede llenar sus propios cilindros y es responsable por el mantenimiento de los mismos. Bajo este sistema, en caso de recibir de los consumidores cilindros vacíos de envasadoras competidoras, las envasadoras no pueden llenar los cilindros ajenos, sino que deberán suministrar el GLP en un cilindro propio y guardar el cilindro de la empresa competidora para proceder posteriormente a un intercambio de cilindros con dicha empresa.³⁸

67. Respecto del sistema adoptado en Costa Rica, inicialmente el mismo estaba determinado en las normas particulares que estableció el MINAE al momento de otorgar las autorizaciones a los concesionarios para operar las plantas envasadoras y prestar el servicio público de envasado y distribución de GLP. Estas autorizaciones, sin embargo, fueron otorgadas en diferentes momentos y sus disposiciones no eran

³⁵ Transcripción, p. 114, §§4 y ss.; Transcripción, p.15, §§12 y ss.

³⁶ R-5, pp. 5-6.

³⁷ R-5, p. 19.

³⁸ R-5, p. 20.

homogéneas, por lo que a partir del 2005, el MINAE decidió emitir normas de aplicación general para todas las envasadoras.³⁹

68. Así, el 24 de mayo de 2005, la DGTCC emitió la resolución R-DGTCC-106-2005 sobre manejo y uso de los cilindros portátiles y tanques de autoconsumo de gas LP⁴⁰ cuyo primer resolutorio dispone: “[...] *que en protección de los más altos intereses de los usuarios de este servicio público y en aras de poder cumplir con nuestro deber de vigilancia y control del sector, y muy especialmente en acatamiento a la normativa vigente, es, y siempre ha sido, absolutamente prohibido el llenado de cilindros portátiles por empresa diferente a la propietaria del mismo...*”. Por su parte, el segundo resolutorio señala: *“las envasadoras, transportistas, distribuidoras y comercializadoras de gas LP, deberán seguir recibiendo los cilindros portátiles vacíos de la competencia, ello en beneficio de la facultad discrecional del usuario para elegir la marca del producto de su preferencia. Sin embargo no podrán llenarlo nuevamente ni disponer de los mismos de ninguna forma...”*.
69. Con fecha 17 de marzo de 2006, la DGTCC emitió la resolución R-DGTCC-100-2006, sobre las obligaciones de empresas envasadoras, transportistas, distribuidoras y comercializadoras de GLP,⁴¹ cuyo resolutorio primero estableció, bajo pena de sanciones, que las empresas envasadoras de GLP: *“(a) No podrán colocar sellos de seguridad en cilindros que ostenten una marca registral distinta de la propia y tampoco podrán colocar sellos de seguridad transparentes en cilindros aunque sean de su marca registral. Únicamente podrán colocar sellos de seguridad con el logo, emblema o marca registral en los cilindros que lleven su marca registral.”*⁴²
70. A pesar de las anteriores resoluciones, en 2006 persistían problemas en torno al sistema de llenado de cilindros, y en particular respecto de la prohibición de llenado de los cilindros de empresas competidoras, pues algunos distribuidores envasaban gas en cilindros propiedad de la competencia. En la petición ordinaria de revisión de margen y ajuste de precios para el envasado y comercialización de GLP presentada por Tropicás el 22 de septiembre de 2006 (**“Petición de ajuste 2006”**),⁴³ Tropicás, además de solicitar un incremento del margen de comercialización,⁴⁴ declaraba a la ARESEP que: *“algunos competidores han violentado un principio fundamental en la operación*

³⁹ R-5, p. 12.

⁴⁰ C-23.

⁴¹ C-24.

⁴² C-24.

⁴³ R-23.

⁴⁴ Tropicás solicitaba un aumento del margen para el envasador y distribuidor hasta ₡82,617 por litro de GLP R-23, p. 15.

del mercado del GLP cual es, no envasar gas en cilindros propiedad de la competencia. [...] el mercado nacional de GLP se ha desordenado como resultado de una gestión permisiva de parte de las autoridades reguladoras (MINAE, MEIC, ARESEP) y que ese cambio afecta la estructura de costos de los concesionarios formales y por tanto la base tarifaria. Sí para distribuir GLP en Costa Rica [...], se hace necesario contratar de manera permanente servicios de asesoría legal para defenderse del uso indebido de cilindros propiedad de la empresa, la ARESEP debe reconocer dichos costos como parte de la base tarifaria hasta tanto la situación se normalice.”

71. El 15 de mayo de 2007, la ARESEP emitió la Resolución No. RRG-6535 (“**Resolución de margen 2007**”), en la que además de fijar los márgenes,⁴⁵ resolvió en su inciso XIV lo siguiente: *“Indicar a las empresas envasadoras de GLP que cuando un consumidor lo solicite, y si cuenta con los medios para prestar el servicio de suministro, deberán hacerlo, sin importar quién es el propietario del cilindro. Esto lo puede hacer mediante el intercambio del cilindro o bien llenándole el que entregue al usuario.”*⁴⁶
72. El 8 de junio de 2007, Tropicás planteó un recurso de revocatoria con apelación contra la Resolución de margen 2007, el cual se refería únicamente al citado inciso XIV de la Resolución. Según el recurso, a través de este inciso se estaría tratando *“de dejar sin efecto, tácitamente, las concesiones y directrices administrativas de MINAE, que prohíben a las envasadoras el llenado de cilindros de sus competidores”*, sin que la ARESEP sea competente para ello. Según el recurso, la Resolución de la ARESEP *“contraviene además, toda una serie de normas constitucionales, legales y reglamentarias que impiden el llenado de cilindros rotulados con marcas ajenas [...]”*⁴⁷
73. El 11 de septiembre de 2007, la DGTCC envió un oficio dirigido a todas las empresas envasadoras en el que se declaraba lo siguiente: *“Dado que algunas de ustedes han mal interpretado lo resuelto por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos - ARESEP- en la Resolución RRG-6535-07, numeral XIV, les comunico que el señor Regulador General en referencia a dicha resolución aclaró, mediante nota, dirigida al señor Ministro de Ambiente y Energía, Dr. Roberto Dobles Mora, de fecha 18 de agosto del 2007, W 364-RG-2007-21186 cuanto sigue: ‘en ningún momento se está*

⁴⁵ La ARESEP concedió un aumento del margen hasta ₡45,025 por litro,

⁴⁶ R-27.

⁴⁷ C-41.

autorizando a llenar los cilindros de otras envasadoras (de la competencia)... situación en que la legislación costarricense es clara'. [...] Sobre la base de lo anterior se les hace saber que siempre ha sido y sigue siendo Absolutamente Prohibido el llenado de cilindros ajenos (de la competencia) por empresa diferente a la propietaria del mismo. Esta Dirección procederá a tomar las medidas preventivas y definitivas que la normativa vigente establece a toda aquella empresa que insista en dicha práctica."⁴⁸

74. Como se explicará más adelante, en noviembre de 2007 fueron revocados los permisos para prestar el servicio público de envasado y distribución de GLP a las empresas Tropigás y GNZ. Sin embargo, dichas empresas recuperaron sus permisos a través de una serie de resoluciones del MINAE de fecha 24 de junio de 2008.⁴⁹ Dichos permisos aplicaban a nueve plantas diferentes y eran sustancialmente idénticos.
75. El resolutorio tercero de estos nuevos permisos establece una serie de obligaciones, y en particular en el apartado (b) se exige que *“La empresa envasadora deberá colocar un sello de seguridad que contenga su marca o logotipo en cada uno de los cilindros, al finalizar el proceso de envasado de GLP”*, y el apartado (f) establece que *“No podrá llenar o retener de forma indebida cilindros de otras plantas envasadoras, para lo cual deberá realizar intercambios semanales de cilindros con las otras empresas, el cual deberá realizarse por la totalidad de cilindros que se encuentran almacenados en la planta, independientemente del número de cilindros que tenga cada empresa.”*⁵⁰
76. Desde finales de 2008, se discutieron varios proyectos de regulación de la comercialización y distribución del GLP,⁵¹ en los cuales se planteaban modificaciones al sistema de llenado de cilindros para implementar un sistema mixto,⁵² o un sistema de llenado universal.⁵³ Sin embargo, dichos proyectos nunca llegaron a aprobarse. Al momento de dictarse esta decisión, se encuentra en discusión un Proyecto de Regulación del Servicio Público de Suministro de Gas Combustible Hidrocarburo y Derivado de Hidrocarburos, así como su Almacenamiento para Autoconsumo

⁴⁸ R-47.

⁴⁹ C-30, C-31, C-32, C-33, C-34, C-35, C-36, C-37 y C-38.

⁵⁰ C-30, C-31, C-32, C-33, C-34, C-35, C-36, C-37 y C-38.

⁵¹ R-16.

⁵² Proyecto de Reglamento para la Regulación del Envasado, Distribución, Transporte y Comercialización del Gas Licuado de Petróleo, publicado en la Gaceta Oficial el 14 de junio de 2009 (C-39), Artículo 57.

⁵³ Proyecto de Ley Marco del Gas Licuado de Petróleo, presentada ante la Asamblea Nacional para su discusión el 14 de julio de 2011 (R-9), Artículo 17.

(“**Proyecto de Reglamento 2014**”), que fue publicado en marzo de 2014 y en el cual no se prevé el llenado universal.⁵⁴

77. Las Partes coinciden en que el sistema de llenado universal de cilindros no era admitido en Costa Rica con anterioridad a la inversión de las Demandantes,⁵⁵ sin embargo, las Partes discrepan acerca de si esta situación fue afectada a raíz de ciertas resoluciones emitidas por la ARESEP en 2010 y 2011. En particular, las Demandantes sostienen que dichas resoluciones autorizaron el sistema de llenado universal mientras que la Demandada sostiene que siempre se ha mantenido la prohibición del llenado universal de cilindros en Costa Rica.⁵⁶

ii. El sistema de cliente directo

78. El sistema de cliente directo (“**Cliente Directo**”) consiste en la posibilidad de que RECOPE venda GLP directamente en sus planteles de distribución a clientes finales que adquieran un determinado volumen mínimo y cumplan determinadas condiciones. Dichos clientes tendrán la ventaja de adquirir el GLP a un precio regulado menor (“**precio plantel**”) que el precio establecido por la ARESEP para los distribuidores.⁵⁷
79. Las Partes coinciden en que la posibilidad para RECOPE de vender el GLP a clientes finales fue instaurada mediante el Decreto Ejecutivo No. 30131 del 20 de diciembre de 2001 que estableció el Reglamento para la Regularización del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos, el cual entró en vigor el 1 de marzo de 2002.⁵⁸
80. Dicho Reglamento define la modalidad de Cliente Directo como sigue: “4.20 *Cliente Directo: Aquella persona física o jurídica que compra combustible directamente en los planteles de distribución de RECOPE, de acuerdo con el volumen mínimo de venta al mayoreo [...]. Dicho combustible deberá ser almacenado únicamente en tanques propios debidamente autorizados por la DGTCC.*”⁵⁹
81. Posteriormente, el Decreto Ejecutivo No. 31257 de 28 de mayo de 2003 fijó los volúmenes mínimos para que RECOPE pudiera realizar ventas al mayoreo. En el caso

⁵⁴ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, nota al pie 84; R-56.

⁵⁵ Excepciones a la jurisdicción, §113; Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§99 y 101; Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §53.

⁵⁶ Excepciones a la jurisdicción, §113; Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§96-98; Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §53. Ver más adelante, Sección VIII.D.3.

⁵⁷ Solicitud de Arbitraje, §§22-24.

⁵⁸ C-19; Solicitud de Arbitraje, §22; Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §64.

⁵⁹ C-19, Artículo 4.20.

del GLP, el decreto fijó un volumen mínimo de 26.400 litros.⁶⁰ En otros términos, bajo dicha norma, RECOPE solamente puede vender directamente a clientes finales que compren por lo menos esta cantidad de GLP.⁶¹

82. La entidad encargada de fijar el precio plantel para los clientes directos, así como todos los productos suministrados por RECOPE, es la ARESEP.⁶²
83. Las Demandantes no plantean una queja en cuanto a la figura legal del Cliente Directo en sí misma, sin embargo alegan que la Demandada ha incurrido en diversas violaciones en cuanto a su aplicación en los años recientes.⁶³

iii. Fijación de tarifas

84. Tal como se señaló más arriba, la ARESEP es la autoridad encargada de fijar los precios de venta y los márgenes para los distribuidores de GLP.⁶⁴
85. La fijación y revisión de las tarifas está regulada en el Capítulo VIII de la Ley ARESEP, cuyo Artículo 30 establece al respecto que:

“Los prestadores de servicios públicos [...] podrán presentar solicitudes de fijación o cambios de tarifas. La Autoridad Reguladora estará obligada a recibir y tramitar esas peticiones, únicamente cuando, al presentarlas, cumplan los requisitos formales que el Reglamento establezca. Esta Autoridad podrá modificar, aprobar o rechazar esas peticiones.

De acuerdo con las circunstancias, las fijaciones de tarifas serán de carácter ordinario o extraordinario. Serán de carácter ordinario aquellas que contemplen factores de costo e inversión, de conformidad con lo estipulado en el inciso b) del artículo 3, de esta ley. Los prestadores deberán presentar, por lo menos una vez al año, un estudio ordinario. La Autoridad Reguladora podrá realizar de oficio, modificaciones ordinarias y deberá otorgarles la respectiva audiencia según lo que manda la ley.

Serán fijaciones extraordinarias aquellas que consideren variaciones importantes en el entorno económico, por caso fortuito o fuerza mayor y cuando se cumplan las

⁶⁰ R-60; Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §66(b).

⁶¹ El hecho de que los clientes directos debían ser finales o que el GLP era para autoconsumo no aparece en la norma, pero según lo indicado por las Demandantes en la audiencia ello correspondía al espíritu de la Ley. En cualquier caso, no parece existir controversia entre las Partes respecto de este punto, ver Transcripción, p. 248, §§4 y ss.; Excepciones a la jurisdicción, §132; R-20, p. 4.

⁶² Reglamento No. 14874 (“**Reglamento Ley RECOPE**”), publicado en 1983, (R-59), Artículo 2.

⁶³ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§80 y ss.

⁶⁴ Ver más arriba, §63.

*condiciones de los modelos automáticos de ajuste. La Autoridad Reguladora realizará, de oficio, esas fijaciones.”*⁶⁵

86. El Artículo 31 de la Ley ARESEP prevé por su parte que:

“Para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, la Autoridad Reguladora tomará en cuenta las estructuras productivas modelo para cada servicio público, según el desarrollo del conocimiento, la tecnología, las posibilidades del servicio, la actividad de que se trate y el tamaño de las empresas prestadoras. En este último caso, se procurará fomentar la pequeña y la mediana empresa. Si existe imposibilidad comprobada para aplicar este procedimiento, se considerará la situación particular de cada empresa.

Los criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica definidos en el Plan nacional de desarrollo, deberán ser elementos centrales para fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos. No se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestadoras del servicio público.

La Autoridad Reguladora deberá aplicar modelos de ajuste anual de tarifas, en función de la modificación de variables externas a la administración de los prestadores de los servicios, tales como inflación, tipos de cambio, tasas de interés, precios de hidrocarburos, fijaciones salariales realizadas por el Poder Ejecutivo y cualquier otra variable que la Autoridad Reguladora considere pertinente.

De igual manera, al fijar las tarifas de los servicios públicos, se deberán contemplar los siguientes aspectos y criterios, cuando resulten aplicables:

a) Garantizar el equilibrio financiero.

b) El reconocimiento de los esquemas de costos de los distintos mecanismos de contratación de financiamiento de proyectos, sus formas especiales de pago y sus costos [...].

*c) La protección de los recursos hídricos, costos y servicios ambientales.”*⁶⁶

87. Tanto la Ley ARESEP como su reglamento contienen diversas disposiciones relacionadas con el proceso de fijación de tarifas.

88. Las Demandantes sostienen que, en sus resoluciones tarifarias para los años 2010, 2011 y siguientes, la Demandada habría omitido aplicar la legislación vigente en

⁶⁵ R-4, Artículo 30.

⁶⁶ R-4, Artículo 31.

materia de fijación de tarifas y precios, incumpliendo así sus obligaciones bajo el APPRI.⁶⁷

iv. Los cánones de la ARESEP

89. El Capítulo XII de la Ley ARESEP se refiere al financiamiento de la ARESEP, y en el mismo se desarrolla lo relativo a los cánones percibidos por esta autoridad para financiar su actividad. El canon consiste en un cargo anual cuyo cálculo es determinado por dicha entidad de conformidad con los criterios establecidos en la Ley ARESEP y su reglamento, y debe cargarse en la tarifa del servicio público.

90. Al respecto la Ley ARESEP dispone lo siguiente:

“Artículo 82.- Cálculos del canon

Por cada actividad regulada, la Autoridad Reguladora cobrará un canon consistente en un cargo anual, que se determinará de la siguiente manera:

a) La Autoridad Reguladora calculará el canon de cada actividad de acuerdo con el principio de servicio al costo y deberá establecer un sistema de costeo apropiado para cada actividad regulada.

b) Cuando la regulación por actividad involucre varias empresas, la distribución del canon seguirá criterios de proporcionalidad y equidad.

c) Dentro de la primera quincena del mes de abril de cada año, la Autoridad Reguladora presentará el proyecto de cánones para el año siguiente, con su respectiva justificación técnica, ante la Contraloría General de la República, para que lo apruebe o impruebe. Recibido el proyecto, la Contraloría dará audiencia, por un plazo de diez (10) días hábiles, a las empresas reguladas a fin de que expongan sus observaciones al proyecto de cánones. Transcurrido el plazo, se aplicará el silencio positivo.

d) El proyecto de cánones deberá aprobarse o improbarse a más tardar el último día hábil del mes de julio del mismo año.”⁶⁸

91. En cuanto al cálculo del canon, el Reglamento de la Ley ARESEP, establecido mediante Decreto N° 29732-MP del 16 de agosto de 2001 (“**Reglamento ARESEP**”),⁶⁹ dispone en su Artículo 62 que se aplicará la siguiente metodología:

⁶⁷ Solicitud de Arbitraje, §59 (I) y (ii); Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §66.

⁶⁸ R-4, Artículo 82.

⁶⁹ R-37.

“1. Los costos totales (gastos e inversiones) del Ente Regulador del año siguiente al del establecimiento del respectivo canon, serán distribuidos proporcionalmente a su participación entre los sectores regulados, según las horas estimadas a laborar en cada sector. Dichos costos por sector, posteriormente serán asignados de manera unitaria para ser cargados en la tarifa (precio) del servicio público, de acuerdo con los volúmenes de ventas, usuarios servidos, o bien de acuerdo con la infraestructura (activos) que posean las personas físicas o jurídicas prestadoras del servicio público, cuando lo primero sea de difícil o imposible cuantificación.

2. El objetivo final de estos cálculos es estimar un canon por unidad física o monetaria que debe cobrar la Autoridad Reguladora a cada una de las personas físicas o jurídicas encargadas de su recaudación.”

92. Las Partes coinciden en que el canon de la ARESEP es aprobado a más tardar el último día hábil de julio del año en que se presenta, y RECOPE comienza a cobrarlo a partir del primero de enero del año siguiente, por lo tanto las empresas distribuidoras no pueden incorporar el aumento del canon en las tarifas de venta, pues para ello deberían hacer una solicitud a la ARESEP, la cual tardaría por lo menos seis meses en resolverla.⁷⁰

93. La Contraloría General de la República de Costa Rica se ha manifestado sobre este aspecto en varios oficios dirigidos a la ARESEP respecto de los costos de regulación de diversos servicios públicos.⁷¹ En particular, en el oficio DEFOE-ED-063 del 12 de febrero de 2010, relativo a la prestación del servicio público de sistemas de acueductos y alcantarillados, la Contraloría señalaba a la ARESEP lo siguiente:

“Es responsabilidad de la ARESEP, que previamente a realizar el cobro del canon, este se encuentre incorporado efectivamente en la tarifa que cobran las empresas que brindan el servicio regulado a sus usuarios finales, considerando que esas entidades autorizadas para prestar el servicio no son más que recaudadoras del canon, por lo que este debe ser neutro respecto a su situación financiera.

[...]

Por lo anterior, se dispone que en futuras solicitudes de aprobación de cánones, la ARESEP deberá presentar la estimación del canon por cada actividad de regulación, así como proceder a hacer del conocimiento de todos los entes regulados, por los medios que considere pertinentes, el mecanismo que

⁷⁰ Solicitud de Arbitraje, §§56-57, Excepciones a la jurisdicción, §§141, 164.

⁷¹ C-49, C-50, C-51.

posteriormente aplicará para definir la cifra que cada uno de los prestadores de los servicios regulados deberán recaudar por medio de la tarifa fijada.

Esta Contraloría General advierte que esta interpretación es de acatamiento obligatorio y aplicación general para efecto de la función periódica de la determinación y prestación del proyecto de cánones de regulación, por lo que se debe dar por modificado, en lo correspondiente, lo establecido en anteriores oficios emitidos por esta área de fiscalización respecto al procedimiento y valoración del proceso de aprobación de cánones que legalmente debe presentar la Autoridad Reguladora ante esta instancia.”⁷²

94. Las Demandantes afirman que a partir del 2010 se ha producido una modificación arbitraria, injustificada e ilegítima de las condiciones bajo las cuales se venía aplicando la recaudación del canon por la ARESEP.⁷³

B. Resumen cronológico de los hechos relevantes para la disputa

95. A continuación, el Tribunal desarrollará una síntesis cronológica de los hechos relevantes para la disputa.

1. La solicitud de revisión de precios en 2006

96. El 22 de septiembre de 2006, Tropicigás planteó a la ARESEP su Petición de ajuste 2006, en la que solicitaba un incremento del margen de comercialización para el envasador y distribuidor de ¢82,617 por litro.⁷⁴
97. La Petición de ajuste 2006 fue inicialmente rechazada por la autoridad regulatoria,⁷⁵ pero luego de un procedimiento administrativo,⁷⁶ la ARESEP la admitió a trámite,⁷⁷ y el 15 de mayo de 2007, la ARESEP emitió la Resolución de margen 2007, en la que fijó los márgenes en ¢45,025 por litro.⁷⁸
98. El 8 de junio de 2007, Tropicigás planteó un recurso de revocatoria con apelación contra la Resolución 2007. Como ya se indicó más arriba,⁷⁹ dicho recurso no se refería a la

⁷² C-49, p. 3, §§2 y 5.

⁷³ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§85, 104.

⁷⁴ R-23, p. 15.

⁷⁵ El 7 de noviembre de 2006, mediante resolución RRG-6150-2006, la ARESEP resolvió “*rechazar ad portas y archivar sin más trámite la petición de TROPIGAS*”, ver R-27, Resultando IX.

⁷⁶ El 17 de noviembre de 2006, Tropicigás presentó un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución RRG-6150-2006 del 7 de noviembre del 2006, ver R-27, Resultando XI.

⁷⁷ El 14 de febrero de 2007, la ARESEP revocó la resolución RRG-6150-2006 del 7 de noviembre de 2006, admitió la Petición de ajuste 2006 y ordenó continuar con los procedimientos, ver R-27, Resultando XIV.

⁷⁸ R-27.

⁷⁹ Ver arriba, §§73.

fijación de los márgenes, sino a la afirmación de la ARESEP relacionada con el llenado de cilindros.⁸⁰

99. La Petición de ajuste 2006 fue la última petición de aumento de margen y tarifas planteada por GNZ y/o Tropigás a la ARESEP antes de la petición planteada en el 2010, la cual será tratada en secciones sucesivas de esta decisión.

2. La revocación de las concesiones de Tropigás y GNZ y el proyecto de Decreto Ejecutivo

100. El 30 de noviembre de 2007, mediante Resolución 7633-2007, la ARESEP revocó la autorización para brindar el servicio público de almacenamiento y venta de combustibles derivados de hidrocarburos a consumidores finales a las empresas Tropigás y GNZ, al concluir que las mismas incumplieron sus contratos de concesión al retener 9.000 envases de gas de otra empresa competidora llamada Petrogás, la cual había interpuesto una denuncia.⁸¹ La revocación fue publicada el 12 de diciembre de 2007 en el Diario Oficial La Gaceta.⁸²

101. Por otra parte, a comienzos del 2008, entre los actores del sector del GLP se difundió la información de que el MINAE estaría preparando un proyecto de Decreto Ejecutivo que autorizaría el llenado universal de los cilindros de GLP (el “**Proyecto de Decreto**”).⁸³

3. La solicitud de intervención a la embajada de México en Costa Rica

102. El 25 de enero de 2008, el Sr. Noel Edmundo Bustillos Delgado, en representación de “Zeta Internacional S.A.”, dirigió una comunicación a la embajada de México en Costa Rica, en la que se refiere al Proyecto de Decreto, el cual, según describe el Sr. Bustillos, autorizaría una “*ilegal práctica de llenado de cilindros ajenos, con lo cual no sólo se violentarían normas constitucionales y legales costarricenses en materia de propiedad y derecho de marcas, entre otras, sino que acarrea graves riesgos en materia de seguridad*”⁸⁴.

103. La carta menciona que también se habían revocado sin razón válida los permisos de funcionamiento y servicio público de Tropigás y GNZ, a las que se identifica como

⁸⁰ C-41.

⁸¹ C-9, p. 4.

⁸² R-11, sección I, apartado primero.

⁸³ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §38.

⁸⁴ R-10.

empresas de capital mexicano y protegidas por el Tratado de Libre Comercio Costa Rica-México de 5 de abril de 1994 (“**TLC Costa Rica-México**”).

104. La carta finaliza solicitando la intervención del gobierno de México para “*poner el caso en conocimiento de la Comisión de Seguimiento del TLC Costa Rica-México denunciando los acontecimientos como violatorios del Tratado*”.⁸⁵
105. El 20 de febrero de 2008 Tropigás y GNZ presentaron ante el MINAE una solicitud de nuevos permisos de funcionamiento y servicio público para sus plantas.⁸⁶

4. El Primer Aviso de Intención y el otorgamiento de nuevas concesiones

106. El 9 de mayo de 2008, fue presentado ante el Ministerio de Comercio de Costa Rica (“**COMEX**”) un aviso de intención de someter una controversia a arbitraje internacional (“**Primer Aviso de Intención**”)⁸⁷ en virtud del Artículo 13-21 del TLC Costa Rica-México.
107. El Primer Aviso de Intención, en papel con membrete “Zeta Internacional S.A.”, fue presentado por el Sr. Noel Edmundo Bustillos Delgado en su condición de apoderado de las sociedades Tropigás y GNZ. Bajo la firma del Sr. Bustillos aparece: “Director General para Costa Rica - Grupo Zeta”.
108. En el documento, el Sr. Bustillos expone que presenta un “*formal AVISO de intención de sometimiento a arbitraje internacional de controversia internacional por trato discriminatorio y atropello público y notorio por parte del Gobierno de la República de Costa Rica en contra de las empresas dichas [Tropigás y GNZ], que responden a inversión de origen mexicano en Costa Rica y por tanto protegidas por el Tratado de Libre Comercio Costa Rica-México, hoy vigente entre ambos países; así como consulta de proyecto de Decreto Ejecutivo atentatorio de la seguridad jurídica que justificó las inversiones realizadas en Costa Rica por las empresas Tropigas de Costa Rica S.A. y Gas Nacional Zeta S.A.*”.
109. El Primer Aviso de Intención se basaba, por un lado, en la revocación de los permisos de funcionamiento y servicio público de Tropigás y GNZ, y por otro lado, en la existencia del Proyecto de Decreto que regularía el funcionamiento del mercado de cilindros de GLP.

⁸⁵ R-10.

⁸⁶ R-11, sección I, apartado sexto.

⁸⁷ R-11.

110. En cuanto a la revocación de los permisos, se reclamaba al gobierno de Costa Rica que la misma se hubiese mantenido a pesar de que las empresas Tropigás y GNZ ya habían remediado la situación que originó la medida y habían solicitado debidamente nuevas autorizaciones y permisos al MINAE desde el 20 de febrero del 2008.⁸⁸
111. En cuanto al Proyecto de Decreto, aunque en el Primer Aviso de Intención se reconoce que *“no se conocen oficialmente las estipulaciones y detalles que contendrá el proyecto de regulación”*, se expone que según lo que se ha podido conocer, el mismo *“implicaría igualmente, una violación directa y flagrante del Tratado de Libre Comercio Costa Rica-México, en tanto que confiscaría ilegalmente los cilindros de gas LP, al autorizar el llenado de cilindros ajenos por cualquier participante del servicio público, aun el mercado informal, por lo que procedemos formalmente a notificar y dar formal aviso a Usted que las empresas Tropigas de Costa Rica S.A. y Gas Nacional Zeta S.A. procedemos a formalizar un Proceso Preliminar Internacional a fin de hacer valer nuestros derechos.”*⁸⁹
112. El Primer Aviso de Intención solicitaba iniciar el proceso de consulta previsto por el Artículo 17-05 del TLC Costa Rica-México, el cual dispone que *“cualquier parte podrá solicitar por escrito a la otra Parte la realización de consultas respecto de cualquier medida adoptada o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento de este Tratado en los términos del artículo 17-02”*⁹⁰ y solicita que se comunique a la reclamante la última versión del Proyecto de Decreto en cuestión.⁹¹
113. En el punto Quinto de la parte II, el Primer Aviso de Intención precisa: *“Entendemos EL PRESENTE AVISO DE INTENCIÓN DE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE INTERNACIONAL al igual que lo establece el TLC Costa Rica-México, como una reclamación hecha por el inversionista contendiente contra una Parte en los términos de la sección B del capítulo correspondiente.”*
114. El 6 de junio de 2008, el Sr. Noel Edmundo Bustillos Delgado en su condición de apoderado de Tropigás y GNZ, presentó ante el COMEX un escrito de incorporación de prueba adicional⁹² respecto del Primer Aviso de Intención, aportando evidencias

⁸⁸ R-11, sección I.

⁸⁹ R-11, sección II, apartado primero.

⁹⁰ RL-1.

⁹¹ R-11, petitoria.

⁹² R-12.

relativas a la queja sobre el no otorgamiento de nuevos permisos de servicio público para las empresas Tropigás y GNZ.

115. El 24 de junio de 2008, el MINAE concedió nuevas concesiones para la prestación del servicio público de envasado, almacenamiento, distribución y venta a los consumidores finales de GLP a Tropigás y GNZ por una duración de 5 años.⁹³
116. El 3 de julio de 2008, el Sr. Noel Edmundo Bustillos Delgado en su condición de apoderado de Tropigás y GNZ, presentó ante el COMEX un segundo escrito de incorporación de prueba adicional.⁹⁴ Junto con este segundo escrito, se aportaba un video con una entrevista al Director General de la DGTCC en la que, según expresa el escrito, dicho funcionario manifestó que *“el MINAE está realizando un análisis en el sentido de que el estado podría, eventualmente, asumir una responsabilidad de prestar ese servicio público (envasado y distribución de Gas LP).”* La carta añade que *“lo anterior significa [...] que se está valorando seriamente, la intervención de nuestras plantas y equipos.”*

5. El Segundo Aviso de Intención

117. El 15 de octubre de 2008, el Sr. Noel Edmundo Bustillos Delgado, en su condición de apoderado de Tropigás y GNZ presentó ante el COMEX un segundo aviso de intención de sometimiento a arbitraje internacional, basado en el TLC Costa Rica-México (**“Segundo Aviso de Intención”**).⁹⁵ En el Segundo Aviso de Intención, también en papel con membrete de “Zeta Internacional S.A.”, aparece bajo la firma del Sr. Bustillos la mención “Tropigás de Costa Rica S.A. – Gas Nacional Zeta S.A.”
118. El Segundo Aviso de Intención se refería exclusivamente al Proyecto de Decreto. En particular, según las reclamantes, el sistema de llenado universal de cilindros y tanques estacionarios previstos por el Proyecto de Decreto implicaría la confiscación ilegítima de los bienes de Tropigás y GNZ y violaría el derecho de marcas y de propiedad privada protegidos por el TLC Costa Rica-México.
119. Otra de las reclamaciones se refería a que el Proyecto de Decreto autorizaba ilegalmente a RECOPE para que ésta participara en el envasado de cilindros portátiles

⁹³ Tropigás obtuvo la concesión para las plantas de: La Garita (C-37), en Alajuela; Guápiles (C-35) y Sandoval (C-36), en el Limón; y San Isidro (C-38), en San José; mientras que GNZ obtuvo una concesión para las plantas de La Lima (C-34), en Cartago; Caldera (C-31) y Ciudad Neilly (C-30), en Puntarenas; Bagaces (C-33), en Guanacaste; y Florencia de San Carlos (C-32), en Alajuela.

⁹⁴ R-13.

⁹⁵ R-14.

al extender la posibilidad de venta a granel a Clientes Directos prevista por el Decreto N° 31257 a la venta de su equivalente pero en cilindros.

120. Sobre este aspecto, el Segundo Aviso de Intención señala que el Proyecto de Decreto pretende darle un contenido y fin distinto a las ventas a Clientes Directos *“al posibilitar ventas a granel en cilindros, y como el volumen mínimo de compra establecido en el decreto de referencia es básicamente irrisorio implica que el Estado costarricense será el encargado de rellenar los cilindros que nos pertenecen y soslayará el Derecho de Marcas costarricense y el respeto a que se comprometió con el Estado Mexicano en esta materia, vía un Tratado Internacional.”*⁹⁶
121. El 19 de noviembre de 2008, la Secretaría de Economía de México envió una comunicación al COMEX, refiriéndose al Segundo Aviso de Intención, y requiriendo su apoyo para aclarar y atender la situación por la que estaba atravesando el Grupo Zeta en Costa Rica.⁹⁷
122. El 25 de noviembre de 2008, el COMEX respondió a dicha comunicación, confirmando que *“en efecto Grupo Zeta, presentó una segunda notificación de intención de arbitraje”*, y expresando que *“la normativa indicada aún no ha sido emitida, ni existe una fecha aproximada para ello; pues aún se encuentra en proceso de consulta entre los diversos sectores involucrados.”*⁹⁸
123. El 12 de febrero de 2009, el abogado Guillermo Aguilar Álvarez, de la firma de abogados *Weil, Gotshal & Manges LLP*, envió una carta al COMEX en representación de “inversionistas mexicanos” a los que se refiere como “Grupo Zeta”, quienes serían los propietarios de Tropicgas y GNZ.⁹⁹ La carta se refiere al Proyecto de Decreto para la regulación del envasado y distribución de GLP, y al respecto afirma que *“se trata de un ordenamiento discriminatorio y confiscatorio que destruye el valor de la inversión de Grupo Zeta en Costa Rica”*, y expresa: *“en el espíritu del artículo 13-20 del TLC y con el objeto de evitar un grave perjuicio para Grupo Zeta y el inicio de un procedimiento arbitral de conformidad con la Sección B del Capítulo XIII del referido Tratado, solicito su intervención urgente con el objeto de impedir la promulgación del citado proyecto de Decreto.”*¹⁰⁰

⁹⁶ R-14, sección II (b).

⁹⁷ R-15.

⁹⁸ R-16.

⁹⁹ R-17.

¹⁰⁰ R-17.

124. El 13 de marzo de 2009, la Viceministra del COMEX contestó a la carta de la firma *Weil, Gotshal & Manges LLP*, afirmando que el Proyecto de Decreto aún estaba en etapa de elaboración y discusión interna, y confirmando que el COMEX trabajaba en coordinación con el MINAE para que la versión final fuera conforme a los compromisos que Costa Rica ha asumido en el TLC Costa Rica-México.¹⁰¹
125. El 19 de noviembre de 2009, el Sr. Noel Edmundo Bustillos Delgado, envió una comunicación a la embajada de México en Costa Rica, en representación de Tropicás y GNZ a las que caracteriza como “*empresas de capital (inversión) mexicano*”, en la que se refiere a que desde agosto de 2007 el gobierno de Costa Rica ha tenido la intención de confiscar los bienes de Tropicás y GNZ mediante el “*contrato de acceso obligatorio*”, obligándoles a poner sus bienes a disposición de cualquiera que lo solicite.¹⁰²
126. La carta del Sr. Bustillos también se refiere a la revocación de los permisos de Tropicás y GNZ en noviembre de 2007 como una medida de presión contra estas empresas y afirma que el MINAE y la ARESEP “*han propiciado contra-*legem*, las prácticas indebidas y la apropiación de nuestros bienes por parte de otros operadores del mercado, mientras emiten el decreto ejecutivo que “*ampare*” las mismas al no sancionar a los infractores y no realizar las actividades de control que la Ley les obliga.*”¹⁰³
127. Finalmente, luego de recordar que se hizo la notificación de dos avisos de intención bajo el TLC Costa Rica-México, la carta afirma “*Nuestro Grupo hará valer sus derechos vía los procedimientos establecidos en el TLC Costa Rica-México, pues así lo posibilita dicho instrumento internacional y recurrirá al apoyo de nuestro Gobierno, como hasta hoy, en ese momento*”, y luego de ello, solicita a la embajada “*interponer sus buenos oficios a fin de iniciar los contactos necesarios ante nuestro Gobierno y el Gobierno de la República de Costa Rica al amparo de la Ronda Uruguay, el Gatts y los acuerdos internacionales de la OMC.*”¹⁰⁴
128. El 5 de octubre de 2010, la Sra. Zadalinda González y Reynero, Embajadora de México en Costa Rica escribió al Sr. René Castro, Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica, expresándole lo siguiente:

¹⁰¹ R-18.

¹⁰² R-21.

¹⁰³ R-21.

¹⁰⁴ R-21.

“Me permito hacer referencia a la empresa de capital mexicano Grupo Zeta, dedicada especialmente a la distribución de Gas LP cuya actividad en Costa Rica se lleva a cabo a través de las empresas Tropigás de Costa Rica S.A. y Gas Nacional Zeta S.A.

Por tratarse de una inversión mexicana esta empresa tiene amparo legal en el Tratado de Libre Comercio Costa Rica-México y en la legislación costarricense que regula su actividad por tratarse de un servicio público concesionado.

En virtud de que tengo conocimiento por el Director de las empresas mencionadas, con quien he conversado en diversas ocasiones, de que en breve se publicará un decreto ejecutivo que pone en riesgo las actividades de las empresas mexicanas y sus bienes, y por tanto sería violatorio del TLC Costa Rica-México, solicito a usted de la manera más atenta y con la urgencia que el caso amerita, me conceda una audiencia con el objeto de tratar este asunto de vital importancia.”¹⁰⁵

6. Las resoluciones tarifarias 2010 y 2011

129. El 16 de marzo de 2010 (es decir pocos días antes de que se realizara la cesión de las acciones de Tropigás y GNZ a las Demandantes), GNZ presentó una petición ordinaria de revisión de margen y ajuste de precios para el envasado de GLP (**“Petición de ajuste 2010”**)¹⁰⁶. Mientras que el margen del envasador propuesto por la ARESEP el 5 de enero de 2010 era de ₡45,025 por litro, GNZ solicitó un incremento de ₡41,364 por litro, para llegar a un margen total de ₡86,389 por litro.¹⁰⁷

130. En su petición, GNZ hizo referencia a que *“la falta de reglas claras convulsiona al mercado, especialmente en cuanto al intercambio de cilindros y envasado con cilindros de la competencia. Ello se agrava más aún por la ausencia de roles y presencia de algunos vacíos en la regulación y reglamentación por parte del MINAET y ARESEP”*.¹⁰⁸

131. El 30 de junio de 2010, la ARESEP publicó en La Gaceta No. 126, la Resolución No. 043-RCR-2010, del 17 de junio de 2010 (**“Resolución de margen 2010”**),¹⁰⁹ en la cual se fijó el margen para la industria del envasado de GLP en ₡54,142.¹¹⁰

132. La Resolución de margen 2010 también estableció en su inciso XI:

¹⁰⁵ R-22.

¹⁰⁶ R-24.

¹⁰⁷ Solicitud de Arbitraje, §37; R-24, pp. 17-18.

¹⁰⁸ R-24, p. 14.

¹⁰⁹ R-28.

¹¹⁰ R-28, p. 13.

*“Indicar a las empresas envasadoras de GLP que cuando un consumidor solicite el suministro de gas licuado contenido en cilindro, y si cuentan con los medios para prestar ese servicio de suministro, deberán hacerlo, sin importar quién es el propietario del cilindro. Esto lo pueden hacer mediante el intercambio del cilindro o bien llenándole el que entregue el usuario.”*¹¹¹

133. El 17 de marzo de 2011, GNZ presentó una nueva petición de fijación ordinaria de margen y ajuste de precio por litro para el envasado de GLP (**“Petición de ajuste 2011”**), solicitando un aumento del margen para el envasado hasta ₡105.496 por litro, respecto del margen vigente de ₡54,142 por litro.¹¹²

134. En su petición, GNZ expuso que *“la ARESEP ha venido fijando tarifas ruinosas, afectando directamente a Gas Nacional Zeta S.A. en su situación financiera y obligándole injustamente, a subsidiar el precio a favor de los usuarios, descapitalizando la empresa y poniendo en peligro el propio servicio público concesionado. Y desconoce de plano la protección especialísima a la inversión, que por ser de origen mexicano, le otorga el TLC Costa Rica-México”*.¹¹³

135. A continuación la petición de GNZ desarrolla una sección titulada *“El TLC-México-Costa Rica y la solución de conflictos”*, la cual concluye con el siguiente párrafo:

*“Así, Gas Nacional Zeta S.A., empresa de inversión mexicana, ha visto una constante desmejora de su inversión producto de las fijaciones tarifarias ruinosas, lo que conlleva daños y perjuicios cuantiosos, los cuales de conformidad con el TLC México-Costa Rica, vigente desde el 1 de enero de 1995, anterior a la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, se encuentra en posibilidad, y se reserva ese derecho, de hacer valer la protección absoluta de su inversión al amparo de dicho instrumento internacional.”*¹¹⁴

136. El 1 de junio de 2011, la ARESEP emitió la Resolución No. 500-RCR-2011 (**“Resolución de margen 2011”**),¹¹⁵ en la cual estableció que:

“las inconsistencias detectadas [en las peticiones de aumento] no permiten hacer un cálculo razonable del margen de distribución a nivel de envasado para la industria; por lo tanto, lo procedente es desestimar el monto del ajuste solicitado y, que fue calculado con base en la información estimada para el año 2011; sin

¹¹¹ R-28, inciso XI.

¹¹² R-25.

¹¹³ R-25.

¹¹⁴ R-25, pp. 51-54.

¹¹⁵ R-29.

embargo, dado que la inflación afecta el poder adquisitivo de los ingresos que aporta el margen vigente y además se ha ajustado el canon de regulación, el cual se incrementó como consecuencia de la implementación del programa de calidad; lo recomendable es que se actualice el margen vigente excluido el canon de regulación del 2010 utilizando la variación porcentual estimada para el año 2011 del Índice de Precios al Consumidor (IPC) y sumar al resultado obtenido el canon de regulación correspondiente al año 2011, el cual fue aprobado por la Contraloría General de la República.”¹¹⁶

137. La Resolución de margen 2011 decretó un incremento de ₡2.993 en el margen vigente de ₡54.142. Estableciendo un nuevo margen de envasado de ₡57.025 por litro.¹¹⁷

138. En la Resolución de margen 2011, la ARESEP también declaró en el inciso XIV:
“Indicar a las empresas envasadoras de GLP que cuando un consumidor solicite el suministro de gas licuado contenido en cilindro, y si cuentan con los medios para prestar ese servicio de suministro, deberán hacerlo, sin importar quién es el propietario del cilindro. Esto lo pueden hacer mediante el intercambio del cilindro o bien llenándole el que entregue el usuario.”¹¹⁸

139. El 9 de junio de 2011, GNZ presentó un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la Resolución de margen 2011, quejándose de que la misma no había respetado la metodología vigente, no había tomado en cuenta la fragilidad financiera de GNZ y tampoco había considerado debidamente la contabilidad y los costos planteados en la Petición de ajuste 2011.¹¹⁹

140. En octubre de 2011, las sociedades GNZ y Tropigás decidieron fusionarse, absorbiendo GNZ a Tropigás la cual desapareció, tal como consta en la protocolización de las actas de asamblea general de accionistas de ambas sociedades hecha ante notario público el 2 de noviembre de 2011.¹²⁰

141. La fusión de Tropigás y GNZ fue comunicada por el Sr. Noel Edmundo Bustillos Delgado, presidente de GNZ, a la DGTCC del MINAE y a la ARESEP el 16 de diciembre de 2011.¹²¹ En su comunicación, el Sr. Bustillos Delgado expuso a las autoridades de Costa Rica que *“Se trata de una reestructuración de dos sociedades de*

¹¹⁶ R-29, §16.

¹¹⁷ R-29, p.11.

¹¹⁸ R-29, inciso XIV.

¹¹⁹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §57; C-48 [el recurso presentado por GNZ no fue comunicado en este arbitraje].

¹²⁰ Anexo 12 de la Solicitud de Arbitraje.

¹²¹ Anexo 13 de la Solicitud de Arbitraje.

un mismo grupo económico, siendo que ambas pertenecen desde hace varios años al Grupo 'ZETA'.”

142. El 7 de diciembre de 2011, las Demandantes notificaron al COMEX su intención de celebrar consultas con el gobierno de Costa Rica de conformidad con el Artículo 9(1) del APPRI en relación al alegado incumplimiento por parte de Costa Rica de diversos Artículos del APPRI.¹²²
143. El 19 de febrero de 2013, las Demandantes presentaron su Solicitud de Arbitraje ante la Secretaría General del CIADI.
144. El 30 de septiembre de 2013, la Intendencia de Energía de la ARESEP emitió la resolución administrativa RIE-087-2013¹²³ resolviendo el recurso de revocatoria con apelación presentado por GNZ el 9 de junio de 2011 contra la Resolución de margen 2011. La Resolución estableció lo siguiente: *“considera esta intendencia que si con la información que constaba en el expediente no era posible realizar el cálculo del margen a nivel de la industria, lo correcto era haber rechazado por el fondo la petición de tarifas y no haber fijado el margen empleando procedimientos diferentes a los establecidos en la metodología vigente, puesto que emplear metodologías, métodos o modelos que no han sido aprobados mediante el procedimiento establecido en la Ley 7593, genera nulidad, de conformidad con la L.G.A.P.”.*
145. Y continúa más adelante: *“se desprende que existen vicios en el motivo y en el contenido de la resolución 500-RCR-2011, toda vez que la misma se fundamentó en un cálculo que no se apegó a la metodología tarifaria vigente. Así las cosas, el fundamento de la resolución recurrida debió ser el resultado arrojado por la metodología tarifaria vigente, a la luz de la reiterada línea jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia”.*
146. La resolución RIE-087-2013, finalmente decide: *“I. Declarar parcialmente con lugar el recurso de revocatoria contra la resolución 500 RCR-2011 de las 10:00 horas del 1 de junio de 2011 y consecuentemente anularla en forma parcial en lo que respecta al hecho de haber fijado la tarifa apartándose de la metodología vigente. II. Dimensionar los efectos de la anulación parcial de la resolución 500-RCR-2011 [...], en el sentido de mantener vigente el margen de envasado de GLP de ₡57,025 por litro vendido hasta que se fije una tarifa conforme a Derecho [...].”*¹²⁴

¹²² Anexo 14 de la Solicitud de Arbitraje.

¹²³ C-48.

¹²⁴ C-48.

147. Según las Demandantes, GNZ impugnó dicha resolución, y a la fecha de la audiencia de argumentos orales, en julio de 2014, este asunto no se había resuelto definitivamente.¹²⁵ Las Demandantes asimismo señalaron que la ARESEP también rechazó las solicitudes de aumento de margen y ajuste de precio presentadas por GNZ en el 2012 y el 2013.¹²⁶

7. La renovación de las concesiones

148. Las concesiones para las plantas de envasado de GNZ llegaron a su vencimiento el 30 de junio de 2013. Luego de ello, la ARESEP otorgó permisos temporales de tres meses a GNZ para la prestación del servicio público de distribución de GLP a través de las Plantas “el Coyol”,¹²⁷ “la Lima”,¹²⁸ “Guápiles”,¹²⁹ “Limón”,¹³⁰ y “Bagaces”.¹³¹ Dichas renovaciones se hicieron a título precario, condicionadas al cumplimiento integral de los requisitos técnicos según la legislación vigente, los cuales no se encontraban satisfechos al momento de realizarse las inspecciones en dichas plantas.

149. Durante la audiencia de alegatos orales, las Demandantes indicaron que luego de estas renovaciones temporales, durante el 2014 fueron otorgadas concesiones a las plantas de GNZ por un nuevo período de cinco años.¹³² Esta afirmación no fue contradicha por la Demandada.

8. La denuncia presentada por GNZ con respecto a ventas directas a la empresa Blue Flame

150. El 16 de diciembre de 2013, el Sr. Noel Edmundo Bustillos Delgado, en nombre de GNZ, envió una carta a la ARESEP para denunciar el hecho de que una compañía competidora de GNZ denominada *Blue Flame Fuel Technology Corporation S.A.* (“**Blue Flame**”), estaría beneficiándose, desde hace al menos un año, de una tarifa preferencial de RECOPE no autorizada por la ARESEP.¹³³

151. La carta concluye solicitando a la ARESEP “*que se investigue estas diferencias en los precios de ventas de Gas LP de RECOPE a Blue Flame con respecto a los precios de venta a Gas Zeta. Asimismo, pedimos que se tomen las medidas necesarias para que*

¹²⁵ Transcripción, p. 226, §§2-5.

¹²⁶ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §66; C-44 y C-45; Transcripción, p. 226, §§10-11.

¹²⁷ R-48.

¹²⁸ R-49.

¹²⁹ R-50.

¹³⁰ R-51.

¹³¹ R-52; Para la planta Bagaces, el permiso se otorgó únicamente para la distribución de cilindros, pero no para su envasado.

¹³² Transcripción, p. 124, §§14 y ss.

¹³³ C-40.

*se equiparen ambos precios y, en general, se garantice que ambas compañías presten este servicio en igualdad de condiciones (tanto técnicas como tarifarias), sometidos a las mismas regulaciones, controles y niveles de exigencia.”*¹³⁴

152. El 7 de abril de 2014, la Dirección General de Atención al Usuario de la ARESEP envió el oficio 1064-DGAU-2014/009494 a GNZ en relación con las denuncias hechas por esta última sobre la empresa Blue Flame.¹³⁵
153. En dicho oficio, la ARESEP expuso que, luego de recabar la información necesaria de RECOPE y de la propia empresa Blue Flame durante enero y febrero de 2014, la ARESEP había solicitado a la Intendencia de Energía que se pronunciara sobre si la empresa Blue Flame estaría autorizada para obtener los márgenes de venta que le estaba aplicando RECOPE.¹³⁶
154. El oficio continúa exponiendo que la Intendencia de Energía contestó mediante oficio de 2 de abril de 2014, indicando que Blue Flame no podía cobrar el margen de comercialización de combustible previsto para estaciones de servicio mixtas, ya que Blue Flame sólo contaba con un permiso para estaciones de servicio exclusivamente de GLP. Tampoco podía beneficiarse del margen de envasador pues a la Intendencia de Energía no le constaba que tuviera permiso para prestar el servicio de envasado de GLP.¹³⁷
155. En vista de lo anterior, según expone el oficio,¹³⁸ la ARESEP comunicó a RECOPE mediante oficio 1017-DGAU-2014/009242 de 3 de abril de 2014, que Blue Flame, en su condición de estación de servicio de GLP no podía obtener el margen de comercialización de combustible en estación de servicio, ni el margen de comercialización para envasadoras de GLP si la empresa no contaba con dicho permiso. Esta conclusión fue igualmente anunciada a la propia empresa Blue Flame.

VI. RESUMEN DE LA POSICIÓN DE LAS PARTES

A. Posición de la Demandada

156. La Demandada sostiene que el CIADI carece de jurisdicción y el Tribunal Arbitral carece de competencia pues la controversia sometida habría surgido antes de la

¹³⁴ C-40, §13.

¹³⁵ Oficio 1064-DGAU-2014/009494 (C-57).

¹³⁶ C-57.

¹³⁷ C-57.

¹³⁸ C-57.

realización de la supuesta inversión de las Demandantes, la cual habría sido realizada de mala fe en abuso del APPRI (1). Además, según la Demandada, las Demandantes no han demostrado ni siquiera un incumplimiento plausible del APPRI (2).

1. La reclamación constituye un intento abusivo de someter una controversia preexistente o previsible

157. La Demandada sostiene que las controversias que invocan las Demandantes son anteriores a su supuesta inversión (a), la cual fue realizada con el único propósito de poder someter al arbitraje previsto por el APPRI una diferencia preexistente o previsible (b).¹³⁹

a) Las controversias son preexistentes o previsibles

158. Según la Demandada, el verdadero controlador de las empresas costarricenses Tropicás y GNZ ha sido siempre el Grupo Zeta, de capital mexicano, y lo sigue siendo ahora a través de las Demandantes Cervin y Rhone.¹⁴⁰

159. La Demandada sostiene que las reclamaciones planteadas en el presente arbitraje corresponden a controversias entre Grupo Zeta y Costa Rica anteriores a su supuesta inversión, que han sido objeto de reclamaciones internacionales bajo el TLC Costa Rica-México.

160. La existencia y continuación de dichas diferencias se confirmaría por la invocación del TLC en la Petición de ajuste 2010 y por la comunicación diplomática de la embajadora de México en Costa Rica en octubre de 2010, según la cual la inversión mexicana en Costa Rica corría peligro en vista de una posible medida regulatoria de la Demandada.¹⁴¹ También es reconocida por las Demandantes, cuando afirman en sus escritos que las gestiones diplomáticas de 2010 “*tenían como único fin facilitar la resolución de la diferencia.*”¹⁴²

161. Al respecto, bajo el derecho internacional una diferencia surge cuando dos partes mantienen posiciones o intereses legales contrapuestos en torno a puntos de hecho o de derecho.¹⁴³ Para determinar la fecha en que surgió la controversia debe atenderse a

¹³⁹ Excepciones a la jurisdicción, § 86.

¹⁴⁰ Excepciones a la jurisdicción, §99.

¹⁴¹ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §143; R-25 y R-22.

¹⁴² Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §133, refiriéndose a Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §65.

¹⁴³ Excepciones a la jurisdicción, §102, citando *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.)*, 1924 P.C.I.J. (ser. B) No. 3, Judgment No. 2, 30 de agosto de 1924, (RL-18), p. 11.

su fuente o causa verdadera,¹⁴⁴ siendo que el criterio relevante es determinar si los hechos o consideraciones que dieron lugar a la diferencia original continúan ocupando un lugar central en la diferencia planteada ante el tribunal.¹⁴⁵

162. La Demandada también alega que el criterio para determinar la preexistencia de la diferencia es el de la identidad sustantiva, y no la identidad formal.¹⁴⁶
163. Según la Demandada, el origen o la fuente de las controversias que planteó el Grupo Zeta ante Costa Rica en el 2008 sigue siendo el aspecto clave de la diferencia sometida en este arbitraje: el deseo de las autoridades de Costa Rica de regular la industria de GLP y el deseo del Grupo Zeta de resistir a dicha regulación.¹⁴⁷
164. En particular, la Demandada se refiere a los aspectos en que se basan las reclamaciones de las Demandantes:

i. El llenado universal de cilindros

165. Costa Rica afirma que el tema de la autorización de llenado universal de cilindros venía siendo evocado por Tropigás desde al menos el 2006. Así, en la Petición de ajuste 2006, Tropigás expuso a la ARESEP: “[...] *algunos competidores han violentado un principio fundamental en la operación del mercado de GLP cual es, no envasar gas en cilindros propiedad de la competencia*”,¹⁴⁸ a lo que la ARESEP contestó en su Resolución de margen 2007 que: “[...] *cuando un consumidor lo solicite, y si cuentan con los medios para prestar el servicio de suministro, deberán hacerlo, sin importar quién es el propietario del cilindro. Esto lo puede hacer mediante el intercambio del cilindro o bien llenándole el que entregue el usuario.*”¹⁴⁹
166. Según la Demandada, los puntos de las resoluciones de margen de la ARESEP en 2010 y 2011 que ahora las Demandantes critican son prácticamente idénticos al punto de la Resolución de margen 2007, y la controversia sobre este aspecto es previa a la inversión de las Demandantes.¹⁵⁰ Ello es así con independencia de que la interpretación

¹⁴⁴ Excepciones a la jurisdicción, §105 citando la decisión *Phosphates in Morocco (Italy v. France)*, 1938, P.C.I.J. (ser. A/B) No. 74, Judgment No. 28, 14 de junio de 1938 (RL-20), §31-32.

¹⁴⁵ Excepciones a la jurisdicción, §105, citando *Empresas Luchetti S.A. and Luchetti Peru S.A. v. Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo, 7 de febrero de 2005 (“*Luchetti v. Perú*”) (RL-21), §50.

¹⁴⁶ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §104, citando *Pantehniki c. Albania*, Caso CIADI No. ARB/072, Award, 30 de julio de 2009, (RL-40), §67; y *Philip Morris International c. Uruguay*, caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre la jurisdicción, 2 de julio de 2013 (RL-41), §113.

¹⁴⁷ Excepciones a la jurisdicción, §§107, 109.

¹⁴⁸ R-23, p. 6.

¹⁴⁹ Resolución RRG-6535 de la ARESEP sobre margen y ajuste de 2007 (“**Resolución de margen 2007**”) (R-27).

¹⁵⁰ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §50.

que hacen las Demandantes sobre las afirmaciones de la ARESEP es errónea pues en Costa Rica siempre ha estado prohibido el llenado de cilindros ajenos.¹⁵¹

167. La Demandada sostiene que este mismo asunto también fue objeto de diversas reclamaciones por parte del Grupo Zeta ante el Gobierno de Costa Rica desde enero de 2008,¹⁵² en particular mediante:

- La Carta de 25 de enero de 2008 de Grupo Zeta a la Embajada de México en Costa Rica solicitando la intervención de esta última ante el gobierno de Costa Rica en representación de las empresas mexicanas;¹⁵³
- el Primer Aviso de Intención bajo el TLC México-Costa Rica de 9 de mayo de 2008;¹⁵⁴
- el Segundo Aviso de Intención bajo el TLC México-Costa Rica de 15 de octubre de 2008;¹⁵⁵ y
- la Carta de 19 de noviembre de 2009 de Grupo Zeta a la Embajada de México en Costa Rica solicitando la intervención de esta última ante el gobierno de Costa Rica en representación de las empresas mexicanas.¹⁵⁶

168. Según Costa Rica, la preocupación del Grupo Zeta siempre ha sido que las autoridades costarricenses permitan el llenado universal, siendo irrelevante el vehículo jurídico que empleen para ello, sea un decreto, un reglamento o una resolución. Lo relevante para apreciar si se trata de una disputa preexistente es la posición adversa que mantienen y han mantenido las Demandantes con Costa Rica respecto de la regulación del llenado universal de cilindros.¹⁵⁷

ii. La figura del Cliente Directo

169. Las Demandantes hacen referencia en su reclamación a la figura del Cliente Directo, cuya aplicación habría implicado una violación de la Ley de la ARESEP, así como del Artículo 4 numeral (2) y (3) del APPRI, por otorgar un trato menos favorable a las Demandantes respecto de los inversionistas de Costa Rica.¹⁵⁸

¹⁵¹ La Demandada rechaza el planteamiento de las Demandantes en el sentido de que en Costa Rica existiría una supuesta obligación de llenado universal de cilindros, y afirma que en realidad lo que existe es una obligación de prestar el servicio público de suministro de GLP cuando el usuario lo requiera. Ver Memorial de excepciones a la jurisdicción, §113 y Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §53.

¹⁵² Excepciones a la jurisdicción, §117.

¹⁵³ R-10, §2.

¹⁵⁴ R-11, sección II, apartado primero.

¹⁵⁵ R-14, sección I, apartado b.

¹⁵⁶ R-21, §8.

¹⁵⁷ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §48.

¹⁵⁸ Solicitud de Arbitraje, §60 (1) y (ii).

170. Según la Demandada, la figura del Cliente Directo viene aplicándose de manera invariable desde su implantación en 2002.¹⁵⁹
171. Además, el Grupo Zeta ya se había manifestado en contra de esta figura en el Segundo Aviso de Intención del 15 de octubre de 2008, es decir, incluso antes de que se hubieran constituido las Demandantes, al indicar que el volumen de venta exigido por la ley era irrisorio.¹⁶⁰

iii. El pago del canon de la ARESEP

172. Respecto de la reclamación de que el cobro del canon de la ARESEP perjudicaría a las Demandantes, pues al estar desfasado no les permite repercutir su coste a los consumidores finales, la Demandada también afirma que esta situación ya había surgido o era plenamente previsible con anterioridad a la fecha de la supuesta inversión, ya que el canon de la ARESEP y su procedimiento de cobro existen y se han mantenido invariables desde hace más de diez años antes de la supuesta inversión.¹⁶¹
173. En efecto, el cobro del canon como medio de financiación fue previsto por la Ley de la ARESEP en 1996,¹⁶² y el método de cálculo del canon fue establecido en el Reglamento de la Ley de la ARESEP en el 2001,¹⁶³ por tanto se trata de un aspecto anterior a la constitución de las Demandantes y que era plenamente conocido por el Grupo Zeta.¹⁶⁴
174. La Demandada insiste sobre la consistencia en la aplicación del canon por las autoridades costarricenses y al respecto señala, que en consideración de los volúmenes de venta de los años anteriores, la ARESEP decidió no cobrar el canon a los distribuidores en los años 2013 y 2014.¹⁶⁵

iv. Las Resoluciones de la ARESEP sobre ajustes de precio y margen

175. La Demandada sostiene que la Resolución de margen 2010 y la Resolución de margen 2011 de la ARESEP no dieron lugar a una nueva controversia, sino que se trataba de

¹⁵⁹ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §64.

¹⁶⁰ Excepciones a la jurisdicción, §131; R-14, sección II apartado b.

¹⁶¹ Excepciones a la jurisdicción, §§139-141.

¹⁶² R-4.

¹⁶³ R-37.

¹⁶⁴ Excepciones a la jurisdicción, §§139 y ss.

¹⁶⁵ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §164; R-66, R-67.

la continuación de la misma controversia que mantenía el Grupo Zeta con las autoridades de Costa Rica desde el 2008.¹⁶⁶

176. Según la Demandada, la inconformidad del Grupo Zeta respecto de los aumentos de margen de la ARESEP es preexistente pues esta autoridad siempre había concedido márgenes significativamente inferiores a los que solicitaba el Grupo Zeta y éste se había quejado en varias ocasiones al respecto, incluyendo las peticiones de ajuste de 2010 y 2011.¹⁶⁷
177. De hecho, en la Petición de Ajuste de 2011, el Grupo Zeta afirmaba que las fijaciones tarifarias de la ARESEP habían venido causando un grave perjuicio a su empresa “*de capital mexicano*” y que por ello se reservaba el derecho de activar los mecanismos previstos por el TLC Costa Rica-México.¹⁶⁸
178. En cualquier caso, la Demandada sostiene que la Petición de Ajuste 2010, al haber sido planteada el 16 de marzo de 2010, es anterior a la fecha de la supuesta inversión de las Demandantes que habría ocurrido el 31 de marzo de 2010.¹⁶⁹
179. Además, según la Demandada, este conflicto si no era previo era previsible. El Grupo Zeta planeó la presentación de las peticiones de ajuste de 2010 y 2011 de manera estratégica, previendo su resultado, con el objetivo de poder invocar la protección del APPRI,¹⁷⁰ pues aunque desde el 2006 ninguna envasadora había solicitado un ajuste, justo 2 meses después de haber constituido a las Demandantes se produce la Petición de Ajuste 2010 solicitando un aumento de más del 90%, seguida más tarde por la Petición de Ajuste 2011 solicitando un aumento de 181,9%, a pesar de que no había duda alguna que dichos incrementos jamás se concederían en su totalidad.¹⁷¹

b) La supuesta inversión de las Demandantes únicamente fue hecha para poder presentar una reclamación y constituye un abuso de proceso incompatible con la buena fe y el Derecho Internacional

180. La Demandada alega que el Grupo Zeta constituyó a las Demandantes en Suiza y adquirió las acciones de GNZ y Tropigás con el único propósito de invocar el APPRI y obtener acceso al mecanismo de resolución de controversias más favorable del

¹⁶⁶ Memorial sobre excepciones a la jurisdicción, §146 y ss.

¹⁶⁷ Excepciones a la jurisdicción, §148; Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §76; R-24, R-25, R-62.

¹⁶⁸ Excepciones a la jurisdicción, §150; R-25, p. 50.

¹⁶⁹ Excepciones a la jurisdicción, §152.

¹⁷⁰ Excepciones a la jurisdicción, §154.

¹⁷¹ Excepciones a la jurisdicción, §156.

CIADI,¹⁷² pues el TLC Costa Rica-México no proporcionaba esta posibilidad¹⁷³ para plantear una controversia existente o previsible.

181. Según la Demandada, el principio general de la buena fe exige que los tratados se interpreten y se cumplan de buena fe, y prohíbe el abuso de derecho, lo cual incluye su dimensión jurisdiccional, es decir el abuso de proceso.¹⁷⁴
182. La Demandada sostiene, basándose en varias autoridades legales¹⁷⁵, que la creación de personas jurídicas para invocar un tratado de inversión respecto de un diferencia ya surgida o razonablemente previsible es incompatible con la buena fe y que la inversión realizada de mala fe no será protegida por los tratados de inversión, en general,¹⁷⁶ y no cumplirá con el Artículo 2 del APPRI ni con el Artículo 25 del Convenio CIADI, en particular.¹⁷⁷
183. De acuerdo con la Demandada, la jurisprudencia en materia de inversiones ha aceptado reiteradamente aplicar el principio que prohíbe el abuso de derechos jurisdiccionales o procesales.¹⁷⁸ Así en el caso *Phoenix Action c. la República Checa*¹⁷⁹, se decidió que “no puede considerarse que los Estados hayan otorgado acceso al mecanismo de controversias del CIADI a las inversiones que no se hagan de buena fe”,¹⁸⁰ y la decisión del caso *Cementownia c. Turquía*¹⁸¹ estableció que la parte que hace una inversión con el sólo propósito de habilitar la jurisdicción arbitral, no actúa de buena fe, y por ello la transacción no será una inversión protegida.¹⁸²
184. Al evaluar si una inversión ha sido realizada de buena o mala fe, los tribunales deberán examinar la sustancia de la transacción, la sustancia de las operaciones comerciales

¹⁷² Excepciones a la jurisdicción, §22. Durante la Audiencia de argumentos orales la Demandada se refirió a las ventajas procesales de poder acudir al mecanismo CIADI, como la fuerza de los laudos y las restricciones para el no reconocimiento bajo este convenio. La Demandada también se refirió a las ventajas sustanciales del APPRI respecto del TLC Costa Rica-México, pues este último a diferencia del APPRI, no contempla la obligación de trato justo y equitativo, ver Transcripción, pp. 275, 276.

¹⁷³ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §93, 101, 138.

¹⁷⁴ Excepciones a la jurisdicción, §§80-82; RL-5; Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículos 26 y 31(1).

¹⁷⁵ Excepciones a la jurisdicción, §87 y ss., citando las decisiones *Phoenix Action v. The Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Award, 15 de abril de 2009 (“*Phoenix Action*”), (RL-8), §95; *Mobil v. Venezuela* (RL-6), §205; *Tidewater Inc. y otros c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre jurisdicción, 8 de febrero de 2013 (“*Tidewater c. Venezuela*”) (RL-13), §184; *Pac Rim Cayman v. El Salvador*, caso CIADI No. ARB/09/12, *Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections*, 1 de junio de 2012 (“*Pac Rim c. El Salvador*”) (RL-12); *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/30, Decisión sobre jurisdicción y fondo, 3 de septiembre de 2013 (“*ConocoPhillips c. Venezuela*”) (RL-14), §§271-281.

¹⁷⁶ Excepciones a la jurisdicción, §87 y ss.

¹⁷⁷ Transcripción, p. 269, §§11-17.

¹⁷⁸ Excepciones a la jurisdicción, §82; citando *Mobil Corporation et al. v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, *Decision on Jurisdiction*, 10 de junio de 2010 (“*Mobil v. Venezuela*”) (RL-6), §§169-176.

¹⁷⁹ *Phoenix Action*, (ver arriba nota al pie 178).

¹⁸⁰ *Phoenix Action*, §95.

¹⁸¹ *Cementownia ‘Nowa Huta’ S.A. v. Turkey*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/2, Award, 17 de septiembre de 2009 (“*Cementownia*”) (RL-9).

¹⁸² *Cementownia*, §154.

del inversor y el tiempo o la oportunidad de la transacción respecto del tiempo en que surgió la diferencia.¹⁸³

185. Según la Demandada, las transacciones de las Demandantes corresponden a una reorganización interna del mismo grupo,¹⁸⁴ el monto pagado por la adquisición de las empresas costarricenses es significativamente inferior al valor que Grupo Zeta ha declarado sobre su inversión en Costa Rica,¹⁸⁵ y no se ha establecido que las Demandantes tengan alguna otra inversión o actividad en Suiza o en Costa Rica.¹⁸⁶
186. Además, cuando la supuesta inversión fue hecha ya existían controversias entre el Grupo Zeta y Costa Rica, y había un reclamo internacional pendiente bajo el TLC Costa Rica-México.¹⁸⁷
187. Respecto de la alegación formulada por las Demandantes en el sentido de que ellas ya tenían acceso al CIADI a través del APPRI entre Costa Rica y los Países Bajos, la Demandada afirma que el tratado entre Costa Rica y los Países Bajos nunca fue invocado, y los anteriores accionistas de GNZ y Tropicás nunca plantearon una controversia bajo dicho tratado.¹⁸⁸
188. De hecho, según la Demandada, una vez que se planteó el Primer Aviso de Intención bajo el TLC Costa Rica-México, las empresas holandesas no hubieran podido invocar el APPRI Costa-Rica-Países Bajos, pues al ser dichas empresas un instrumento del control del Grupo Zeta, sería incompatible con el principio de buena fe que un elemento del control se desprenda de la controversia y reclame bajo otro tratado.¹⁸⁹ Ello sería contrario a la provisión del TLC Costa Rica-México que dispone que el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje se considerará como consentimiento a ese arbitraje con exclusión de cualquier otro mecanismo.¹⁹⁰
189. La Demandada además alega que Grupo Zeta ha venido solicitando y ha obtenido la intervención diplomática del gobierno mexicano respecto de sus controversias con Costa Rica¹⁹¹ mientras que paralelamente han constituido a las Demandantes y les han transferido las acciones de Tropicás y GNZ para presentar un procedimiento arbitral bajo el Convenio CIADI respecto de la misma controversia.¹⁹²

¹⁸³ Excepciones a la jurisdicción, §85.

¹⁸⁴ Anexo 13 a la Solicitud de Arbitraje, p. 1.

¹⁸⁵ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§145-147.

¹⁸⁶ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §148.

¹⁸⁷ Excepciones a la jurisdicción, §§92, 95.

¹⁸⁸ Transcripción, pp. 53, §§5 y ss.

¹⁸⁹ Transcripción, p. 56, §17- p. 57, §22, refiriéndose al art. 13.19 del TLC Costa Rica-México.

¹⁹⁰ Transcripción, p. 55, §22 – p. 59, §12.

¹⁹¹ R-22.

¹⁹² Excepciones a la jurisdicción, §§93-95.

190. Según la Demandada, el Grupo Zeta intenta de esta manera neutralizar el equilibrio de obligaciones y derechos establecido por el sistema del CIADI, y en particular por el Artículo 27 del Convenio CIADI, incurriendo así en un abuso de proceso incompatible con la buena fe bajo el derecho internacional.¹⁹³

191. La Demandada también sostiene que el abuso de proceso no requiere que exista un fraude o engaño sino simplemente el conocimiento de causa.¹⁹⁴ El abuso tampoco requeriría que exista un arbitraje previo, sino que bastaría la existencia o previsibilidad de una diferencia.¹⁹⁵

2. Las Demandantes no han alegado un incumplimiento plausible del APPRI

192. La Demandada sostiene que para poder establecer la jurisdicción del CIADI es necesario presentar argumentos plausibles, en base a hechos establecidos *prima facie*, sobre los pretendidos incumplimientos del APPRI.¹⁹⁶

193. Aunque la Demandada reconoce que la mayoría de la jurisprudencia admite que deben aceptarse *pro tem* como ciertos los hechos alegados para determinar si serían capaces de constituir una violación del tratado,¹⁹⁷ la parte que presente una reclamación ante el CIADI, sin embargo, debe establecer “*que su caso es suficientemente serio*”, es decir, que sus alegaciones son “*decentemente debatibles*”, para poder proceder al fondo.¹⁹⁸ La decisión en el caso *Salini c. Jordania*¹⁹⁹ también confirma que las Demandantes deben identificar hechos que plausiblemente puedan violar el APPRI, sin embargo las Demandantes no lo han hecho.

194. Según la Demandada, los hechos alegados por las Demandantes no pueden originar una violación del APPRI, pues se encuentran excluidos *rationae temporis* ya que son

¹⁹³ Excepciones a la jurisdicción, §§93 y ss.

¹⁹⁴ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §106 y ss. citando *Phoenix Action*, §§138-140; *Cementownia*, §§155-156.

¹⁹⁵ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§113 y ss. citando *Tidewater*, respecto del análisis sobre si las controversias serían “razonablemente previsibles”, y *ST-AD GmbH v. The Republic of Bulgaria*, CNUDMI, Caso CPA No. 2011-06, *Award on Jurisdiction*, 18 de julio de 2013 (“*ST-AD c. Bulgaria*”), (RL-36), §§419, 421, 422.

¹⁹⁶ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §150.

¹⁹⁷ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§154 y 155, citando la Opinión Separada de la Juez Rosalyn Higgins en el caso de las Plataformas Petroleras de Irán *Oil Platforms Case (Iran c. EE.UU.)*, ICJ Rep. 1996, *Judgment on Preliminary Objections* (RL-43) “*The only way in which, in the present case, it can be determined whether the claims of Iran are sufficiently plausibly based upon the 1955 Treaty is to accept pro tem the facts as alleged by Iran to be true and in that light to interpret Articles I, IV and X for jurisdictional purposes – that is to say, to see if on the basis of Iran’s claims of fact there could occur a violation of one or more of them*”; *Chevron Corporation et al. v. The Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2009-23, *Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility*, 27 de febrero de 2012, (“*Chevron v. Ecuador 3rd Interim Award*”), Part IV, p. 2; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Caso CIADI No. ARB/02/13, *Decision on Jurisdiction*, 15 de noviembre de 2004, (“*Salini c. Jordania*”) (CL-23), §151; *Teco Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/17, *Laudo*, 19 de diciembre de 2013, (“*Teco c. Guatemala*”), (CL-25), §445.

¹⁹⁸ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §155, citando *Chevron v. Ecuador 3rd Interim Award*, Part IV, p. 2, §4.7.

¹⁹⁹ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §157; *Salini c. Jordania* (CL-23), §163.

anteriores a la fecha de la inversión de las Demandantes (a), y en cuanto a los hechos posteriores a la supuesta inversión, estos se encuentran excluidos *rationae materiae*, pues nos son susceptibles de sustentar una violación plausible del APPRI (b).

a) Sólo podría haber violaciones del APPRI con posterioridad a la fecha de la inversión

195. Según la Demandada, los inversores no pueden reclamar bajo el APPRI sobre hechos que ocurrieron antes de realizar la inversión pues el APPRI no se aplica a dichos hechos.²⁰⁰
196. Tal como se expuso en la sección precedente, la Demandada sostiene que todas las reclamaciones de las Demandantes se basan en hechos anteriores a su inversión, pues el marco legal que regula la industria del GLP en Costa Rica no ha variado desde la fecha de la supuesta inversión y todas las conductas de las que se quejan las Demandantes se originaron antes de la supuesta inversión.²⁰¹

b) Las reclamaciones de las Demandantes no son susceptibles de constituir una violación del APPRI

197. La Demandada sostiene que la parte que hace una reclamación internacional debe poder demostrar de un modo plausible que su reclamación cae dentro del ámbito del consentimiento de las partes, es decir, en el presente caso, de las disposiciones del APPRI.²⁰²
198. Según la Demandada, el análisis jurisdiccional debe realizarse en dos pasos, un primer paso en el que se debe presumir que los hechos en que se sustenta el reclamo son verdaderos, salvo que carezcan evidentemente de fundamento, determinación que es *prima facie* y provisoria. En el segundo paso, el tribunal debe caracterizar objetivamente los hechos y determinar si caen dentro del ámbito del consentimiento de las partes, independientemente de la caracterización que las partes hayan hecho del mismo.²⁰³

²⁰⁰ Excepciones a la jurisdicción, §158 citando el Artículo 2 del APPRI: “*El presente Acuerdo se aplicará a inversiones en el territorio de una Parte Contratante efectuadas de conformidad con su legislación por inversionistas de la otra Parte Contratante, ya sea antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo.*”

²⁰¹ Excepciones a la jurisdicción, §§160-165.

²⁰² Excepciones a la jurisdicción, §§166-167, citando la decisión *Noble Energy Inc. y otros v. Ecuador*, Caso CIADI No. 05/12, decisión sobre jurisdicción, 5 de marzo de 2008 (“*Noble Energy c. Ecuador*”), §151.

²⁰³ Excepciones a la jurisdicción, §167, citando la decisión del Comité Ad Hoc de anulación en el caso *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Peru*, Caso CIADI No. ARB/03/28, Decisión del Comité ad hoc, 1 de marzo de 2011 (“*Duke Energy - Decisión sobre anulación*”), §118.

199. De acuerdo con la Demandada, ninguno de los hechos alegados por las Demandantes son capaces de violar el APPRI.
200. Respecto del llenado universal de cilindros, la Demandada afirma que en Costa Rica no hay ni se contempla razonablemente el establecimiento del llenado universal, ni de hecho ni de derecho, lo cual ha sido aclarado desde el 11 de septiembre de 2007,²⁰⁴ por lo cual no puede haber una violación del APPRI por este concepto.²⁰⁵
201. En cuanto a las reclamaciones sobre el canon, la Demandada afirma que la regulación sobre el canon no ha variado y sostiene que las Demandantes no han hecho ninguna alegación específica en este sentido. Además, la Demandada afirma que el canon no ha sido cobrado en los dos últimos años, por lo que la reclamación además de no ser plausible, carece de objeto.²⁰⁶
202. En relación a la figura del Cliente Directo, la Demandada insiste en que no ha habido cambio alguno en cuanto a su aplicación, y respecto de la reciente controversia con la empresa Blue Flame,²⁰⁷ sostiene que se trata de una queja que fue debidamente tramitada por la ARESEP conforme a la normativa aplicable²⁰⁸ y que el APPRI no puede servir como primera instancia para formular quejas de derecho interno.²⁰⁹
203. La Demandada además señaló que tampoco se ha establecido que los actos comerciales de RECOPE, como empresa estatal, pudieran comprometer la responsabilidad internacional de Costa Rica²¹⁰, y que en cualquier caso se trata de actos prohibidos por la legislación costarricense, por tanto no pueden considerarse actos del Estado.²¹¹
204. Finalmente, las decisiones de la ARESEP sobre aumento de margen tampoco permiten establecer un argumento plausible de violación del APPRI, pues no hubo un rechazo sino que simplemente se estableció un incremento de margen menor del solicitado. Además, las resoluciones de la ARESEP se aplicaron por igual a todos los concesionarios y las Demandantes no han ofrecido ningún elemento que denote arbitrariedad en la actuación de la ARESEP, la cual simplemente ejerció su función regulatoria.²¹² Las Demandantes tampoco han ofrecido indicios sobre el impacto adverso de estas decisiones de la ARESEP.²¹³

²⁰⁴ R-47.

²⁰⁵ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§160-162.

²⁰⁶ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§163-165.

²⁰⁷ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §85; C-40; Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §83; C-57.

²⁰⁸ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §66.

²⁰⁹ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §166.

²¹⁰ Transcripción, p. 236, §§9-15.

²¹¹ Transcripción, p. 246, §§16-19.

²¹² Memorial sobre excepciones a la jurisdicción, §§168-172;

²¹³ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §172.

205. En particular, la Demandada sostiene que la alegación de expropiación de las Demandantes carece de toda justificación y seriedad pues el 16 de noviembre de 2011, al notificar su fusión con Tropicás, GNZ indicaba a las autoridades de Costa Rica que su servicio de envasado y comercialización de GLP en Costa Rica “*continuará prestándose con toda normalidad y regularidad*”,²¹⁴ y actualmente sigue operando como el actor dominante del sector de GLP en Costa Rica.²¹⁵
206. Igualmente, la reclamación relativa a la inobservancia de obligaciones asumidas específicamente, según el Artículo 11(2) del APPRI, carecen de sustento pues Costa Rica no ha asumido obligaciones específicas respecto de las Demandantes, quienes no son titulares de las concesiones de GNZ.²¹⁶
207. No hay por tanto en la reclamación de las Demandantes ningún elemento objetivo que permita sustentar un reclamo por violación del APPRI.²¹⁷
208. En consecuencia, la Demandada sostiene que aunque el Tribunal considerase que no hubo abuso de proceso, los hechos reclamados no pueden ocasionar una violación del APPRI pues anteceden a la fecha de la supuesta inversión, y en cualquier caso no son capaces de constituir una violación plausible del APPRI.²¹⁸

B. Posición de las Demandantes

209. Las Demandantes sostienen que el CIADI tiene jurisdicción pues no existe el abuso de derecho alegado por la Demandada (1), además las Demandantes sí han planteado suficientemente un caso *prima facie* de violación del APPRI (2).

1. No existe abuso de derecho

210. Según las Demandantes, para configurar un abuso de derecho es necesario que concurren dos condiciones: que exista una controversia preexistente o razonablemente previsible, y que se manipule deliberadamente el acceso a la protección y al procedimiento arbitral que otorga un tratado de inversión, al cual no se tenía acceso o no estaba disponible.²¹⁹ La ausencia de cualquiera de estas condiciones separadamente impediría configurar el abuso de derecho.²²⁰

²¹⁴ Memorial sobre excepciones a la jurisdicción, §173; Anexo 13 de la Solicitud de Arbitraje, p. 2.

²¹⁵ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §170.

²¹⁶ Memorial sobre excepciones a la jurisdicción, §174; Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §174.

²¹⁷ Memorial sobre excepciones a la jurisdicción, §174.

²¹⁸ Excepciones a la jurisdicción, §§175-176.

²¹⁹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §5.

²²⁰ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §93.

211. En el presente caso no existe una controversia preexistente ni razonablemente previsible (a), y tampoco se ha incurrido en una manipulación deliberada para acceder a la protección del APPRI y al mecanismo del CIADI (b).

a) No existe una controversia preexistente o razonablemente previsible

212. Según las Demandantes, las diferencias del 2008-2009 nunca llegaron a constituir reclamaciones de arbitraje internacional (i), y además se referían a hechos (ii), personas (iii), y objetos (iv) diferentes de los planteados en este arbitraje.

i. Las diferencias anteriores no llegaron a constituir reclamaciones internacionales formales

213. Los avisos de intención de sometimiento a arbitraje bajo el TLC Costa Rica-México presentados por las empresas GNZ y Tropigás no constituyeron reclamos formales sino que únicamente operaban como un aviso para que las partes tengan la oportunidad de discutir y aclarar sus diferencias.²²¹

214. Las Demandantes afirman que GNZ y Tropigás, al ser sociedades costarricenses, no estarían legitimadas para presentar una demanda de arbitraje bajo la sección B del Capítulo XIII del TLC Costa Rica-México.²²² Además, los inversionistas titulares de las acciones de Tropigás y GNZ en aquella época nunca manifestaron por escrito a Costa Rica su consentimiento al arbitraje ni su renuncia a los tribunales judiciales según lo dispone el Artículo 13-22 del TLC Costa Rica-México.²²³

215. Según las Demandantes, en definitiva, los inversionistas titulares en aquella época de las acciones de Tropigás y GNZ nunca hicieron la notificación de arbitraje requerida por el Artículo 13-38 del TLC Costa Rica-México.²²⁴

216. En relación con el argumento de que las Demandantes recurrieron a la protección diplomática en contravención del sistema de protección del CIADI, las Demandantes sostienen que la prohibición de otorgar protección diplomática según el Artículo 27 del Convenio CIADI sólo se aplica cuando el inversor de dicho Estado ha consentido en someter su controversia a arbitraje,²²⁵ sin embargo las Demandantes, Cervin y Rhone, han sido las únicas que han consentido en someter su controversia a arbitraje

²²¹ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§43-45.

²²² Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§47-49; Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §25.

²²³ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§51-53; Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §25.

²²⁴ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§55-56.

²²⁵ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§58-59.

bajo el APPRI en el presente caso y en ningún momento han solicitado la protección diplomática de la Confederación Suiza.²²⁶

217. Respecto de las actuaciones escritas llevadas a cabo por el gobierno mexicano, las mismas deben considerarse como gestiones diplomáticas informales y no constituyen medidas prohibidas de protección diplomática conforme al Artículo 27 del Convenio CIADI.²²⁷

218. De cualquier manera, dichas intervenciones no podrían tener efecto alguno en la competencia del Tribunal Arbitral pues la declinación de competencia no es un recurso disponible en el contexto del Artículo 27 del Convenio CIADI.²²⁸

ii. Las reclamaciones bajo el TLC se referían a distintos hechos

219. Las controversias de Tropigás y GNZ contra el Gobierno de Costa Rica en los años 2008 y 2009 se referían a dos divergencias específicas y distintas: la revocación por parte de la ARESEP de las concesiones para prestar el servicio público de GLP a Tropigás y GNZ el 12 de diciembre de 2007, y la eventual aprobación del Proyecto de Decreto que implementaría el llenado universal de cilindros de GLP.²²⁹

220. Dichas divergencias finalmente no surtieron efectos pues en junio de 2008 se concedieron nuevas autorizaciones a las empresas Tropigás y GNZ, y el Proyecto de Decreto nunca entró en vigor. Además dichas diferencias son distintas de las actuales reclamaciones de las Demandantes.

221. Según las Demandantes, en el presente arbitraje se reclama la “*ilegal, arbitraria, e injustificada aplicación e inobservancia por parte de las autoridades regulatorias del marco legal vigente en Costa Rica para la industria del GLP*”.²³⁰ En particular las reclamaciones de las Demandantes se refieren a:

a. *Las resoluciones de la ARESEP sobre ajuste de precio y margen en 2010 y 2011*

222. Según las Demandantes, las resoluciones tarifarias emitidas por la ARESEP en 2010 y 2011, mediante medidas no razonables y discriminatorias, omitieron por completo

²²⁶ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §60.

²²⁷ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §65, citando la decisión *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/00/5, Decisión sobre Competencia, 27 de septiembre de 2001 (“*Aucoven c. Venezuela*”) (CL-6), §§138-140.

²²⁸ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §67 citando *Aucoven c. Venezuela*, §140.

²²⁹ Excepciones a la jurisdicción, §35; R-11; R-12;

²³⁰ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §75; Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §16.

utilizar la metodología y reglas previstas en la legislación de la materia para resolver las peticiones de aumento de margen tarifario presentadas por GNZ.²³¹ Esto fue reconocido por la Intendencia de Energía de Costa Rica, sin embargo las tarifas se mantuvieron, y en los años 2012 y 2013 la ARESEP también rechazó sin sustento ni motivación nuevas peticiones de revisión planteadas por GNZ.²³²

223. Al respecto la comparación que hace la Demandada con los márgenes autorizados por la ASEREP en años anteriores es irrelevante para determinar si las fijaciones de los años 2010 y 2011 fueron contrarias al APPRI.²³³
224. La Demandada se limita a afirmar que la inconformidad respecto de las resoluciones tarifarias es preexistente, sin embargo no lo ha probado.²³⁴ La afirmación de GNZ en su Petición de ajuste 2011, de que la ARESEP “*ha venido estableciendo tarifas ruinosas*” es posterior a la Resolución de Ajuste 2010,²³⁵ y anteriormente, cuando la ARESEP emitió la Resolución de margen 2007, Tropicigás no presentó ningún recurso contra esta resolución sino que manifestó que debería mantenerse.²³⁶ De hecho, previamente a las Resoluciones de 2010 y 2011 no existe ningún procedimiento administrativo o judicial interno entre GNZ y Tropicigás y la ARESEP derivado de tarifas o márgenes.²³⁷
225. Según las Demandantes, también es irrelevante que GNZ hiciera referencia a la protección del TLC Costa Rica-México en la Petición de Aumento 2011, pues en definitiva GNZ nunca presentó una reclamación formal conforme a dicho Tratado.²³⁸
226. En cuanto al alegato de que las peticiones fueron hechas de mala fe para preparar una reclamación internacional, las Demandantes afirman que su única intención al plantear las peticiones de ajuste en 2010 y 2011 era que Costa Rica decidiera las mismas de acuerdo a las reglas de derecho aplicables.²³⁹

²³¹ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §84.

²³² Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §66; C-44, C-45.

²³³ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §88.

²³⁴ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §89.

²³⁵ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §58.

²³⁶ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §90; C-41.

²³⁷ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §57.

²³⁸ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §92.

²³⁹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§60-61.

b. *El llenado universal de cilindros*

227. Las Demandantes sostienen que la ARESEP, a través de sus Resoluciones 2010 y 2011, impuso a los concesionarios el llenado universal de cilindros, de manera injustificada, arbitraria, y en contra del marco regulatorio vigente.²⁴⁰
228. Según las Demandantes, no puede admitirse que la controversia sobre este aspecto se remonte a la Resolución RRG-6535 de la ASEREP de mayo de 2007,²⁴¹ pues luego de ello, el 24 de junio de 2008, el MINAE otorgó a GNZ y Tropigás las concesiones para la prestación de servicio público de envasado, almacenamiento, distribución y venta de GLP, y en todas y cada una de las concesiones se establecía una prohibición de llenar o retener de forma indebida cilindros de otras plantas envasadoras.²⁴² También en el 2008 se habrían publicado las resoluciones RDGTCC-106-2005 y RDGTCC-100-2006 que prohibían expresamente el llenado universal.²⁴³ Después de ello, la situación vuelve a cambiar con las resoluciones de 2010 y 2011, que no fueron seguidas de ningún acto jurídico *erga omnes* para impedir sus consecuencias.²⁴⁴
229. Finalmente, a diferencia de los hechos anteriores a los que se refiere la Demandada, la reclamación de las Demandantes no se refiere a ningún proyecto de ley o reglamento relacionado con el llenado universal, sino a la conducta arbitraria y desmedida de la ARESEP al imponer discrecionalmente medidas contrarias al marco regulatorio.²⁴⁵
230. Las Demandantes sostienen que al respecto es irrelevante que Tropigás y GNZ hayan expresado, desde el 2008 hasta el 2011 su postura respecto de la implementación de un sistema de llenado universal, pues solamente en la medida en que los proyectos reglamentarios hubieran entrado en vigor, se podría haber configurado una violación del TLC Costa Rica-México, y solamente en tal caso hipotético, la reestructuración de la inversión para poder acceder a la protección de un tratado al que no se tuviera acceso anteriormente, implicaría abuso de proceso.²⁴⁶

c. *El canon cobrado por la ARESEP*

231. Respecto de la reclamación sobre el cobro del canon, las Demandantes afirman que su reclamación se refiere a que a partir del 2010, las autoridades reguladoras del sector

²⁴⁰ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§96-99.

²⁴¹ R-27.

²⁴² Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §101; C-30; C-31; C-32; C-33 y C-34, 3º Resolutivo, inciso f.

²⁴³ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §49; C-23 y C-24.

²⁴⁴ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §49.

²⁴⁵ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §102.

²⁴⁶ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §37.

no han aplicado los criterios, principios y obligaciones previstos en la legislación, en particular respecto de la incorporación del canon en las tarifas de manera que sea neutro para las distribuidoras.²⁴⁷

232. Las Demandantes sustentan su alegato en diversos oficios de la Contraloría General de la República de Costa Rica en los que esta entidad de control había establecido que la ARESEP debía incorporar el canon en la tarifa que los concesionarios de servicios públicos cobran a los clientes finales.²⁴⁸
233. Las Demandantes se quejan también, de que la ARESEP ha instruido, o cuando menos permitido, que desde 2010 RECOPE cobre directamente tres diferentes cánones a los concesionarios.²⁴⁹

d. La figura del Cliente Directo

234. Las Demandantes rechazan que la reclamación relacionada con la figura del Cliente Directo sea la prolongación de una anterior controversia de Grupo Zeta, pues además de que las reclamaciones durante 2008 y 2009 nunca desembocaron en un procedimiento de arbitraje, las mismas no se referían a la figura del Cliente Directo.²⁵⁰
235. Respecto de la frase del Sr. Bustillos contenida en el Segundo Aviso de Intención,²⁵¹ en la que afirma que el volumen mínimo exigido a los usuarios finales para poder comprar a precio plantel era “*irrisorio*”, la misma no puede considerarse como la cristalización de una disputa sobre este particular. Dicha manifestación se refería a cierta provisión del Proyecto de Decreto que hubiera permitido ventas a granel en cilindros por parte de RECOPE hacia los clientes directos.²⁵²
236. En cualquier caso, las Demandantes sostienen que su reclamación no se dirige contra la legislación vigente ni contra la figura del Cliente Directo en sí misma, sino contra las conductas arbitrarias y discriminatorias de las autoridades regulatorias al aplicar dicha legislación, generando una desigualdad de trato entre las distribuidoras y los clientes directos.²⁵³ En particular las Demandantes se refieren al caso de una empresa denominada “Blue Flame” a la que RECOPE habría vendido GLP en condiciones de

²⁴⁷ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §74 y ss.

²⁴⁸ C-49, C-50, C-51, C-52.

²⁴⁹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §77; C-53, C-54, C-55.

²⁵⁰ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §85.

²⁵¹ R-14, sección II, apartado b.

²⁵² Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §107.

²⁵³ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §108; Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §81.

Cliente Directo a pesar de no cumplir las condiciones para ello, y a pesar de que esta irregularidad fue establecida por la ARESEP, no se han tomado medidas al respecto.²⁵⁴

iii. Las partes en este arbitraje no son las mismas partes que participaron en los hechos y disputas anteriores

237. Según las Demandantes, por una parte la Demandada pretende que el Tribunal utilice criterios distintos al previsto en el Artículo 1(1)(b) del APPRI para determinar si efectivamente las Demandantes pueden ser consideradas como inversionistas legítimos que actúan de buena fe.²⁵⁵

238. Por otra parte, las Demandantes sostienen que no deberían admitirse argumentos basados en teorías sobre “entidades económicas únicas” que sólo han sido utilizadas excepcionalmente en casos sobre competencia económica pero que no tienen aceptación en el arbitraje internacional.²⁵⁶

iv. Las causas de acción son diferentes

239. En cuanto a las causas de acción, las Demandantes sostienen que las empresas Tropigás y GNZ no sometieron formalmente ninguna reclamación bajo el TLC Costa Rica-México ni bajo ningún otro tratado internacional. Asimismo, las Demandantes no han planteado la presente controversia ante otro tribunal arbitral o judicial ni antes ni después de la iniciación de este arbitraje, por lo tanto el presente arbitraje es el único foro donde sus derechos pueden ser protegidos.²⁵⁷

240. En conclusión, de acuerdo con las Demandantes, los hechos anteriores que motivaron los avisos de intención bajo el TLC Costa Rica-México no se identifican con las reclamaciones actuales ni tampoco ocupan una posición central en las reclamaciones presentadas en este arbitraje, por tanto, aun en el caso de que existiese una reestructuración deliberada de la inversión no podría configurarse un abuso de proceso.²⁵⁸

²⁵⁴ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§83-84; C-57.

²⁵⁵ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §114.

²⁵⁶ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §114; CL-13.

²⁵⁷ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§121, 122, citando la decisión *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 3 de septiembre de 2001 (“*Lauder c. República Checa*”) (CL-16), §§ 171, 174.

²⁵⁸ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§93-96, citando *Pac Rim c. El Salvador* (RL-12), 2.4.1-2.4.3; *Tidewater c. Venezuela* (RL-13), §184; *Mobil c. Venezuela* (RL-6), §§203-205.

b) Tampoco hubo una reestructuración deliberada para acceder a una protección a la que no se tuviera acceso previamente

241. En primer lugar, según las Demandantes es incorrecto lo afirmado por la Demandada en el sentido de que el abuso se puede caracterizar por la existencia de reestructuraciones dirigidas a obtener acceso a un mecanismo de resolución de controversias específico, como el CIADI. Las Demandantes en cambio sostienen que los antecedentes citados se refieren a reestructuraciones que permitieron el acceso a un mecanismo de resolución de controversias mediante arbitraje en casos en que simplemente no se disponía de esta posibilidad, independientemente del reglamento de arbitraje aplicable.²⁵⁹
242. De cualquier manera, las Demandantes rechazan haber realizado cualquier manipulación en su estructura corporativa que tuviera como único y exclusivo propósito beneficiarse de la protección y el procedimiento arbitral que otorga el CIADI, pues ya tenían la posibilidad de someter la controversia al mecanismo de arbitraje internacional del CIADI bajo otro tratado.²⁶⁰
243. En efecto, desde mayo de 1998 hasta marzo de 2010, GNZ y Tropigás fueron propiedad exclusiva de las sociedades Briand y Grenelle, constituidas en los Países Bajos,²⁶¹ y Costa Rica celebró un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones con los Países Bajos (“**APPRI Costa Rica-Países Bajos**”) que se encuentra en vigor desde el 5 de marzo de 2001,²⁶² por lo tanto Briand y Grenelle gozaban de la calidad de inversionistas bajo el APPRI Costa Rica-Países Bajos, y su inversión estaba protegida por dicho tratado.
244. El APPRI Costa Rica-Países Bajos contempla la posibilidad de resolver controversias ante el CIADI o un tribunal *ad hoc* bajo las reglas CNUDMI,²⁶³ y las disposiciones sustantivas del APPRI son esencialmente análogas a las contenidas en el APPRI.²⁶⁴
245. Por tanto, la adquisición de las acciones de Tropigás y GNZ por Rhone y Cervin no proporcionó un mecanismo de solución de controversias del que no se dispusiera anteriormente ni brindó una ventaja procesal o sustancial a las inversiones, y

²⁵⁹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§101-102.

²⁶⁰ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §103.

²⁶¹ Ver más arriba §§8-9; C-60 a C-67.

²⁶² C-68.

²⁶³ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, § 105; C-68, art. 9.

²⁶⁴ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§106-107.

- contrariamente a lo alegado por la Demandada, no fue planeado expresamente para poder demandar a Costa Rica en este arbitraje.²⁶⁵
246. De acuerdo con las Demandantes la verdadera motivación de la adquisición de GNZ y Tropicás por Cervin y Rhone consiste en las oportunidades económicas, financieras y fiscales que ofrece la Confederación Suiza, que motivaron igualmente la constitución de otras empresas controladas por el Sr. Miguel Zaragoza Fuentes en dicho país.²⁶⁶
247. Las Demandantes también sostienen que corresponde a la parte que alega la ocurrencia de un abuso de proceso, probar sus alegaciones, pero la Demandada no lo ha hecho.²⁶⁷
248. Por otra parte, los precedentes invocados por la Demandada en materia de abuso de procedimiento²⁶⁸ no son aplicables al presente caso, pues se refieren a situaciones en las que se establecieron elementos fraudulentos o deshonestos por parte de los inversionistas, mientras que en el presente caso la Demandada no ha presentado ninguna evidencia sobre la existencia de actos fraudulentos o deshonestos atribuibles a las Demandantes.²⁶⁹
249. Al contrario de lo ocurrido en otros casos en los que se ha establecido abuso de derecho,²⁷⁰ en el presente caso las Demandantes no presentaron su reclamación inmediatamente después de la Resolución de margen 2010, sino que esperaron un año antes de presentar la nueva petición de aumento de margen y ajuste de precios en 2011, y luego de la Resolución de margen 2011, esperaron cerca de un año más antes de presentar la Solicitud de Arbitraje.²⁷¹
250. Las Demandantes añaden que aun si se considerase que los hechos de 2008 y 2009 fueran los mismos, y aunque se hubieran hecho reclamaciones internacionales formales al respecto, de cualquier manera el Tribunal debería considerar que tiene jurisdicción y que no se trata de un proceso abusivo, pues tal como lo decidió el tribunal del caso *CME c. República Checa*,²⁷² el hecho de presentar reclamaciones

²⁶⁵ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§109-110.

²⁶⁶ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §111.

²⁶⁷ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §125, citando *Pac Rim c. El Salvador*, §§2 y 14; y *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Caso CPA No. 34877, *Interim Award*, 1 de diciembre de 2008, (“*Chevron v. Ecuador Interim Award*”) (CL-18).

²⁶⁸ *Phoenix Action* (RL-8); *Cementownia* (RL-9).

²⁶⁹ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§126-129.

²⁷⁰ *Phoenix Action* y *Cementownia*.

²⁷¹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§67-68.

²⁷² *CME Czech Republic B.V. vs. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 de septiembre de 2001 (“*CME v. República Checa*”) (CL-17), §412: “*There is also no abuse of the Treaty regime by Mr. Lauder in bringing virtually identical claims under two separate Treaties [...] Should two different Treaties grant remedies to the respective claimants deriving from the same facts and circumstances, this does not deprive one of the claimants of jurisdiction, if jurisdiction is granted under the respective Treaty*”.

virtualmente idénticas bajo dos tratados diferentes no implica abuso del régimen de protección de los tratados.²⁷³

251. Finalmente, respecto del argumento invocado por la Demandada de que al no ser de buena fe, la inversión de las Demandantes no merece protección,²⁷⁴ las Demandantes señalan que esto no constituye una regla absoluta pues algunos tribunales arbitrales han considerado que la buena fe no es un requisito de la definición de inversión.²⁷⁵

2. Sí se ha establecido una violación *prima facie* del APPRI

252. Las Demandantes sostienen que sí existe una violación *prima facie* del APPRI, ya que todas sus reclamaciones se refieren a conductas, actos y omisiones específicas atribuibles a las autoridades reguladoras del sector de GLP en Costa Rica quienes arbitraria e injustamente han dejado de aplicar el marco regulatorio y han causado daños a las inversiones de las Demandantes.²⁷⁶

253. Los reclamos identificados por la Demandantes en su escrito de Contestación sobre excepciones a la jurisdicción son: “(i) violaciones cometidas por la ARESEP en sus Resoluciones Tarifarias de 2010 y 2011; (ii) imposición arbitraria del llenado universal a través de las resoluciones aludidas; (iii) omisión arbitraria e ilegítima de la legislación del sector; (iv) violaciones sobre la ausencia de ejercicio de facultades en materia de competencia desleal y propiedad intelectual; (v) conductas caprichosas en la recaudación del canon; (vi) imposición arbitraria e injustificada de un nuevo canon; (vii) violaciones de trato nacional a favor de RECOPE y las vinculadas a la figura de “Cliente Directo”; (viii) violaciones de trato nacional respecto al otorgamiento de subsidios a otros prestadores de servicios públicos; (ix) adopción de diversas medidas y conductas con efectos equivalentes a la expropiación de las inversiones y rentas de las Demandantes; (x) inobservancia en las obligaciones asumidas frente a las inversiones de las Demandantes, quienes son titulares de concesiones de servicios públicos otorgadas por ley.”²⁷⁷

254. Las Demandantes sin embargo aceptaron durante las audiencias²⁷⁸ que dichas reclamaciones se subsumían en cuatro reclamaciones con relación al sistema de

²⁷³ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §131.

²⁷⁴ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§177-178.

²⁷⁵ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, nota al pie 125, citando *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, caso CIADI No. ARB/07/20, Award, 14 de julio de 2010 (“*Saba Fakes c. Turquía*”) (CL-32).

²⁷⁶ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §133.

²⁷⁷ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §76.

²⁷⁸ Transcripción, p. 114, §4 y ss.

llenado universal de cilindros, el sistema de clientes directos, las revisiones tarifarias y los cánones de la ARESEP.²⁷⁹ Las Demandantes expresamente aceptaron que, al determinarse sobre dichas cuatro reclamaciones, el Tribunal Arbitral resolvería en su totalidad los temas a decidir en esta fase del arbitraje.²⁸⁰

255. Según las Demandantes, dichos hechos habrían ocasionado la violación por parte de Costa Rica de sus obligaciones bajo el APPRI, en particular respecto de protección y tratamiento bajo el Artículo 4, expropiación bajo el Artículo 5, y otros compromisos bajo el Artículo 11.²⁸¹
256. Al tratarse de una determinación *prima facie*, el Tribunal deberá establecer únicamente si los hechos alegados por las Demandantes, en caso de ser demostrados, son capaces de constituir una violación del APPRI.²⁸²
257. Según las Demandantes el Tribunal deberá asumir que los hechos alegados por ellas son ciertos, a menos que resulten evidentemente increíbles, frívolos, vejatorios o desarrollados de mala fe. Las cuestiones factuales deben ser aceptadas provisionalmente pues en la etapa de fondo habrá una oportunidad para que sean examinadas y rebatidas.²⁸³
258. Las Demandantes sostienen haber presentado y fundamentado hechos que caen dentro del ámbito del consentimiento de las partes y sustentan plenamente las reclamaciones del presente arbitraje, aunque su alcance y consecuencias deban ser discutidos en la fase de méritos.²⁸⁴
259. La falta de debido proceso en el contexto de los procedimientos administrativos de revisión tarifaria conforman un incumplimiento del estándar mínimo,²⁸⁵ mientras que la imposición de llenado universal a través de resoluciones tarifarias por parte de la ARESEP representa una ausencia de protección y seguridad jurídica plenas, según el Artículo 4(1) del APPRI, y constituyen además medidas de efectos equivalentes a una expropiación de las inversiones y rentas de las Demandantes.²⁸⁶ Además, las conductas de Costa Rica han obstaculizado mediante medidas discriminatorias o no razonables

²⁷⁹ Ver más arriba, §63.

²⁸⁰ Transcripción, p. 115, §2-7.

²⁸¹ Solicitud de arbitraje, §58.

²⁸² Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §135, citando *Emilio Augusto Maffezini vs. The Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/97/7, *Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction*, 25 de enero de 2000 (“*Maffezini c. España*”), §69; y *Noble Energy c. Ecuador*, §165.

²⁸³ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §137, citando *Chevron v. Ecuador-3rd Interim Award*, §4.6.

²⁸⁴ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §141.

²⁸⁵ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §142, citando *Teco Guatemala Holding LLC vs. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Laudo, 19 de diciembre de 2013 (“*Teco c. Guatemala*”), §§457, 458.

²⁸⁶ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción §143.

la administración, el uso, el disfrute, la extensión o la enajenación de las inversiones de las Demandantes.²⁸⁷

260. Respecto del cobro de los cánones, las Demandantes sostienen que precisamente la falta de cambios en los mecanismos de cálculo y la aplicación del canon, en contra de lo prescrito por la Contraloría, es la que ha causado pérdidas y daños a las inversiones de las Demandantes.²⁸⁸ Además las Demandantes afirman que desde 2010 hasta el 2012 RECOPE ha cobrado directamente a GNZ tres diferentes cánones, que dejaron de cobrarse a partir del 2013.²⁸⁹

261. Las Demandantes consideran entonces que es evidente la existencia de violaciones plausibles del APPRI, pues los hechos alegados, en caso de ser probados, permitirían configurar el incumplimiento de las obligaciones internacionales de Costa Rica.²⁹⁰

VII. PETICIONES DE LAS PARTES

A. Peticiones de la Demandada

262. En su Memorial de Réplica sobre las Excepciones a la Jurisdicción, la Demandada planteó las siguientes peticiones al Tribunal Arbitral:

1. Declarar que el CIADI carece de jurisdicción y el Tribunal carece de competencia porque las Demandantes intentan someter a arbitraje bajo el APPRI una diferencia que surgió antes de la constitución de las Demandantes y de la fecha de su supuesta inversión, y por lo tanto dicha inversión no es una hecha de buena fe y cae fuera del alcance tanto del Convenio CIADI como del APPRI;
2. En subsidio, declarar que el CIADI carece de jurisdicción y el Tribunal carece de competencia porque los hechos en que las Demandantes fundamentan sus reclamos ocurrieron antes de la fecha de su supuesta inversión, y en todo evento, los hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de dicha supuesta inversión no son capaces de sustentar una violación plausible del APPRI;
3. Dictar un laudo poniendo fin al presente procedimiento; y

²⁸⁷ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §145.

²⁸⁸ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §121.

²⁸⁹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §122; C-53 a C-55.

²⁹⁰ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §146; Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §124.

4. Ordenar que las Demandantes paguen todas las costas del arbitraje, incluyendo el reembolso de los anticipos pagados por la Demandada, y que paguen a la Demandada todas las costas legales incurridas para la defensa de este asunto.

B. Peticiones de las Demandantes

263. En su Memorial de Dúplica sobre Excepciones a la Jurisdicción, las Demandantes plantearon las siguientes peticiones al Tribunal Arbitral:
1. Desestimar y rechazar todas y cada una de las objeciones a la jurisdicción presentadas por la República de Costa Rica;
 2. Declararse con jurisdicción para conocer y resolver las disputas sometidas al Centro por las Demandantes;
 3. Adoptar las acciones necesarias para la continuación de este procedimiento arbitral que permitan a este Tribunal resolver sobre el fondo del asunto;
 4. Se ordene a la Demandada el pago inmediato de todos los gastos en que incurran las Demandantes al concluir esta etapa jurisdiccional.

VIII. RAZONAMIENTO DE LA DECISIÓN

264. Según el acuerdo de las Partes, plasmado en la Resolución Procesal n° 1, el presente arbitraje fue bifurcado en una fase relativa a las objeciones de la Demandada sobre la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal Arbitral, y una fase sobre el fondo.²⁹¹ Las Partes por tanto acordaron que el Tribunal Arbitral se determinaría sobre su jurisdicción en base a los escritos y a las pruebas aportadas en la primera fase del arbitraje. La presente decisión decide por tanto únicamente sobre las objeciones de la Demandada sobre la competencia del Tribunal Arbitral y la jurisdicción del CIADI.

A. Introducción

265. La jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal se rigen por las disposiciones del Artículo 25 del Convenio CIADI y por las disposiciones del APPRI.
266. El Artículo 25 (1) del Convenio CIADI en su sección pertinente dispone:

“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

²⁹¹ Resolución Procesal n° 1, sección 14.

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.”

267. El Artículo 2 del APPRI dispone:

“Ámbito de aplicación

El presente Acuerdo se aplicará a inversiones en el territorio de una Parte Contratante efectuadas de conformidad con su legislación por inversionistas de la otra Parte Contratante, ya sea antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo.”

268. El Artículo 9 del APPRI dispone:

“Disputas entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante

(1) Con el propósito de resolver disputas en relación con inversiones entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante, se efectuarán consultas entre las partes interesadas con el fin de resolver el caso de manera amigable.

(2) Si de estas consultas no resulta una solución dentro de los seis meses desde la fecha de notificación escrita para celebrar consultas, el inversionista podrá remitir la controversia ya sea a los tribunales nacionales de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o a un arbitraje internacional.

(3) En caso que el inversionista decida remitir la disputa a un tribunal nacional, esta decisión será definitiva. Las Partes Contratantes se abstendrán de interferir con los procedimientos ante los tribunales nacionales.

(4) Si el inversionista decide remitir la disputa a un arbitraje internacional, tiene la opción de elegir entre cualquiera de los siguientes:

a) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido por el “Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965; o

b) a un tribunal de arbitraje ad hoc, a menos que se acuerde de otra manera por las partes de la disputa, deberá ser establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI).

Ambas Partes Contratantes declaran su consentimiento a remitir la disputa a arbitraje de conformidad con este párrafo.”

269. La Demandada no ha objetado que exista una diferencia de naturaleza jurídica entre las Partes. Sin embargo, la Demandada sostiene que dicha diferencia jurídica es anterior a la inversión, aspecto que se analizará más adelante.²⁹²
270. En relación con la competencia del Tribunal Arbitral, dejando de lado el alegato de abuso de derecho invocado por la Demandada, no existe controversia entre las Partes respecto de que las Demandantes, al ser sociedades constituidas y con sede en Suiza, son inversionistas en el sentido del Artículo 1(1)(b) del APPRI. Este Artículo define “*inversionistas*” como las “*personas jurídicas, incluidas compañías, corporaciones, asociaciones, fundaciones y otras organizaciones que se encuentren debidamente incorporadas o constituidas de conformidad con la legislación de esa Parte Contratante, que tengan su sede en el territorio de dicha Parte Contratante*”.
271. Tampoco existe controversia entre las Partes en cuanto a que las acciones en una compañía y los derechos otorgados contractualmente pueden considerarse inversiones bajo el Artículo 1(2) del APPRI, ni se ha cuestionado que las Demandantes sean titulares de las acciones de GNZ.
272. Al respecto, el Artículo 1(2) del APPRI establece que el término “inversiones” incluye en particular, aunque no exclusivamente:
- “(a) derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como servidumbres, hipotecas, gravámenes, derechos de prenda y usufructos;*
 - (b) acciones, títulos o cualquier otra forma de participación en una compañía;*
 - (c) créditos o cualquier otra prestación que tenga un valor económico;*
 - (d) derechos de propiedad intelectual (tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, diseños o modelos industriales, esquemas de trazados, marcas de comercio o servicios, nombres comerciales, indicaciones geográficas), procesos técnicos, “know-how” y buena imagen;*
 - (e) concesiones otorgadas por ley pública, incluidas las concesiones para la exploración, extracción o explotación de los recursos naturales, así como todo otro derecho otorgado por ley, por contrato o por decisión de la autoridad competente de conformidad con la ley.”*

²⁹² Ver más adelante, sección VIII(B).

273. En el presente caso, la inversión está constituida por la adquisición por parte de Cervin y Rhone, en fecha 31 de marzo de 2010, de las acciones de las sociedades GNZ y Tropigás.
274. En relación a los requisitos de admisibilidad, tampoco es controvertido que las Demandantes notificaron su intención de celebrar consultas con Costa Rica el 7 de diciembre de 2011,²⁹³ y que dichas consultas se llevaron a cabo durante el 2012, cumpliéndose así con lo establecido en el Artículo 9(2) del APPRI.
275. La Demandada sostiene sin embargo, en primer lugar, que la disputa es anterior a la inversión y que por tanto el Tribunal carece de competencia *rationae temporis* (**B**), y en segundo lugar que la inversión se realizó de mala fe con el propósito de acceder a la jurisdicción del CIADI respecto de controversias anteriores a la inversión o que eran previsibles en aquel momento, y que las Demandantes no las podrían someter bajo el APPRI luego de haber invocado el TLC y haberse beneficiado de la protección diplomática del Gobierno mexicano (**C**). Por último, el Tribunal analizará el argumento de ausencia de competencia *prima facie* (**D**).

B. Competencia *rationae temporis*

276. El Tribunal Arbitral nota, antes que nada, que las Partes coinciden en que el mismo no tendría competencia para decidir sobre hechos supuestamente ilícitos cometidos anteriormente a la fecha de la inversión.²⁹⁴ Las Partes están por tanto de acuerdo en considerar que el Tribunal sólo tiene competencia para decidir sobre acontecimientos posteriores a la inversión.
277. La Demandada sostiene, sin embargo, que los hechos litigiosos invocados por las Demandantes para fundamentar sus reclamaciones, aunque sean posteriores a la inversión, se enmarcan en un contexto litigioso anterior sobre los mismos temas. Según la Demandada, se debería por tanto considerar que estos hechos se enmarcan en la continuidad de una disputa surgida anteriormente y que el Tribunal carece de jurisdicción *rationae temporis*.²⁹⁵
278. Para apreciar si una disputa es anterior o posterior a la inversión, el punto de partida del razonamiento deben ser los hechos generadores de la alegada responsabilidad del

²⁹³ Anexo 14 a la Solicitud de Arbitraje.

²⁹⁴ Excepciones a la jurisdicción, §158; Transcripción, p. 93, §§1-7: Ldo. Guillermo Ramírez: “Y por el contrario, las demandantes han reconocido expresa y reiteradamente que de ninguna manera están o pretenden reclamar conductas que fueron cometidas de manera previa a la adquisición de sus inversiones, es decir, anteriores a marzo de 2010. Creemos que obviamente esto no puede ser posible.”

²⁹⁵ Excepciones a la jurisdicción, §157.

Estado, tal y como han sido identificados por la parte demandante. La responsabilidad internacional del Estado debe en efecto apreciarse a la fecha en la cual ha sido cometido el hecho generador de su responsabilidad.²⁹⁶ Por lo tanto, si la parte demandante alega que la responsabilidad internacional del Estado surge de hechos posteriores a la inversión, el Tribunal tiene competencia *rationae temporis* para pronunciarse sobre dichos hechos.

279. En el presente caso, las Demandantes fundamentan sus reclamaciones sobre hechos posteriores a la inversión de marzo de 2010.

280. La reclamación relativa a las resoluciones sobre márgenes tarifarios se refiere a la Resolución de margen 2010 dictada por la ARESEP el 17 de junio de 2010,²⁹⁷ y a la Resolución de margen 2011, dictada por la ARESEP el 1 de junio de 2011.²⁹⁸ En su escrito de Dúplica, las Demandantes también hicieron referencia a las resoluciones tarifarias de los años 2013 y 2014.²⁹⁹

281. La reclamación relativa al cobro de los cánones se refiere al hecho de que las autoridades reguladoras de Costa Rica no han tomado en cuenta en sus Resoluciones de margen las directivas que la Contraloría de la República ha impuesto desde el año 2010, de modo que los cánones se encuentren integrados en las tarifas que los distribuidores cobran a los consumidores.³⁰⁰ Al respecto, debe entenderse que la reclamación de las Demandantes se dirige contra el hecho de que las autoridades costarricenses se han negado a implementar las necesarias correcciones que la Contraloría estableció a partir del 2010.³⁰¹ Además, las Demandantes se han quejado del cobro injustificado de varios nuevos tipos de cánones desde el año 2010.³⁰²

282. La reclamación relativa al llenado universal de cilindros se refiere a declaraciones hechas por la ARESEP en su Resolución de margen 2010 y su Resolución de margen

²⁹⁶ Artículo 14(1) de Artículos sobre responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional: “*Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional: 1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.*” Aunque la violación alegada haya surgido con anterioridad a la inversión, si esta ha continuado con posterioridad a la misma, el Tribunal Arbitral sería competente para el período posterior a la inversión durante el cual la violación persiste (Artículo 14(2) del borrador de Artículos sobre responsabilidad de los Estados). Sin embargo, en el presente caso las reclamaciones se basan en hechos posteriores a marzo de 2010 y las Demandantes no han invocado una violación de carácter continuo.

²⁹⁷ R-28.

²⁹⁸ R-29.

²⁹⁹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §66; C-44, C-45.

³⁰⁰ Las Demandantes se refieren a diversos oficios de la Contraloría, C-49, C-50, C-51.

³⁰¹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§76-77.

³⁰² Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §77, C-53, C-54, C-55.

- 2011, que según las Demandantes implicarían el establecimiento ilegal del sistema de llenado universal de los cilindros de GLP.³⁰³
283. Aunque la reclamación relativa al Cliente Directo fue inicialmente planteada en términos generales por las Demandantes, éstas se han referido de manera concreta al caso de la empresa Blue Flame, a la cual RECOPE le habría vendido GLP a precios preferenciales indebidos durante el año 2012.³⁰⁴
284. El Tribunal Arbitral no comparte al argumento de la Demandada según el cual las reclamaciones se fundamentarían, en realidad, en hechos pre-existentes a la inversión. En efecto, no hay duda de que las Demandantes sí han identificado hechos posteriores a la inversión como alegada fuente de la responsabilidad de la Demandada y que las Demandantes no han invocado conductas cometidas anteriormente.³⁰⁵ Es con base en estos hechos, y no en acontecimientos anteriores, que el Tribunal tendrá que determinar la existencia de una eventual responsabilidad internacional de la Demandada.
285. El hecho de que, como sostiene la Demandada, haya existido un contexto litigioso anterior sobre los mismos temas no puede por sí mismo privar al Tribunal de competencia para conocer de ellos.³⁰⁶ Tampoco el sólo hecho de que una disputa pueda haber sido previsible en el momento de la inversión puede, en ausencia de mala fe, afectar la competencia arbitral prevista en el tratado.
286. El Tribunal Arbitral concluye por tanto que tiene competencia *rationae temporis* para conocer de las reclamaciones de las Demandantes fundamentadas sobre los hechos invocados por ellas. A continuación, analizará su competencia *rationae voluntatis* a la luz del argumento de abuso de proceso presentado por la Demandada.

C. Competencia *rationae voluntatis* por el alegado abuso de proceso:

287. El argumento de abuso de proceso de la Demandada se refiere a que la presente controversia pre-existía o era razonablemente previsible al momento de la inversión, y que el Grupo Zeta habría reestructurado la misma con el solo propósito de lograr acceder al arbitraje del CIADI.
288. La Demandada sostiene al respecto que la inversión a través de sociedades suizas fue hecha con el único propósito de permitir que el Grupo Zeta, controlador mediato de la

³⁰³ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§96 y ss.

³⁰⁴ C-40; Transcripción, p. 240, §12 y ss.

³⁰⁵ Transcripción, p. 93, §§2-7.

³⁰⁶ Excepciones a la jurisdicción, §157.

inversión, pudiera beneficiarse artificialmente del APPRI entre Suiza y Costa Rica y obtener así acceso a la jurisdicción del CIADI respecto de una controversia previsible.³⁰⁷ Existe entonces una alegación de que las Demandantes actuaron de mala fe para obtener abusivamente una ventaja procesal de la que no disponían anteriormente.

289. Las Demandantes no contradicen, en cuanto a su principio, el argumento de la Demandada de que una reestructuración dentro de un mismo grupo realizada con el único propósito de manipular la jurisdicción del CIADI respecto de una controversia previsible constituiría un abuso de derecho.³⁰⁸ Las Partes concuerdan pues en este punto, que el Tribunal no necesita por tanto analizar con más detenimiento.
290. Sin embargo, las Demandantes niegan que las controversias planteadas fueran previsibles a la fecha de su inversión³⁰⁹ y niegan que la misma hubiera sido realizada con el propósito de manipular la jurisdicción del CIADI, pues ya tenían el derecho de acudir al CIADI con anterioridad a la inversión.³¹⁰
291. El punto medular de la objeción a la competencia planteada por la Demandada es que los accionistas mexicanos del Grupo Zeta realizaron la cesión de las acciones de GNZ y Tropigás a compañías suizas por ellos controladas, con el sólo propósito de poder beneficiarse del APPRI y plantear un arbitraje ante el CIADI con respecto a una controversia anterior o previsible.
292. El Tribunal Arbitral estima que para tener éxito en dicha objeción, la Demandada tiene la carga de probar que efectivamente, la inversión se reestructuró con el único propósito de lograr indebidamente una ventaja procesal.
293. Las Partes coinciden en cuanto a que la adquisición de las acciones en las empresas GNZ y Tropigás por parte de las sociedades suizas Cervin y Rhone fue una operación de reestructuración interna dentro del Grupo Zeta, y que el accionista de control de GNZ y Tropigás siempre ha sido el Grupo Zeta.³¹¹ Tampoco está en disputa que Cervin y Rhone son sociedades *holding* cuyo objeto es detentar la participación del Grupo Zeta en GNZ. La Demandada, sin embargo, no se basa en esta circunstancia para objetar la competencia del Tribunal. En efecto, es generalmente admitido que los inversionistas gozan de libertad para planificar y organizar sus inversiones como mejor lo consideren,

³⁰⁷ Excepciones a la jurisdicción, §10, apartado primero.

³⁰⁸ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §5 (i).

³⁰⁹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§54, 60-62, 77.

³¹⁰ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §103 y ss.

³¹¹ Transcripción, p. 131, §§9-22.

dentro de las posibilidades previstas por los tratados y el derecho internacional.³¹² Resulta al respecto relevante señalar que el APPRI Costa Rica-Suiza no contiene una cláusula de denegación de beneficios.

294. Es cierto que las Demandantes no han aportado explicaciones precisas en cuanto a las razones por las cuales el Grupo Zeta decidió realizar la reestructuración societaria. Las Demandantes solamente se refirieron de manera general a que la misma les habría permitido acceder a mejores y mayores fuentes de financiamiento, así como a motivaciones de orden fiscal.³¹³
295. De cualquier manera, el Tribunal Arbitral estima que las Demandantes no tienen la obligación de explicarse sobre este punto. Como se ha dicho, la carga de la prueba del abuso incumbe a la parte que lo alega, es decir a la Demandada.³¹⁴ Para prevalecer en su objeción a la competencia, la Demandada debería establecer que la reestructuración societaria fue hecha con el propósito de manipular la jurisdicción del CIADI.
296. La Demandada no aportó esta demostración. En efecto, no está en disputa que antes de realizar la cesión a favor de las compañías suizas, los inversionistas mexicanos mantenían su participación en Tropicigás y GNZ a través de sociedades constituidas en los Países Bajos.³¹⁵ Por lo tanto, aunque no se hubiesen realizado las cesiones a Cervin y Rhone, las compañías holandesas controladas por el Grupo Zeta hubiesen de todas

³¹² Diversos tribunales arbitrales internacionales se han manifestado en este sentido, por ejemplo, *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, Caso CIADI ARB/02/3, *Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction*, 21 de octubre de 2005, (“*Aguas del Tunari*”) §330(d): “*Que en la práctica no es infrecuente, ni tampoco ilegal -salvo prohibición especial al respecto- establecer las operaciones en una jurisdicción que se considere más beneficiosa desde el punto de vista del entorno reglamentario y legal, por ejemplo en relación con el régimen tributario o con la legislación sustancial de la jurisdicción, incluida la posibilidad de invocar un TBI.*”; *Mobil v. Venezuela*, §204: “*...the aim of the restructuring of the investments in Venezuela through a Dutch holding was to protect those investments against breaches of their rights by the Venezuelan authorities by gaining access to ICSID arbitration through the BIT. The Tribunal considers that this was a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes.*”; “...el objetivo de reestructurar las inversiones en Venezuela a través de una filial holandesa fue proteger esas inversiones de las violaciones de sus derechos por parte de las autoridades venezolanas ganando acceso al arbitraje CIADI a través del TBI. El Tribunal considera que este era un objetivo perfectamente legítimo en la medida en que concernía disputas futuras” (traducción libre). *Phoenix Action*, §94: “*International investors can of course structure upstream their investments, which meet the requirement of participating in the economy of the host State, in a manner that best fits their need for international protection, in choosing freely the vehicle through which they perform their investment [...] but on the other side, an international investor cannot modify downstream the protection granted to its investment by the host State, once the acts which the investor considers are causing damages to its investment have already been committed.*” “Los inversionistas internacionales pueden desde luego estructurar aguas arriba sus inversiones, que cumplan el requisito de participar en la economía del Estado anfitrión, en la forma en que mejor convenga a su necesidad de protección internacional, escogiendo libremente el vehículo a través del cual efectuarán sus inversiones [...] pero por otro lado, un inversionista internacional no puede modificar aguas abajo la protección otorgada a su inversión por el Estado anfitrión, una vez que los actos que el inversionista considera que están causando daños a su inversión ya han sido cometidos” (traducción libre).

³¹³ Transcripción, p. 126, §10 y ss.

³¹⁴ Ver *Chevron v. Ecuador Interim Award*, 1 de diciembre de 2008, §138: “*A claimant is not required to prove that its claim is asserted in a non-abusive manner; it is for the respondent to raise and prove an abuse of process as a defense.*” Traducción libre: “*Un demandante no necesita probar que su reclamación ha sido planteada de manera no abusiva; corresponde a la parte demandada alegar y probar el abuso de proceso como una defensa.*”

³¹⁵ Ver más arriba, §§8-9, C-60 a C-67.

formas podido actuar en contra de la Demandada bajo el APPRI Costa Rica-Países Bajos.

297. Tanto los Países Bajos como Suiza son Estados Contratantes del Convenio CIADI, y ambos el APPRI Costa Rica-Suiza y el APPRI Costa Rica-Países Bajos permiten al inversionista actuar ante el CIADI. Además, los dos tratados contienen disposiciones sustantivas que pueden considerarse por lo menos igualmente favorables.³¹⁶ En todo caso, la Demandada no ha alegado que el APPRI Costa Rica-Suiza fuera más favorable que el APPRI Costa Rica-Países Bajos.
298. Al no haberse establecido la alegada ventaja procesal que hubiera procurado dicha reestructuración, resulta perfectamente razonable suponer que otras motivaciones, de naturaleza financiera, fiscal o corporativa, puedan haber justificado este traspaso.
299. Le parece al respecto relevante al Tribunal Arbitral que, contrariamente a lo ocurrido en otros casos en los que se ha invocado el abuso de derecho,³¹⁷ en el presente arbitraje fue establecido que la transacción mediante la cual se reestructuró la inversión no se llevó a cabo a través de un pago ficticio o simbólico, sino que consta que la misma implicó el pago por parte de las Demandantes de un precio de adquisición de 20.578.336 USD.³¹⁸
300. Aunque esta circunstancia no fuera determinante, el Tribunal nota asimismo que, en el presente caso las Demandantes no iniciaron inmediatamente una reclamación contra Costa Rica después de la reestructuración de su inversión. Luego de recibir una resolución de márgenes que consideró desfavorable en 2010, GNZ presentó una nueva solicitud de revisión de márgenes en el 2011 e iniciaron a finales del mismo año las negociaciones previas previstas por el APPRI para alcanzar una resolución amigable del desacuerdo. Solamente un año más tarde, en febrero de 2013, las Demandantes presentaron su solicitud de Arbitraje.³¹⁹
301. Finalmente, el Tribunal Arbitral también considera relevante el hecho que, según los elementos que constan en el arbitraje³²⁰ y las declaraciones hechas durante la audiencia de argumentos orales,³²¹ la Demandada ha renovado las concesiones de GNZ para prestar el servicio de envasado y distribución de GLP en Costa Rica, inicialmente de

³¹⁶ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, pp. 43-45.

³¹⁷ *Cementownia*, §147; *Phoenix Action*, §119.

³¹⁸ Anexos 6 y 9 de la Solicitud de Arbitraje, ver también más arriba, §§8-9.

³¹⁹ Este orden de eventos contrasta con lo sucedido en otros caso en los que la solicitud se presentó brevemente después de la reestructuración, ver por ejemplo *Phoenix Action*, §138.

³²⁰ Resoluciones del MINAE del 11 y del 15 de julio de 2013, R-48 a R-52.

³²¹ Transcripción, p. 124, §§8 y ss.

manera temporal por un período de tres meses, y luego en el 2014 de forma permanente por 4 años más.

302. El Tribunal Arbitral estima que la actitud del Estado costarricense, al renovar en 2014 las concesiones de GNZ para prestar un servicio público, sería incompatible con las alegaciones de abuso invocadas en este arbitraje en contra de los accionistas de dicha compañía.
303. La Demandada también ha alegado, sin embargo, que las compañías holandesas Briand y Grenelle, habrían perdido el derecho de invocar el APPRI Costa Rica-Países Bajos luego de que el Grupo Zeta notificó un aviso de intención bajo el TLC.³²² La base jurídica de este argumento sería el principio de buena fe.³²³ Más precisamente, la Demandada alega que el Grupo Zeta, actuando en representación de GNZ y Tropigás, manifestó su consentimiento a la oferta de arbitraje contenida en el TLC. Ello, según el Artículo 13-22(1) del mismo tratado, excluiría la posibilidad de acceder a cualquier otro mecanismo de resolución de disputas.³²⁴ Por tanto, hubiese sido contrario al principio de buena fe permitirle a las filiales holandesas controladas por el Grupo Zeta plantear un arbitraje ante el CIADI bajo el APPRI entre Costa Rica y Países Bajos. Este razonamiento llega a concluir que, habiendo perdido el derecho de beneficiarse indirectamente del APPRI entre Costa Rica y Países Bajos a través de sus compañías holandesas, la reestructuración de su inversión a través de compañías suizas tampoco debería permitirle al Grupo Zeta lograr, a través de dichas compañías suizas, beneficiarse de un arbitraje CIADI al cual no tenían acceso anteriormente.
304. El Tribunal Arbitral no estima que este argumento sea fundamentado.
305. El Artículo 13-22(1) del TLC prevé que “*el consentimiento de las Partes contendientes al procedimiento de arbitraje conforme a este capítulo se considerará como consentimiento a este arbitraje con exclusión de cualquier otro mecanismo*”. También el Artículo 13-22(4) del TLC prevé que “*el consentimiento y la renuncia requeridos por este artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje*”.
306. Sin embargo, el hecho de que Grupo Zeta y GNZ puedan haber renunciado a otros mecanismos de resolución de controversias no implica por sí mismo que la misma renuncia se aplique a las compañías holandesas Grenelle y Briand, y tampoco a las

³²² Transcripción, p. 54, §15 y ss.

³²³ Transcripción, p. 67, §21 y ss.

³²⁴ Transcripción, p. 57, §§1 y ss.

compañías suizas Cervin y Rhone. Al respecto, no existe en el APPRI entre Suiza y Costa Rica, y tampoco en el APPRI entre Países Bajos y Costa Rica, ninguna disposición según la cual los beneficios del tratado deberían ser denegados toda vez que el inversionista controlador haya invocado anteriormente, directamente o indirectamente, el beneficio de otro tratado.

307. Además, el argumento no toma en cuenta que los avisos de intención y los intercambios de correspondencia que se referían al TLC se relacionaban a hechos distintos (la revocación de las concesiones y el Proyecto de Decreto) que no están en disputa en el presente arbitraje. Por fin – y esta última consideración sería suficiente para rechazar el argumento planteado por la Demandada – el Artículo 13-22-4 del TLC prevé claramente que el consentimiento a la oferta de arbitraje y la renuncia requerida por el Artículo 13-22-1 deben incluirse en el sometimiento de la reclamación al arbitraje. Ahora bien, el Grupo Zeta no inició un procedimiento de arbitraje bajo el TLC. Nunca se notificó por parte de Grupo Zeta un escrito de sometimiento de la reclamación a arbitraje y el Grupo Zeta tampoco comunicó su renuncia a acudir a otros tribunales. Por consiguiente, no es cierto que Grupo Zeta haya renunciado bajo el TLC a acudir a otros mecanismos de resolución de controversias.
308. En síntesis, el Tribunal Arbitral no encuentra que existan en su conocimiento antecedentes para considerar que la inversión en el presente caso se hubiese realizado de mala fe o con el propósito de lograr una indebida ventaja procesal.
309. El Tribunal estima, al respecto, que presente situación es completamente diferente de las planteadas en casos anteriores en los que tribunales internacionales han decidido sobre alegaciones de abuso de tratados. En el caso *Phoenix Action*,³²⁵ un nacional checo reestructuró su inversión para poder actuar contra su propio Estado; en el caso *Banro American Resource v. Democratic Republic of the Congo*,³²⁶ inversionistas canadienses que en aquel entonces no tenían acceso al arbitraje CIADI, reestructuraron su inversión en los Estados Unidos para poder disponer de esta posibilidad; igualmente según la decisión del caso *Cementownia*,³²⁷ nacionales turcos intentaban presentar reclamaciones contra Turquía sin haber podido demostrar siquiera la reestructuración de la empresa en cuestión; en los casos *Pac Rim c. el Salvador*,³²⁸ *Mobil v.*

³²⁵ *Phoenix Action*, §137.

³²⁶ *Banro American Resources et al. v. Democratic Republic of the Congo* (Caso CIADI No. ARB/98/7), Laudo, 1 de septiembre de 2000, (“*Banro c. RDC*”).

³²⁷ *Cementownia*, §§136, 154.

³²⁸ *Pac Rim c. el Salvador*, §§2.41, 2.110.

Venezuela,³²⁹ *Tidewater c. Venezuela*,³³⁰ y *Conoco c. Venezuela*,³³¹ aunque, luego de considerar las circunstancias de cada caso, los tribunales finalmente no admitieron la existencia de un abuso, los hechos se referían a reestructuraciones que otorgaban a los inversionistas un acceso al arbitraje (CIADI), del cual anteriormente no disponían.

310. En todos estos casos, se buscaba acceder a ciertos derechos que de otra manera no se encontraban disponibles para los inversionistas. Este supuesto no se realiza en el presente caso.

311. Por fin, la Demandada también argumentó que sería contrario al Artículo 27 del Convenio CIADI permitir que las Demandantes accedan a la jurisdicción del CIADI después de haber recurrido a la protección diplomática del gobierno mexicano. La Demandada apoya su argumento en el hecho de que, luego de haberse realizado la inversión, el 5 de octubre de 2010, la embajada de México en Costa Rica envió una carta al Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica refiriéndose al tema del Proyecto de Decreto, el cual sería perjudicial para el Grupo Zeta, solicitando que se le conceda audiencia para discutir este asunto.³³² La Demandada se apoya en el caso *Banro c. RDC* para sostener, en particular, que “*un inversor (como Grupo Zeta, incluyendo las Demandantes) no debe poder neutralizar el sistema equilibrado de derechos y obligaciones bajo el Convenio del CIADI mediante la creación tardía de filiales (como las Demandantes) para invocar dicho sistema, mientras que las otras filiales del inversor (como Tropicás y Gas Nacional) invocan recursos incompatibles con dicho sistema (como la intervención del Gobierno mexicano) en contra del mismo Estado anfitrión con respecto a una misma inversión.*”³³³ El Tribunal Arbitral no comparte esta posición.

312. El Artículo 27 del Convenio CIADI tiene por objetivo evitar que se lleven a cabo paralelamente reclamaciones entre inversionistas y Estados y reclamaciones diplomáticas entre los Estados. Dicho Artículo dispone:

“(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado

³²⁹ *Mobil v. Venezuela*, §§190-191 206.

³³⁰ *Tidewater c. Venezuela*, §§183, 198.

³³¹ *ConocoPhillips c. Venezuela*, §§279, 281.

³³² Excepciones a la jurisdicción, §§94-95.

³³³ Excepciones a la jurisdicción, §96.

Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.”

313. En primer lugar, el objetivo y el sentido del Artículo 27 del Convenio CIADI es impedir que se recurra a la protección diplomática una vez que las partes hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje una controversia entre inversionista y Estado, y no lo contrario.
314. En segundo lugar, los hechos a los cuales se refiere la carta del gobierno mexicano no son los mismos que se encuentran en disputa en el presente arbitraje (la carta se refiere al Proyecto de Decreto, el cual no está en discusión en este arbitraje).
315. Por fin, el envío de dicha carta no constituye la concesión de la protección diplomática en el sentido del Artículo 27(1), sino más bien una gestión diplomática informal cuyo fin era facilitar la solución del desacuerdo planteado en aquella época.

D. Competencia *rationae materiae* en cuanto a la objeción de que las alegaciones no llegan a constituir violaciones plausibles del APPRI

316. La Demandada sostiene que, aunque no existiera fraude procesal y las reclamaciones se refiriesen a un litigio surgido con posterioridad a la inversión, el Tribunal Arbitral de todas formas carecería de jurisdicción pues los hechos alegados no son susceptibles de constituir violaciones plausibles del APPRI.
317. La Demandada sostiene al respecto,³³⁴ apoyándose en decisiones de distintos tribunales arbitrales,³³⁵ que el inversionista debe, para justificar la competencia del tribunal, alegar hechos que sean razonablemente susceptibles de constituir una violación del tratado. A juicio de la Demandada, si bien es cierto que los hechos alegados se deben admitir *pro tem* en la fase jurisdiccional, el demandante tiene no obstante la carga de identificar dichos hechos y de demostrar que son susceptibles de constituir una violación del tratado.³³⁶

³³⁴ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §150-158.

³³⁵ Opinión Separada de la Juez Rosalyn Higgins en el caso de las Plataformas Petroleras de Irán ‘*Oil Platforms Case*’ (Iran c. EE.UU.), ICJ Rep. 1996, *Judgment on Preliminary Objections; Chevron v. Ecuador 3rd Interim Award*, Part IV, p. 2; *Noble Energy*, §151; *Salini c. Jordania*, §151; *Teco v. Guatemala*, §445; *Duke Energy- Decisión sobre Anulación*, §118.

³³⁶ Excepciones a la jurisdicción, §167.

318. Las Demandantes no discrepan de este estándar, al sostener que, en la fase jurisdiccional, el Tribunal debe admitir que los hechos alegados son ciertos a menos que resulten increíbles, frívolos, vejatorios o desarrollados de mala fe,³³⁷ y que se requiere convencer al Tribunal de que los hechos alegados por los reclamantes, de ser probados, son capaces de establecer la base de una violación conforme al tratado.³³⁸
319. Las Partes coinciden por tanto en considerar que, en esta fase jurisdiccional, el Tribunal Arbitral debe admitir los hechos alegados por las Demandantes *pro tem* y verificar si son susceptibles de constituir una violación del APPRI.
320. El Tribunal Arbitral considera por tanto que, para que su competencia *ratione materiae* quede establecida, las Demandantes deben alegar hechos que sean susceptibles de constituir una violación del APPRI.
321. El Tribunal Arbitral coincide con las numerosas decisiones que han admitido que, en la fase jurisdiccional, los hechos alegados deben ser admitidos *pro tem*,³³⁹ a menos que sean manifiestamente frívolos o desprovistos de cualquier credibilidad.³⁴⁰
322. Aunque en esta fase las alegaciones fácticas deban ser admitidas *pro tem*, el Tribunal Arbitral estima sin embargo que dichas alegaciones deben ser suficientemente precisas para permitir al Tribunal verificar si existe una violación posible del Tratado. No es suficiente alegar en la fase jurisdiccional, sin proporcionar ninguna explicación, que el Estado actuó de manera violatoria del derecho internacional: la parte demandante debe explicar cuáles son los hechos que, de ser ciertos, deberían constituir la base para una atribución de responsabilidad al Estado. También la parte demandante debe, una vez identificados estos hechos, establecer que los mismos son susceptibles de constituir una violación del tratado.³⁴¹

³³⁷ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §136, citando *Chevron c. Ecuador*, 3rd Interim Award, §4.6.

³³⁸ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §117.

³³⁹ Opinión Separada del Juez Higgins en el caso *Oil Platforms*, §32; *Impregilo v. Pakistan*, §§263, 266; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/03/29, §§193-197; *Salini c. Jordania*, §151; *Jan de Nul Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 de junio de 2006, §§69-71; *Duke Energy - Decisión sobre Anulación*, §118; *United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada*, Award on Jurisdiction, 22 de noviembre de 2002, §33-37; *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, *Decision on Jurisdiction and Recommendation on provisional measures*, 21 de marzo de 2007 ("*Saipem v. Bangladesh*"), §§84-86; *Ioan Micula et al. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/05/20, *Decision on Jurisdiction and Admissibility*, 24 de septiembre de 2008, §66; *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, *Decision on Objections to Jurisdiction*, 29 de mayo de 2009, §112; *Achmea B.V. v. the Slovak Republic*, Caso CPA No. 2013-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 20 de mayo de 2014 ("*Achmea*") §§215-216.

³⁴⁰ *Duke Energy*, §118; *El Paso c. Argentina*, §45; *Pan American Energy LLC y otro v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre las excepciones preliminares, 27 de julio de 2006 ("*Pan American Energy c. Argentina*"), §52.

³⁴¹ *Telenor v. Hungría*, §68; *Continental Casualty v. Argentina*, §61; *Saipem v. Bangladesh*, §83; *Achmea*, §217.

323. En sus escritos, las Demandantes definieron sus reclamaciones como sigue: “(i) violaciones cometidas por la ARESEP en sus Resoluciones Tarifarias de 2010 y 2011; (ii) imposición arbitraria del llenado universal a través de las resoluciones aludidas; (iii) omisión arbitraria e ilegítima de la legislación del sector; (iv) violaciones sobre la ausencia de ejercicio de facultades en materia de competencia desleal y propiedad intelectual; (v) conductas caprichosas en la recaudación del canon; (vi) imposición arbitraria e injustificada de un nuevo canon; (vii) violaciones de trato nacional a favor de RECOPE y las vinculadas a la figura de “Cliente Directo”; (viii) violaciones de trato nacional respecto al otorgamiento de subsidios a otros prestadores de servicios públicos; (ix) adopción de diversas medidas y conductas con efectos equivalentes a la expropiación de las inversiones y rentas de las Demandantes; (x) inobservancia en las obligaciones asumidas frente a las inversiones de las Demandantes, quienes son titulares de concesiones de servicios públicos otorgadas por ley”.³⁴²
324. Durante la audiencia, sin embargo, las Demandantes confirmaron³⁴³ que sus reclamaciones se pueden agrupar en los cuatro siguientes temas: las decisiones tarifarias **(1)**, la alegada imposición arbitraria del canon de ARESEP **(2)**, la alegada imposición de un sistema de llenado universal **(3)**, y la alegada violación de la reglamentación vigente en cuanto a clientes directos **(4)**. Las Partes concuerdan en que esas cuatro categorías de reclamos abarcan la totalidad de los reclamos que fueron presentados por las Demandantes en su Solicitud de Arbitraje y posteriores escritos, y las Demandantes aceptaron, contestando una pregunta del Presidente del Tribunal que, al determinarse sobre estos cuatro reclamos, el Tribunal resolvería la totalidad de los temas a decidir en esta fase del arbitraje.³⁴⁴ El Tribunal, por tanto, estructurará su análisis en torno a los cuatro reclamos así identificados por las Demandantes.
325. Las Demandantes sostienen que los hechos alegados con respecto a cada uno de estos temas son susceptibles de constituir separada o acumulativamente las siguientes violaciones del APPRI: expropiación directa o indirecta; violación de la obligación del Estado de otorgar un trato justo y equitativo; o de otorgar protección y seguridad

³⁴² Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §139; Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, cuadro en p. 34.

³⁴³ Transcripción, p. 113, §22 a p. 115, §7.

³⁴⁴ Transcripción, p. 115, §2-7: “PRESIDENTE MOURRE: ¿Estamos de acuerdo en que si discutimos los cuatro temas de llenado universal, la tarificación, los clientes directos y el canon, en eso encajan todas las reclamaciones de los demandantes? SEÑOR RAMÍREZ: Sí.”

plenas; o trato nacional y no discriminación; así como violación de otras obligaciones del Estado.³⁴⁵

326. Las Partes no desarrollaron en sus alegatos los estándares aplicables para establecer las señaladas violaciones del APPRI. Sin embargo, el Tribunal considera que, en esta etapa, no es necesario determinar de manera precisa y definitiva el contenido de las variadas normas invocadas para cada una de las violaciones alegadas, siendo suficiente apreciar si los hechos alegados son susceptibles de violar el tratado.³⁴⁶

327. El Tribunal pasará ahora a analizar si, con respecto a cada uno de los temas en disputa, las Demandantes han hecho alegaciones fácticas razonablemente susceptibles de constituir una violación de las obligaciones internacionales de la República de Costa Rica.

1. Tarifas

328. Esencialmente, las Demandantes se quejan de una violación por parte de la ARESEP del marco regulatorio relativo al proceso de establecimiento de las tarifas. Según las Demandantes, la ARESEP rechazó la Solicitud de margen 2010 y la Solicitud de margen 2011 sin sustento ni motivación alguna.³⁴⁷ También las Demandantes sostienen que, en los años 2012 y 2013, no se concedió a los Distribuidores ningún aumento de margen, a pesar de las solicitudes de GNZ, y en violación del principio de equilibrio económico-financiero previsto por el marco regulatorio,³⁴⁸ privando así a los Distribuidores de la ganancia justa y razonable prevista por el mismo.³⁴⁹

329. Las Demandantes alegan en particular:

- La ausencia de debido proceso en el contexto de los procedimientos administrativos de revisión tarifaria, el regulador habiendo omitido la legislación aplicable en violación de las obligaciones de trato y de la obligación de proporcionar plena protección y seguridad según el Artículo 4(1) del APPRI,³⁵⁰
- La exigencia a GNZ de requisitos en sus solicitudes tarifarias no exigidos a otras inversiones costarricenses, en violación de las obligaciones de trato

³⁴⁵ Solicitud de Arbitraje, §58; Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §140; Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§118 y ss.

³⁴⁶ *Saipem c. Bangladesh*, §91.

³⁴⁷ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §66.

³⁴⁸ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §66.

³⁴⁹ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§85, 94, 104, 142; Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §58.

³⁵⁰ Solicitud de Arbitraje, §59 (i) y (ii); Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §139 (i) y (iii); §142.

nacional y no discriminación contenidas en los Artículos 4(2) y 4(3) del APPRI.³⁵¹

- El rechazo de las solicitudes sobre fijación de margen y precio de GNZ y la completa omisión de la legislación aplicable en materia de fijación de tarifas, en violación de la prohibición de expropiar sin cumplir con el debido proceso y sin una pronta, adecuada y efectiva indemnización según el Artículo 5 del APPRI.³⁵²

330. La Demandada sostiene en primer lugar que esta reclamación no es exacta, pues la ARESEP no “rechazó” las solicitudes de GNZ, sino que únicamente otorgó un aumento de margen inferior al solicitado, el cual resultaba aplicable no solamente para GNZ sino para todas las concesionarias, y fue consistente con anteriores decisiones sobre aumentos de margen.³⁵³ Por otra parte, la Demandada afirma que la ARESEP sólo ejerció su función regulatoria siguiendo los procedimientos previstos por la ley y añade que las Demandantes no han ofrecido ningún elemento que denote arbitrariedad por parte de esta autoridad.³⁵⁴ Por último, la Demandada rechaza que pueda alegarse expropiación en base a estas resoluciones, pues no se configuró ninguna privación de dominio y GNZ sigue siendo el actor dominante del sector de GLP en Costa Rica.³⁵⁵

331. El Tribunal Arbitral no estima, en base a los hechos alegados, que las pretendidas violaciones del marco regulatorio puedan constituir una expropiación de su inversión. Si bien el APPRI no define lo que es una expropiación, a juicio de este Tribunal, cualquiera que sea el estándar aplicable, una expropiación siempre supone una privación temporal o definitiva del uso o goce de la inversión.³⁵⁶ En el presente caso, y como se ha dicho,³⁵⁷ la inversión está constituida por las empresas Tropicás y GNZ y sus activos. Ahora bien, en ningún momento las Demandantes han alegado haber sido privadas, total o parcialmente, del uso o goce de sus acciones en Tropicás o GNZ. Tampoco las Demandantes han alegado que Tropicás o GNZ hubiesen sido privadas del uso o goce de sus activos o sus concesiones como consecuencia de las resoluciones tarifarias adoptadas por ARESEP.

332. De hecho, la sociedad GNZ (en la que se fusionó Tropicás) sigue operando en Costa Rica y, según la afirmación de ambas Partes durante la audiencia, se han renovado

³⁵¹ Solicitud de Arbitraje, §60(iii).

³⁵² Solicitud de Arbitraje, §61 (i) y (ii).

³⁵³ Excepciones a la jurisdicción, §§169-170, 172.

³⁵⁴ Excepciones a la jurisdicción, §169, 172.

³⁵⁵ Excepciones a la jurisdicción, §173; Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §170.

³⁵⁶ *Pope and Talbot, Inc. v. Government of Canada*, TLCAN, *Interim Award*, 29 de junio de 2000 (“*Pope & Talbot*”) §102.

³⁵⁷ Ver más arriba, §12.

todos sus permisos para proveer el servicio público de envasado y distribución de GLP.³⁵⁸

333. Finalmente, las Demandantes han alegado que GNZ fue privada de significativos ingresos financieros. Sin embargo, no han aportado en sus escritos ninguna información en cuanto a la entidad de dicha alegada privación, limitándose a alegar durante las audiencias que GNZ se habría encontrado “*en números rojos*”.³⁵⁹ Tampoco las Demandantes han aportado ninguna demostración, aun *prima facie*, de que el efecto de las resoluciones tarifarias en disputa haya comprometido la viabilidad de dicha empresa. El Tribunal estima que, en ausencia de alegaciones fácticas precisas, las Demandantes no han establecido la competencia de este Tribunal para apreciar una eventual expropiación. A juicio del Tribunal Arbitral, para que se produzca una expropiación es necesario que el inversor se vea privado por completo o de manera significativa de la propiedad o del control efectivo de su inversión, o que su inversión pierda todo o una parte muy significativa de su valor.³⁶⁰ Una simple disminución de la rentabilidad o de los ingresos de una empresa no puede, por sí misma, constituir una expropiación. En el presente caso, aunque las Demandantes hubieran hecho alegaciones fácticas precisas, en ausencia de una demostración *prima facie* de que la privación de ganancia de las compañías habría sido de tal importancia que la inversión pueda haber perdido una parte significativa de su valor, la competencia del presente Tribunal no estaría establecida para apreciar una eventual expropiación.
334. Por tanto, la mayoría del Tribunal³⁶¹ considera que las alegaciones de violación del marco regulatorio articuladas por las Demandantes no son razonablemente susceptibles de fundamentar una reclamación de expropiación.
335. En cuanto a la obligación de proporcionar plena protección y seguridad según el Artículo 4(1), las Demandantes no han proporcionado explicación alguna sobre por qué dicha norma habría sido violada por la Demandada con respecto a las tarifas. Las Demandantes tenían el deber de hacer en esta fase jurisdiccional alegaciones susceptibles de fundamentar su reclamación de violación de la obligación de proporcionar protección y seguridad. Por tanto, en la total ausencia de alguna explicación, el Tribunal Arbitral se declara incompetente al respecto.

³⁵⁸ R-48 a R-52; Transcripción, p. 124, §§8 y ss.

³⁵⁹ Transcripción, p. 228, §§15 y ss.

³⁶⁰ *AES Summit Generation Limited et al. c. la República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/22, *Award*, 23 de septiembre de 2010 (“*AES c. Hungría*”), §4.3.1.

³⁶¹ El árbitro Ricardo Ramírez emitió una opinión disidente sobre este punto.

336. La misma conclusión aplica a la alegación de discriminación y violación de trato nacional, pues las Demandantes no han aportado ningún elemento de hecho o de derecho para sustentarla, aun *prima facie*. En particular, las Demandantes ni siquiera han indicado cuales otras empresas hubieran sido tratadas más favorablemente en cuanto al proceso tarifario en razón de su nacionalidad o por alguna otra razón, y en qué consistiría la alegada discriminación. Si bien las Demandantes han afirmado en su Solicitud de Arbitraje que se le exigió a GNZ cumplir con requisitos que no fueron impuestos a “*otras inversiones de inversionistas costarricenses*”,³⁶² las mismas no hicieron en sus escritos y durante las audiencias alegación fáctica alguna con respecto a esta supuesta discriminación. De nuevo, para fundamentar la competencia del Tribunal, no basta afirmar de manera genérica la existencia de una discriminación. Las Demandantes tienen el deber de alegar, en la fase jurisdiccional, hechos que – aunque sean aceptados *pro tem* – puedan permitir al Tribunal apreciar su competencia. En el presente caso, las Demandantes no hicieron ninguna alegación semejante. El Tribunal Arbitral, en ausencia de cualquier alegación de hecho o de derecho que pueda sustentar una reclamación de discriminación y trato nacional con respecto a las tarifas, se declara por tanto incompetente al respecto.
337. En cuanto a la alegada violación de la obligación de trato justo y equitativo, las Demandantes se han referido al “estándar mínimo” de trato,³⁶³ lo cual parecería por tanto referirse al estándar mínimo de derecho consuetudinario. Sin embargo, como se ha dicho, el Tribunal no estima necesario determinar en esta fase si el Artículo 4(1) del APPRI se refiere al estándar mínimo o a otro estándar. El Tribunal Arbitral comparte la opinión expresada por las Demandantes durante la Audiencia, según la cual se requiere para que haya violación de la obligación de otorgar trato justo y equitativo una conducta “*arbitraria [...], notoriamente injusta, [...] idiosincrática*”, o que “*involucra una ausencia de debido proceso*”.³⁶⁴

³⁶² Solicitud de Arbitraje, §60.

³⁶³ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §119.

³⁶⁴ Transcripción, p. 190, §§18 y ss. El requisito de que una conducta contraria al estándar de trato justo y equitativo debe haber sido arbitraria, notoriamente injusta, idiosincrática o revelar una ausencia de debido proceso se ha adoptado en numerosos laudos, tanto bajo el estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario, (ver por ejemplo, *Waste Management v. United Mexican States*, caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, §98: “*the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust, or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as may be the case with manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process*”) como bajo estándares convencionales (ver *Saluka Investments B.V. v. República Checa*, CNUDMI, *Partial Award*, 17 de marzo de 2006, refiriéndose a una conducta “*manifestly inconsistent, non transparent, unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy), or discriminatory (i.e. based on unjustifiable distinctions)*.” Ver también Christoph Schreuer, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice” en *The Journal of World Investment and*

338. Las Demandantes alegan que las resoluciones tarifarias 2010 y 2011 fueron adoptadas sin motivación y en violación deliberada del marco regulatorio.³⁶⁵ Las Demandantes sostienen que las autoridades de Costa Rica han incurrido en una ausencia de debido proceso en los procedimientos de revisión tarifaria, al aplicar de forma arbitraria e injustificada los principios y normas que regulan el sector del GLP. Asimismo las Demandantes se quejan de los plazos irrazonablemente excesivos en los que ha incurrido la administración costarricense para decidir las resoluciones administrativas.³⁶⁶ En particular, las Demandantes sostienen que, al fijar la tarifa para 2011, la ARESEP no aplicó el marco regulatorio, lo que fue reconocido por el propio regulador.³⁶⁷
339. Las alegaciones de las Demandantes se enmarcan entonces en supuestas violaciones del marco regulatorio aplicable al proceso de revisión tarifaria. El Tribunal Arbitral estima, al respecto, que una inobservancia deliberada de los principios en los que se basa el marco regulatorio, así como una ausencia manifiesta de buena fe por parte de la ARESEP en el proceso tarifario serían susceptibles, de ser probadas, de constituir una violación de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión, cualquiera que fuere el estándar aplicable.³⁶⁸ Igualmente, el rechazo arbitrario de solicitudes de aumento de tarifas y la falta de transparencia al no proporcionar motivaciones para las decisiones del regulador podrían, de ser probados, constituir violaciones de las obligaciones de trato establecidas en el APPRI.³⁶⁹
340. El Tribunal Arbitral se declara por tanto competente para conocer de las alegaciones de violación de la obligación de trato justo y equitativo con respecto al proceso de tarificación.

Trade, vol. 6 n° 3, 2005, p. 386: “*In a number of cases, tribunals have attempted to define or explain fair and equitable treatment in general terms. Among these attempts is a description of its violation as a willful disregard of due process of law and an act which shocks or at least surprises a sense of judicial propriety. Acts that can be regarded as improper and discreditable have also been included in these broad definitions. Other general descriptors include arbitrariness, idiosyncrasy, injustice, lack of good faith, lack of due process and proportionality.*”

³⁶⁵ Solicitud de arbitraje, §59 (ii); Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §142.

³⁶⁶ Transcripción, p. 82, §20 y ss.

³⁶⁷ Resolución de la ARESEP de 30 de septiembre de 2013 (C-48).

³⁶⁸ *Teco c. Guatemala*, §§457-458, 465.

³⁶⁹ *Teco c. Guatemala*, §465.

2. El Canon

341. La reclamación sobre el canon se refiere a que RECOPE impone a las empresas concesionarias que compran GLP el pago de un canon, el cual debería ser incorporado en las tarifas que las concesionarias cobran a los consumidores finales.³⁷⁰
342. Sin embargo, según las Demandantes, el canon no estaría siendo tomado en cuenta por la ARESEP al fijar las tarifas, no obstante que, a partir del 2010 la Contraloría General de la República estableció la obligación de incorporarlo en la tarifas.³⁷¹ Según las Demandantes, la conducta caprichosa de la autoridad costarricense en la recaudación del canon, así como la imposición arbitraria e injustificada de un nuevo canon, serían violatorias de la obligación de trato según el Artículo 4(1) del APPRI³⁷² y constituiría una expropiación según el Artículo 5 del APPRI.³⁷³
343. La Demandada alega que el sistema de recaudación del canon no ha variado desde su implantación y se aplica igualmente para los demás distribuidores de GLP, además, el impacto económico resultaría insignificante respecto del volumen total de ventas. Por último, la Demandada afirma que en los dos años anteriores no se ha cobrado el canon, por lo tanto esta reclamación carecería de objeto.³⁷⁴ Las Partes discrepan sobre este particular.³⁷⁵
344. En cuanto al alegado carácter expropiatorio del canon, el Tribunal no tiene certeza de que las Demandantes hayan mantenido esta alegación hecha en su Solicitud de Arbitraje, sino que de acuerdo con sus escritos sucesivos entiende que lo que alegan las Demandantes es el carácter arbitrario e injustificado de dicho canon como una violación de la obligación de trato bajo el Artículo 4(1).³⁷⁶ En cualquier caso, las Demandantes no han explicado de qué manera el hecho de que se hubiese cobrado el canon a Tropicgás y GNZ pudiera implicar una privación de su inversión, la pérdida de su control o una pérdida significativa de su valor.
345. Por estas razones el Tribunal Arbitral se declara incompetente respecto de las reclamaciones de expropiación basadas en el cobro del canon.

³⁷⁰ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §73.

³⁷¹ Transcripción, pp. 252, §22 a 253, §19.

³⁷² Solicitud de Arbitraje, §59 (v); Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §139 (v) y (vi).

³⁷³ Solicitud de Arbitraje, §61(v).

³⁷⁴ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§163-164.

³⁷⁵ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §77.

³⁷⁶ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§104, 139 (v) y (vi). Ver también Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, puntos 5 y 6 del cuadro en la página 34, y §122.

346. Respecto de las alegaciones sobre el deber de trato, el Tribunal Arbitral considera que la problemática respecto del canon se encuentra íntimamente vinculada con el tema de la tarificación y no puede por tanto desligarse de las alegaciones de violación del trato justo y equitativo respecto de las resoluciones tarifarias.
347. Por tanto, el Tribunal se declara también competente para conocer de las alegaciones sobre el deber de trato respecto del canon.

3. El llenado universal de cilindros

348. Como se ha dicho en anteriores apartados de la presente decisión, el sistema de llenado universal de cilindros implica un modelo en el cual cualquier envasador y distribuidor de GLP del mercado puede llenar libremente cualquier cilindro de GLP que le entregue el consumidor.³⁷⁷
349. En Costa Rica, sin embargo, las Partes coinciden en que ha regido el sistema de cilindros segmentados por marca, en el que cada operador es propietario de sus cilindros y cada envasador sólo puede rellenar sus propios cilindros, debiendo por tanto proceder a intercambios de los cilindros ajenos que pudiere recibir de los clientes.³⁷⁸
350. Sobre este punto, las Demandantes se quejan de que la ARESEP habría impuesto arbitrariamente el llenado universal de cilindros, en contra de lo establecido por el marco regulatorio.³⁷⁹ Esta imposición se habría producido al insertar la ARESEP en sus resoluciones tarifarias de 2010 y 2011 la siguiente fórmula: *“Indicar a las empresas envasadoras de GLP que cuando un consumidor solicite el suministro de gas licuado contenido en cilindro, y si cuentan con los medios para prestar ese servicio de suministro, deberán hacerlo, sin importar quién es el propietario del cilindro. Esto lo pueden hacer mediante el intercambio del cilindro o bien llenándole el que entregue el usuario”*.³⁸⁰
351. Las Demandantes alegan que estas formulaciones constituyen medidas irrazonables y discriminatorias, que generaron incertidumbre e inseguridad a su inversión al no establecer ni aplicar la legislación vigente en la industria del GLP.³⁸¹ Además, la

³⁷⁷ Ver más arriba, §57; R-5, p. 19.

³⁷⁸ Ver más arriba, §78.

³⁷⁹ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§76(ii), 96 y ss.

³⁸⁰ R-28, inciso XI y R-29, inciso XIV.

³⁸¹ Solicitud de Arbitraje, §59 (iii); Transcripción, p. 145, §§7-22.

- Demandada habría dejado de ejercer sus obligaciones en materia de competencia desleal y propiedad intelectual permitiendo actos prohibidos.³⁸²
352. Las Demandantes alegan que mediante estas acciones Costa Rica violó la obligación de otorgar trato justo y equitativo y protección y seguridad jurídica plenas de conformidad con el Artículo 4(1) del APPRI,³⁸³ y también violó el Artículo 5 del APPRI que prohíbe las expropiaciones sin cumplir con el debido proceso y sin una pronta, adecuada y efectiva indemnización.³⁸⁴
353. Es útil recordar aquí que, a pesar de que la autorización de llenado universal se contempló en varios proyectos de reforma legislativa desde el 2008 hasta el 2011, ninguno de estos proyectos fue adoptado y las Demandantes han aclarado que no están reclamando en el presente arbitraje sobre dichos proyectos.³⁸⁵
354. Costa Rica por su parte ha afirmado durante todo el procedimiento que el sistema de llenado universal de cilindros nunca ha sido permitido en Costa Rica y tampoco lo es actualmente.³⁸⁶ La Demandada también alegó que el texto incluido en las resoluciones de margen de 2010 y 2011 es prácticamente idéntico al texto que ya se había publicado en la Resolución de margen de 2007, sin que por ello se estuviera admitiendo el sistema de llenado universal, tal como lo confirmó en aquel momento la DGTCC.³⁸⁷
355. El Tribunal estima que los hechos alegados por las Demandantes no son susceptibles de constituir violación alguna del APPRI por parte de la Demandada, sea que se trate de expropiación, sea que se trate de las obligaciones de trato.
356. Según lo señalado, las reclamaciones de las Demandantes se basan únicamente, en cuanto al tema del llenado universal, en la inclusión en las resoluciones tarifarias 2010 y 2011 del texto citado más arriba.³⁸⁸ Sin embargo, dicha fórmula, según la cual las empresas envasadoras pueden suministrar gas licuado tanto mediante el intercambio del cilindro como llenando el que entregue el usuario, no puede razonablemente ser interpretada como una autorización del llenado universal por parte del regulador. Las resoluciones únicamente dicen que los operadores tienen la obligación de proporcionar el servicio de llenado (por tratarse de un servicio público que no puede rechazarse) y

³⁸² Solicitud de Arbitraje, §59 (iv). Aunque la Solicitud de Arbitraje no sea clara al respecto, el Tribunal Arbitral entiende que dichas afirmaciones se refieren al tema de llenado universal de cilindros. Ver por ejemplo, Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, nota al pie 43.

³⁸³ Solicitud de Arbitraje, §59 (iii) y (iv); Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §143.

³⁸⁴ Solicitud de Arbitraje, §61 (iii) y (iv); Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §143.

³⁸⁵ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §102.

³⁸⁶ Excepciones a la jurisdicción, §113; Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§160-162.

³⁸⁷ Réplica sobre excepciones a la jurisdicción, §§51-53; R-47.

³⁸⁸ Ver más arriba §350.

que pueden hacerlo, o bien llenando el que el entregue el usuario, o bien mediante el intercambio del cilindro. La primera hipótesis se refiere claramente a la situación en la cual el cilindro pertenezca al mismo operador, y la segunda al supuesto en que pertenezca a otro operador.

357. Esta conclusión es consistente con las declaraciones de las autoridades de Costa Rica en el sentido de que nunca se autorizó el llenado universal en dicho país. Dichas declaraciones fueron hechas luego de un recurso interpuesto por Tropigás contra la Resolución de margen 2007³⁸⁹ formulada en términos similares a las resoluciones en disputa de 2010 y 2011. Al respecto, el MINAE declaró en fecha 11 de septiembre de 2007 que: “[...] ‘en ningún momento se está autorizando a llenar los cilindros de otras envasadoras (de la competencia)... situación en que la legislación costarricense es clara’. [...] Sobre la base de lo anterior se les hace saber que siempre ha sido y sigue siendo absolutamente prohibido el llenado de cilindros ajenos (de la competencia) por empresa diferente a la propietaria del mismo. Esta Dirección procederá a tomar las medidas preventivas y definitivas que la normativa vigente establece a toda aquella empresa que insista en dicha práctica”.³⁹⁰ Esta postura del MINAE se reafirmó en las concesiones otorgadas a las Demandantes en junio de 2008³⁹¹ y nunca fue desmentida con posterioridad.
358. Las Demandantes se han limitado a afirmar, sin proporcionar ninguna explicación convincente al respecto, que - a pesar de las afirmaciones de Costa Rica según las cuales nunca se autorizó esta práctica - dichas fórmulas si permitían la práctica de llenado universal. Sin embargo, como se ha dicho, el texto de dichas reclamaciones no sustenta, aún *prima facie*, dicha afirmación. Las Demandantes debían por tanto hacer en la fase jurisdiccional alegaciones de hecho o de derecho susceptibles de permitir al Tribunal entender la razón por la cual dichas resoluciones podrían ser por sí mismas medidas irrazonables o discriminatorias. El Tribunal Arbitral estima que la afirmación, desprovista de explicación o sustento, según la cual las resoluciones permitían el llenado universal, es una alegación frívola no susceptible de fundamentar la competencia del Tribunal Arbitral.
359. Es cierto que han existido en el mercado, desde antes de realizarse la inversión y por lo menos hasta el 2013, prácticas ilícitas de llenado de cilindros ajenos por parte de

³⁸⁹ R-27.

³⁹⁰ R-47.

³⁹¹ C-30 a C-38.

otros operadores en el mercado.³⁹² Sin embargo, las Demandantes no han alegado que dichas prácticas pudieran ser imputables al Estado, ni han proporcionado argumento alguno que pudiera conducir a la conclusión que de alguna manera la ARESEP o el MINAE participaron en estas prácticas ilícitas o las promovieron. Al contrario, existe evidencia de que las autoridades públicas costarricenses tomaron medidas para impedir estas prácticas.³⁹³

360. Las Demandantes sostienen al respecto que las resoluciones en disputas crearon una situación de “*incertidumbre*” jurídica.³⁹⁴ El Tribunal entiende que tal situación de incertidumbre, de ser cierta, pudiera haber favorecido la práctica ilegal, por parte de algunos operadores, del llenado de cilindros pertenecientes a otros operadores.

361. El Tribunal Arbitral, de todas maneras, no estima que las resoluciones hayan sido ambiguas o imprecisas, y no encuentra en la argumentación de las Demandantes ninguna alegación fáctica concreta en el sentido de que otros operadores se hubieran amparado en dichas resoluciones para implementar prácticas ilícitas de llenado universal. Tal como ya fue establecido en anteriores apartados de la presente decisión, aunque las alegaciones fácticas se deban aceptar *pro tem* en la fase sobre competencia, dichas alegaciones deben ser suficientemente precisas como para permitir al Tribunal apreciar si pueden razonablemente fundamentar una alegación de violación del tratado.

362. Además, aunque las Demandantes hubiesen hecho alegaciones fácticas precisas en el sentido de que algunos operadores se hubiesen amparado en supuestas ambigüedades de las resoluciones de 2010 y 2011 para llenar cilindros de GNZ, dichas alegaciones fácticas no podrían fundamentar una alegación de violación de la obligación de trato justo y equitativo, y menos aún de expropiación. En efecto, una supuesta falta de claridad de una resolución tarifaria no puede por sí misma, en ausencia de mala fe por parte del regulador o de otras circunstancias, constituir una actuación arbitraria o notoriamente injusta. Eso es aún más cierto pues, como se ha dicho, el MINAE aclaró sin ninguna ambigüedad que el llenado universal no está permitido en Costa Rica.³⁹⁵ Ningún operador podía por tanto razonablemente pensar que no fuera así. Las Demandantes no han hecho ninguna alegación fáctica que pueda conducir a una conclusión diferente.

³⁹² R-23, p. 6, en particular la nota al pie 5; C-26, p. 3; R-48 a R-53.

³⁹³ C-26, p. 3 y p. 6, nota al pie 5; R-48 a R-53; Transcripción, p. 144, §§1-6.

³⁹⁴ Transcripción, p. 145, §7 a p. 146, §3.

³⁹⁵ R-47; C-30 a C-38.

363. Las Demandantes también han alegado expropiación y violación de la obligación de otorgar seguridad plena en base al hecho de que algunos competidores llenaban cilindros de GNZ y no los devolvían.³⁹⁶
364. El Tribunal Arbitral no estima que este argumento pueda fundamentar su competencia.
365. En primer lugar, las Demandantes no han hecho ninguna alegación precisa al respecto, identificando los operadores responsables de estas actuaciones y las denuncias que GNZ hubiera presentado a las autoridades competentes. No ha sido proporcionada al Tribunal información alguna sobre la identidad de los responsables de estas actuaciones, la fecha de los acontecimientos, la cantidad de cilindros involucrados o las medidas tomadas por GNZ para poner fin a estas actuaciones. Así que, en base a las alegaciones hechas por las Demandantes, el Tribunal es incapaz de apreciar si es plausible que estos supuestos hechos puedan razonablemente constituir una violación de las obligaciones internacionales del Estado.
366. En segundo lugar, las Demandantes no han explicado por qué la situación en la cual supuestamente se encuentran sería imputable al Estado. La única explicación al respecto es que los competidores se habrían sentido incentivados a apropiarse de los cilindros de GNZ por las resoluciones de ARESEP de 2010 y 2011. Sin embargo, como se ha dicho, dichas resoluciones no pueden haber sido interpretadas así por operadores razonables. Debe por tanto concluirse que si la situación de la que se quejan las Demandantes ocurrió, ello fue resultado de actos ilegales de los otros operadores, los cuales no serían imputables al Estado.
367. Las Demandantes alegan al respecto que el Estado sería responsable por no haberles otorgado protección y seguridad plena. Sin embargo, tratándose de actuaciones ilícitas supuestamente cometidas por operadores privados, una violación de la obligación de otorgar plena protección y seguridad supone que, de alguna manera, la víctima haya solicitado la intervención de los órganos competentes del Estado para perseguir y sancionar las actuaciones ilícitas de los competidores y obtener la devolución de los cilindros retenidos ilegalmente. Sin embargo, las Demandantes fueron incapaces de alegar de manera concreta y específica que hubiesen solicitado la intervención de las autoridades competentes de Costa Rica para poner fin a la situación de la que se quejan, y tampoco aportaron elemento alguno en el sentido de que dichas autoridades hubieran desestimado semejantes solicitudes o rechazado intervenir.³⁹⁷ En ausencia de cualquier

³⁹⁶ Transcripción, p. 175, §§10-20; p. 176, §§4-14.; p. 183, §§14 y ss.

³⁹⁷ Transcripción, p. 164, §5 y ss.

afirmación precisa en este sentido por parte de las Demandantes, no puede haber habido ninguna violación por parte de Estado de su obligación de otorgar protección y seguridad plena.

368. El Tribunal Arbitral concluye por tanto por mayoría,³⁹⁸ que las Demandantes no han alegado hechos que, si fueran probados, pudieran razonablemente fundamentar una alegación de violación del APPRI con respecto al llenado universal de cilindros.

4. Clientes Directos

369. La reclamación de las Demandantes se refiere a que la empresa estatal RECOPE supuestamente estaría aplicando a competidores de GNZ precios preferenciales reservados a grandes consumidores y estaciones de servicio, incurriendo así en una discriminación contra GNZ y en una violación a su obligación de trato nacional.³⁹⁹
370. Las Demandantes, sin embargo, solo hicieron alegaciones genéricas con respecto a este tema, sin identificar, con la sola excepción del caso relativo a la empresa Blue Flame,⁴⁰⁰ los competidores que se hubieran beneficiado de estas actuaciones de RECOPE, ni tampoco el momento de los hechos ilícitos alegados.
371. La única alegación fáctica hecha por las Demandantes con respecto a este tema es que RECOPE aplicó indebidamente a favor de Blue Flame precios preferenciales.⁴⁰¹ Sin embargo, las Demandantes no proporcionaron información alguna sobre la fecha exacta en la cual se hubiesen realizado estas ventas, las cantidades de GLP y los precios de los cuales se hubiera beneficiado Blue Flame.
372. El Tribunal Arbitral entiende que Blue Flame no tenía derecho a dichos precios preferenciales porque operaba una estación de servicio exclusivamente de GLP mientras que los precios preferenciales estaban reservados a grandes consumidores finales y a estaciones de servicio mixtas.⁴⁰²
373. El Tribunal Arbitral estima que las alegaciones de las Demandantes con respecto a Blue Flame no pueden sustentar una alegación de violación del APPRI.
374. En primer lugar, aunque RECOPE sea una empresa pública, las Demandantes no han aportado ningún elemento del cual se pueda deducir, aun *prima facie*, de que se trataría de una emanación del Estado y de que sus actuaciones podrían ser imputables al

³⁹⁸ El árbitro Ricardo Ramírez emitió una opinión disidente sobre este aspecto.

³⁹⁹ Contestación sobre excepciones a la jurisdicción, §§85, 108; Transcripción, p. 230 §§2-7, y p. 245, §§2-14

⁴⁰⁰ Ver más arriba en el resumen de los hechos, §§150 y ss.; Transcripción, p. 234, §§8-20.

⁴⁰¹ Dúplica sobre excepciones a la jurisdicción, §83; Transcripción, p. 234, §§8-20, y p. 240, §§12-18.

⁴⁰² C-57, p. 6.

Estado. Las Demandantes tienen la carga de probar que los hechos alegados son susceptibles de constituir una violación del APPRI. Eso implica probar que dichos hechos son susceptibles de ser imputados al Estado. Las Demandantes no han aportado esta demostración. La Demandada, por su parte, alega sin haber sido contradicha que RECOPE dispone de autonomía estructural y decisional y que sus ventas son actos comerciales y no de gobierno.⁴⁰³

375. En segundo lugar, aunque las actuaciones de RECOPE fueran imputables al Estado, el Tribunal Arbitral estima que las alegadas ventas a Blue Flame no son suficientes para establecer, aun en base a un análisis *prima facie*, una alegación de violación del APPRI. A juicio del Tribunal Arbitral, el solo hecho de que dicha sociedad haya vendido GLP a un cliente (en condiciones sobre las cuales las Demandantes no han aportado ninguna información) constituye un asunto interno y no puede razonablemente ser considerado como una violación de las obligaciones internacionales del Estado.
376. Cualquiera sea el estándar de tratamiento aplicable, el mismo no puede llegar a convertir cualquier irregularidad en una violación del derecho internacional. Como se ha dicho y como ha sido alegado por las mismas Demandantes,⁴⁰⁴ solamente una conducta arbitraria, notoriamente injusta, idiosincrática, o que involucre una ausencia de debido proceso llegaría a constituir una violación de las obligaciones de trato. En el presente caso, los hechos alegados no pueden razonablemente ser considerados como tales.
377. Tampoco las ventas a Blue Flame podrían constituir una violación de la obligación de otorgar protección y seguridad. En base a los documentos que fueron presentados en el arbitraje,⁴⁰⁵ parece que la queja planteada por GNZ respecto del caso de Blue Flame fue atendida por la ARESEP, quien recabó la información relevante cuestionando a RECOPE y a la empresa Blue Flame, y determinó, en un plazo inferior a cuatro meses, que Blue Flame no tenía derecho a la tarifa preferencial, advirtiéndolo a RECOPE a los fines de que rectificara los mismos.
378. En cuanto a la alegación de tratamiento discriminatorio, las Demandantes no han aportado ningún elemento del cual se pueda desprender, aun *prima facie*, que las ventas de las cuales se quejan hubieran sido realizadas para favorecer a Blue Flame en

⁴⁰³ Transcripción, p. 235, §§9-15.

⁴⁰⁴ Ver más arriba, §337.

⁴⁰⁵ C-40; C-57.

razón de su nacionalidad, o por alguna otra razón. Lo ocurrido con Blue Flame no puede razonablemente realizar este supuesto, pues se trata manifiestamente de una irregularidad aislada que fue prontamente investigada y resuelta por las autoridades locales.⁴⁰⁶ A mayor abundamiento, ante el cuestionamiento del Tribunal durante la audiencia, las Demandantes no fueron capaces de aportar ningún elemento fáctico en el sentido que hubo otras ventas irregulares a favor de otras entidades.⁴⁰⁷

379. Por tanto, el Tribunal Arbitral decide por mayoría⁴⁰⁸ que las Demandantes no han establecido un caso *prima facie* de violación del APPRI en relación a las reclamaciones sobre Clientes Directos.

5. Alegaciones en cuanto a supuestas violaciones de las concesiones

380. Las Demandantes también han alegado que la Demandada habría violado el Artículo 11(2) del APPRI “*al no haber observado las obligaciones que asumió frente a Gas Nacional Zeta, S.A. en su territorio, derivadas de las diversas concesiones otorgadas a dicha empresa, obstaculizando la administración, el mantenimiento, el uso, el disfrute, la extensión y la enajenación de la inversión de Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A.*”⁴⁰⁹

381. El Artículo 11(2) del APPRI dispone al respecto que: “*Cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya asumido en relación con las inversiones en su territorio de inversionistas de la otra Parte Contratante*”.

382. Las Demandantes, sin embargo, no han desarrollado esta reclamación ni han explicado de manera alguna cuáles obligaciones contractuales hubiesen sido violadas. Ello resulta suficiente para que el Tribunal decline competencia a su respecto. En todo caso, el Tribunal entiende que la base para invocar la cláusula paraguas sería las formulaciones en disputa de las resoluciones administrativas de 2010 y 2011 y la alegada autorización por este medio de la práctica de llenado universal.⁴¹⁰

383. En vista de que el Tribunal ya ha decidido que dichas formulaciones no pueden ser entendidas como pretenden las Demandantes, el Tribunal considera por mayoría⁴¹¹

⁴⁰⁶ Durante la audiencia de alegatos orales las Demandantes no fueron capaces de referirse a cualquier otro caso concreto sobre esta reclamación, ver Transcripción, p. 234, §§8-20, y p. 240, §§12-18.

⁴⁰⁷ Transcripción, p. 240, §§15 y ss.

⁴⁰⁸ El árbitro Ricardo Ramírez emitió una opinión disidente al respecto.

⁴⁰⁹ Solicitud de Arbitraje, §62.

⁴¹⁰ Transcripción, p. 142, §§3-9: Ldo. Guillermo Ramírez: “[...] *el título de concesión, específicamente el de 2008, establecía la prohibición de llenado universal. Entonces, a través de las resoluciones administrativas de 2010 y 2011 que se refieren a otro tema que es los aumentos de margen, se impone esta obligación de llenado universal.*”

⁴¹¹ El árbitro Ricardo Ramírez emitió una opinión disidente sobre este punto.

[Firmado]

[Firmado]

Ricardo Ramírez Hernández, Árbitro

Fecha: [1 de diciembre de 2014]

(Sujeto a la Opinión Disidente adjunta)

Andrés Jana Linetzky, Árbitro

Fecha: [5 de diciembre de 2014]

[Firmado]

Alexis Mourre, Presidente

Fecha: [12 de diciembre de 2014]