

OPINIÓN PARCIAL SEPARADA DE LUIS A. GONZÁLEZ GARCÍA

1. Coincido plenamente con la mayoría del Tribunal Arbitral que la reclamación del Demandante debe desecharse por completo toda vez que no se ha demostrado la existencia de una medida que haya causado perjuicio a la inversión. Sin embargo, no concuerdo con la determinación de la mayoría que, a pesar de lo anterior, cierta conducta de Costa Rica constituye una violación al derecho internacional.
2. La mayoría del Tribunal concluye en el párrafo 413 del Laudo que la Orden Sanitaria DARSG-002-2016 del Ministerio de Salud de 29 de enero de 2016, la cual fija un plazo de un día para la *presentación* de los planos constructivos del STAR, es de “*imposible cumplimiento*” y considera “*injusto*” que la Autoridad Sanitaria haya revocado el plazo de dos meses para la *tramitación* de los planos constructivos según lo preveía la Orden DARSG-001-2016. La mayoría también concluye en el párrafo 471 que una declaración en radio del Ministro de Salud violan supuestos “*deberes de prudencia*” y por tanto constituyen en una violación al derecho internacional. No concuerdo con el análisis de la mayoría en el análisis de ambas conductas. En mi opinión dichas acciones no se equipara a un nivel de trato que resulta inaceptable bajo el derecho internacional.

El estándar de trato justo y equitativo

3. El Tribunal Arbitral determinó, por unanimidad, que una violación al estándar de trato justo y equitativo se configura cuando la conducta atribuible al Estado es “*irrazonable, aberrante, manifiestamente injusta o idiosincrática*”¹ o la autoridad se ha conducido con una falta total de transparencia e imparcialidad en el proceso administrativo que haya causado perjuicio a la inversión². A pesar de tal determinación y la aseveración que no cualquier aspecto irregular o reprochable en el actuar de una autoridad se convierte automáticamente en una violación al trato justo y equitativo, la mayoría termina aplicando un estándar más bajo a los hechos del caso.

¹ Laudo, ¶403.

² Laudo, ¶¶ 358-364, 403.

La Orden Sanitaria DARSG-002-2016

4. La Orden Sanitaria DARSG-001-2016 otorgaba a la Planta un plazo de dos meses para regularizar la situación del STAR. Dos días después dicho plazo fue revocado mediante Orden DARSG-002-2016 lo que implicaba la suspensión de las operaciones hasta en tanto no se regularizara la situación de la Planta. En el análisis legal, la mayoría realiza su propia interpretación de la ley costarricense y concluye que, si bien la ley facultaba a la Autoridad para suspender e incluso clausurar la Planta ante las irregularidades demostradas de Ibérico, también gozaba de cierta discrecionalidad para darle un periodo de gracia a Ibérico para regularizar la Planta sin suspender sus operaciones irregulares. La mayoría determina que la actualización de los planos constructivos del STAR era un aspecto meramente de “*trámite*” y “*remediable*”³. La mayoría concluye que, por tanto, el Nivel Central de Salud pudo haber dejado operar a la Planta de manera ilegal por varios meses más. La mayoría considera “*injusto*” que la Autoridad Sanitaria no le permitiese a Ibérico regularizar *ex post* su situación antirreglamentaria. Por las razones que a continuación enuncio, yo no concuerdo con estas conclusiones.
5. Como una cuestión preliminar considero importante delimitar la función del Tribunal Arbitral. No es función del Tribunal Arbitral entrar a un debate técnico o de política pública sobre qué sanción administrativa era la menos drástica para el negocio de Ibérico, si, por ejemplo, algo menor a dos meses para cumplir era o no razonable, ni fungir como un tribunal contencioso de revisión de actos administrativos. La jurisprudencia internacional (que la mayoría adopta) también acepta que los estándares de protección a la inversión reconocen el derecho del Estado receptor de regular conductas que considere ilegal y cuentan con un “*espacio particularmente amplio*”⁴ para reglamentar. La cuestión relevante entonces es si Costa Rica actuó de manera arbitraria, irracional o discriminatoria en sustituir la Orden 001 y si hubo una ausencia del debido proceso en el proceso administrativo relativo al cierre técnico de la Planta por la ausencia de dichos permisos y licencias.
6. Ello requiere una evaluación de los actos del Ministerio de Salud en su debido contexto sobre bases objetivas. Un elemento fundamental en el examen del estándar de trato justo

³ Laudo, ¶ 329.

⁴ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006 (en adelante *Thunderbird c. México*), ¶¶ 123, 127 (CL-35).

y equitativo bajo circunstancias objetivas es la legislación doméstica. La ley doméstica es relevante porque establece los derechos del particular, las atribuciones legales de la Autoridad y la disponibilidad de recursos administrativos internos para que un inversionista pueda solicitar corregir errores (si los hubo) de la Autoridad en la aplicación de la ley.

7. El primer aspecto relevante en el análisis de la regulación doméstica concerniente a la producción avícola en Costa Rica es que es una actividad altamente regulada. Según la propia normativa esto se debe a que la matanza y producción de aves genera un producto para consumo humano que, en su proceso de producción, genera residuos líquidos y sólidos. Dichos residuos sin un tratamiento riguroso y espacio adecuado para su tratamiento pueden afectar la salud humana y el medioambiente. No sorprende entonces que la Licencia de Viabilidad Ambiental de Ibérico establecía de manera explícita los límites y controles a la cantidad de aves que la Planta podía procesar⁵. El artículo sexto de la Licencia de Viabilidad Ambiental establecía un nivel de 4000 aves por día para un total de 25000 a la semana con una infraestructura aprobada de 1100m² entre las que incluía dos lagunas de oxigenación de 408m² (204m² cada una) para un vertido de 40m³ por día. Sobre la base de este proyecto de negocio de procesamiento de pollos es que se aprueba el estudio ambiental a Kodusa. El artículo quinto de la Licencia de Viabilidad Ambiental también obligaba al operador (primero Kodusa y luego Ibérico) a informar a la SETENA de “*cualquier modificación*” a la descripción del proyecto de procesamiento de pollo según descrito en el artículo sexto de la Licencia de Viabilidad Ambiental y establecido en la Evaluación de Diagnóstico Ambiental (EDA) de Pollo Kodusa.
8. Igualmente, la reglamentación obligaba a Ibérico a contar con un Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales (STAR) actualizado. Este sistema requería de planos constructivos autorizados por el Ministerio de Salud *previo* a la construcción o modificación del área física de la Planta de producción. El Artículo 46(f) del Reglamento de Aprobación y Operación de Sistemas de Tratamiento de Aguas Residuales, dispone que el operador tiene la obligación de “*solicitar permiso al*

⁵ Resolución No. 0520-2012-SETENA, de fecha 15 de febrero de 2012 (C-34).

Ministerio de Salud y a la entidad administradora del alcantarillado sanitario, antes de remodelar o modificar en alguna forma el sistema de tratamiento”⁶. [énfasis propio]

9. Según los reportes del procedimiento administrativo seguido contra Ibérico en abril de 2015, se hace notar la importancia de un sistema de tratamiento de residuos óptimo. En el proceso se menciona que cuando el espacio disponible para tratar los residuos líquidos y sólidos se vuelve insuficiente pueden formarse escorrentías, charcas, proliferación de roedores e insectos y malos olores. La existencia de malos olores es considerada por la Ley General de Salud como un elemento de insalubridad o incomodidad⁷ que afecta la salud humana. Ante ello la ley faculta al Ministerio de Salud para adoptar medidas cautelares. El Artículo 304 de la Ley General de Salud, por ejemplo, dispone como sanción la clausura temporal o suspensión de permisos en situaciones en las que establecimientos industriales “... *funcionen antirreglamentariamente o que constituyan peligro, incomodidad o insalubridad para su personal o la vecindad...*”⁸.
10. Se desprende de las pruebas que el aumento sustancial de caudales de residuos resulta invariablemente en un aumento en los malos olores. No debió sorprender a Ibérico que el aumento sustancial de residuos en su negocio sin apearse estrictamente a la normativa sanitaria que mitigase dichos olores conllevaría invariablemente a un aumento en el número de denuncias y quejas de vecinos y por tanto un incremento en el escrutinio de la Autoridad Sanitaria, incluyendo un incremento en inspecciones y en el grado de sanción. Ibérico, por tanto, sabía o debía saber el alto grado de control al que estaba sujeto.
11. El segundo aspecto relevante en el análisis de la ley doméstica bajo el estándar de trato justo y equitativo es el hecho indiscutible que Ibérico no tenía derecho a operar la Planta en los volúmenes de producción y de caudales de residuos en los que se encontraba en enero de 2016.
12. Es indiscutible que para enero de 2016 Ibérico se había excedido en los límites de producción de pollo por casi siete veces a lo contemplado en la Licencia de Viabilidad

⁶ Decreto No. 31545-S-MINAE, Reglamento de Aprobación y Operación de Sistemas de Tratamiento de Aguas Residuales, publicado en La Gaceta No. 246 el 22 de diciembre de 2003, Art. 32 (CL-11).

⁷ Ley No. 5395, Ley General de Salud aprobada el 23 de octubre de 1973, Art. 302 (RL-0031).

⁸ *Id.*

Ambiental y había realizado modificaciones sustanciales al STAR sin autorización previa. La mayoría del Tribunal acepta la operación irregular del Demandante. El párrafo 255 del Laudo el Tribunal concluye:

No está en disputa que, desde entonces, el Sr. Díaz Gaspar incrementó de manera sustancial estos niveles, hasta 150.000 aves por semana. Consta de la documentación del caso que, ya en abril de 2015, la Planta estaba matando 20.000 aves/día, lo cual correspondía con 350m³/día de aguas residuales. Este nivel parece haber sido ulteriormente incrementado en enero de 2016, hasta 25.000 a 28.000 aves/día y un consumo de aguas de aproximadamente 400m³/día. Tampoco está en disputa que, durante este periodo, la empresa no solicitó una actualización de la viabilidad ambiental.

13. Es incontrovertido entonces que Ibérico operó antirreglamentariamente al no contar con una Licencia de Viabilidad Ambiental vigente ni con planos constructivos modificados y aprobados. Ante dicha dificultad en demostrar la legalidad de su actividad, el Demandante alegó en el arbitraje que “... se reunieron los elementos para crear una confianza legítima en el Sr. Díaz Gaspar, induciendo a que éste estuviera convencido de estar operando con el visto bueno de las Autoridades”⁹.
14. La pregunta entonces es determinar si la Autoridad Administrativa generó un derecho subjetivo o expectativa razonable a Ibérico a seguir operando a dichos niveles a pesar de no contar con una Licencia de Viabilidad Ambiental y planos constructivos autorizados bajo el principio de confianza legítima del derecho costarricense. El Tribunal Arbitral, por unanimidad, concluyó que no. El párrafo 312 del Laudo concluye que:

... Sr. Díaz Gaspar no podía confiar razonablemente, con fundamento en el Informe de Inspección CN-URS-1174-2015 y los Oficios CN-ARS-G-01015-2015 y CN-ARSG-1020-2015, en que el STAR podría seguir operando con base en las aprobaciones que tenía a finales de 2015 sin regularizar su situación [...] Ibérico también sabía, o debía saber, que el incremento de la producción de la Planta era también sujeta a actualización de la Viabilidad Ambiental, y, por lo tanto, que la Planta no podía operar a un nivel de producción de 20.000 aves/día y un caudal 350m³/día, como lo estaba haciendo, sin actualizar su Viabilidad Ambiental con la SETENA.

15. El problema adicional con la teoría del Demandante del principio de la confianza legítima y que la mayoría del Tribunal no abordó pero que considero relevante para el

⁹ Escrito de Conclusiones del Demandante, pág. 54.

examen del estándar de trato justo y equitativo es que la expectativa o confianza legítima no se genera cuando lo pretendido por el administrado es irracional¹⁰. Las expectativas de Ibérico eran irracionales porque sabía que sus operaciones eran antirreglamentarias. Ibérico realizó modificaciones sustanciales a la infraestructura de la Planta sin contar con los planos constructivos del STAR actualizados y aumentó la producción muy en exceso (casi siete veces más) de los límites y condiciones autorizados en la Licencia de Viabilidad Ambiental aun sabiendo que requería realizar dichos trámites y que para operar reglamentariamente tenía que contar con las licencias y permisos al día.

16. La mayoría parece aceptar el argumento del Demandante de que la Autoridad sabía desde 2015 de la situación de Ibérico respecto a la Licencia de Viabilidad Ambiental y el STAR y por tanto se genera un derecho de Ibérico de seguir operando sin licencias y permisos actualizados. Sin embargo, no hay prueba que el derecho aplicable respalde tal conclusión. No tengo conocimiento de una regla del derecho internacional o del derecho costarricense que establezca que un acto de autoridad genere a un inversionista un derecho protegido (o expectativa legítima) por la tolerancia, negligencia o ignorancia de la autoridad administrativa respecto a la continuación de un acto ilegal de un administrado. Asumiendo, como parecer hacerlo la mayoría, que la Autoridad toleró la irregularidad de Ibérico en 2015, aún si fuera el caso no le genera un derecho de seguir operando “dos meses” más en la ilegalidad. La tolerancia o negligencia de la autoridad administrativa al no imponer una sanción efectiva a un inversionista en un momento determinado, no genera en él un derecho subjetivo o expectativa protegida hacia futuro. Ibérico, al excederse a los límites y condiciones establecidos en la Licencia de Viabilidad Ambiental y los reglamentos sanitarios y no solicitar una adecuación a la Licencia de Viabilidad Ambiental, planos constructivos y permisos municipales como lo establece la legislación, no puede exigir al Estado un derecho de resarcimiento por una frustración de una expectativa que el derecho doméstico no protege. Esto es consistente con el criterio de la Sala Constitucional de Costa Rica¹¹.

¹⁰ Resolución No. 10171-2010 de la Sala Constitucional, sección IV (**RL-0204**). Véase también Escrito Post-Audiencia de la Demandada, ¶ 155.

¹¹ *Ibid.*

17. El hecho que la Autoridad Sanitaria estaba al tanto del nivel de matanza de aves por día y el vertido de aguas residuales de 350m³ por día desde junio de 2015 no podía hacerle creer a Ibérico que ostentaba una situación jurídica conforme a las reglamentaciones sanitarias y medioambientales. Tampoco estoy de acuerdo con que las autoridades sanitarias o ambientales toleraron dicha conducta antirreglamentaria. El Informe de Inspección CN-URS-564-2015 de 23 de junio de 2015 indicaba que Ibérico debía “... *corregir los planos de diseño, la Memoria de Cálculo del proyecto de ampliación de la planta de tratamiento, conforme a lo que la SETENA avale en la LICENCIA AMBIENTAL...*”¹². Ibérico, no obstante de estar al tanto de ello, decidió no hacerlo. Ibérico sólo actuó en consecuencia hasta después de recibir la Orden Sanitaria DARGS-002-2016 en la que la Autoridad le advierte de un inminente cierre de la Planta.
18. Al no contar con un derecho subjetivo o expectativa legítima de operar antirreglamentariamente por dos meses más, no puede ahora alegar ante un tribunal internacional una desprotección a un derecho que no tenía. La mayoría, sin embargo, determina que el cierre técnico de un acto ilegal configura una violación de trato justo y equitativo. La consecuencia de la decisión de la mayoría es que parece sugerir que Costa Rica está forzado a tolerar una actividad ilegal al no aplicar de manera estricta su legislación, y a conferir una ventaja ilegal a un inversionista. Ello no hace sentido.
19. Un tercer aspecto relevante del análisis del estándar de trato justo y equitativo (que requiere examinar la conducta del Estado en su debido contexto bajo criterios objetivos) es la conducta del inversionista cuando el acto administrativo en cuestión es una respuesta directa a una conducta ilegal del inversionista. La mayoría del Tribunal no le da mayor importancia a este hecho, el cual es otro aspecto en lo que difiero de mis distinguidos colegas.
20. Es incuestionable que Ibérico operó su negocio de pollos antirreglamentariamente prácticamente desde el principio de sus operaciones. Ibérico sabía que operaba en volúmenes en exceso a lo permitido bajo la Licencia de Viabilidad Ambiental¹³ y realizó una modificación sustancial indebida al STAR sin autorización del Ministerio

¹² Informe de Inspección No. CN-URS-564-2015 de la Dirección Regional de Rectoría de la Salud Central Norte, de fecha 23 de junio de 2015, pág. 6, “V. Recomendaciones”, punto 2 (R-0082).

¹³ Informe de Inspección No. CN-URS-564-2015 de la Dirección Regional de Rectoría de la Salud Central Norte, de fecha 23 de junio de 2015 (R-0082).

de Salud. Cuando Ibérico presentó los planos constructivos modificados para aprobación lo hizo de manera extemporánea (marzo de 2015) ni siquiera reflejaba la situación real de la Planta. Es decir, solicitó la aprobación de un proyecto que cuando lo presentó sabía ya era inadecuado.

21. Es un hecho evidente y particularmente importante que el Demandante violó su obligación de buena fe en el análisis de si sus modificaciones realizadas a la Planta constituían modificaciones sustanciales al diseño original de la Planta. El Sr. Guevara confirmó que Ibérico no lo hizo. En la audiencia, el Sr. Guevara confirmó que Ibérico faltó a su obligación de cumplir de buena fe con el procedimiento estipulado en el Reglamento del Estudio de Impacto Ambiental¹⁴. Las pruebas en el expediente igualmente demuestran que Ibérico no hizo correcciones a su conducta irregular hasta el 4 de febrero de 2016, en respuesta a la Orden Sanitaria DARSG-002-2016.
22. Otro aspecto en la conducta del Demandante que llama la atención es que Ibérico ocultó la verdad a la Autoridad. No hay pruebas que demuestren que Ibérico reveló a las Autoridades que había modificado el STAR sin autorización; que había aumentado los caudales de residuos sin contar con planos constructivos actualizados a la fecha de la Orden Sanitaria DARSG -002-2016 y que operaba sin una Licencia de Viabilidad Ambiental actualizada y autorizada por la SETENA cuando fue cuestionado por los inspectores. Prácticamente durante todo el periodo de operaciones de la inversión, Ibérico dio la impresión de operar conforme a la regulación ambiental y sanitaria costarricense¹⁵, lo cual no era así.
23. Esto no quiere decir que por el solo hecho que el inversionista no actuó de manera diligente y conforme a la normativa, el Estado está inmune al escrutinio en el plano internacional. Lo está. De hecho, concuerdo con la mayoría que hay cuestiones reprochables en la conducta de las autoridades del Ministerio de Salud. Es un hecho que Nivel Central sustituye de manera abrupta la Orden Sanitaria DARSG-001-2016 por la Orden Sanitaria DARSG-002-2016 sin mayor explicación. Considero que el cambio en el plazo de cumplimiento en las Ordenes Sanitarias en el lapso de solo un día hábil es un acto de inconsistencia; más no ilegal o notoriamente irracional. Es, en

¹⁴ Informe Pericial del Sr. Raúl Guevara, de fecha 23 de noviembre de 2020, ¶¶ 16-20 (C-120); Tr. día 5 (ESP), 1157: 16-22, 1158:1.

¹⁵ Primera Declaración Testimonial del Ing. Androvetto, de fecha 30 de julio de 2020, ¶ 53.

mi opinión, una situación de negligencia y descoordinación en el proceso de toma de decisiones del Ministerio de Salud. Sin embargo, la mala administración o ilegalidad administrativa no se traduce automáticamente en una violación al estándar de trato justo y equitativo conforme al derecho internacional consuetudinario. Los tribunales internacionales¹⁶ han considerado que es necesario un *elemento adicional* para determinar un incumplimiento al derecho internacional. El Tribunal Arbitral por unanimidad concuerda con la jurisprudencia y por ello adopta adjetivos como “*arbitrariedad manifiesta*”¹⁷, y “*notoriamente injusta*”¹⁸. Al utilizar dichos adjetivos se demuestra que el umbral es alto para demostrar un incumplimiento al estándar de trato justo y equitativo conforme al derecho internacional.

24. La pregunta entonces es si las pruebas demuestran que el Ministerio de Salud actuó de un modo arbitrario o notoriamente injusto al revocar el plazo concedido a Ibérico para seguir operando en situación irregular por dos meses más. La primera pregunta es si hubo mala fe del Ministerio de Salud en la sustitución del plazo que llevó al cierre técnico.
25. Aquí es preciso abordar la teoría sobre el caso que presenta el Demandante. La teoría central del Demandante es de una supuesta existencia de una conspiración entre un desarrollador de bienes raíces aparentemente influyente en Costa Rica y el Gobierno para sacar del mercado a Ibérico. En las palabras del Demandante, el cierre técnico fue motivado para satisfacer “... *los intereses de empresarios costarricenses, que incluía competidores del sector avícola y un desarrollador de bienes raíces [Condominio Montezuma]*”¹⁹. La teoría de conspiración según el Demandante fue que el desarrollador no le convenía tener una planta procesadora de pollos pues obstaculizaría las ventas de sus propiedades así que, en coordinación con el Gobierno central, buscaron la manera de “*eliminar a Ibérico y de causar su cierre*”²⁰. Esta teoría de conspiración del Demandante fue rechazada por el Tribunal Arbitral por unanimidad.

¹⁶ Laudo, ¶¶ 358-361; ver casos *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (CL-42); *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI ARB/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 (RL-0197); *S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá*, Caso CNUDMI/TLCAN, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (CL-62); *Thunderbird c. México* (CL-35).

¹⁷ Laudo, ¶ 359, citando el tribunal de *Thunderbird c. México* (CL-35).

¹⁸ Laudo, ¶ 361.

¹⁹ Memorial del Demandante, ¶ 5.

²⁰ Solicitud de Arbitraje, ¶ 6.

En mi parecer esto demuestra la inexistencia de mala fe en el actuar del Ministerio de Salud.

26. Sin embargo, la mayoría concluye, sin mayor explicación y, me parece, de manera contradictoria, que la motivación de la Autoridad Sanitaria al emitir la Orden DARSG -002-2016 era cerrar la Planta “*sea como fuere*”²¹. Parece inferir mala fe de la Autoridad. En mi opinión, la mayoría confunde conceptos. Una cosa es que la Autoridad Sanitaria estaba buscando razones para cerrar la Planta (lo cual aplicaría la frase de la mayoría de *cerrar sea como fuere*), y otra muy diferente es que la Orden DARSG -002-2016 se adopta como una respuesta a una presión pública real derivada de una ilegalidad incontrovertida de Ibérico, situación antirreglamentaria que la Autoridad consideró insostenible, pero sin optar por la sanción más severa (i.e. clausura) sino por una medida de carácter temporal hasta en tanto Ibérico modificase su conducta antirreglamentaria. En otras palabras, el primer concepto (i.e. cerrar a como dé lugar) infiere una motivación de *perjudicar* a Ibérico, lo que equivale a un acto malicioso y arbitrario violatorio del Tratado. El segundo concepto infiere una intención de la Autoridad de *preservar* el negocio de Ibérico, pero bajo ciertas condiciones de legalidad. Esto sería un acto razonable.
27. Las pruebas demuestran que hubo un incremento sustancial y sostenido por parte de Ibérico en el volumen de producción de mediados de 2015 a enero de 2016. También es evidente que un considerable número de órdenes sanitarias constataron incumplimientos a la normativa sanitaria y que éstos eran de conocimiento público. No es relevante por ahora la gravedad o la cantidad de los incumplimientos. El hecho es que la actividad antirreglamentaria continuaba, la producción de pollos siguió aumentando y los malos olores persistían. Con el pasar de tiempo, el malestar de los vecinos fue incrementándose. El Área Rectora de Salud de Grecia vuelve a intervenir. El 20 de enero de 2016, los inspectores constataron olores “*molestos y desagradables*”²² en el área residencial. Debido a la persistencia de olores “*molestos e insoportables*”²³ y la presión pública que enfrentaban las Autoridades Sanitarias de Grecia, los inspectores recomiendan elevar la situación de la Planta a Nivel Central de Salud “*por lo complejo*

²¹ Laudo, ¶ 413.

²² Oficio No. ARSG-IT-0047-2016 de la Dirección de Área Rectora de Salud de Grecia, 20 de enero de 2016, pág. 1 (R-0099).

²³ *Id.*

de la situación y el nivel técnico que se requiere para su atención”²⁴. El Ministro de Salud interviene e instruye al Director General de Salud a fiscalizar la Planta directamente. Es indiscutible –y la mayoría acepta– que Nivel Central tenía la obligación de actuar ante las quejas de los vecinos y fiscalizar la Planta de manera *rigurosa*. El 25 de enero de 2016 se realiza la inspección por un equipo integrado por funcionarios de la Dirección de Protección al Ambiente Humano, la Dirección General de Salud y de Regulación de Interés Sanitario y un funcionario de un laboratorio de análisis ambiental de una institución académica²⁵.

28. Durante la inspección, los funcionarios indagaron más a fondo sobre las licencias de Ibérico. El Ing. Androvetto, declara que el “... *personal de Ibérico informó que la Planta tenía todos los permisos y las autorizaciones al día, pero que no tenían la documentación a mano en ese momento y se comprometieron a aportarla en los días siguientes*”²⁶. Los inspectores comprueban “*una serie de desconformidades*”²⁷. El 27 de enero de 2016 se emite la Orden Sanitaria DARSG-001-2016. La cuestión controvertida de la Orden Sanitaria DARSG-001-2016 es que ofrece dos opciones a Ibérico: “Punto 1”, otorga un plazo inmediato (1 día) para *presentar* los planos constructivos del STAR presentados ante el CFIA y el permiso de la Municipalidad “*para la producción actual de 25.000 a 28.000 aves/día*”, en el supuesto de que los tenía; o “Punto 2”: en caso de no contar con la documentación del Punto 1, se otorga un plazo de 2 meses para tramitarlos. Resulta algo contradictorio, por un lado, imponer una obligación de cumplimiento severo (plazo inmediato) en el supuesto de que efectivamente Ibérico operaba bajo un plano constructivo debidamente en regla y, por el otro, relejar el cumplimiento de la ley en caso de que Ibérico no estuviera operando reglamentariamente con un plano constructivo actualizado y aprobado. La Orden Sanitaria DARSG-001-2016 parece premiar la ilegalidad y parece contradecir el espíritu de la legislación sanitaria y la Licencia de Viabilidad Ambiental, la cual dispone que cualquier modificación al proyecto de procesamiento de aves deber ser informado y aprobado por la Autoridad *previo* a cualquier modificación y de

²⁴ *Ibid*, pág. 2.

²⁵ Informe de Inspección in Situ No. DPAH-D-034-2016 de la Dirección de Protección al Ambiente Humano del Ministerio de Salud, de fecha 26 de enero de 2016 (C-59).

²⁶ Primera Declaración Testimonial del Ing. Androvetto, de fecha 30 de julio de 2020, ¶ 53.

²⁷ Notificación de Orden Sanitaria No. DARSG-001-2016 la Dirección de Área Rectora de Salud de Grecia, de fecha 27 de enero de 2016, pág. 1 (C-12).

contravenir dicha obligación “... se estaría declarando nula la viabilidad ambiental...”²⁸. El efecto inmediato de una nulidad de la Licencia de Viabilidad Ambiental es el cierre inmediato de la Planta. Si bien Salud no podía sancionar a Ibérico por no contar con una Licencia de Viabilidad Ambiental, lo cierto es que el espíritu de la ley sanitaria y ambiental es el estricto apego a la ley por parte de los operadores que manejen caudales de aguas residuales.

29. La Orden Sanitaria DARSG-001-2016 se emite el 27 de enero (un sábado), al día hábil siguiente, el 29 de enero, el Área Rectora de Salud de Grecia emite una segunda Orden Sanitaria DARSG-002-2016²⁹, con la cual elimina el Punto 2 de la Orden Sanitaria DARSG-001-2016. El Ing. Androvetto caracteriza el “Punto 2” de la Orden Sanitaria DARSG-001-2016 como “*un error*”³⁰. Según su testimonio, el error lo detecta el área jurídica del Ministerio de Salud³¹. La mayoría no le da credibilidad alguna al testimonio del Ing. Androvetto. Independientemente de si es creíble o no, lo que resulta evidente es que funcionarios de Salud emiten la Orden Sanitaria DARSG-001-2016 sin consultar a otras áreas relevantes. De lo contrario, la Orden Sanitaria DARSG-001-2016 nunca hubiera sido reemplazada.
30. La cuestión entonces sobre si se justifica o no el reemplazo de la Orden Sanitaria DARSG-001-2016 por la Orden Sanitaria DARSG-002-2016 es determinar en primer término si el cambio de posición de la Autoridad al emitir la Orden Sanitaria DARSG-002-2016 tenía por objeto perjudicar a Ibérico o fue por razones injustificadas; es decir, cerrar la Planta a como diera lugar, según concluyó la mayoría. Para ello es fundamental analizar la conducta del Ministerio de Salud inmediatamente después de emitida la Orden Sanitaria DARSG-002-2016. Esto es así porque la Orden DARSG-002-2016, por sí misma, no afectó los intereses jurídicos de Ibérico. La Orden Sanitaria DARSG-001-2016 fue el primero de una serie de acciones de un proceso administrativo sanitario que concluyó con la Orden Sanitaria DARSG-012-2016, la cual dispuso el cierre técnico del STAR³².

²⁸ Resolución No. 0520-2012-SETENA, de fecha 15 de febrero de 2012, art. 5 (C-34).

²⁹ Notificación de Orden Sanitaria No. DARSG-002-2016 de la Dirección de Área Rectora de Salud de Grecia, de fecha 29 de enero de 2016 (C-13).

³⁰ Tr. Día 4 (ESP), 929:1-2; Primera Declaración Testimonial del Ing. Androvetto, de fecha 30 de julio de 2020, ¶ 56.

³¹ Tr. Día 4 (ESP), 929:18-22.

³² Orden Sanitaria No. DARSG-012-2016 del Ministerio de Salud, de fecha 12 de febrero de 2016 (C-15).

31. El Ing. Androvetto testifica:

El 8 de febrero de 2016, junto al Ing. Andrés Incer Arias, me trasladé personalmente a la Planta de Grecia en seguimiento a la Orden 2-2016 [...]

Durante la inspección le informé al personal de Ibérico presente que la Planta podían operar conforme la normativa y que podían seguir operando si se ajustaban a la normativa vigente, mantenían la producción máxima autorizada bajo la Viabilidad Ambiental y corregían los problemas del STAR. En cuanto a la Viabilidad Ambiental, la decisión era de ellos: o reducían la producción para acoplarse a la Viabilidad Ambiental vigente u obtenían de la SETENA una actualización de la Viabilidad Ambiental. Pero, en el ínterin, no podían continuar con la producción incrementada; debían ajustarse a la Viabilidad Ambiental vigente³³.

32. El Director del SENASA, el Sr. Bernardo Jaén, también se reunió con el Sr. Díaz Gaspar para intentar medidas menos drásticas al cierre³⁴.

33. Del análisis de las pruebas considero que la posición del Gobierno, al más alto nivel, era mantener con vida la Planta de Ibérico y evitar el cierre. Esto parece prudente y razonable. Sin embargo, la posición del Sr. Díaz Gaspar parece ser lo opuesto. El Sr. Díaz Gaspar declaró lo siguiente cuando fue consultado sobre la oferta que le hizo el Gobierno para seguir operando, pero a los niveles autorizados por la Licencia de Viabilidad Ambiental:

... me llegué a reunir incluso con el ministro de Agricultura, con el viceministro de la Presidencia, con unos funcionarios también de Salud. Y había contradictorias en que la empresa estaba a derecho, pero que tenía, la fuerte presión mediática que había, el gobierno me mandaba a decir que yo tenía que readecuar las operaciones y bajar el tamaño para bajar la bulla³⁵.

34. El Sr. Díaz Gaspar no aceptó reducir sus niveles de producción a lo que estaba autorizado a operar³⁶. Para el Sr. Díaz Gaspar ni siquiera una Orden que le permitiera operar bajo los límites establecidos en la licencia y autorizaciones era aceptable³⁷. En mi opinión, lo anterior evidencia un ánimo del Gobierno de mantener la operación de

³³ Primera Declaración Testimonial del Ing. Androvetto, de fecha 30 de julio de 2020, ¶¶ 59, 60.

³⁴ Artículo de prensa “Por incumplir con medidas sanitarias, Salud gira orden de cierre a planta procesadora de pollo,” publicado en www.ar.com el 9 de febrero de 2016 (C-20.002)

³⁵ Tr. día 2 (ESP), 379:20-22, 380:1-3.

³⁶ Tr. día 2 (ESP), 380:3-8.

³⁷ Tr, día 2 (ESP), 399:18-22, 400:1-7.

Ibérico, calmar la opinión pública en contra de Ibérico ocasionada por la propia conducta antirreglamentaria de Ibérico, y evidencia una intransigencia de Ibérico lo que puso a la Autoridad en una situación difícil ante las continuas protestas de los vecinos y la presión pública.

35. Como mencioné anteriormente, la determinación de si un acto de la Autoridad es razonable o no bajo el estándar de trato de la inversión, es relevante la conducta del inversionista cuando el acto mismo es una respuesta a un acto ilegal del inversionista.
36. En el contexto de una operación antirreglamentaria, a niveles de producción muy superiores a los permitidos por la Licencia de Viabilidad Ambiental, la persistencia de malos olores, la reticencia del inversionista por bajar los niveles de producción a los autorizados por las licencias y la intensa presión pública de los vecinos a las Autoridades respecto a los malos olores fue que el Ministerio de Salud ordenó ejecutar la Orden Sanitaria DARSG-002-2016, ordenando así el cierre técnico del STAR el 12 de febrero de 2016. Tomando en cuenta que la Orden Sanitaria DARSG-002-2016 no constituye una medida cautelar que, por un lado, protege a los habitantes de una posible insalubridad y, por el otro, no afecta el derecho a mantener el negocio de aves conforme a la ley ya que permitía al operador regularizar su operación del STAR. Es decir, no privó de manera permanente al Demandante a continuar con el negocio de pollos. Lo único que hizo fue sujetar la actividad a condiciones por razones legítimas de protección a la salud humana sobre todo ante un incremento sustancial en la producción de aves muy superior a lo permitido por la legislación. Por tanto, considero que el cierre técnico del STAR constituyó una respuesta razonable, de buena fe y moderada en atención a las preocupaciones reales de los vecinos sobre la insalubridad de la Planta, la obligación legal de la Autoridad de asegurar el estricto cumplimiento de las normas sanitarias (de salud pública y constructivas) para garantizar condiciones salubres de los habitantes y tomando en cuenta la actitud de cierta manera casi desafiante de Ibérico de seguir operando ilegalmente muy en exceso de los volúmenes de producción autorizados. En síntesis, concluyo que el cierre técnico (ejecutadas por Orden Sanitaria DARSG-012-2016 y Resolución DRCOC-033-2016 y Orden Sanitaria DAEG-017-2016) no constituye un acto arbitrario o injustificado por lo que no se violó la obligación de trato justo y equitativo bajo el Tratado.

37. La mayoría llega a una determinación de responsabilidad internacional sobre la base que, si bien el Ministerio de Salud podía cerrar la Planta, también tenía una cierta flexibilidad en permitir la continuación de la operación antirreglamentaria e insalubre (malos olores) por dos meses más. La implicación que deriva de la decisión de la mayoría es que existe una obligación en el derecho internacional de las inversiones de aplicar la ley priorizando siempre la actividad económica de un inversionista por arriba de la aplicación efectiva de la ley para la protección de la salud humana. Esto es inverosímil.
38. La falta de respeto del Demandante hacia las formas y procedimientos para la actualización de licencias y permisos ambientales y sanitarios es de su responsabilidad exclusiva. El Demandante tenía la obligación de cumplir con la reglamentación y su propio perito legal confirmó que el Demandante no lo hizo y faltó a su obligación de actuar de buena fe en la tramitación de sus modificaciones ante la Autoridad. Como mencioné anteriormente, aún si la Autoridad tomó una actitud indulgente hacia el Demandante en junio de 2015 e incluso en diciembre del mismo año, ello no le generó un derecho de que su situación ilegal podría continuar por dos, tres o seis meses más. La Orden Sanitaria DARSG-001-2016 tendría el efecto de hacer redundante la obligación del Estado de aplicar efectiva de la normativa sanitaria y ambiental en particular las condiciones impuestas en la Licencia de Viabilidad Ambiental y mantener un nivel de insalubridad en la zona por lo menos dos meses más. Es decir, parecía premiar la ilegalidad. La Autoridad Sanitaria intentó corregir dicha situación y decidió sustituirla por la Orden Sanitaria DARSG-002-2016. Habiendo rechazado la teoría de la conspiración y dada las circunstancias difíciles en las que se encontraban las Autoridades Sanitarias no considero irracional o antijurídica la Orden Sanitaria DARSG-002-2016.
39. De cualquier manera, concluyo que ningún acto atribuible al Estado en el proceso administrativo relativo al cierre técnico resultó en la desprotección de un derecho o interés jurídico del Demandante. Primero, el Demandante no tenía un derecho protegido a seguir operando de manera antirreglamentaria y, en cualquier caso, el cierre técnico no surtió efectos jurídicos porque el mismo fue suspendido de manera inmediata por el Tribunal Contencioso Administrativo.

La declaración del Ministro de Salud

40. La mayoría del Tribunal también concluye que una declaración en los medios del Ministro de Salud, el Sr. Llorca, del 11 de febrero de 2016 en la que afirma la existencia de un cierre de la Planta, constituye en una “*violación de sus deberes de prudencia y de neutralidad hacia su administrado*”³⁸ y que ello equivale a una violación al trato justo y equitativo. Disiento de tal determinación. El derecho internacional no penaliza declaraciones públicas solo por el hecho que son falsas o erróneas aun cuando sea repetitiva. Algo más es necesario.
41. Para un examen de la conducta derivada de una declaración pública, el contexto es fundamental. Ello implica un análisis de qué se dijo, quién lo dijo, dónde, cómo se dijo y cuál fue el efecto. La declaración del Ministro Llorca³⁹ es un extracto de una respuesta oral hecha en un programa de radio de la cual el Tribunal Arbitral no tuvo acceso. Dado que es posible que la declaración se haya sacado de contexto y no hay evidencia de si intentó clarificar sus respuestas, no considero que dicho artículo de prensa deba darse un peso probatorio importante. Sin embargo, es admisible y el Demandado no objetó su contenido. Respecto a esto último concuerdo con la mayoría que lo declarado fue erróneo e impreciso porque a esa fecha no existía una orden de cierre. Sin embargo, considero que, en el contexto general, no excede los límites normales de información pública, tampoco demuestran una intención hostil, discriminatoria, difamatoria o hecha como parte de una agenda escondida de desprestigio contra Ibérico. No hay tampoco pruebas que el Ministro haya revelado información confidencial de Ibérico y mucho menos con la intención de perjudicar a Ibérico. Las declaraciones del Ministro se dieron en un contexto donde la Dirección General de Salud del Ministerio de Salud ya había oficializado su posición sobre los incumplimientos de Ibérico. Para Nivel Central de Salud el cierre técnico del STAR se justificaba y por lo tanto su posición era que debía igualmente suspenderse el CVO. Considero que, si bien errónea y desafortunada, la declaración del Ministro era congruente con la posición del propio Ministerio sobre el futuro de la Planta.

³⁸ Laudo, ¶ 471.

³⁹ Artículo de prensa titulado “Senasa No Aplica Orden de Cerrar Planta de Pollos en Grecia para que Empresa Solucione Contaminación”, publicado en www.ameliarueda.com el 11 de febrero de 2016 (C-111).

42. La mayoría también parece haber concluido que una declaración falsa, que se repite varias veces, donde va implícito una crítica de la conducta de un inversionista durante un proceso administrativo que no ha concluido se viola el derecho internacional porque la declaración política viola principios de “*prudencia*” y “*neutralidad*”⁴⁰. No concuerdo. Estos principios a los que alude la mayoría son conceptos vagos, sin sustancia que no están referenciados en el Tratado. La mayoría no identifica la obligación legal en la legislación costarricense ni del derecho internacional consuetudinario que la establezca, ni tampoco aborda la existencia, alcance y contenido del supuesto “*deber*” de actuar con “*prudencia*”. La mayoría parece postular principios de buen gobierno, pero esa no es la función del Tribunal Arbitral. La pregunta es si las pruebas demuestran que la declaración constituye un acto arbitrario hecha con la intención de causar un perjuicio a Ibérico.
43. Cabe mencionar que los tratados bilaterales de inversión no tienen por objeto silenciar a funcionarios públicos. Los funcionarios sobre todo los de alto nivel tienen el derecho de comentar sobre actividades económicas que involucran el interés público y que puedan tener un efecto negativo en el medioambiente o los ciudadanos. En este sentido, no puede criticarse el hecho que el Ministro Llorca informe al público sobre la situación de Ibérico y exprese su posición (incluso crítica) sobre sus actividades las cuales, en opinión del Ministerio de Salud, violaban la normativa sanitaria y causaban insalubridad. Por tanto, no coincido con la mayoría sobre el supuesto “*deber*” de altos funcionarios de permanecer “*neutrales*” ante una actividad ilegal como la de Ibérico que podía causar un perjuicio a la salud humana de mantenerse la producción de pollo a esos niveles y sin autorización.
44. Por tales razones, considero que la declaración del Ministro Llorca no es irracional o maliciosa por tanto tampoco se configura una violación al trato justo y equitativo bajo el Tratado.

[Firmado]

Luis A. González García
Árbitro
Fecha: [24 de junio de 2022]

⁴⁰ Laudo, ¶ 471.